

**LA DIFÍCIL CONVIVENCIA ENTRE  
LIBERTAD Y SEGURIDAD.  
RESPUESTA DE LAS  
DEMOCRACIAS AL  
TERRORISMO**

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

## SUMARIO

I.- CONFLICTIVIDAD INTERNACIONAL, ACCIÓN DEL TERRORISMO Y EXIGENCIA DE PROTECCIÓN DEL ORDEN CONSTITUCIONAL. II.- PREVISIÓN O AUSENCIA DE PREVISIÓN DEL RÉGIMEN DE EMERGENCIA. III.- EN CONTRA Y A FAVOR DE LA FORMALIZACIÓN DE RÉGIMENES DEROGATORIOS DE LA CONSTRUCCIÓN EN LA PRÁCTICA RECIENTE. IV.- EL RETROCESO DE LOS DERECHOS FRENTE A LA EXIGENCIA PRIORITARIA DE SEGURIDAD. V.- PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LAS EMERGENCIAS Y LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA TRAS SEPTIEMBRE DE 2001. VI.- LA CARENCIA DE PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS EMERGENCIAS INTERNAS Y EL RECURSO A LAS FUENTES INFRACONSTITUCIONALES. VII.- CARÁCTER PROVISIONAL O DEFINITIVO DE LAS NORMATIVAS ANTITERRORISTAS. VIII.- LA INCIDENCIA DE LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOBRE LOS DERECHOS, LOS LÍMITES AL DERECHO DE ASOCIACIÓN A TÍTULO DE EJEMPLO. IX.- UNA CONCLUSIÓN PROVISIONAL.

# **LA DIFÍCIL CONVIVENCIA ENTRE LIBERTAD Y SEGURIDAD. RESPUESTA DE LAS DEMOCRACIAS AL TERRORISMO<sup>1,2</sup>**

POR

GIUSEPPE DE VERGOTTINI <sup>3</sup>

## **I. CONFLICTIVIDAD INTERNACIONAL, ACCIÓN DEL TERRORISMO Y EXIGENCIA DE PROTECCIÓN DEL ORDEN CONSTITUCIONAL.**

La aversión a la guerra y, más en general, el propósito de renunciar a políticas agresivas y al recurso a la fuerza en las relaciones internacionales, unidos a la convicción preconcebida de la negación de la misma verosimilitud de guerras conforme al modelo anterior a la creación de las Naciones Unidas, han generado entre la mayoría de los expertos italianos la convicción de que no es esencial establecer instrumentos normativos internos que permitan afrontar una emergencia de naturaleza bélica cuan-

---

<sup>1</sup> Conferencia pronunciada en el Congreso anual de la Asociación italiana de constitucionalistas sobre el tema «Libertad y seguridad en las democracias contemporáneas», (Bari, 17-18 de octubre de 2003).

<sup>2</sup> Traducción: Pedro J. Tenorio Sánchez. Profesor Titular de Derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la UNED, Madrid. Letrado del Tribunal Constitucional.

<sup>3</sup> Catedrático de Derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia.

do se presente la necesidad. No es en efecto desacertado señalar un *paralelismo* entre la orientación que se ha manifestado después de la segunda guerra mundial a nivel internacional y la que ha tenido lugar en el interior de algunos ordenamientos, entre los cuales el italiano. En el ámbito internacional se ha intentado negar la guerra reduciéndola a conflicto armado, grave crisis internacional u operación de policía internacional, mientras en el ámbito interno no solamente se ha acogido tal planteamiento sino que nos hemos esforzado en olvidar que la misma Constitución prevé hipótesis de guerra con posibles modificaciones del orden constitucional, como está implícito en la atribución al Gobierno de los «poderes necesarios» (ex art. 78<sup>4</sup>) y en la posible *prorogatio* de las Cámaras (art. 60, apartado 2.<sup>o</sup><sup>5</sup>), así como una posible incidencia sobre derechos y garantías, llegándose a prever la admisibilidad de la pena de muerte «en los casos previstos por las leyes militares de guerra» (art. 27 apartado 4<sup>6</sup>). De la radical negación de la guerra derivarían la irrelevancia de la exigencia de establecer una ordenación normativa específicamente destinada a afrontar la emergencia y esto explica la insistencia con que se ha negado en consecuencia una legislación orgánica que ordenara el régimen de las competencias en caso de guerra y de otras emergencias así como la disciplina de las limitaciones de los derechos, dejando perdurar la incertidumbre sobre la compatibilidad constitucional de la legislación prebélica que expresamente contemplaba regímenes jurídicos de excepción. Se ha consolidado en cualquier caso la tendencia a utilizar los instrumentos de intervención ordinarios, como la Ley o las decisiones parlamentarias, para afrontar las emergencias de tal manera que se ha terminado por establecer una tendencial *superación de la distinción entre derecho normal y derecho excepcional* propia del Derecho constitucional del Estado liberal, con la conclusión de que ya no sería apropiado distinguir entre lo que está fundado en la Constitución y lo que es reconducible a la necesidad. La superación de la neta distinción entre regla y excepción ha sido además facilitada por la reconocida identificación de *situaciones híbridas* en las cuales no es fácil reconocer con certeza el paso del estado de paz al estado de guerra, así como por la constatación de la mutación de los elementos de identificación de un particular concepto de guerra: con referencia particular a las concretas «guerras globales», caracterizadas por un uso indiscriminado de actos que implican el

---

<sup>4</sup> Según el art. 78 de la Constitución italiana vigente: «Las Cámaras deciden el estado de guerra y confieren al Gobierno los poderes necesarios.»

<sup>5</sup> Según el art. 60.2 de la Constitución italiana vigente: «La duración de cualquiera de las Cámaras no puede ser prorrogada sino por ley y solamente en caso de guerra.»

<sup>6</sup> Según el art. 27.4 de la Constitución italiana vigente: «No está admitida la pena de muerte, salvo en los casos previstos por las leyes militares de guerra.»

uso de la violencia sea en el exterior o en el interior de los ordenamientos de los Estados y por parte de sujetos que pueden ser tanto Estados como organizaciones no estatales como las terroristas, y en las que la *conflictividad asume el carácter de continua*, convirtiéndose en endémica, se ha señalado cómo se modifica la relación entre norma y excepción.

En realidad, las orientaciones reseñadas no eliminan de raíz la eventualidad de que se presente una emergencia internacional con características tales que no permita ser afrontada utilizando la ordenación ordinaria de las competencias constitucionalmente previstas y sin incidir sobre el régimen ordinario de los derechos. Tal observación resulta particularmente apropiada con referencia a las situaciones conflictivas que tienen repercusiones inmediatas en el interior de un ordenamiento estatal, como las que se desarrollan en caso de amenaza terrorista. La *acción terrorista* entrelazada con el peligro de guerra comporta riesgos que requieren ser afrontados de modo que se permita la protección de una comunidad y de sus instituciones. Por lo demás, la amenaza actual para los ordenamientos estatales no es susceptible de ser afrontada sólo a través de los medios militares, sino también a través de un conjunto de medidas, entre las que se encuentran las legales, que permitan neutralizar la presencia de organizaciones terroristas sobre el territorio a través del establecimiento de legislación *ad hoc* e intervenciones administrativas y judiciales enderezadas a impedir la presencia y actividad de las mismas. La guerra tradicional, por tanto, al igual que otras emergencias como la terrorista, puede exigir que el ordenamiento del Estado se preocupe de prever una respuesta adecuada en el ámbito normativo, respuesta que debe consistir no solamente en el *afrontamiento* de los eventos en el momento en que se producen sino, sobre todo, en su *prevención*.

## II. PREVISIÓN O AUSENCIA DE PREVISIÓN DEL RÉGIMEN DE EMERGENCIA.

Desde tal perspectiva es la misma Constitución la que debería ser llamada a afrontar semejantes eventualidades. Pero esta elemental consideración no debe ocultar la dificultad de hacer coincidir la racional y ordenada *disciplina constitucional* con la *difícil previsibilidad* de las medidas de prevención y defensa indispensables.

Y en efecto, la Constitución es generalmente concebida como la ordenación del poder o como la normativa fundamental relativa a tal ordenación. La armonía de la ordenación está estrechamente unida al propósito de estabilidad y la estabilidad implica una especie de natural *normalidad*

u «ordinariedad» del régimen constitucional. En contraposición, todo lo que genera dificultad de funcionamiento del aparato constitucional o incluso amenaza su continuidad y existencia es percibido como una ruptura de la normalidad que no siempre puede ser afrontada siguiendo el régimen previsto anticipadamente por la Constitución. Esta puede establecer modalidades de intervención *ad hoc* para afrontar situaciones anómalas y por tanto contener disposiciones que permitan derogaciones de la normalidad. Pero puede también no contener previsiones o contener previsiones inadecuadas. Desde hace tiempo ha tenido lugar una unión entre ruptura de la normalidad y concepto de *excepcionalidad* del régimen jurídico enderezado a afrontar las situaciones anormales de peligro. Pero existe una sensible diferencia entre los regímenes de suspensión previstos anticipadamente por las Constituciones (prescindiendo de una eventual futura restauración) y los que son instaurados fuera de una habilitación preventiva del constituyente.

En efecto, los primeros están siempre unidos a una forma «normalizada» de emergencia susceptible de ser atenuada en sus consecuencias negativas precisamente en virtud de la previsión constitucional. Estas son una de las diversas expresiones del *impulso racionalizador* de los constituyentes, en cuanto de la previsión (en los límites de lo previsible) de las posibles ocasiones de peligro se hace derivar un refrenamiento de las consecuencias negativas imaginables para el ordenamiento y para obtener tal resultado se aceptan transitorias modificaciones de la organización constitucional y del reparto de competencias de los diversos órganos implicados, así como modificaciones del régimen de algunos derechos de libertad. Se puede pues considerar que *cuando más seria y meditada es la voluntad de proteger los «valores» que caracterizan la Constitución, más cuidadosa debería revelarse la preocupación de establecimiento preventivo de remedios que comportasen, cuando se considerase indispensable, suspensiones de la normalidad asistidas por idóneas formas de control político-parlamentario y jurisdiccional*. Los segundos son la consecuencia de la incapacidad de prever o, incluso, del rechazo de la previsión racional, en cuanto exorbitantes de cualquier preestablecimiento de normas, y por tanto más propiamente reconducibles al concepto de *excepcionalidad innovadora*.

Con referencia a los ordenamientos del Estado constitucional, estos segundos regímenes de suspensión han planteado siempre difíciles problemas a los intérpretes a los efectos de encontrar su justificación y determinar su compatibilidad con la Constitución. A un planteamiento desfavorable, condicionado por la exigencia de respetar rigurosamente la concreta voluntad formalizada por el constituyente, se ha contrapuesto una argumentación distinta fundada en la preferencia por el *principio de conservación* del orden constitucional, observándose que toda Constitución no

puede sino querer su propia supervivencia. Frente a tal exigencia fundamental se atenuaría la de la verificación de una previsión preventiva explícita de las modalidades excepcionales de tutela, observándose también que por su naturaleza las situaciones de peligro (definidas de diferentes maneras: crisis o emergencias) tienen en sí una inevitable dosis de *imprevisibilidad* que conduce a constatar la exigencia de establecer normas *ad hoc* enderezadas a evitar la disolución de un ordenamiento. Por tanto el problema de la *normativa de excepción innovadora* y suspensiva de la Constitución formal está destinado a permanecer en cuanto consecuencia de la constatación de la imprevisibilidad de formas de peligro para el ordenamiento y no se resuelve con la simple constatación de una antítesis entre previsión y no previsión (o si se prefiere entre «ordinariedad» y excepcionalidad): en efecto, ni siquiera la Constitución más minuciosamente cuidada en prever anticipadamente los diversos niveles de los regímenes de suspensión dirigidos a afrontar en la legalidad las diversas crisis o emergencias, está al resguardo de la eventualidad de introducción de modalidades innovadoras de intervención extrañas a la Constitución formal. Por poner un ejemplo concreto: la previsión de las leyes fundamentales del Estado de Israel que habilitan al Gobierno para afrontar las emergencias, entre otras la terrorista, no han impedido a las autoridades de seguridad, en ausencia de normas *ad hoc* también legislativas, adoptar reglas justificadas por la exigencia extrema de asegurar la seguridad de los ciudadanos para el desarrollo de los interrogatorios de los sujetos considerados terroristas utilizando medios físicos de constricción particularmente brutales, reglas que el Tribunal Supremo ha declarado ilegítimas por violación del principio de respeto a la dignidad humana (*Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel*, H.C.J. 5100/94, sentencia de 6 de septiembre de 1999), mientras en el momento de agudizarse las atrocidades de los atentados terroristas las aperturas liberales del Tribunal han padecido a continuación una notable parada en seco (cfr. H.C.J. 7015/02 y H.C.J. 7019/02, *Ajuri v. IDF Commandé*, sentencia de 3 de septiembre de 2002).

### III. EN CONTRA Y A FAVOR DE LA FORMALIZACIÓN DE REGÍMENES DEROGATORIOS DE LA CONSTITUCIÓN EN LA PRÁCTICA RECIENTE.

En la práctica más reciente de los ordenamientos del Estado constitucional se ha manifestado un *criterio contrario a recurrir a la introducción formalizada de estados de emergencia* ya sean admitidos o no los mismos explícitamente por la Constitución. Los ordenamientos excepcionales tienen la característica de dar relieve a la introducción de un régimen suspensivo de la normalidad y su *declaración* tendría la ventaja de servir de

notificación a los sujetos que de alguna manera podrían verse afectados por el cambio de régimen decidido, con suspensión de la normalidad precedente. Este sería el caso del estado de guerra que, una vez declarado, comportaría un cambio radical de las relaciones entre Estados pero también una alteración a veces profunda de competencias constitucionales y del régimen de los derechos de libertad en el interior de un Estado. También sería el caso de los estados de emergencia internos, que también provocan una alteración del régimen interno de las competencias constitucionales y del régimen de algunos derechos de libertad. Al mismo tiempo la formalización de los regímenes de emergencia, a través de su instauración solemne, es contemplada críticamente toda vez que la suspensión de la Constitución, tanto en cuanto a las normas de distribución de competencias como en cuanto a la garantía de los derechos, parece comportar una especie de *regreso al pasado mediante la recuperación de poderes de prerrogativa del Ejecutivo*, volviendo a los tiempos en que el Gobierno estaba habilitado para decidir sin el concurso parlamentario. Y en efecto, aunque con las debidas cautelas, este análisis tiene un cierto fundamento, siendo pacífico que los regímenes de emergencia, sea internacional o interna, se centran por doquier en una ampliación de los poderes del ejecutivo, en una limitación de la función del Parlamento de proporcionar habilitaciones iniciales, que pueden incluso faltar, y a ensayar controles sucesivos, respecto de limitaciones más o menos consistentes de algunos derechos.

La tendencial hostilidad a formalizar los regímenes de emergencia en casos de situaciones de peligro de guerra o de situación crítica para la comunidad nacional, como las que en los últimos años han sido causadas por el *terrorismo*, tanto interno como internacional, lleva a evitar decidir y declarar formalmente un estado. Al respecto es claro que la declaración de guerra está tendencialmente en desuso: la declaración de guerra al terrorismo efectuada por el Presidente estadounidense constituye una excepción (aun cuando no cumple las reglas de la convención de 1906 por falta de determinación del destinatario). También son tendencialmente no utilizados en los ordenamientos del Estado constitucional los regímenes de emergencia internos que son en cambio explotados con cierta desenvoltura en ordenamientos que aun reconociendo formalmente separación de poderes y garantía de los derechos están históricamente caracterizados por principios sustancialmente autoritarios. Así, a título de ejemplo, en un país crónicamente afectado por el terrorismo como Colombia, también después de la adopción de la Constitución de 1991 presidida por principios ampliamente garantistas, son formalmente proclamados los estados de emergencia interna (*estado de conmoción* a tenor del art. 213) dentro del cual opera la legislación antiterrorista parcialmente remodelada con la Ley de



13 de agosto de 2001. Otros ejemplos recientes de proclamación de estados de emergencia justificados por la lucha contra el terrorismo los proporciona la *Prevention of Terrorism Ordinance* n. 9/2001, de 24 de octubre de 2001, del Presidente de la India, con la que en aplicación del art. 123 de la Constitución se derogan los principios constitucionales de inviolabilidad de la persona, de prohibición de detenciones ilegítimas, del derecho de defensa, se prevé la pena de muerte, se atribuyen a la autoridad de policía amplios poderes de investigación con la sustancial eliminación de cualquier forma de protección legal para los investigados sospechosos de terrorismo, se establecen tribunales especiales. Añádase la proclamación del estado de emergencia para luchar contra el terrorismo en el vecino Nepal el 7 de diciembre de 2001. En Indonesia, tras una serie de medidas de emergencia subsiguientes a los hechos de septiembre de 2001, los atentados de Bali de octubre de 2002 han reconducido al País a un régimen anterior a la democratización operada con la Constitución de 1998, que tuvo lugar después de un largo período de gobierno autoritario, llevando a la proclamación del estado de emergencia, con introducción de la pena capital, suspensión del *habeas corpus* y de numerosos derechos, detención sin proceso. En Egipto el 23 de febrero de 2003, también a causa del terrorismo, ha sido prorrogado el estado de emergencia que había sido declarado por un trienio. Estos ejemplos indican cómo después de los atentados del terrorismo islámico de septiembre de 2001 el recurso a los regímenes de suspensión de los derechos ha retomado vigor en todas las latitudes bloqueando procesos de democratización de muchos ordenamientos, tradicionalmente al margen del Estado constitucional, procesos que acaso habían sido saludados con demasiado optimismo como si indicaran un cambio en la evolución de dichos ordenamientos.

Después de esta digresión hace falta volver a la práctica de los ordenamientos del Estado constitucional en los que *la habitual falta de utilización formal de los regímenes de los que venimos hablando no excluye que esté prevista la alteración del régimen normal de las competencias constitucionales, ni que estén previstas limitaciones de las garantías.*

De hecho hay ejemplos de efectivo recurso a los poderes de emergencia, como también ejemplos de gestión de las emergencias utilizando órganos y procedimientos ordinarios. Así, es posible encontrar la asignación de poderes excepcionales a las autoridades que encabezan el Ejecutivo y fuertes limitaciones de los derechos, entre otras el internamiento por tiempo indeterminado sin garantías jurisdiccionales a consecuencia de la instauración de un régimen formal en Irlanda del Norte, comenzando por el *Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland)* de 1922 y pasando por numerosas leyes y *statutory instruments* posteriores entre los cuales es de mencionar la *Detention of Terrorists (Northern*

*Ireland*) Order de 7 de noviembre de 1972, posteriormente varias veces sustituida por una serie nutrida de medidas de emergencia. Pero para la lucha contra el terrorismo secesionista vasco no se han actuado los regímenes de excepción de carácter general sobre determinadas áreas territoriales previstos en la Constitución española (art. 116) aun siendo evidentes las limitaciones relativas a algunos derechos. Por lo que se refiere a la experiencia italiana es del todo evidente cómo la implicación en emergencias internacionales ha sido posible sin recurrir a la activación de la cláusula constitucional del art. 78 relativa al estado de guerra, con un comprobado predominio de la decisión gubernativa (iniciativa gubernamental seguida de actos parlamentarios de dirección y decretos-leyes), mientras para la emergencia terrorista de origen interno se ha recurrido a las fuentes previstas en la Constitución (decreto-ley y ley) y de manera similar se ha procedido cuando más recientemente se ha debido afrontar la emergencia terrorista de origen internacional. Pero el recurso a los instrumentos normativos habitualmente no unidos a la gestión de las emergencias no ha impedido que se adoptaran disposiciones limitadoras de los derechos. Es más, el recurso a la ley, confirmatoria de decretos que introducen medidas provisionales, ha terminado por dar permanencia y continuidad a disposiciones que habrían requerido la transitoriedad en conexión con una situación de emergencia.

En conjunto los regímenes de emergencia, se les denomine como se les denomine, y ya estén predeterminados anticipadamente por la Constitución o no, son calificables como regímenes de suspensión de la normalidad caracterizados por su transitoriedad. Su *introducción implica la suspensión* de la parte de la Constitución con la que entran en contradicción y desde un punto de vista lógico es la suspensión de la eficacia de normas constitucionales, que permanecen latentes para recuperar plena aplicabilidad en el momento del cese de los presupuestos de la suspensión, la que permite la introducción del régimen de suspensión que se plantea como excepción respecto de la regla constitucional y que frecuentemente es calificado como excepcional.

#### IV. EL RETROCESO DE LOS DERECHOS FRENTE A LA EXIGENCIA PRIORITARIA DE SEGURIDAD.

En los últimos años, las crisis que se han abierto tras el cambio del escenario internacional que ha seguido a la desaparición de la bipolarización entre bloque oriental y occidental se han manifestado en un marco de inestabilidad que ha provocado graves preocupaciones tanto a nivel inter-

nacional como interno por la garantía de la seguridad. Esta última ha asumido progresivamente una posición central en el ámbito de los valores de referencia tanto a nivel interestatal como interno, en el que se ha venido redescubriendo la necesidad de seguridad, a ser satisfecha como *derecho*, de cuyo amparo se habían ocupado en su momento las Constituciones del siglo XVIII: la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 la incluía entre los derechos naturales e inalienables (art. 2). La necesidad de seguridad ha asumido por lo tanto un papel prioritario trastocando las reglas que se habían puesto en la base del ordenamiento de las Naciones Unidas. En este último se había prohibido el recurso a fuerza armada que sería utilizable legítimamente sólo a fines de defensa respecto de agresiones actuales. Pero el peligro de sufrir agresiones terroristas ha sido considerado tan grave como para ser considerado susceptible de comprometer la supervivencia de las comunidades que se sienten amenazadas y de justificar con la máxima amplitud el recurso a la fuerza e incluso en casos extremos a las guerras preventivas, como se teoriza en las recientes doctrinas estratégicas de Estados Unidos (*The National Security Strategy of the United States of America*, septiembre 2002) mientras en el nuevo «concepto estratégico de la Alianza Atlántica» aprobado por los jefes de Estado y de Gobierno en Washington el 23-24 de abril de 1999 la función de seguridad a través de la prevención se sitúa junto a la tradicional misión de legítima defensa colectiva prevista en el art. 5 del tratado. Vemos pues que la interpretación de la *seguridad calificada como derecho* adquiere una densidad mucho más consistente que el derecho a la legítima defensa asegurada en la Carta de las Naciones Unidas y en muchas Constituciones. Entre otras cosas, mientras el derecho a la legítima defensa se limita al Estado que se considera agredido y se manifiesta en las relaciones internacionales, el derecho a la seguridad asume el doble valor de derecho del Estado en las relaciones internacionales e internas y derecho de los ciudadanos. Desde esta última perspectiva es significativo el art. 1 de la Ley francesa de 15 de noviembre de 2001, relativa a la seguridad cotidiana: «la seguridad es un derecho fundamental. Es una condición para el ejercicio de las libertades y para la reducción de las desigualdades», amén de ser definida como deber de intervención en clave de garantía para los ciudadanos. Tal definición se ajusta a la jurisprudencia del *Conseil constitutionnel*, que ha incluido la seguridad entre los valores constitucionales (decisión n. 94-352 DC, de 18 de enero de 1995). Por la repercusión que ha tenido en cuanto a la limitabilidad de un derecho tan relevante como el de asociación política a través de partidos ha de mencionarse la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, interpretando el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH en adelante), ha reconocido que las únicas restricciones admisibles son las que resultan necesarias en una sociedad democrática cuidadosa de la *seguridad nacional o de la seguri-*

*dad política*, o de la protección de los derechos y de las libertades de las demás (*Caso del Refah Partisi-Partido de la Prosperidad y otros v. Turquía*, sentencia de 31 de julio de 2001, parágrafo 47). En conjunto, pues, el valor seguridad en las relaciones internacionales tiende a ganar la delantera al derecho de legítima defensa, permitiendo acciones de prevención prescindiendo de ataques en curso, y en las relaciones internas tiende a reducir el espacio de garantía para los derechos civiles y políticos.

Algunos de los conflictos recientes han asumido las características de la guerra y como es sabido tradicionalmente se asocia al estado de guerra la *limitabilidad de los derechos* en el interior de los ordenamientos de los Estados implicados.

En realidad, desde esta última perspectiva la situación concreta de hecho no se ha revelado uniforme. La guerra del Golfo y la que tuvo lugar contra Yugoslavia por la tutela de los albaneses de Kosovo no han tenido repercusiones en el régimen de los derechos en Italia ni en los ordenamientos de otros Estados participantes en los conflictos. En cambio, el conflicto iniciado con el ataque terrorista contra los Estados Unidos de América, que ha provocado una doble reacción tanto contra Afganistán en cuanto Estado que albergaba organizaciones terroristas como contra éstas últimas donde se localicen, ha hecho que se disparen en muchos ordenamientos una serie de reacciones, entre otras las que se traducen en una posible limitación de los derechos. Las medidas adoptadas que afectan a los derechos son por tanto siempre medidas destinadas a afrontar supuestas amenazas que pesan sobre la *seguridad interna* de las Comunidades nacionales que se sienten en peligro. Y el peligro en el caso concreto viene hoy predominantemente dado por posibles acciones del terrorismo islámico.

*Es pues por la exigencia de reaccionar frente a peligros sentidos en el interior de una comunidad nacional por lo que se aprueban normas destinadas a cuestionar lo que es el régimen ordinario de los derechos.* Reaparece en el momento de la temida agresión terrorista un problema que es connatural a la existencia del Estado liberal. El de las estrategias a elegir para impedir que la emergencia debilite las instituciones libres consiguiendo al mismo tiempo neutralizar eficazmente a los agresores. Es inimaginable poder afirmar que las instituciones clásicas del garantismo liberal puedan permanecer impecables en circunstancias de grave peligro y por lo que respecta a los derechos parece inevitable admitir limitaciones. Es finalidad de la ley, y en particular de las intervenciones de la jurisprudencia, por tanto, «*fijar un equilibrio entre exigencia de seguridad de la ciudadanía y tutela de la libertad del individuo*», como bien se sintetiza en una Sentencia del Tribunal Supremo de Israel originada precisamente por

las aplicaciones de las medidas contra el terrorismo (H.J.C. 5591/02 *Yassin v. Commander of Kziot Military Camp*, de 18 de diciembre de 2002). De hecho, la salvaguardia de la seguridad corre el riesgo de hacer redescubrir las tradicionales teorías de la *razón de Estado* y de la *necesidad* como justificadoras de la introducción de regímenes de suspensión. El Estado de Derecho se manifiesta, pues, dúctil. Tradicionalmente el arrinconamiento de las reglas ordinarias de la Constitución se hacía más aceptable a través de garantías formales dirigidas a justificar y a tranquilizar. En primer lugar el régimen que desplazaba al ordinario tenía que ser formalizado a través de la deliberación declaración de un «estado» *ad hoc* y el acuerdo se tomaba por el Parlamento. En segundo lugar el régimen tenía el carácter de la contingencia provisional y por tanto las medidas adoptables eran precarias y desaparecían al cesar la emergencia.

La tendencia actual es de distinto signo. Las medidas derogatorias no siempre se adoptan poniendo en evidencia el alejamiento del régimen ordinario. No se evidencian regímenes de excepción proclamando específicos «estados». En la realidad de estos años el problema de los límites se ha planteado prescindiendo de la instauración de un régimen jurídico de suspensión formal de las garantías, no habiéndose instaurado ni en Italia ni en el extranjero estados de excepción, como quiera que se definan, motivados por la guerra. En otras palabras, la amenaza terrorista se considera presente a largo plazo en cuanto *connatural* al actual estado de las relaciones de la Comunidad internacional y de los grupos y organizaciones no estatales que se mueven en su ámbito. Los Estados y sus ciudadanos se acostumbran a la permanencia del fenómeno terrorista. El peligro se incluye en la cotidianeidad. Es precisamente de la subsunción de lo que debería aparecer como incompatible con la normalidad en la ordinaria cotidianeidad de donde deriva el recurso a fuentes ordinarias para afrontar la emergencia terrorista en sus facetas internas. La *normalización de la emergencia* comporta el uso de las fuentes ordinarias y en particular de la ley en la generalidad de los ordenamientos, incluidos los que han previsto en la Constitución regímenes jurídicos de suspensión de los derechos en relación a la gestión de las emergencias.

Por otra parte, disminuye la contraposición entre medidas destinadas a afrontar emergencias puntuales, y por tanto *con plazo*, y medidas destinadas a continuar en el tiempo, y por tanto tendencialmente *definitivas*. En los textos normativos aprobados recientemente para combatir la amenaza terrorista, junto a disposiciones con plazo de vigencia, se encuentran abundantemente disposiciones destinadas a estar en vigor por tiempo indeterminado.

## V. PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LAS EMERGENCIAS Y LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA TRAS SEPTIEMBRE DE 2001.

En los ordenamientos del Estado constitucional presidido por los principios del Estado de Derecho la limitabilidad de los derechos encuentra justificación en primer lugar en la habilitación establecida anticipadamente por el constituyente. Resulta excepcional la disposición de la Constitución belga que prohíbe la suspensión total o parcial de la misma (art. 187).

En numerosas Constituciones se encuentran previsiones que permiten límites a los derechos, referentes a emergencias ya internacionales ya internas. El panorama es bastante complejo. La previsión de un régimen jurídico distinto del ordinario, con posibles modificaciones de la organización de los poderes públicos y de la regulación de los derechos, se refiere al estado de guerra internacional y a sus repercusiones internas. Otras previsiones se refieren a las emergencias internas, con importantes excepciones, entre otras la de la Constitución italiana, que contempla únicamente el estado de guerra. En cambio las Constituciones no están por lo general actualizadas en cuanto al establecimiento de formas de protección respecto de emergencias como las provocadas por el terrorismo ubicuo proveniente de lugares indeterminados y desarrollado por sujetos no necesariamente coincidentes con organizaciones de Estados territoriales. Es excepción la Constitución española, condicionada en su nacimiento por el carácter endémico del terrorismo vasco, que permite a una Ley Orgánica determinar formas y casos en los que con garantías jurisdiccionales y parlamentarias pueden ser suspendidos algunos artículos «de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario,... para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas» (art. 55.2), disposición originada por exigencias de defensa del terrorismo interno que sin embargo bien puede referirse al de origen exterior.

Hoy la limitación de los derechos para hacer frente a la emergencia terrorista encuentra su fuente en las normas constitucionales destinadas a la protección de las comunidades estatales respecto de peligros de subversión, que por lo general incluyen implícitamente la emergencia terrorista, y en una legislación antiterrorista presente en la casi generalidad de los ordenamientos y que, tras los eventos de septiembre de 2001, está convirtiéndose cada vez más precisa al especificar los tipos penales conectados con el origen internacional del terrorismo. Por otra parte, se debe recordar que la legislación refleja la realización de acuerdos internacionales sobre la prevención y represión del terrorismo, así como acuerdos de

organizaciones internacionales. Por lo que hace referencia a los Estados de la Unión Europea, ha de recordarse la «decisión-marco del Consejo de 13 de junio de 2002 en materia de lucha contra el terrorismo», que intenta definir las reglas para homogeneizar la prevención y represión de los delitos terroristas en los Estados miembros, preocupándose de respetar los derechos fundamentales garantizados por el CEDH y la Carta de Niza (cfr. el décimo considerando). En fin, por lo que se refiere a los Estados europeos que son miembros del mismo, el CEDH permite en particulares condiciones que por razón de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la Nación, el Estado miembro pueda adoptar *medidas derogatorias* de las obligaciones del convenio (art. 15). Similar es la previsión contenida en el Pacto Internacional sobre los derechos civiles y políticos de 1966 (art. 4), para la generalidad de los Estados miembros de Naciones Unidas. Limitándonos a lo previsto por el CEDH, recordaremos que *la derogación de la garantía de los derechos previstos por el convenio* no puede referirse al derecho a la vida, a la prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes, a la prohibición de reducción a la esclavitud, al principio de tipicidad de los delitos penales y a la prohibición de retroactividad en tal materia. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha fijado diversos principios referidos a la suspensión de los derechos motivados por la exigencia de combatir eficazmente el terrorismo: inevitabilidad de las suspensiones cuando se rebelen ineficaces remedios ordinarios, aseguramiento del derecho de defensa y de controles jurisdiccionales idóneos sobre las medidas adoptadas y sobre todo sobre las limitadoras de la libertad personal, información a los órganos del Convenio, posible control del Tribunal. Tras los hechos de septiembre de 2001 solamente el Reino Unido se ha valido de la facultad de suspensión que prevé el art. 15 con referencia a la extensión de los plazos y condiciones de arrestos y detenciones de extranjeros sospechosos de terrorismo en aplicación de la *Anti-terrorism, Crime and Security Act. 2001* (comunicación de 18 de diciembre de 2001).

En la República Federal Alemana está admitida la suspensión de derechos en conexión con la proclamación del «estado de tensión» (*Spannungsfall*) y del «estado de defensa» (*Verteidigungsfall*) (artículos 80.a.1 y 115.a), pero se prevé el mantenimiento de los principios organizativos de la Constitución. En efecto, se hace expresa prohibición de derogar, modificar o inaplicar la Constitución, se mantiene la operatividad del Tribunal Constitucional, se prohíbe la disolución del *Bundestag* y se prevé el recurso a una comisión parlamentaria común del *Bundestag* y del *Bundesrat* en caso de imposibilidad de funcionamiento del primero. No existen en la Constitución normas sobre la emergencia terrorista, pero están permitidas limitaciones que podrían activarse en tal caso. El derecho de asociación (art. 9 de la Ley Fundamental), el secreto de la correspon-

dencia (art. 10), la libertad de circulación y residencia (art. 11), la libertad de domicilio (art. 13), en particulares condiciones, son limitables; con particulares garantías puede ser declarada por el Tribunal Constitucional la limitación de algunos derechos respecto de quien a fin de combatir el orden liberal democrático abusa de la libertad de expresión, del derecho a la enseñanza, de reunión, de asociación, del secreto de la correspondencia, del derecho de propiedad y del derecho de asilo (art. 18). El derecho de asilo no es reconocido al responsable de determinados delitos, en particular los conectados al terrorismo. La jurisprudencia constitucional confirma las restricciones y la lógica de la democracia militante. Tras las leyes antiterroristas de 18 de agosto de 1976, 30 de septiembre de 1977 y 19 de diciembre de 1986, destinadas a combatir el terrorismo interno, los hechos de septiembre de 2001 han conducido a la ley sobre la lucha contra el terrorismo internacional (*Terrorismusbekämpfungsgesetz*) de 9 de enero de 2002. El «paquete» antiterrorista introduce nuevos tipos de delito y contiene numerosas disposiciones dirigidas a incrementar los poderes de investigación respecto de bancos, gestores de telecomunicaciones, sociedades financieras, compañías aéreas. Se acentúa el control sobre los datos personales, permitiendo el poder de recogerlos sin consentimiento del interesado, enervando también el secreto de la correspondencia y el secreto bancario. Para el acceso a los datos se requiere una autorización ministerial, estando la judicial limitada a los casos de vigilancia del domicilio con medios electrónicos. Está prevista la inserción en los documentos de identidad y en los pasaportes de datos biométricos para una mejor identificación de las personas. Se introduce una normativa sobre asociaciones a fin de dotar a las autoridades de seguridad de los instrumentos idóneos para ejercer un control incisivo respecto de grupos religiosos, asociaciones de base ideológica y grupos fundamentalistas islámicos. La duración de las disposiciones principales de la ley está fijada en 5 años, previéndose la facultad de prórroga que se reserva el legislador. Se debe además señalar la adopción de dos relevantes modificaciones realizadas paralelamente del Código Penal —con ley federal de 22 de agosto de 2002— por medio de la introducción del tipo delictivo de la asociación terrorista en el extranjero, así como del Código de procedimiento penal —con ley federal de 6 de agosto de 2002— estableciendo adecuaciones procedimentales. En el mismo periodo (26 de julio de 2002) se ha revisado el art. 96 de la Ley Fundamental, con la introducción de la previsión (apartado 5) que habilita a una ley federal, en el ámbito de los procedimientos penales contemplados en el art. 26 GG y relativos a la seguridad del Estado, a solicitar de los tribunales de los *Laender* el ejercicio de la justicia federal en materia de genocidio, crímenes contra la humanidad de Derecho penal internacional, crímenes de guerra, otros actos susceptibles de perturbar la coexistencia pacífica de los pueblos y seguridad del Estado.



En España, la Constitución regula (art. 116) los estados de *alarma*, de *excepción* y de *sitio*, y una Ley Orgánica, la n. 4 de 1981, desarrolla las previsiones constitucionales. En los dos últimos estados son posibles suspensiones de derechos taxativamente indicadas en el momento del correspondiente acuerdo de instauración. La modificación del régimen de los derechos en conexión con los «estados» señalados se aplica en específicas áreas territoriales y por tanto afecta a una generalidad de ciudadanos (art. 55.1). Sin embargo, una Ley Orgánica puede determinar casos de *suspensión individualizada* de los derechos reconocidos en los artículos 17.2 (duración de la detención preventiva), 18.2 y 3 (inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia) (cfr. la Ley Orgánica 11/1980, sustituida por la 9/1984 y luego por la 4/1988, como consecuencia de diversas intervenciones del Tribunal Constitucional) en relación con las investigaciones respecto de bandas armadas y elementos terroristas, asegurando el control del juez y del Parlamento (art. 55.2). En la práctica es precisamente el art. 55.2 el que ha encontrado aplicación. Es de señalar que en la Ley sobre derechos de los extranjeros (Ley Orgánica 8/2000) y en la Ley sobre partidos políticos (Ley Orgánica 6/2002) se encuentran normas *que pueden referirse a la prohibición de actividades terroristas* que habilitan a la limitación de derechos. También en el ordenamiento español la Constitución prohíbe las modificaciones del marco organizativo durante las emergencias: está prohibida la disolución del Congreso de los Diputados, se prevé que el funcionamiento del Parlamento y de los restantes poderes constitucionales no podrá ser interrumpido durante la vigencia de los estados de emergencia, se prevé el mantenimiento del principio de responsabilidad política gubernamental, se prevé la activación de una *comisión parlamentaria permanente en sustitución del Congreso* en el caso de que éste no pueda reunirse.

En Portugal, la Constitución prevé la introducción del estado de sitio y del estado de urgencia también en caso de graves amenazas para el orden constitucional (art. 19). El terrorismo no es expresamente mencionado pero se considera potencialmente incluido entre las causas justificadoras. En tal eventualidad podrían ser suspendidos temporalmente los derechos relativos a la circulación, expresión, reunión, asociación, al domicilio y a la correspondencia. La revisión constitucional de 2001 (Ley constitucional n. 1/2001, de 12 de noviembre), a continuación de los eventos de septiembre del mismo año, ha aportado una modificación del art. 34 de la Constitución previendo el acceso nocturno al domicilio privado en caso de flagrancia o con autorización de la autoridad judicial para hipótesis de delitos entre los que se incluye el terrorismo. La Constitución prevé que las limitaciones no deberían comprometer el contenido esencial de los derechos (cfr. art. 18).

En Francia, la activación por parte del Presidente de poderes dirigidos a proteger las instituciones (art. 16) y la instauración del estado de sitio (art. 36) y de urgencia (Ley de 3 de abril de 1955 y modificaciones posteriores) permiten suspensiones de los derechos, pero durante las emergencias está prohibido reformar la Constitución y disolver la Asamblea Nacional. La Ley n. 86-1020 de 9 de septiembre de 1986, seguida de la Ley 96-647, de 22 de julio de 1996 y, más recientemente de la 2001-1062, de 15 de noviembre de 2001, han previsto modificaciones del Código Penal ampliando la tutela contra actos de terrorismo. En particular, la legislación más reciente permite, con la garantía del control judicial, una amplia serie de medidas en materia de libertad de circulación y permanencia, tutela de la vida privada, libertad de expresión, libertad de asociación y reunión. En particular, la legislación antiterrorista ha ampliado los poderes administrativos en materia de control de la identidad, ha alargado los plazos de la detención policial permitiendo retrasar la asistencia jurídica, ha ampliado los poderes de registro, secuestro, acceso al domicilio, control de la correspondencia, interceptación telefónica, acceso a los datos personales. Las medidas son aplicables hasta el final de 2003 salvo posible reiteración.

En los Estados Unidos está admitida la suspensión del *habeas corpus* en caso de rebelión o de invasión (art. 1.9), se prevén limitaciones al derecho de propiedad previa regulación legal (tercera enmienda), se deroga el derecho a la defensa de los militares en tiempo de guerra o de peligro público (quinta enmienda). La legislación limitó algunos derechos durante la primera y la segunda guerra mundial con la aquiescencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la legislación aprobada tras septiembre de 2001 (*The USA Patriot Act*. Public Law 107-56, 26 de octubre de 2001, seguida por *Executive Orders* presidenciales y varios reglamentos con incidencia en numerosas leyes anteriores que son por tanto modificadas) ha limitado ampliamente derechos sustanciales y garantías de defensa para cualquiera que sea sospechoso de actividad terrorista. La ley amplía desmesuradamente los poderes de investigación de la autoridad administrativa en materia de investigaciones y acceso a los datos personales, permitiendo interceptaciones de cualquier forma de comunicación electrónica, derogando el derecho a la intimidad protegido por la cuarta enmienda. Comprime los derechos de los extranjeros sospechosos de terrorismo permitiendo la detención de hasta 7 días sin obligación de formular cargos ni de convalidar en sede judicial la medida y en algunas hipótesis llega a configurar formas de detención por tiempo indeterminado. El Departamento de justicia ha elaborado un complejo proyecto de reforma de la *Patriot Act* (c.c. *Patriot Act II*, de 9 de enero de 2003) que pretendería ampliar los poderes de las autoridades administrativas federales,

limitar los poderes de control sobre la actividad de las mismas, agravar el régimen de detención e introducir numerosas hipótesis de recurso a la pena capital.

En Gran Bretaña, la Ley parlamentaria está habilitada para introducir regímenes de suspensión de los derechos, y en particular en materia de libertad y propiedad, como ocurrió con ocasión de los dos conflictos mundiales [*Defence of the Realm Act* de 1914, *Emergency Powers (Defence) Act* de 1939 y *Courts (Emergency Powers) Act* de 1943]. Tal legislación confería al Ejecutivo el poder de aprobar actos normativos subordinados a la ley que contuvieran medidas necesarias para asegurar la seguridad en el interior y el desarrollo de la guerra. En su momento fueron aprobados actos legislativos justificados por la exigencia de combatir el terrorismo irlandés, tanto para Irlanda del Norte como para todo el Reino Unido (entre tantos otros, cfr. la *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act*, de 29 de noviembre de 1974). En tiempos recientes, para afrontar la emergencia del terrorismo internacional, se han aprobado la *Terrorism Act 2000* y luego, después de los hechos de septiembre de 2001, la *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*. Está previsto el incremento de los poderes de investigación en particular hacia los bancos y las sociedades financieras, con poder de congelación de los bienes. Está prevista para los extranjeros la detención ilimitada sin proceso de sujetos sobre la única base de la sospecha de terrorismo y es por la gravedad de esta normativa por lo que el Reino Unido ha activado el procedimiento de suspensión del art. 15 del CEDH. Esto no ha impedido a la *Special Immigration Appeals Commission (SIAC)* considerar contraria a la convención la detención referida sólo a extranjeros, en cuanto medida no conforme al principio de proporcionalidad y discriminatoria (*A. and Others v. Secretary of State for the Home Department-Appeal N:SC/1-7/2002*).

Para concluir esta panorámica, por lo demás no completa, recordaré la Ley antiterrorista canadiense (*Canadain Anti-terrorism Act*), de 18 de diciembre de 2001, que encuentra su fundamento en el art. 1 de la Carta de derechos y libertades canadiense de 1982, según la cual los derechos regulados en la misma pueden sufrir limitaciones con base en la ley «en los límites de la razonabilidad» y siempre que sean aceptables en el marco de una sociedad libre y democrática. La ley contempla medidas adecuadas para aumentar los poderes de investigación permitiendo un acceso facilitado a las fuentes de información incluso con desconocimiento del sujeto interesado, la detención policial cautelar de los sospechosos, pero también el control judicial sobre la práctica de las medidas, que tienen una duración quinquenal salvo confirmación del Parlamento, y que serán reexaminadas por el mismo pasados tres años. Recordemos también la ley neozelandesa de 18 de octubre de 2002, que introduce

medidas análogas, también asegurando el control judicial sobre las medidas eventualmente adoptadas.

## VI. LA CARENCIA DE PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS EMERGENCIAS INTERNAS Y EL RECURSO A LAS FUENTES INFRACONSTITUCIONALES.

Cuando la Constitución no tiene explícita previsión, se abre el camino a las dudas interpretativas. Se va desde intentos de interpretaciones extensivas de diversos preceptos escritos en la Constitución, a la invocación de la necesidad institucional, al recurso a las medidas de urgencia del Gobierno. Un caso sobresaliente es precisamente el italiano, en que la falta de previsión de normas constitucionales sobre las emergencias internas ha abierto un largo y no cerrado debate y en el que en la práctica se recurre al decreto-ley y a la ley. Ya se ha insistido en la circunstancia de que el art. 78 no permite ofrecer de manera explícita cobertura constitucional a las efectivas exigencias del ordenamiento en materia de conflictos internacionales y de su influencia en el interior del ordenamiento. Es necesario ahora añadir que la laguna constitucional relativa a las emergencias internas agrava la situación de duda en cuanto la *guerra contra el terrorismo* en que Italia ha sido implicada evidencia cómo es imposible establecer una neta distinción entre rasgos internacionales y rasgos internos de la agresión y de la consiguiente reacción defensiva: la ambivalencia de la amenaza terrorista, que acumula rasgos de la agresión internacional y de la interna, confirma la dificultad de mantener un régimen de tutela relativo a los rasgos internacionales conceptualmente distinto del relativo a los internos, separando el estado de guerra de un estado de emergencia interno. A falta de referencias constitucionales, resulta necesario por tanto desplazar la atención hacia las normativas aprobadas o a aprobar a nivel infraconstitucional, señalando tanto las carencias de la legislación como el dato, constatable, conforme al cual los órganos constitucionales se han esforzado hasta el momento en mantener la reacción a la agresión y la participación en iniciativas bélicas (intervenciones de defensa colectiva, guerra humanitaria, guerra del terrorismo) en el marco de las previsiones constitucionales utilizando actos de impulso y control parlamentario, el decreto-ley y la ley formal.

En la práctica se han afrontado episodios subversivos de extrema gravedad, como el terrorismo secesionista de Alto Adigio o la insurrección de Reggio Calabria, utilizando, aparentemente, medidas ordinarias de policía, mientras el terrorismo político más grave y orgánico de los años 70 ha

requerido la aprobación de actos normativos con forma de decreto-ley y luego de ley (Decreto-ley de 15 de diciembre de 1979, n. 625, convertido en la Ley de 6 de febrero de 1980, n. 15; Ley de 29 de mayo de 1982, n. 304).

En esta última ocasión, aun habiéndose invocado la presencia de situaciones de emergencia y habiéndose hablado de *legislación de la emergencia*, nos hemos esforzado en mantenernos en el ámbito del recurso a una fuente normativa ordinaria. El Tribunal Constitucional italiano justificó la legislación ordinaria suspensiva de los derechos sobre la base de su razonabilidad para afrontar una grave emergencia política interna (STCI 15/1982). En la valoración del Tribunal la emergencia es una condición de hecho anómala y grave, caracterizada por su transitoriedad, que habilita al Parlamento y al Gobierno a obligadas medidas legislativas que sin embargo son justificables únicamente durante el periodo pasajero. El Tribunal no consideró necesario señalar una disposición explícita de la Constitución a la que hacer referencia para justificar la legislación de emergencia, ni mucho menos ha recorrido el camino de la analogía interpretativa o de la necesidad como fuente de legitimidad. Más recientemente se ha recurrido a los decretos de urgencia para afrontar la situación de peligro que se produjo en el interior del ordenamiento italiano como consecuencia del terrorismo internacional (Decreto-ley de 12 de octubre de 2001 n. 369, convertido en Ley de 14 de diciembre de 2001, n. 431 y Decreto-ley de 18 de octubre de 2001, convertido en Ley de 15 de diciembre de 2001, n. 438). La nueva normativa sanciona las conductas de promoción, organización, financiación y apoyo de asociaciones presentes en el territorio nacional que se proponen desarrollar actividad de terrorismo en el extranjero. Atribuye mayores poderes al aparato de investigación y represivo previendo nuevas normas en materia de interceptación y registro, pero asegurando el control por parte de la autoridad judicial. Por tanto, en la experiencia aludida no se ha apelado a la normativa de rango legislativo preexistente para introducir formalmente un régimen *ad hoc*, sino que se ha utilizado el decreto-ley para afrontar con inmediatez la emergencia. Por lo demás, el decreto ha obtenido siempre la convalidación parlamentaria al tramitarse su conversión.

Con referencia al régimen italiano, ha de recordarse la vieja polémica sobre la permanencia en vigor de la legislación preconstitucional que prevé estados de emergencia y atribuye al Gobierno y a determinados Ministros competencias en materia de emergencias internas e internacionales. La cuestión sigue abierta, aun cuando en el ámbito doctrinal se ha manifestado siempre dominante la opinión en el sentido de la incompatibilidad respecto de la Constitución sobrevenida. Nótese sin embargo que el Código Penal Militar de guerra, que forma parte del paquete de leyes en cuestión, ha sido recientemente reformado (cfr. Ley de 31 de enero de

2002, n. 6) lo que deja entender que el legislador no lo considera en absoluto superado. Por lo demás, la limitabilidad de los derechos fundamentales no parece en absoluto contraria a la Constitución si es verdad que las leyes militares de guerra podrían incluso contemplar la pena capital. La misma Constitución contiene pues una evidente admisión de la compatibilidad con los nuevos principios constitucionales de una legislación infraconstitucional que incluya significativos límites a los derechos, no excluyéndose por tanto que tal legislación pueda incluir al menos en parte la aprobada antes de su entrada en vigor, obviamente armonizada. El art. 27 podría por lo tanto ser tomado como punto de referencia para justificar una operación interpretativa que racionalizara todo el sector de las posibles suspensiones de normas reguladoras de derechos susceptibles de tal suspensión, que en este caso serían preventivamente establecidas con ley y cuya activación estaría subordinada a que se dieran particulares condiciones de hecho y formales y que no podrían sino ser sometidas a control jurisdiccional.

## VII. CARÁCTER PROVISIONAL O DEFINITIVO DE LAS NORMATIVAS ANTITERRORISTAS.

Como se desprende de lo dicho hasta ahora, especialmente después de los hechos de septiembre de 2001, numerosos ordenamientos, dando una absoluta preferencia a la tutela de la seguridad, han aprobado nuevas y más restrictivas normativas que inciden sobre los derechos, de las que se ha ofrecido una sintética visión en la exposición ejemplificadora que precede. Un dato común a todos los ordenamientos lo ofrece la introducción de *nuevos tipos de delito* para luchar contra el terrorismo internacional, la previsión de posibles *limitaciones de los derechos* de los ciudadanos y de los extranjeros, la ampliación de los *poderes de investigación*. Son particularmente incisivas las normas dirigidas a dar mayor eficacia a las investigaciones de policía sobre la actividad terrorista entendida en sentido amplio, con referencia por tanto también a sujetos no directamente implicados en actos terroristas y sobre la base no de pruebas sino de simples sospechas, limitando la libertad personal, extendiendo la detención preventiva, reduciendo la asistencia legal y las garantías procesales. En todas partes se amplían los poderes de investigación permitiéndose el acceso a los datos personales de los investigados, en particular a través de las informaciones de bancos y sociedades financieras. Se ha limitado también el derecho de asociación, previéndose formas de control sobre las finalidades del vínculo asociativo. Las leyes adoptadas por doquier están motivadas por la emergencia del terrorismo de origen interno e internacional e introducen de manera equívoca una mixtura de medidas

provisionales o con plazo determinado y de medidas no provisionales o por tiempo indeterminado, como confirma casi en todos los casos la revisión de las disposiciones codificadas. Las medidas provisionales son a menudo expresamente calificadas como prorrogables tras la verificación de que su necesidad perdura. En los debates que han tenido lugar en muchos de los países afectados por las más recientes medidas antiterroristas se ha criticado el recurso a la ocasión de la emergencia, considerado como un pretexto, para introducir *normativas definitivas* o destinadas a durar largos períodos de tiempo. Así, en Gran Bretaña se ha señalado que la ley antiterrorista más reciente no habría sido más que la ocasión para dar carácter definitivo a la sucesión sistemática de leyes y *statutory orders* que se han ido sedimentando en el tiempo para vencer el terrorismo norirlandés. El riesgo de un endurecimiento definitivo de las orientaciones normativas de limitación de los derechos justificable con base en la primacía a asignar a la tutela de la seguridad resuena en el *Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2002)*, de 21 de agosto de 2003, del Parlamento europeo, en que se recomienda a los Estados miembros introducir una cláusula de revisión (tras un lapso razonable de tiempo) en la legislación antiterrorista (n. 27). No parece por tanto inadecuado pensar que no solamente en los ordenamientos tradicionalmente considerados autoritarios se mantendrán normativas limitadoras de los derechos, debiéndose por lo tanto concentrar la atención en la efectividad e incisividad de los controles parlamentarios jurisdiccionales para determinar los *espacios supervivientes* de garantía para los derechos de los investigados por terrorismo.

#### VIII. LA INCIDENCIA DE LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOBRE LOS DERECHOS. LOS LÍMITES AL DERECHO DE ASOCIACIÓN A TÍTULO DE EJEMPLO.

No resulta posible extender sistemáticamente el examen a la incidencia que la normativa para la tutela de la seguridad ha tenido sobre los derechos civiles y políticos y, además, no es fácil recoger hoy una documentación orgánica sobre la práctica en la actuación de la legislación antiterrorista. Pero puede parecer interesante detenerse a título de ejemplo en el impacto de las más recientes normativas limitadoras justificadas por la exigencia de seguridad en materia de *derecho de asociación*, teniendo en cuenta también cómo resulta de los pronunciamientos jurisdiccionales.

En la República Federal Alemana una Sentencia del Tribunal Administrativo Federal de 27 de noviembre de 2002 ha convalidado la disolución en vía administrativa de una asociación religiosa (el *Kalifatsstaat*) en

cuanto rechazaba los principios del ordenamiento liberal democrático y en particular de la dignidad humana y con su acción agresiva ponía en peligro tales valores. La asociación, formada por inmigrantes turcos, tenía un programa cuyos principios condenaban los propios de la democracia liberal y se proponía la instauración en Turquía de un régimen fundado en la ley coránica, predicaba la guerra santa contra los infieles y había pasado a acciones violentas en el territorio alemán no limitándose por tanto a la mera afirmación de los propios valores identificadores. El pronunciamiento se basa en el nuevo régimen del derecho de asociación tras la ley de 4 de diciembre de 2001, que modificó la *Vereingengesetz* de 1964 aboliendo la prohibición de disolución de grupos religiosos (el llamado *Religionsprivileg*), a la que siguió inmediatamente la ley para combatir el terrorismo internacional de 9 de enero de 2002, que ha previsto la extensión de los casos de disolución de asociaciones formadas por extranjeros (regulación incluida en la ley de 22 de agosto de 2002, que ha modificado nuevamente la regulación de las asociaciones. Cfr. art. 14).

Un caso que ha despertado particular interés lo ofrece una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de julio de 2001 (*Partido Refah y otros v. Turquía*). Turquía tiene un pasado particularmente turbulento en cuanto a la sucesión de disoluciones de partidos políticos considerados contrarios a la unidad nacional y que emplean medios de acción violentos. La cuestión se ha vuelto más compleja por el choque entre ideología laica de la Constitución y fenómenos ligados a la recuperación del fundamentalismo islámico. En un breve lapso de tiempo se decretó la disolución de tres partidos (SP en 1992, DEP en 1994, ZDEP en 1999). En los tres casos el Tribunal de Estrasburgo había condenado al Gobierno turco por violación del art. 11 del CEDH, que garantiza la libertad asociativa, por considerar que las asociaciones partidistas en cuanto a los fines y actividades no podían constituir amenaza para la unidad nacional. Distinto ha sido el resultado del juicio sobre la disolución del Partido de la prosperidad (RP), partido islámico con amplia base popular y un cuarto de los escaños en el Parlamento. El Tribunal, en la Sentencia de 31 de julio de 2001, reconoció la legitimidad de la disolución en cuanto la sanción podía ser «razonablemente considerada como coherente a las necesidades imperiosas de la protección de la sociedad democrática». El Tribunal definió la propugnada introducción de la ley coránica como incompatible con la democracia. En fin, uno de los elementos determinantes de la decisión fue la posibilidad del recurso a la fuerza por parte del RP para acceder al poder. El Tribunal admitió la legitimidad de la acción preventiva de disolución, en la lógica de la democracia militante: «...el Estado interesado puede razonablemente impedir la realización de semejante proyecto político, incompatible con las normas del Convenio, antes de que sean puestos en práctica actos concre-



tos que amenazan con comprometer la paz civil y el régimen democrático en el país» (par. 81).

Recordaremos en fin que en España la Ley Orgánica n. 6/2002, de 27 de junio, establece un procedimiento y una serie de criterios que permiten prohibir, con una sentencia, un partido cuando desarrolle actividades que realizadas de forma reiterada y grave puedan comprometer los principios democráticos y los derechos del hombre. Es también justificación de la disolución el recurso a la violencia y el apoyo al terrorismo (art. 9). Particularmente amplia parece la discrecionalidad admitida para valorar la implicación en la actividad terrorista en cuanto a la ley censura también el «apoyo tácito» al terrorismo. La ley ha permitido proceder a la declaración del partido independentista vasco Herri Batasuna, contrario a la Constitución, y ordenar el cese de sus actividades en tanto en cuanto violaban las prescripciones de la citada Ley Orgánica (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003, confirmatoria de una decisión provisional de 26 de agosto de 2002), mientras un auto judicial había suspendido cautelarmente todas las actividades de dicho partido desde el 27 de junio de 2002.

#### IX. UNA CONCLUSIÓN PROVISIONAL.

Como conclusión provisional de este *excursus* resulta evidente que la «guerra al terrorismo» ha terminado por repercutir de modo significativo en el régimen interno de los derechos. En el equilibrio entre seguridad y libertad la primera ha asumido, al menos en una parte de los ordenamientos, comprendidos en ella algunos de la Unión Europea, un papel dominante y en cualquier caso bastante más incisivo de lo que lo era antes de los eventos de septiembre de 2001. Pero la tendencia a proteger de modo riguroso la seguridad no nace de repente. Se había afirmado ya en los años anteriores como consecuencia del empeoramiento de la situación internacional y en algunos casos, como en Gran Bretaña y España, el terrorismo de origen internacional se insertaba en una situación ambiental ya seriamente dañada por el terrorismo local irlandés y vasco. Nota común de la más reciente normativa antiterrorista son las medidas de actualización y agravamiento de los tipos de delito y de las penas, el incremento de los poderes de investigación policiales, la limitación más o menos amplia de los derechos de los investigados, incluido el derecho a su libertad personal hasta llegar a detenciones por tiempo indeterminado sin proceso y la notable reducción de las garantías jurisdiccionales. Otra nota común es el tendencial recurso a fuentes ordinarias sin el clamor de proclamaciones for-

males de estados de emergencia. En fin, en todas partes la situación de peligro facilita la adopción de normativas restrictivas que de manera equívoca se presentan como circunstanciales pero destinadas probablemente a durar. Y esto, tanto si se utiliza el instrumento de la ley como si se modifica la regulación codificada introduciendo nuevas figuras de delito o si se introducen, como a menudo se ha hecho, medidas legislativas provisionales declaradas prorrogables tras examen parlamentario. La impresión de conjunto es que mientras continúe la situación internacional de conflicto o de grave tensión con evidentes riesgos de repercusión interna, la legislación limitativa de los derechos está destinada a hacerse crónica y que en consecuencia la garantía de los principios del Estado de Derecho terminará concentrándose en la consistencia y eficacia de los controles asignados a las jurisdicciones, como también de los controles que, en otro nivel, podrán ejercer las representaciones políticas parlamentarias.