

**XIV CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN DE CONSTITUCIONALISTAS DE
ESPAÑA,**

Bilbao 4 y 5 de febrero de 2016

Comunicación a la Mesa 1. Integración europea y derechos fundamentales

**Los derechos fundamentales en la encrucijada de la lucha contra el
terrorismo yihadista. Lo que el constitucionalismo y el Derecho de la Unión
Europea pueden ofrecer en común¹**

Rosario Serra Cristóbal
Prof. Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia

Sumario: En la encrucijada de la lucha contra el terrorismo yihadista, numerosos derechos y libertades se han visto lamentablemente restringidos. Lo que se analiza en esta comunicación es si, desde el marco de la UE, cabe establecer límites a esa capacidad individual de los Estados de adoptar decisiones en materia de seguridad nacional. En particular, se defiende que estos límites provienen, entre otras cosas del obligado respeto a los derechos fundamentales y otros principios que son comunes constitucionalismo europeo y al Derecho de la UE.

**1. Los derechos fundamentales en la encrucijada entre seguridad y
libertad**

Los atentados del 11 septiembre de 2001 abrieron una nueva etapa en la lucha antiterrorista². El terrorismo que se ha venido llamando *internacional* ya existía, pero la herida de las torres gemelas en el corazón de EEUU propinó un golpe de dimensiones humanas y materiales único. A él le siguieron otros grandes atentados en Europa como los de España (2004) y Londres (2005), que no hicieron más que aseverar algo que ya se había afianzado: un sentimiento de vulnerabilidad en los países de occidente, la

¹ La presente investigación se integra dentro del proyecto de investigación para grupos de excelencia Prometeo II de la Generalitat Valenciana número 2014/078 “Justicia social, exigibilidad de los Derechos

² Carrasco Durán, M. (2010): “Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de septiembre de 2001”, en Pérez Royo (Dir.) y Carrasco Durán (Coord.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Barcelona: Marcial Pons, pp. 13-56. Revenga Sánchez, M. (ed.) (2014), *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Valencia: Tirant lo Blanch.

sensación de una amenaza global y la necesidad de dar una respuesta supranacional al nuevo fenómeno terrorista.

Este sentimiento se ha agudizado con los recientes atentados perpetrados por movimientos yihadistas en Turquía, en Túnez, en el espacio aéreo de Egipto contra un avión ruso o en Mali, entre otros lugares³. Pero, especialmente los atentados cometidos por el ISIS en París el 13 de noviembre de 2015 (después de haber sufrido también los ataques a la sede del semanal *Charlie Hebdo* a principios del mismo año) han puesto de nuevo en alerta a los Estados europeos.

Tras los atentados de París se declaró el estado de excepción en Francia y numerosas medidas de esta naturaleza se adoptaron igualmente en otros países europeos. La situación de excepcionalidad vino acompañada del establecimiento de abundantes medidas que limitan los derechos fundamentales en pro de la seguridad; y a la vez se incrementaron las acciones bélicas en los territorios ocupados por el autodenominado Estado Islámico.

El riesgo de nuevos ataques terroristas en Europa es una realidad, que se ve auspiciada por el fenómeno de los combatientes terroristas desplazados⁴. En este momento se siente como una de las mayores amenazas a la seguridad de toda la comunidad internacional y de la Unión Europea en particular. Todo ello genera miedo y la necesidad de blindarse para garantizar dicha seguridad. En todas las culturas los miedos pueden ser diferentes y los gobiernos pueden reaccionar a estos de una diversidad de maneras⁵. La cultura del miedo al riesgo y la respuesta a éste pueden variar, pero la experiencia ha demostrado que dichas situaciones conducen a la adopción de cautelas que acaban limitando en mayor o menor medida las libertades.

En la encrucijada del terrorismo yihadista, numerosos derechos fundamentales se han visto lamentablemente restringidos. Por un lado, el terrorismo se considera una de las más flagrantes violaciones a los derechos humanos y constituye una amenaza

³ Ya se había expresado esa honda preocupación internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista en la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014.

⁴ Uno de los objetivos internacionales prioritarios en la lucha contra el terrorismo ha sido frenar y perseguir a los combatientes terroristas extranjeros⁴, especialmente tras la Resolución del consejo de Seguridad de naciones Unidas 2178 (2014), de 24 de septiembre (S/RES/2178)

⁵ A este respecto puede verse el trabajo, Beck, U. (2011), *Convivir con el riesgo global*, in Innerarity, D. and Solana, J., (eds.), *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*, Madrid: Paidós.

para la paz y la democracia. Pero al mismo tiempo, muchas de las medidas adoptadas para combatirlo, —no solo para la persecución de los autores, sino también las puestas en marcha con carácter preventivo—, han dejado dudosos ejemplos de respeto por los derechos humanos⁶. Recordemos ahora las privaciones arbitrarias de libertad, las torturas, los asesinatos selectivos, las escalas en Europa de vuelos de la CIA que transportaban presuntos terroristas para ser sometidos a procesos de dudosa legalidad⁷, la creación de listas negras de grupos o individuos presuntamente terroristas para monitorear y controlar sus movimientos, o las causas judiciales contra ellos ante tribunales militares. Al igual que cabe pensar en las nuevas limitaciones a la libertad de expresión y asociación que pretenden evitar la apología del terrorismo (y teorías islamistas particularmente radicales que apoyan este fenómeno), o en el recrudecimiento de los requisitos de entrada en las fronteras y controles en los aeropuertos, que son especialmente restrictivas (e incluso en ocasiones discriminatorias) para ciertos individuos. Pensemos asimismo en la fijación de condiciones estrictas para el acceso a la información pública relacionada con la seguridad nacional (incluida la ampliación del concepto de secreto de Estado). O reflexionemos sobre la vulneración de la intimidad y del derecho de autodeterminación informativa debido al control masivo de datos llevado a cabo por los servicios nacionales de inteligencia⁸. Un control conocido a través de las revelaciones de Snowden⁹ y admitido por varios gobiernos¹⁰. Estas medidas incluyen el

⁶ Masferrer, Aniceto y Walker, Clive (Eds.) (2013): *Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law, Crossing Legal Boundaries in Defence of the State*, Elgar.

⁷ En relación con la cooperación entre los Estados en las entregas extraordinarias puede verse el informe de la Open Society Justice Initiative (2013), *Globalizing torture CIA Secret Detention and Extraordinary rendition*, New York: Open Society Foundation..

⁸ Véase, entre otros, Gross, E. (2013), *The struggle of a Democracy Against Terrorism-Protection of Human Rights: The Right to Privacy Versus the National Interest—the Proper Balance*, in Martin Scheinin (ed.) (2013), *Terrorism and Human Rights*, Florence: European University Institute, pp. 525-607. Serra Cristóbal, R. (2015), “La opinión pública ante la vigilancia masiva de datos. El difícil equilibrio entre acceso a la información y seguridad nacional”, *Revista de Derecho Político*, 92, pp. 75-117.

⁹ Edward Snowden reveló al diario británico *The Guardian*, junto con otra información, la existencia de un programa secreto de la NSA (la Agencia de Seguridad Nacional estadounidense) que permitía a la Agencia entrar directamente en los servidores de Google, Facebook, Skype, Microsoft and Apple, as well as to the Swift’s transfer service of bank data.

El 28 de septiembre de 2013, *The New York Times* reveló que desde 2010, la NSA estaba usando esa información para elaborar perfiles de individuos y establecer interconexiones entre los diferentes usuarios de las redes sociales y otros servicios de internet (N.S.A. Examines Social Networks of U.S. Citizens, *The New York Times*, September 28, 2013). El 31 de julio de 2013, *The Guardian* hizo pública la existencia de un sistema usado por la NSA llamado XKeyscore, que permitía, a través del uso de metadatos (quién,

control a gran escala de las comunicaciones telefónicas y electrónicas de millones de ciudadanos, al igual que de los movimientos financieros transnacionales con el fin de evitar que la ayuda económica sirva para sufragar actividades terroristas. Todo ello por citar sólo algunos ejemplos.

Nos encontramos ante el binomio seguridad-libertad, que es el lugar común al que nos conducen las respuestas de las sociedades democráticas ante los atentados terroristas. Pese a que se ha señalado que “entre libertad y seguridad no hay ninguna tensión, y no la hay porque la seguridad es el elemento constitutivo de la libertad”¹¹, lo cierto es que ese no es el sentir mayoritario. Precisamente la salvaguarda de la seguridad nacional se ha convertido en argumento para adoptar medidas que parecen más encaminadas a limitar esa libertad que a asegurarla. El objetivo de este trabajo es demostrar que, en esa encrucijada de la lucha antiyihadista, contamos con principios e instrumentos, que son compartidos en el constitucionalismo europeo y que constituyen el fundamento de la UE, y que pueden ayudar a que el peso de las políticas antiterroristas en Europa no recaiga exclusivamente en la defensa de la seguridad a costa de un sacrificio desproporcionado de nuestras libertades.

2. La necesidad de acudir a estándares comunes supranacionales de protección de los derechos en la lucha antiyihadista

Partimos de la premisa de que, ya que el riesgo de ataques yihadistas, como los de otra naturaleza (climáticos, ecológicos, epidémicos, económicos...), se han globalizado, la respuesta necesariamente ha de ser también global. Y puesto que ello es así, en dicha respuesta los Gobiernos no pueden sentirse habilitados (y limitados)

cuando y donde alguien accede a una cuenta y envía un mensaje), la extracción y procesamiento de la información contenida en emails y comunicaciones digitales, y lo hacía accediendo a los buscadores de internet (Glenn Greenwald, XKeyscore: NSA tool collects ‘nearly everything a user does on the internet’, *The Guardian*, July 31, 2013)

¹⁰ Véase, entre otras, las siguientes publicaciones: J. Follorou and F. Johannès, “Révélations sur le Big Brother français”, *Le Monde*, 4 de julio de 2013. S. Ackerman and James Ball, “Optic Nerve: millions of Yahoo webcam images intercepted by GCHQ”, *The Guardian*, 28 de febrero de 2014. Europa Press, “CNI cooperated with the United Kingdom in the mass internet surveillance”, *Público.es*, 17 de febrero de 2014. Gemma Galdón, “Espionage and human rights: the limits to intrusion of privacy”, *eldiario.es*, 4 de agosto de 2013, versión electrónica: http://www.eldiario.es/turing/Espionaje-derechos-humanos_0_159934512.html

¹¹ Pérez Royo, J. (2010), “La democracia frente al terrorismo global”, en Pérez Royo (Dir.) y Carrasco Durán (Coord.) *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Barcelona: Marcial Pons, p. 7.

exclusivamente por sus propios marcos constitucionales, sino que lo son, a su vez, por una especie de "ius comune" o "constitucionalismo global"¹². En las acciones preventivas frente a la amenaza del terrorismo es crucial establecer normas supranacionales compartidas para la protección de los derechos fundamentales de todos los individuos, tanto de aquellos perseguidos por delitos de terrorismo como del resto de ciudadanos. Porque el Estado de Derecho obliga no solo a respetar las normas emanadas de los órganos internos, sino también a respetar las que derivan de los compromisos adquiridos en la esfera internacional, entre otros ámbitos en materia de derechos humanos, y que esas normas forman parte a su vez del ordenamiento jurídico interno.

Esto coincide con la teoría de la existencia de un "modelo mundial de los derechos constitucionales"¹³. Esta teoría sostiene que hay una concepción compartida de los derechos constitucionales en Europa y en el mundo, que nace como resultado de un proceso. El constitucionalismo global reclama la promoción de los principios constitucionales (como el equilibrio de poderes, la democracia, respeto de los derechos humanos) en el ámbito internacional¹⁴.

Precisamente, el concepto de derechos fundamentales supranacionales, y de lo común en materia de libertades, ha estado presente en el marco de Naciones Unidas y de las organizaciones supranacionales europeas desde la Segunda Guerra Mundial.

En Europa —tanto en la Unión Europea como en el Consejo de Europa— la defensa de los derechos, con base en las tradiciones constitucionales comunes de los

¹² Uno de los instrumentos de fortalecimiento de ese orden público europeo en materia de derechos fundamentales se encuentra en lo que ha venido a denominarse "diálogo entre tribunales". Ese diálogo puede producirse tanto en el ámbito del Consejo de Europa como en el de la UE o simplemente entre Estados. Al primero de los ámbitos se ha referido Javier García Roca, en el trabajo: *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 2012, pp. 183-224. Véase también, Perju, V. (2012), *Constitutional transplants, borrowing and migrations*, in Rosenfeld, M. and Andrés Sajó, A. (eds.) (2012), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* Oxford: Oxford University Press.

¹³ Möller, K. (2012), *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford Constitutional Theory.

¹⁴ Müller, T. (2014), *Global constitutionalism in historical perspective: Towards refined tools for international constitutional histories*, in *Global Constitutionalism*, 3:1, p. 74.

Estados miembros, ha sido fundamental para su desarrollo institucional¹⁵. Así, el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE afirma: «Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. [...] La presente Carta reafirma [...] los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Es importante recordar esto porque los atentados terroristas ocurridos en el territorio de la UE han generado una especie de "estado global de emergencia", que, como decíamos, parece ir por el camino opuesto. La batalla frente el terrorismo ha conducido a la adopción individualizada de medidas extraordinarias que, aún siendo de diferente tenor y naturaleza, han llevado aparejadas serias limitaciones de los derechos fundamentales. Algunos gobiernos han introducido modificaciones en sus regímenes de excepción (estado de emergencia) o en leyes antiterroristas, incluso se han propuesto modificaciones de la Constitución (como en el caso de Francia). Y, sin embargo, en otros estados europeos los remedios contra el terrorismo se han amparado en la normativa ya existente.

En la mayoría de los países de la UE, los derechos y libertades pueden ser derogados cuando se declara una emergencia pública, pero también en circunstancias de "normalidad" los ordenamientos ofrecen amplias posibilidades a las autoridades de limitar el alcance de los derechos o su ejercicio en interés de la seguridad nacional. Lo

¹⁵ Y ello pese a que inicialmente no hubo explícitas referencias a los derechos fundamentales en los Tratados originarios. El Tratado de Maastricht (1992) introdujo por primera vez la mención al fundamento de la Unión en tales derechos fundamentales: «La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros. 2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.» (entonces art. F)

que ha de analizarse es si, desde el marco de la UE, cabe establecer límites a esa capacidad individual de los Estados de adoptar decisiones en materia de seguridad nacional, y en particular, si esos límites provienen del obligado respeto a los derechos fundamentales, principio que es común al constitucionalismo europeo y fundamento de la UE.

Así, por ejemplo, respecto del papel limitador que el derecho supranacional puede jugar frente a la acción de los Estados, conviene recordar que algunos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos contienen disposiciones que delimitan las excepciones admisibles en tiempos de emergencia pública. De hecho, el art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) permite a los Estados adoptar medidas de excepción de sus obligaciones convencionales «en tiempos de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación», pero añade que ello ha de hacerse «en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que le impone el Derecho internacional»¹⁶.

Los Estados miembros de la UE se encuentran vinculados individualmente por ese Derecho internacional y, como decíamos, la Unión se fundamenta en los derechos humanos tal y como están recogidos en el CEDH. Por lo tanto, en la lucha contra el terrorismo yihadista, el respeto a los derechos humanos debe ser una premisa. La réplica de los gobiernos a dicho fenómeno, que ya no puede ser exclusivamente doméstica, necesita de una cooperación con el resto de miembros de la Unión y del establecimiento de estrategias comunes. Y, tanto los acuerdos supranacionales que se alcancen en ese ámbito como las decisiones nacionales adoptadas en esa lucha han de tener como límite la consideración de los derechos fundamentales.

3. La respuesta de la UE en la lucha contra el terrorismo

A pesar de que en el ámbito de la UE la responsabilidad principal de diseñar el sistema legal en materia de seguridad nacional y de su aplicación a nivel nacional recae en cada Estado miembro (art. 72 TFUE), la Unión se ha embarcado en la armonización

¹⁶ El TEDH ha considerado contrarias a este precepto algunas medidas adoptadas en el marco del art. 15 como en los casos: *Lawless v. Ireland*, 1 July 1961; *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, 26 May 1993; *A. and others v. the United Kingdom*, 19 February 2009.

de los sistemas jurídicos con el fin de lograr una mayor eficacia en la lucha contra el terrorismo (Art. 29 del Tratado de la UE)¹⁷, al igual que en una cooperación policial y judicial en materia penal¹⁸, regulada en el Título V del Tratado de TFUE, cuyo art. 83 se refiere explícitamente al terrorismo como forma grave de delincuencia. Esa cooperación se ve reforzada con el art 222 del TFUE, que estipula una cláusula de solidaridad. Ésta exige la acción conjunta de todos los países de la UE en caso de que uno de ellos sea objeto de un ataque terrorista¹⁹. Y a ello hay que añadir el Dispositivo Integrado de Respuesta Política de la UE a las Crisis (DIRPC) adoptado en 2013.

La estrategia terrorista de la UE se ha sustanciado principalmente a través de la Política Exterior y de Seguridad común (PESC), el antiguo segundo pilar que sigue rigiéndose por las reglas de cooperación intergubernamental, aunque también se ha apoyado en la política comunitaria de interior y en el Espacio Europeo de Seguridad, Libertad y Justicia, donde el papel del Parlamento y de la Comisión son más notorios. Por lo tanto, la política de la Unión Europea en materia terrorista se articula sobre la base de los principios básicos de la armonización de legislaciones y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, pero la cuestión de la seguridad sigue siendo en

¹⁷ Un desarrollo de esta cooperación puede encontrarse, entre otros, en el art. 4 de la Posición común del Consejo de 27 de diciembre de 2001, sobre *the application of specific measures to combat terrorism* (aplicación de medidas especiales para combatir el terrorismo) (2001/931/CFSP); la Decisión del Consejo de 28 de noviembre de 2002, que establece un mecanismo para evaluar los sistemas legales y su implementación a nivel nacional en la lucha contra el terrorismo (2002/996/JHA). Véase también la Decisión del Consejo 2003/48/JHA, de 19 de diciembre de 2002, sobre *the implementation of specific measures for police and judicial cooperation to combat terrorism in accordance with Article 4 of Common Position 2001/931/CFSP*; y la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre *the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States* (2002/584/JHA)

¹⁸ En dicho ámbito se adoptaron la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal; la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros; y la Decisión 2008/633/JAI sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados (VIS) por las autoridades designadas de los Estados miembros y por Europol, con fines de prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo y otros delitos graves.

Además, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 se generalizó la toma de decisiones sobre políticas de cooperación policial y judicial de la UE por mayoría, en lugar de por unanimidad, y se introdujo el control del Tribunal de Justicia de la UE.

Las Decisiones citadas se implementaron en España con la aprobación de la Ley Orgánica 7/2014, sobre intercambio de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales en la Unión Europea.

¹⁹ En este ámbito el Consejo adoptó la Decisión, de 24 de junio de 2014, relativa a las modalidades de aplicación por la Unión de la cláusula de solidaridad

(2014/415/UE)

último extremo una cuestión fundamentalmente estatal donde escasean los controles comunitarios²⁰. Así, por poner un ejemplo, incluso el intercambio de información que a veces se ha acordado en esa lucha antiterrorista no es una obligación cuando un Estado considere que su divulgación puede ser contraria a los intereses esenciales de su propia seguridad²¹. De hecho, la respuesta a los ataques yihadistas perpetrados en Europa en los últimos años han dado lugar a una respuesta decidida y protagonizada de forma principal por los Estados que han visto en riesgo su propia seguridad.

La cooperación entre los Estados de la UE se hizo más evidente después de los ataques del 11-S, la verdadera fecha de lanzamiento de una política común y estructurada de lucha contra el terrorismo. Desde entonces, la cooperación europea ha hecho grandes progresos en este campo. Al igual que en su día hicieron los responsables de la seguridad exterior, elaborando una Estrategia Europea de Seguridad (2003) para reivindicar a la UE como un actor global de seguridad en el entorno post 11-S, los responsables de la cooperación en la materia de justicia e interior decidieron en 2009 aprovechar el lanzamiento del Programa de Estocolmo para elaborar una Estrategia de Seguridad Interior (ESI). La ESI (adoptada el 23 de febrero de 2010) analiza las amenazas y desafíos a los que se enfrentan los Estados de la UE, entre los que incluye el terrorismo, y enumera los principios y líneas estratégicas necesarias para elaborar un modelo de seguridad europeo²², o más bien para establecer un modelo de cooperación intergubernamental en algunas materias de seguridad interior. En ella se indica que la UE «debe consolidar un modelo de seguridad, basado en los principios y valores de la Unión: el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, el Estado de Derecho, la democracia, el diálogo, la tolerancia, la transparencia y la solidaridad»²³.

²⁰ Sobre el origen de la seguridad como una materia muy ligada al ámbito de lo estatal puede verse el trabajo: Ridaura Martínez, J. (2014): “La seguridad ciudadana como función del Estado”, *Estudios de Deusto*, 62:2, pp. 319-346.

²¹ Artículo 8 de la Decisión, de 24 de junio de 2014 relativa a las modalidades de aplicación por la Unión de la cláusula de solidaridad (2014/415/UE)

²² Sin embargo, no define claramente qué ámbitos corresponden a las autoridades nacionales y cuáles a la Unión.

²³ Como parte de la general del Programa de la UE "Seguridad y defensa de las libertades ", un programa específico para la Prevención, preparación y gestión de las consecuencias del terrorismo y otros riesgos de seguridad relacionados, se adoptó, para el período 2007-2013. La Decisión del Consejo 2007-2013, de 12 febrero 2007, establecía para el período de 2007 a 2013, parte del Programa general de seguridad y

Las políticas de la UE de lucha contra el terrorismo han tratado de no olvidar el respeto por los derechos fundamentales, al menos en sus declaraciones formales²⁴. Así, ya en la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo se establecía que: «Nada en la presente Decisión marco podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar derechos o libertades fundamentales tales como el derecho de huelga, la libertad de reunión, de asociación o de expresión, incluido el derecho de toda persona a fundar y afiliarse a sindicatos con otros para la protección de sus intereses y el correspondiente derecho a manifestarse» (considerando n.10). Desafortunadamente, a parte de ese considerando, ninguna otra disposición de dicha Decisión marco establece acciones concretas para evitar daños a los derechos fundamentales en caso de medidas que se adopten para luchar contra futuras amenazas terroristas. En la misma línea, en documento de debate del Consejo sobre la "Estrategia de la UE de lucha contra el Terrorismo" (23 de mayo de 2012), se indicaba que la comunidad internacional necesita pautas para asegurar que tenemos capacidad de lucha contra el terrorismo, y recordaba que el estado de derecho y los derechos humanos son inherentes a los esfuerzos para combatir el terrorismo (p. 10)²⁵.

Los atentados de París de 2015 han empujado a los Estados de la Unión Europea y a sus instituciones a reevaluar su política de seguridad, y proponer nuevas iniciativas para reforzar la lucha anti terrorista, en concreto en el establecimiento de controles sistemáticos de fronteras, control de armas y registro de pasajeros.

defensa de las libertades, Programa específico de prevención, preparación y gestión de las consecuencias del terrorismo y de otros riesgos relacionados con la seguridad (2007/124 / CE, Euratom) Véase también, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura ", que propone acciones para la implementación de la estrategia durante el periodo 2011-14 (COM/2010/0673 final).

²⁴ Lo cual no significa que en esa lucha contra el terrorismo, aquellos que han participado en atentados de esta naturaleza puedan haber visto limitados los derechos o el acceso a ayudas por parte de la UE. Así, el artículo 12, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados, excluye de la posibilidad de acceder a tal protección a los participantes en una organización terrorista. Sobre este aspecto véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 24 de junio de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg—Alemania) —H.T. / Land Baden-Württemberg (Asunto C-373/13)

²⁵ Consejo de la UE, 9990/12.

Esta es una cuestión recurrente en el ámbito de la UE, porque la prevención de nuevos ataques terroristas hace necesaria esa cooperación en materia policial y judicial, lo cual puede reforzarse, entre otras cosas, mediante el establecimiento de programas de intercambio de información sobre delincuentes, fronteras, transacciones financieras²⁶, etc. En definitiva, ello se hace mediante el canje de información que puede ser a veces muy sensible.

Con este propósito, en el área Schengen se aprobó la Decisión Marco del Consejo 2006/960/JAI, que estableció un sistema simplificado de intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea que, no obstante, no impone imperativamente el intercambio de ese tipo de información, pero sí facilita su transmisión entre los servicios de seguridad. También se creó una herramienta que podría ser muy eficaz sobre el papel pero ha sido infrutilizada: el sistema de información Schengen, una base de datos conectada con la policía en la que introducir alertas que saltan automáticamente cuando un viajero buscado en un país se dirige a cualquier aeropuerto de la zona de libre circulación. Esos datos se intercambia a través de Europol y Eurojust, pero los centros de inteligencia tradicionalmente han tendido a trabajar en clave nacional y han recelado de compartir toda la información.

Entre las medidas de intercambio de información, una cuestión debatida ha sido una propuesta, que llevaba estancada desde 2013, de establecer un Registro de pasajeros aéreos, que podría compartirse entre los Estados de la UE —el PNR (*Personal Name Records*)—. Existen dudas sobre su proporcionalidad. El Parlamento Europeo ha mostrado su preocupación por el daño que podría generar para la privacidad de los viajeros. De hecho, esta institución, junto al Tribunal de Justicia (TJUE), como luego se

²⁶ Poco después de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, se hizo público que entre la UE y el Departamento del Tesoro de EE.UU. se había acordado un Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo (TFTP UE-EE.UU.), Programa que fue renovado en 2010 por un nuevo Acuerdo, y confirmado por la Comisión Europea en febrero de 2011 y diciembre de 2012. El TFTP permite a las autoridades estadounidenses controlar el acceso a las transferencias de datos bancarios con respecto a los sospechosos de terrorismo de la UE y viceversa. Desde entonces, el TFTP ha generado inteligencia significativa que ha sido de gran utilidad tanto para los EE.UU. como para la UE en la lucha contra el terrorismo, pero también ha abierto muchas preguntas acerca de la protección de los derechos fundamentales.

verá, son las instituciones que más han puesto de manifiesto las contradicciones entre la política antiterrorista de la UE y los derechos de los individuos²⁷.

Si el proyecto prospera, como parece ser, pues en el Consejo de Ministros de Interior de 4 de diciembre de 2015 se dio luz verde a la aprobación y aplicación del PNR, las aerolíneas deberán transmitir a las autoridades una serie de datos de cada pasajero (itinerario, modo de pago, equipaje, frecuencia con que vuela...). La cuestión está en cómo se va a hacer con el máximo respeto a la privacidad de los europeos.

En esa misma línea, en mayo de 2015, el Consejo y el Parlamento Europeo adoptaron nuevas normas destinadas a prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, medidas que también incluyen el intercambio de información.

4. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional y la protección de los derechos fundamentales

Uno de los instrumentos que puede servir de límite a los excesos de los gobiernos y legisladores en la lucha antiterrorista es el control judicial. Tanto en la esfera nacional como de la UE los tribunales desempeñan un papel de fiscalización que puede convertirse en una de las mejores garantías para la protección de los derechos fundamentales.

En la UE ese papel lo desempeña el Tribunal de Justicia. Una de las dificultades con la que se enfrenta el Tribunal en materia de terrorismo reside en que sólo tiene competencia indirecta y limitada sobre la Política Exterior y de Seguridad Común. Sin embargo, desde 1 de diciembre de 2014, tiene plena jurisdicción sobre Cooperación Policial y Judicial (Intercambio de información, la cooperación antiterrorista, extradiciones/detención, lucha contra el crimen organizado...)

²⁷ Recuérdese, por ejemplo la Resolución del Parlamento, de 15 de diciembre de 2005, sobre la presunta utilización de países europeos, por parte de la CIA, para el transporte y la detención ilegal de presos, (DO C 286 E de 23.11.2006, p. 509); la Decisión, de 18 de enero de 2006, por la que se constituye una comisión temporal sobre la presunta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (DO C 287 E de 24.11.2006, p. 159); o la Resolución, de 6 de julio de 2006, sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos.

Asimismo, el Parlamento Europeo mostró su preocupación por la privacidad de los ciudadanos en relación al Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo (TFTP UE-EE.UU.)

En todo caso, el Tribunal de Luxemburgo ha tomado desde hace años una postura en favor de la promoción de los derechos en la lucha contra el terrorismo. Y ello, pese a que el Tribunal de Justicia es un "recién llegado" al campo de la lucha contra el terrorismo y otros asuntos de seguridad nacional, si lo comparamos con el TEDH o los tribunales nacionales. El CEDH y otros tribunales constitucionales o superiores nacionales se han visto en la obligación de pronunciarse en situaciones de crisis de seguridad nacional desde ya hace algunas décadas. Los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia son más recientes y, debido a las características especiales de la distribución de poderes (supranacionales e internacional) de la UE, su papel como órgano de vigilancia de los derechos humanos se ha convertido en un reto difícil cuando se trata del terrorismo internacional.

En todo caso, el Tribunal de Justicia siempre ha invocado el legado común europeo en materia de derechos humanos y el imperio de la ley. En el caso *Öcalan* (C-229/05, 18 de enero de 2007, Sala Primera), la Corte recordó: «La Comunidad Europea es una comunidad basada en el Estado de Derecho cuyas instituciones están sujetas a revisión judicial de la compatibilidad de su actuación con el Tratado y con los principios generales del Derecho que forman parte los derechos fundamentales. Por lo tanto, las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico de la Comunidad, y el derecho a esa protección es uno de los principios generales del Derecho que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros [...] y en el Europeo Convención sobre los Derechos Humanos». El Tribunal reconoció en el caso citado que, si bien la normativa nacional puede establecer medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, cabe establecer limitaciones a esas facultades de los Estados Miembros.

Otra de las dificultades que enfrenta el TJCE es no solo la necesidad de cumplir con su función de vigilancia de los derechos humanos con respecto a la legislación de la UE (y no siempre con plena jurisdicción sobre todas las cuestiones), sino en hacerlo, al mismo tiempo, sin dejar de lado las normas comunes derivadas de las Constituciones, la jurisprudencia CEDH y los acuerdos y obligaciones internacionales

de la UE. El caso Kadi (TJCE 2008)²⁸ es un ejemplo de constitucionalismo en acción en un marco transnacional. El asunto Kadi es quizás el caso del TJCE más visible e interesante con respecto a las relaciones exteriores y la seguridad en los últimos años. El Tribunal esencialmente tenía que decidir si una Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU debía tener prioridad sobre la legislación comunitaria. Consideró que la ejecución de dicha Resolución de la ONU a través del Reglamento n. 188/2002 constituía una violación clara y evidente de los derechos humanos, y que, como éstos deben ser respetados por la UE, no cabía el cumplimiento de aquélla. Como sostiene Kokott y Sobotta²⁹, el enfoque de la Corte en este caso podría ser caracterizado como una variación del llamado concepto "Solange". Este concepto fue desarrollado por el Tribunal Constitucional alemán³⁰ y también aplicado por el TEDH³¹. Éste último ha podido ser testigo de la interacción entre los diferentes organismos nacionales y supranacionales.

Kadi fue identificado como un posible defensor de Al-Qaida por el Consejo de Seguridad de la ONU, se le incluyó en una lista de terroristas y fue sancionado. La UE transpuso esa sanción de la ONU a través del citado Reglamento 188/2002, que imponía medidas restrictivas contra personas y entidades vinculadas a Bin Laden, la red Al-Qaida y los talibanes, incluidas en una lista adjunta. El Reglamento fue impugnado por Kadi ante los tribunales de la UE. Kadi alegó que no había sido informado de los motivos de su inclusión en la lista de personas y entidades sujetas a las sanciones establecidas. Por lo tanto, no había tenido la posibilidad de presentar un recurso judicial contra dichos motivos y, en consecuencia, su derecho a ser oído, así como su derecho a

²⁸ *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities* (TJUE. Asuntos acumulados C-402/05 P and C-415/05 P, 3 Septiembre 2008)

²⁹ Kokott J. and Sobota, Ch. (2012), *The Kadi Case- Constitutional Core Values and International Law-Finding the Balance?*, *European Journal of International Law*, 32:4, p. 1016.

³⁰ El concepto "Solange" proviene del caso *Solange I* (1974). Aquí, the *Bundesverfassungsgericht* decidió analizar su derecho a revisar la acción de la UE en relación con el Derecho nacional en materia de derechos fundamentales cuando existe una deficiente protección de los mismos en el ámbito de la Unión Europea.

³¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguió un razonamiento similar en su sentencia del Bósforo (2005), donde optó por abstenerse de ejercer el control con respecto a los actos de la UE. La sentencia del Bósforo fue visto por muchos analistas como una oferta de compromiso, invitando a los tribunales de Luxemburgo para continuar su jurisprudencia sobre derechos humanos y la preparación del terreno para la UE para adherirse al CEDH. (Garlicki 2008, 528).

la tutela judicial efectiva habían sido vulnerados. El Tribunal de Justicia examinó la legalidad de la normativa de la UE que trasponía la Resolución de la ONU, con el argumento de que la protección de los derechos fundamentales forma parte de los fundamentos del orden jurídico de la UE. De acuerdo con este principio, todas las medidas de la UE deben ser compatibles con los derechos fundamentales, de lo que resultaba la aplicación preferente del Derecho de la Unión frente a la ejecución de compromisos internacionales.

El caso Kadi ha sido la base para nuevas decisiones como las adoptadas en el asunto Kadi II³², y en otros como el asunto *Omar Mohammed Othham de 11 de junio de 2009*³³, el caso *Al-Aqsa*, de 15 de noviembre de 2012³⁴, o *el Abdulabsit Abdulrahim* de 14 de enero de 2015³⁵. En el primero de los asuntos, el recurso también se dirigió contra la aplicación del Reglamento C n. 188/2002, que imponía medidas restrictivas contra personas y entidades vinculadas al terrorismo yihadista. El recurrente alegó que las instituciones comunitarias no le habían informado de los datos utilizados en su contra y que justificaban las medidas sancionadoras que se le habían aplicado (incautación de bienes y congelación de fondos económicos), ni se le había permitido presentar pruebas en su defensa. El Tribunal de Primera Instancia reconoció tales vulneraciones y consideró nulo el referido Reglamento en lo que afectaba al recurrente³⁶.

Además, en relación a esa inclusión de personas en las listas de terroristas (listas negras terroristas), el TJUE consideró que “los nombres de personas, grupos o

³² Asunto T-85/09 Kadi v. Commission, 2010. Asunto confirmado por el Tribunal de Luxemburgo en su sentencia de 18 July 2013, *European Commission, UE Council and United Kingdom v. Yassin Abdullah Kadi* (Asuntos acumulados C-584/10P, C-593/10P and C595/10P)

³³ *Asunto Omar Mohammed Othham contra el Consejo y la Comisión*, de 11 de junio de 2009, resuelto por el Tribunal de Primera Instancia.

³⁴ Asunto C/539/10 P.

³⁵ Sentencia del Tribunal General de 14 de enero de 2015, (asunto T-127/09 RENV).

³⁶ Hay otros casos pendientes ante el Tribunal de Justicia sobre el mantenimiento de una empresa o individuo en la lista de presuntos colaboradores con el terrorismo (Ese es el caso del asunto *National Iranian Oil Company (NIOC) v. Consejo* (Asunto C-440/14P), (Las conclusiones del abogado general fueron presentadas el 3 septiembre de 2015); id. en petición de decisión prejudicial por el Landgericht Essen (Alemania), de enero de 2015, sobre la inclusión de *Liberation Tigers of Tamil Eelam* en la lista de entidades terroristas.

entidades se pueden mantener en la lista sólo si el Consejo revisa periódicamente su situación. Todos estos asuntos deben estar abiertos a la revisión judicial”³⁷.

La cuestión que se planteó el caso Kadi y en los siguientes sigue estando vigente y es extrapolable a otras esferas. Así, por ejemplo, cabe preguntarse si, ante las respuestas globales o internacionales que puedan adoptarse en la lucha contra el terrorismo, los Estados miembros de la UE pueden y deben verificar la ejecución de tales medidas de conformidad con sus normas Constitucionales y también con los Tratados supranacionales que exigen el respeto de los derechos fundamentales. Por supuesto, la respuesta debe ser afirmativa por todo lo que venimos defendiendo en este trabajo y por el principio de *favor libertatis*, debiendo optarse siempre por la interpretación que ofrezca mayores garantías a los derechos.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en ocasiones sobre otras medidas tomadas en la lucha contra el terrorismo y los delitos transnacionales. El Tribunal de Justicia emitió su parecer en supuestos relativos a pruebas secretas (asunto C-27/09 P República Francesa v. OMPI, 2011³⁸). A este respecto, consideró que un individuo debe, en todo caso, ser informado como mínimo de los motivos que conducen a su consideración como presunto terrorista (caso de ZZ v. Secretario de Estado del Ministerio del Interior, 2013)³⁹.

Igualmente se ha posicionado en defensa de los derechos a la intimidad y privacidad de los ciudadanos europeos. Así lo hizo, por ejemplo, cuando resolvió un recurso presentado por el Parlamento Europeo sobre la compartición de datos personales de los usuarios de líneas aéreas en el asunto PNR⁴⁰ al que hacíamos referencia más arriba. El Tribunal anuló tanto la Decisión del Consejo que autorizaba la firma de un tratado con los EEUU para que las compañías aéreas europeas le transfirieran

³⁷ en su sentencia de 18 July 2013, *European Commission, UE Council and United Kingdom v. Yassin Abdullah Kadi* (Asuntos acumulados C-584/10P, C-593/10P and C595/10P)

³⁸ Asunto C-27/09.

³⁹ Asunto C-300/11.

⁴⁰ STJCE (Gran Sala) *Personal Name Records*, asuntos acumulados C-371/04 y C-318/04, de 30 de agosto de 2006.

los datos personales de sus viajeros, como la Decisión de la Comisión Europea que consideraba que, en ese proceso, los EEUU protegían los datos de manera adecuada.

En la misma línea de proteger la transferencia de datos de los ciudadanos europeos, el TJUE invalidó, en el asunto *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros* (2014)⁴¹, la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. Esta Directiva permitía la conservación de los datos de tráfico y localización, y de identificación del abonado o usuario para fines de prevención y persecución de delitos graves como la delincuencia organizada y el terrorismo. Para el Tribunal, aunque dicha conservación de datos para su posible transmisión a las autoridades nacionales responde a un objetivo de interés general, —la seguridad pública—, el legislador de la Unión sobrepasó los límites que exige el principio de proporcionalidad. El modo en que la Directiva regulaba la conservación de datos suponía una injerencia amplia y especialmente grave en los derechos fundamentales, siendo necesaria una regulación que garantice que dicha intervención se limite efectivamente a lo estrictamente necesario.

Igualmente, el Tribunal invalidó el 6 de octubre de 2015⁴² la decisión *Safe Harbour* (Puerto seguro) de la Comisión, aprobada en 2000, que facilitaba la transferencia de datos personales desde países miembros de la UE hacia EEUU, una victoria para la privacidad de los ciudadanos europeos. Gracias a este acuerdo compañías adheridas al mismo, como Facebook, Google, Amazon o Apple, eran reconocidas como puertos seguros y podían transferir bajo su amparo información entre EEUU y la UE. La normativa europea de protección de datos sólo permite transferir datos a países que cuenten con un nivel adecuado de seguridad, premisa que, a los ojos del Tribunal, no cumplía EEUU. Para el TJUE el Acuerdo permitía que prevaleciera la seguridad nacional o el interés público sobre los derechos fundamentales a la intimidad y la protección de datos, sin permitir que los ciudadanos tuviesen mecanismos para proteger con efectividad esos derechos. Además, el Acuerdo no ofrecía a los Estados

⁴¹ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 8 de abril de 2014, Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12.

⁴² Asunto C-362/14 *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*.

miembros un margen suficiente para suspender las transferencias en caso de que apreciase una vulneración de los derechos de los ciudadanos europeos⁴³.

5. Principios compartidos en el seno de la UE que deben presidir la lucha contra el terrorismo yihadista

En definitiva, de lo abordado más arriba se deduce que hay principios compartidos por los Estados de la UE y fundamento de ésta que no pueden olvidarse en el marco de la lucha contra el terrorismo yihadista. Son principios que han de aplicarse a la persecución de los delitos de terrorismo y a las medidas preventivas llevadas a cabo por los servicios de inteligencia y de defensa que buscan evitar nuevos ataques terroristas.

El primer principio que ha de recordarse es que los derechos y libertades son una prioridad. Los derechos fundamentales son una parte esencial de un sistema jurídico democrático y ocupan una posición privilegiada dentro de ella. Veámos más arriba como la UE establece en sus Tratados que ésta se fundamenta en el respeto a los mismos. Esto da lugar a la prohibición de su infracción, salvo cuando esté justificado por razones de interés general y, en todo caso, la limitación ha de ser proporcional al interés general perseguido.

En consecuencia, es imprescindible determinar los riesgos y amenazas a la seguridad que pueden justificar suficientemente restricciones a los derechos fundamentales y en qué condiciones. No podemos negar que muchas veces la imposición de restricciones a los derechos es necesaria en la búsqueda de objetivos legítimos como la seguridad nacional, la seguridad pública, o la batalla contra el terrorismo internacional. Incluso, en ocasiones, son el resultado de las obligaciones derivadas de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU o de otros compromisos internacionales. Sin embargo, hemos de analizar si la interferencia en los derechos fundamentales es necesaria y si es proporcionada al fin legítimo perseguido, y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla son

⁴³ Lo deseable sería que esta doctrina del TJUE se incluyera en el Reglamento de protección de datos que se está elaborando y sobre cuyos contenidos generales se alcanzó un acuerdo en el ámbito de la UE el 16 de junio de 2015.

“pertinentes”, es decir, si es posible recurrir a una medida alternativa que causaría menos daño al derecho fundamental en cuestión, para cumplir con el mismo objetivo.

En segundo lugar, incluso en circunstancias excepcionales, hay un nivel mínimo de respeto de los derechos fundamentales que deber ser infranqueable. En las Constituciones, el estado de emergencia se refiere a una situación por el cual los poderes ampliados (pero también limitados) se confieren a las autoridades para hacer frente a una amenaza a la estabilidad de las instituciones públicas, los derechos de los ciudadanos o intereses generales. Pero, la declaración de emergencia requiere la concurrencia de determinadas circunstancias, la intervención del Parlamento, su limitación temporal y, más importante aún, la identificación de aquellos derechos que podrían ser limitados y el alcance de dicha limitación. La definición legal del estado de emergencia tiene por objeto precisamente garantizar los derechos fundamentales y ofrecer la garantía de que el Estado no puede abusar de la situación y hacer ineficaz la parte más esencial de la Constitución.

Se ha demostrado que no todos los textos constitucionales están preparados para emergencias como el terrorismo internacional. Nos encontramos ante un tipo de terrorismo de tipo difuso, es ejecutado por sujetos que se pueden encontrar en cualquier parte del mundo y utiliza nuevos mecanismos para actuar⁴⁴. Tal vez, la Constitución española es de las pocas que ofrece una suspensión excepcional de los derechos en el marco de la lucha antiterrorista, aunque es una suspensión pensada solo para personas determinadas, en relación a investigaciones de esta naturaleza, y debe ir acompañada de una orden judicial y del resto de garantías constitucionales (art. 55.2 CE). Se trata de una disposición destinada inicialmente a combatir el terrorismo interno (ETA), pero obviamente puede aplicarse a cualquier otro tipo de terrorismo. De hecho, esa posibilidad de limitar derechos en investigaciones de delitos terroristas se incluye en la nueva redacción dada a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de ésta para el fortalecimiento de las medidas de investigación tecnológica. La ley incluye numerosas disposiciones que establecen excepciones o límites mayores a los derechos fundamentales cuando se están

⁴⁴ De Vergottini, G. (2010), *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid: Civitas, p. 24.

llevando a cabo investigaciones en materia de terrorismo. Teniendo como límite el marco que establece el art. 55.2 CE respecto de la detención y las libertades domiciliaria y de secreto de comunicaciones, la LECrim regula con detenimiento la interceptación de las comunicaciones escritas, telefónicas y telemáticas (SMS, correos electrónicos, redes sociales y agentes encubiertos en la red, información contenida en USBs, control remoto de ordenadores ...) Así, por ejemplo, y sin entrar en detalles, cuando se trata de la averiguación de delitos relacionados con la actuación de elementos terroristas, y en caso de urgencia, no es imprescindible la autorización previa del juez para intervenir comunicaciones, aunque sí la comunicación posterior a éste.

La normativa española, con sus deficiencias, es un ejemplo de que es necesario poner de relieve los límites fundamentales del poder del Estado en situaciones de emergencia o excepcionalidad. Ésta es la única manera de garantizar una protección efectiva y eficaz de los derechos humanos y evitar abusos.

En tercer lugar, el respeto por el Estado de Derecho constituye otra lección nuclear extraída del constitucionalismo y compartida por el ordenamiento de la UE. Y, por supuesto, es un principio de gran relevancia para los derechos fundamentales. Cualquier acción en materia de derechos debe ser ejecutada al amparo de la ley. Eso implica que toda medida contra el terrorismo que afecte a los derechos civiles tiene que ser adoptada de conformidad con la ley. El imperio de la ley sirve para evaluar la legitimidad de determinadas medidas adoptadas ante la amenaza real de ataques terroristas, y para observar si en su ejecución se han respetado los requisitos legales (por ejemplo, la exigencia de una orden judicial cuando la ley así lo requiere). En esta línea, en España el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2015 de modificación del Código Penal en materia de terrorismo recuerda que “Estas nuevas amenazas deben, por tanto, ser combatidas con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley”.

Desde el punto de vista de la legalidad, la existencia de un marco jurídico supranacional previene también el abuso del término «terrorismo» y dificulta la adopción de políticas que vulneren los derechos humanos. Así, en el ámbito de la UE, la Posición común 2001/931/PESC, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, la Decisión Marco 2002/475/JAI y la Decisión que la modifica

(2008/91/JAI) conminaron a los países de la UE a acercar sus legislaciones e introducir unas penas mínimas en relación con los delitos de terrorismo. Estos textos definen los delitos de terrorismo, así como los delitos relativos a grupos terroristas o ligados a actividades terroristas. Igualmente, se adoptó un listado común de organizaciones terroristas⁴⁵.

En cuarto lugar, la eficacia del Estado de Derecho está ligado al principio de la rendición de cuentas de las autoridades públicas (tanto judiciales como políticas). La rendición de cuentas judicial permite a los tribunales comprobar si las acciones de lucha contra el terrorismo respetan los derechos humanos y otras reglas del Derecho. La responsabilidad política se refiere más a la obligación de explicar las razones que hay detrás de las acciones y políticas de un Estado.

Ambos tipos de rendición de cuentas son, a veces, difíciles de garantizar en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo, debido a la opacidad de las acciones de los servicios de inteligencia. El trabajo de los servicios de inteligencia y los instrumentos antiterroristas utilizados requiere del secreto. Las Constituciones no obligan a que las cuestiones de seguridad nacional deban ser publicitadas. De hecho, el secreto permite que ciertas fuentes, misiones, eventos o identidades no sean dados a conocer a los que podrían hacer uso de esa información con el fin de actuar en contra de los intereses y la seguridad del Estado. El problema es que, si no se nos informa, es difícil supervisar la actividad del Estado y exigir a los funcionarios el rendimiento de cuentas. Encontrar una manera de hacer que estas actividades queden sujetas a controles democráticos ordinarios constituye un reto. Para solucionar esto, los principios democráticos comunes al Constitucionalismo europeo y al Derecho comunitario, como la transparencia y la rendición de cuentas, deben ponerse efectivamente en práctica⁴⁶.

⁴⁵ En septiembre de 2010 recurrió ante el Tribunal General su presencia continuada en la lista de terroristas de la UE. En diciembre de 2014, el Tribunal General anuló, por motivos de procedimiento, la Decisión del Consejo de mantener a Hamás en la lista. En su reunión de Asuntos Exteriores del 19 de enero de 2015, el Consejo decidió recurrir la sentencia del Tribunal General en el asunto Consejo/Hamás.

⁴⁶ Cole, D., Fabbrini, F., and Verdaschi, A. (eds.) (2013), *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*, Northampton: Edward Elgar Publisher.

En quinto lugar, los derechos fundamentales imponen obligaciones a los Estados, que son tanto negativas como positivas. El derecho constitucional y europeo a la seguridad da derecho a los ciudadanos a ser protegidos, ya que las personas no pueden proporcionarse tal seguridad por sí mismas. Frente a la amenaza del terrorismo, la gente puede esperar que se adopten ciertas políticas y que los poderes públicos actúen para sentirse más seguros. Como se ha visto más arriba, para responder a este deber, se han adoptado diferentes estrategias de pugna contra el terrorismo, tanto en el plano nacional como en el supranacional. Sin embargo, de nuevo hay que subrayar que la seguridad no debe lograrse a costa de restricciones injustificadas de otras libertades. Debemos seguir siendo conscientes del hecho de que la seguridad significa proteger la libertad de las personas, de tal manera que todo el mundo pueda disfrutar de sus derechos sin sentirse amenazado, pero también sin el temor de ser sometido continuamente a limitaciones en sus libertades, especialmente cuando estas limitaciones pueden ser desproporcionadas.

Con respecto a esto, se viene reclamando un enfoque de la seguridad diferente. Se han acuñado diversas expresiones para describir los tipos de medidas que los Estados y la UE deben implementar para mitigar los riesgos globales y para entender lo que implica la seguridad desde el punto de vista de la cooperación y de los derechos humanos: la seguridad cooperativa, la seguridad colectiva, la seguridad sostenible, la seguridad de los derechos humanos y la seguridad 3D. Esta última se refiere a la seguridad a través de la Defensa, la Diplomacia y el Desarrollo. Considero que sería necesario añadir otra "D" a ese nuevo concepto de seguridad, la "D" de "Derechos", añadiendo así el respeto de los derechos humanos.

Por último, la sexta lección comúnmente asumida es que el alcance de los derechos fundamentales ya no es una cuestión reservada a la soberanía nacional. Los derechos humanos van más allá de las fronteras del Estado y su protección constituye una cuestión supranacional. En el caso de la amenaza del terrorismo, ya que ésta se ha convertido en un problema mundial, se requiere una respuesta también global en la forma de una estrategia supranacional de promoción de los derechos humanos. La interacción multilateral entre los diferentes países podrían formar parte de la solución, pero lo que es especialmente deseable es el establecimiento de un "ius comune" o un

"constitucionalismo supranacional" de los derechos fundamentales como límite a las acciones gubernamentales. Para lograr esto, los tribunales internacionales, —como el CEDH o el TJUE— juegan un papel clave. Más arriba se ha subrayado el loable rol que el Tribunal de Luxemburgo ha desempeñado en la protección de los derechos en la encrucijada de la lucha antiterrorista. Los casos que se han citado establecen normas básicas de protección de los derechos, impone límites a las autoridades y buscan un equilibrio entre los derechos y la seguridad.

Por lo tanto, es esencial mantener firmemente la perspectiva de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo y otros riesgos globales. La tensión existente entre las políticas de seguridad y los derechos humanos seguirá existiendo siempre, pero se trata de encontrar un equilibrio. Una respuesta al terrorismo yihadista que sea sensible al respeto a los derechos humanos no parece ser incompatible con la salvaguardia de la seguridad. Porque, si se admite que cualquier cosa vale para hacer frente al terrorismo, podría acabar atentándose contra los mismos valores democráticos y de Derecho que se pretenden proteger en las Constituciones y en la UE.

Bibliografía

Beck, U. (2011), *Convivir con el riesgo global*, in Innerarity, D. and Solana, J., (eds.) (2011), *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales [Living with global risk, in The Endangered Humanity: Govern Global Risks](2011)*, Madrid: Paidós.

Burke-White, W. (2004), *Human Rights and National Security: The Strategic Correlation*, in *Harvard Human Rights Journal*, 17.

Carrasco Durán, M. (2010): “Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de septiembre de 2001”, en Pérez Royo (Dir.) y Carrasco Durán (Coord.) *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Barcelona: Marcial Pons, pp. 13-56.

Cole, D., Fabbrini, F., and Verdaschi, A. (eds.) (2013), *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*, Northampton: Edward Elgar Publisher.

De Vergottini, G. (2004), *La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuestas de las democracias al terrorismo*, en *Revista de Derecho Político*, 61, pp. 11-36.

Feldman, D. (2005), *Terrorism, Human Rights and their Constitutional Implications*, en *European Constitutional Law Review*, 1(3), pp. 531-552.

Flynn, E. J. (2007), *The Security Council's Counter-Terrorism Committee and Human Rights*, en *Human Rights Law Review*, 7:2, pp. 371-384.

García Roca, J. (2012), *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, pp. 183-224.

Gross, E. (2013), *The struggle of a Democracy Against Terrorism-Protection of Human Rights: The Right to Privacy Versus the National Interest—the Proper Balance*, in Martin Scheinin (ed.) (2013), *Terrorism and Human Rights*, Florence: European University Institute, pp. 525-607.

Innerarity, D., (2011), *Introducción: La humanidad amenazada*, en Innerarity, D. y Solana, J., (eds.), *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*, Madrid: Paidós.

John Ip, J. (2013), *The Reform of Counterterrorism Stop and Search after Gillan v. United Kingdom*, in *Human Rights Law Review*, 14, pp. 729 et seq.

Kokott J. and Sobota, Ch. (2012), *The Kadi Case- Constitutional Core Values and International Law-Finding the Balance?*, in *European Journal of International Law*, 32:4, pp. 1015-1024.

Masferrer, Aniceto y Walker, Clive (Eds.): *Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law, Crossing Legal Boundaries in Defence of the State*, Elgar, 2013.

Möller, K. (2012), *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford Constitutional Theory.

Müller, T. (2014), *Global constitutionalism in historical perspective: Towards refined tools for international constitutional histories*, in *Global Constitutionalism*, 3:1, pp. 71-101.

Open Society Justice Initiative (2013), *Globalizing torture CIA Secret Detention and Extraordinary rendition*, New York: Open Society Foundation.

Perez Royo, J. (2010), “La democracia frente al terrorismo global”, en Pérez Royo (Dir.) y Carrasco Durán (Coord.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Barcelona: Marcial Pons, p. 7.

Perju, V. (2012), *Constitutional transplants, borrowing and migrations*, in Rosenfeld, M. and Andrés Sajó, A. (eds.) (2012), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* Oxford: Oxford University Press.

Revenga Sánchez, M. (ed.) (2014), *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Ridaura Martínez, J. (2014): “La seguridad ciudadana como función del Estado”, *Estudios de Deusto*, 62:2, pp. 319-346.

Roach, K. (2014), *The 9/11 effect in comparative perspective: some thoughts on terrorism in Canada, Spain and the United States*, in Revenga Sánchez, M. (ed.) (2014), *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 21-60.

Serra Cristóbal, R. (2015), “La opinión pública ante la vigilancia masiva de datos. El difícil equilibrio entre acceso a la información y seguridad nacional”, *Revista de Derecho Político*, 92, pp. 75-117.

Van Kempen, P. H. (2013), *Four Concepts of Security—A Human Rights Perspective*, in *Human Rights Law Review*, 13 (1), pp. 1-23.

Warbrick, C. (2004), *The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights*, *The European Journal of International Law*, 15:5, pp. 989-1018.