



EN DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO

Estudios sobre las tensiones entre la
seguridad y la libertad en el mundo de hoy

JOAN LLUÍS PÉREZ FRANCESCH
VIRIDIANA MOLINARES HASSAN
(EDITORES)


Grupo Editorial
IBÁÑEZ

 UNIVERSIDAD
DEL NORTE
Editorial

EN DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO

Estudios sobre las tensiones entre la
seguridad y la libertad en el mundo de hoy

EN DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO

Estudios sobre las tensiones entre la
seguridad y la libertad en el mundo de hoy

Joan Lluís Pérez Francesch
Viridiana Molinares Hassan
(Editores)

Joan Lluís Pérez Francesch • Michelle Carducci
• Manuel Carrasco Durán • Tomás Gil Márquez • Lela Janashvili
• Tullio Fenucci • Carlo Amirante • Michelangelo Pascali •
David Odalric de Caixal i Mata • Viridiana Molinares Hassan

Barranquilla
(COLOMBIA), 2016

 **UNIVERSIDAD
DEL NORTE**
Editorial


Grupo Editorial
IBÁÑEZ

En defensa del Estado de Derecho: estudios sobre las tensiones entre la seguridad y la libertad en el mundo de hoy / editores, Joan Lluís Pérez Francesch, Viridiana Molinares Hassan ; Joan Lluís Pérez Francesch ... [et al.]. -- Barranquilla, Editorial Universidad del Norte, 2016.

227 p. ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas (p. 225-227)

ISBN 978-958-741-673-2 (impreso)

ISBN 978-958-741-674-9 (PDF)

ISBN 978-958-741-675-6 (ePub)

Derecho constitucional. 2. Terrorismo. 3. Derechos humanos. I. Pérez Francesch, Joan Lluís II. Molinares Hassan, Viridiana, editor.

(342 D313 ed. 23) (CO-BrUNB)



www.uninorte.edu.co
Km 5, vía a Puerto Colombia
A.A. 1569, Barranquilla (Colombia)



www.webmail.grupoeditorialibanez.com
Carrera 69 Bis N° 36-20 sur
Tels: 230 0731 - 238 6035
Bogotá (Colombia)

© 2016, Universidad del Norte

Joan Lluís Pérez Francesch, Michelle Carducci, Manuel Carrasco Durán,
Tomás Gil Márquez, Lela Janashvili, Tullio Fenucci, Carlo Amirante,
Michelangelo Pascali, David Odalric de Caixal i Mata y Viridiana Molinares Hassan.

Coordinación editorial

Zoila Sotomayor O.

Diseño y diagramación

Álvaro Carrillo Barraza

Diseño de portada

Jorge Arenas

Corrección de textos

Henry Stein

Procesos técnicos

Munir Kharfan de los Reyes

Hecho en Colombia

Made in Colombia

© Reservados todos los derechos. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio reprográfico, fónico o informático así como su transmisión por cualquier medio mecánico o electrónico, fotocopias, microfilm, *offset*, mimeográfico u otros sin autorización previa y escrita de los titulares de la *copyright*. La violación de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

CONTENIDO

Prólogo	ix
Presentación	xiii
LAS REACCIONES DEL ESTADO DE DERECHO Y LAS AMENAZAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN UN CONTEXTO DE CRISIS ESTRUCTURAL	1
JOAN LLUÍS PÉREZ FRANCESCH	
Libertad y seguridad hoy	1
El “reforzamiento de la seguridad” puede poner en duda el diseño del Estado constitucional democrático.....	4
La amenaza del terrorismo yihadista global y de la criminalidad organizada transnacional	14
La importancia del control y la intervención judicial	19
Reflexiones finales	24
Referencias	26
¿CONSTITUCIÓN “PROTECTORA” O CONSTITUCIÓN “SEGURA”?	28
APUNTES DE SEMÁNTICA CONSTITUCIONAL	
MICHELE CARDUCCI	
¿Una historia solo europea?	28
Seguridad vs. Pluralismo.....	29
Seguridad y Democracia.....	31
Weimar y la “seguridad plural”	32
Seguridad y Lógica et-et.....	39
¿Crisis de las fronteras o crisis de la seguridad?	40
Bibliografía	41

EL DEBATE ENTRE LIBERTAD Y SEGURIDAD, A TRAVÉS
DE LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA APROBADA TRAS EL 11-S 43
MANUEL CARRASCO DURÁN

El debate entre libertad y seguridad en el marco
de la lucha contra el terrorismo.....43

La legislación antiterroristas aprobada tras el 11-S y su evolución:
el *tsunami* y sus consecuencias44

Estados Unidos no es ni Suecia ni España.....51

Conclusiones.....56

Bibliografía.....64

POLICÍA Y ESTADO DE DERECHO
VERSUS PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRUEBA
UNA APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL DESDE EL ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 67
TOMÁS GIL MÁRQUEZ

Las funciones de la policía67

La prueba.....71

Bibliografía.....75

ORDEN CONSTITUCIONAL Y ELECCIÓN DE LA POLÍTICA EXTERIOR
DE GEORGIA (OBJETIVOS, PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS) 77
LELA JANASHVILI

Introducción: el colapso de la URSS.....77

Georgia, ¿país neutral?80

La convergencia con la Unión Europea84

Las guerras recientes de Georgia y Ucrania, intención de Rusia
de nuevas configuraciones de la Europa del Este84

La asociación con la UE.....86

Conclusión88

Bibliografía.....89

LOS DIFERENTES SIGNIFICADOS DE LA PALABRA “SEGURIDAD” EN LAS CONSTITUCIONES ITALIANA Y ESPAÑOLA	90
TULLIO FENUCCI	
Introducción	90
Clasificación de los posibles significados del concepto de seguridad	94
Visión general de las normas de la Constitución italiana y española que mencionan la “seguridad”	96
El concepto de seguridad jurídica.....	97
El derecho a la seguridad personal en la Constitución española	99
La seguridad de los ciudadanos y la seguridad pública en la Constitución española.....	103
La seguridad y el orden público en la Constitución italiana.....	110
La seguridad como un derecho social en las constituciones italiana y española	121
La seguridad nacional en las constituciones italiana y española	125
Conclusiones.....	130
LAMPEDUSA: HISTORIA Y CRÓNICA DE UN ESTRAGO INFINITO	132
CARLO AMIRANTE MICHELANGELO PASCALI	
Globalización y migración masiva	132
Políticas comunitarias, centralidad del mercado y migrantes trabajadores: ¿derogar la Bossi-Fisni y vivir felices?	136
El proceso de integración europea: entre primacía del mercado y protección simbólica de los derechos humanos	140
¿Salvar en el mar es un crimen? El derecho penal de la inmigración: entre simbolismo y realidad.....	143
En lugar de una conclusión: <i>¿The day after or the day before?</i>	158

LA COMUNIDAD CRISTIANA DE SIRIA FRENTE A LA PERSECUCIÓN DEL ISLAM RADICAL	167
DAVID ODALRIC DE CAIXAL I MATA	
Introducción	167
El posicionamiento de Occidente frente a los grupos terroristas en Siria.....	173
¿Qué ha provocado históricamente esta persecución en países donde antes se vivía un clima de tolerancia?	174
¿Se puede decir que las culpas de Occidente recaen sobre los cristianos de Siria y Oriente Medio?.....	176
Estos son los lugares donde el cristianismo nació, y ahora se enfrenta a un éxodo de grandes proporciones.....	177
¿Cuáles son las partes que han conducido a Siria hasta esta línea roja?	
¿Quién creo este infierno en el que vive desde hace dos años la población?..	181
¿Qué es persecución?.....	184
¿La Unión Europea defenderá los cristianos ante estos ataques islámicos? ...	188
Bibliografía	189
 TERRORISMO: REGISTROS JURÍDICOS Y DEBATES DOCTRINALES	 191
VIRIDIANA MOLINARES HASSAN	
Introducción	191
Aproximación al concepto de terrorismo: descripciones jurídicas.....	192
El debate doctrinal sobre el terrorismo	203
Terrorismo y libertades: un debate en el país del 9/11	211
Conclusiones.....	218
Referencias	219
Anexo	222

PRÓLOGO

Tienen ante ustedes un libro que ha visto la luz gracias al impulso de la Universidad del Norte; sin su apoyo e interés este no sería una realidad.

Este trabajo se enmarca en el trabajo colaborativo que se ha ido desarrollando durante los últimos años en el seno del Grupo de investigación en Derecho y Ciencia Política de la Universidad del Norte y del Grupo de investigación sobre Libertad, Seguridad y Transformaciones del Estado (LSTE-Grup); este último nacido en el seno de la Universidad Autónoma de Barcelona, y desde el cual se ha dado génesis a un convenio multilateral entre siete universidades que ha creado la Red interuniversitaria para el estudio de las transformaciones constitucionales del Estado. Integran dicha red las siguientes universidades: Universidad Autónoma de Barcelona, Estatal de Tblisi, Bari, Salento, del Norte de Barranquilla, Cádiz y Sevilla, y pretende ser un punto de apoyo para la colaboración entre las mencionadas instituciones, como lo demuestra la edición de este libro. Las líneas de trabajo de dicha red son: análisis de los cambios institucionales, comparación de la regulación de los derechos fundamentales, planteamientos sobre la organización territorial de los Estados bajo el criterio de las tensiones entre los valores de la libertad y la seguridad. Nos proponemos, asimismo, la promoción de la vinculación estrecha entre la sociedad civil y las instituciones públicas y privadas de cada territorio, desarrollando asesoramientos, cursos y, en especial, la participación en programas de tercer ciclo y doctorado, así como en seminarios de formación continuada.

Este libro recoge diferentes aportaciones que tienen en común el tratamiento de las tensiones entre los valores de la libertad y la seguridad. Aspecto de especial interés para que el primero de los valores mencionados no sea opacado, no sea excesivamente matizado o menoscabado

por las actuales amenazas globales. Ciertamente, hoy como siempre la libertad no puede ponerse en el mismo plano que la seguridad, ya que esta debe ser un contexto de tranquilidad existencial para que la libertad pueda disfrutarse plenamente. Con este objetivo se recogen en este volumen los siguientes trabajos: “Las reacciones del Estado de Derecho y las amenazas a los derechos fundamentales en un contexto de crisis estructural”, de Joan Lluís Pérez Francesch; “¿Constitución “protectora” o Constitución “segura”? Apuntes de semántica constitucional”, de Michele Carducci; “El debate entre libertad y seguridad a través de la legislación antiterrorista aprobada tras el 11-S”, de Manuel Carrasco Durán; “Policía y Estado de derecho versus presunción de inocencia y prueba. Una aproximación constitucional desde el ordenamiento constitucional español”, de Tomás Gil Márquez; “Orden constitucional y elección de la política exterior de Georgia (objetivos, problemas y perspectivas)”, de Lela Janashvili; “Los diferentes significados de la palabra “seguridad” en las constituciones italiana y española”, de Tullio Fenucci; “Lampedusa: historia y crónica de un estrago infinito”, de Carlo Amirante y Michelangelo Pascali; “La comunidad cristiana de Siria frente a la persecución del islam radical”, de David Odalric de Caixal i Mata; “Terrorismo: registros jurídicos y debates doctrinales”, de Viridiana Molinares Hassan.

Los nueve trabajos que conforman esta obra nos muestran la viveza del debate, y cómo en diferentes lugares del planeta la tensión entre libertad y seguridad es de una gran actualidad. Por consiguiente, no podemos olvidar que el miedo a las grandes amenazas, como las provenientes del terrorismo, el crimen organizado, en ocasiones con formatos nuevos, como en el caso del cibercrimen, puede dar lugar a que los Estados, al sentirse amenazados, actúen sin el debido respeto a los derechos fundamentales, legislando de forma excepcional. El miedo se convierte en un generador de políticas que olvidan los espacios de libertad, haciendo primar la seguridad. Nuestra lucha es por el Estado de Derecho y en contra de la barbarie, o lo que es lo mismo, contra el “estado de naturaleza” y el desorden organizado. No se puede admitir que se pierda el sentido de los límites, y por tanto hay que articular mecanismos que sin perder la eficacia sean respetuosos de derechos

tan básicos como la tutela judicial, la intimidad o el secreto de las comunicaciones. También hay que afrontar el trato a los extranjeros y la diversidad cultural, sin que sea de recibo una especie de persecución genérica, al estilo del llamado “derecho penal del enemigo”.

En definitiva, de lo dicho se puede concluir que la preocupación por la seguridad no puede tirar por la borda el esfuerzo de tantas generaciones por consolidar una cultura de la libertad, que es una cultura jurídico-política en la cual el respeto a los derechos fundamentales de las personas es el núcleo duro de la Constitución y del Estado de Derecho, para vivir todos juntos dentro de los parámetros de la civilización.

Deseo que este libro sirva para concienciar y reflexionar en la tarea siempre pendiente de construir una Libertad duradera para todos. A este ideal cívico también nos agradecería contribuir.

Joan Lluís Pérez Francesch

Catedrático acreditado de Derecho Constitucional (UAB)

Director del LSTE-Grup

PRESENTACIÓN

Este libro es el resultado del esfuerzo de una unión académica intercontinental. Se trata de la materialización del primer producto de investigación de los profesores vinculados a la Red interuniversitaria para el estudio de las transformaciones constitucionales del Estado, constituida bajo la dirección del doctor Joan Lluís Pérez Francesch e integrada por profesores colombianos, italianos, españoles y de Europa del Este.

La importancia de esta obra radica principalmente en la preocupación común de la que surgió: el estudio de las transformaciones del Estado constitucional bajo la amenaza del terrorismo, que da cuenta de que este es posiblemente uno de los grandes problemas que afronte el siglo XXI y que no se limita a un territorio específico sino, por el contrario, es un mal que se extiende por varios continentes. Así, lo que aquí presentamos son precisamente diferentes investigaciones de cómo este fenómeno ha impactado esferas sociales, jurídicas y políticas y ha generado limitaciones a libertades que han sido producto de conquistas históricas y sobre las cuales se ha desarrollado un proceso de cesión voluntaria por parte de la población ante los discursos intimidatorios de gobiernos poderosos que en varios casos utilizan el miedo para mantener estructuras de poder y establecer nuevos procesos colonizadores contemporáneos sobre territorios y poblaciones que no encajan en las lógicas de las democracias occidentales.

Es por ello que el diálogo académico entre los profesores que integran la Red representa una voz de resistencia frente a estos procesos de opresión y una airada defensa de las libertades y del Estado constitucional contemporáneo.

Viridiana Molinares Hassan

Profesora investigadora Universidad del Norte
Barranquilla (Colombia)

LAS REACCIONES DEL ESTADO DE DERECHO Y LAS AMENAZAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN UN CONTEXTO DE CRISIS ESTRUCTURAL

Joan Lluís Pérez Francesch

Universitat Autònoma de Barcelona (España)

LIBERTAD Y SEGURIDAD HOY

El objetivo central de todo Estado constitucional, es decir, de todo Estado de Derecho, es la garantía de la Libertad. La Libertad con mayúscula, como la estatua de la Libertad de Nueva York, en el marco de la cual se pueden desarrollar las diversas libertades concretas (*freedom*). Las llamadas libertades públicas o derechos fundamentales de las personas son la clave de bóveda de la misma existencia del Estado, y para que las libertades puedan germinar hay que disfrutar de la garantía de la paz social, de la seguridad. Una seguridad que es jurídica, pero también humana, física, personal y colectiva. No hay libertad sin seguridad, y no hay seguridad sin libertad. Pero, a mi juicio, los dos valores no pueden estar al mismo nivel.

Efectivamente, considero que el derecho a la seguridad es subalterno del gran valor de la Libertad. Cuando los ponemos en el mismo plano, o les damos la misma importancia, no hacemos ningún favor al segundo. Incluso, después de los atentados a las Torres Gemelas el 11-S de 2001, en muchos Estados se empezó a reforzar la seguridad, quizás como una obsesión o tal vez como una reacción ante la amenaza que significaba el aumento de la inseguridad y de la “sensación de inseguridad”, no solo para la población sino también para el propio Estado. El ejemplo más grave fue la creación del penal de Guantánamo

(Frosini, 2006). Estados Unidos de Norteamérica, que había construido el *rule of law* y el *due process law*, y que como dije disfruta del elemento simbólico de la estatua de la Libertad, ha cedido a la miseria humana del “no derecho”, de una especie de limbo jurídico y extraterritorial donde han situado a los prisioneros yihadistas. Esta es una situación que causa perplejidad, precisamente porque es un recurso extremo inadmisibles a la luz de la civilización, que ni el presidente Obama, a pesar de las promesas, ha sabido cancelar.

El derecho a una vida tranquila es vital para poder desarrollar los derechos de las personas, lo cual exige unas garantías institucionales —un servicio público— de tipo policial y de administración de justicia. Ahora bien, es obvio que la seguridad no es solo un asunto de la policía, ni de los jueces, dado que son muy importantes las conductas seguras, así como la formación en la autorresponsabilidad, la buena educación y el civismo. Unas buenas prácticas administrativas son asimismo imprescindibles para que los poderes públicos actúen no solo respetando la ley sino también, y sobre todo, con el máximo respeto a la dignidad de las personas. La seguridad en los Estados actuales es una actividad que les desborda para moverse en el marco de unas necesidades globalizadas (en especial en relación con el crimen organizado, el terrorismo, la delincuencia transnacional, las mafias, etc.) y cada vez más gestionadas a partir de la coordinación entre cuerpos policiales (por ejemplo, dentro de la UE o a nivel internacional). Si la seguridad nace como un elemento que da sentido al Estado, hoy ambos conceptos se han visto ampliados por las nuevas exigencias históricas. Estas vienen condicionadas por elementos globales, ante la inseguridad frente a la violencia física, pero también por las amenazas a las condiciones de vida anteriores a la gran crisis financiera que se inició en 2007 y ha llegado a nuestros días con una reformulación de las prestaciones estatales, que comporta una redimensión del Estado, y una crisis sin precedentes de los derechos sociales asociados al denominado Estado del bienestar (sanidad, educación, atención social, trabajo o vivienda).

Hoy en día, como quizás siempre que hay cambios estructurales, el Estado se remodela, se adapta a las circunstancias. En el ámbito de las tensiones entre los principios constitucionales derivados de la Li-

bertad y del derecho a la seguridad, si bien desde 2001 entró en una dinámica de nueva resolución por la amenaza del terrorismo y la criminalidad global, a partir de 2007 la crisis financiera global golpeó las estructuras presupuestarias públicas y obligó a cambios significativos en la configuración del Estado.

En este trabajo me voy a referir al primero de los elementos, pero no me gustaría dejar de lado la referencia al segundo supuesto citado, puesto que la suma de los dos nos aporta una comprensión cabal y totalizadora de las transformaciones del Estado constitucional, por lo menos en su dimensión europea occidental.

La seguridad (jurídica, económica, existencial, en definitiva) en el marco de las estructuras sociales y políticas democráticas se nos presenta con cuatro atributos, que quiero destacar:

- a) Es una condición de legitimidad de los Estados (cada vez más integrados en estructuras supraestatales).
- b) Es un derecho individual (de las personas) y colectivo (de las sociedades).
- c) Es un contexto imprescindible para ejercer plenamente los derechos fundamentales.
- d) No puede ser un límite abstracto e indeterminado para impedir el ejercicio de los derechos y de las libertades públicas, al estilo de las tradicionales cláusulas genéricas de orden público.

Por consiguiente, la reflexión sobre la seguridad en una sociedad democrática es un elemento imprescindible, un valor insoslayable también, para construir algo tan trascendental como el *derecho a vivir en paz*; una paz si bien es cierto que debe comenzar por cada persona, también necesita estructuras sociales y jurídicas que la faciliten y le den vitalidad, que aporten algo de certeza a la vida humana, y que por encima de todo estén al servicio de la garantía del gran valor del Estado constitucional democrático, que no es otro que la Libertad.

EL “REFORZAMIENTO DE LA SEGURIDAD” PUEDE PONER EN DUDA EL DISEÑO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

El contexto actual de la gran preocupación por la Seguridad, en especial a partir de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, 11 de marzo de 2004 en Madrid y 7 de julio de 2005 en Londres, entre otros, ha exigido la implantación de una serie de medidas que a nuestro juicio suponen un cambio importante en la relación entre los ámbitos estatales gubernativos y los judiciales. Se ha venido afectando así a la arquitectura jurídico-política sobre la que se ha fundamentado el Estado de Derecho, es decir, el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas, acompañado de las correspondientes garantías, el respeto al principio de separación de poderes, así como la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Hoy se nos plantean dudas razonables sobre el mantenimiento de los esquemas institucionales del Estado de Derecho en su versión anterior al desarrollo de dichas medidas para luchar contra las nuevas versiones del fenómeno terrorista, o contra la criminalidad organizada transnacional, como graves problemas globales, con lo que entendemos que en ocasiones *se ha aprovechado el contexto para extremar de paso medidas tradicionalmente consideradas como extraordinarias, normalizándolas y así primar el principio de eficacia en la reacción ante posibles amenazas*. El profesor De Vergottini (2004) advirtió hace años en su libro *Guerra e costituzione* del peligro que supone *normalizar las medidas de excepción*. Como recuerda el profesor Revenga (2006-2007), “lo que dota de sentido a las medidas excepcionales es su carácter limitado en el tiempo y su función de instrumento para la recuperación de la normalidad” (p. 61).

El incremento de poderes del aparato policial sin controles efectivos sí supone mayor inseguridad jurídica y menor garantía de libertades, lo cual constituye un riesgo nada desdeñable para el propio desarrollo de la democracia, indisociable del Estado de Derecho, porque este no puede poner en tela de juicio el “compromiso constitucional” y permitir el uso de medios dudosos, la violencia, la fuerza, la coacción y el engaño

para gobernar a sus ciudadanos (Ignatieff, 2005). El miedo al terrorismo puede originar que los Estados amenazados por el mismo sufran una “política del miedo”, una sensación de “emergencia constante”, constituyendo esta situación el caldo de cultivo para legislar de forma excepcional, produciéndose así un verdadero proceso de marginalización de los derechos fundamentales.

El miedo se convierte así en generador de políticas que olvidan los espacios de Libertad y privilegian la seguridad.

En este contexto, existe un conjunto de acuerdos internacionales que operan como marco dentro del cual se debe ejercer la lucha contra el terrorismo; entre los cuales destacan, por ejemplo, el del Consejo de Seguridad de la ONU en una declaración sobre la cuestión de la lucha contra el terrorismo adjunta a la Resolución 1456 de 2003, el cual afirma que *los Estados deben cerciorarse de que las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo cumplan todas las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional, en particular las normas relativas a los derechos humanos y a los refugiados y el derecho humanitario*. El Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, aprobado por los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en la sede de la ONU del 14 al 16 de septiembre de 2005, subrayó de nuevo que las medidas adoptadas para luchar contra el terrorismo deben ser conformes a las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional, en particular las normas reguladoras de los derechos humanos, el derecho relativo a los refugiados y el derecho internacional humanitario.

Por su parte, en las *Líneas Directrices sobre Derechos Humanos y la Lucha contra el terrorismo* del Consejo de Europa se reafirma también de forma categórica que no se debe permitir la adopción de ninguna medida contra el terrorismo que socave los principios del Estado de Derecho. Aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de julio de 2002, en particular las líneas directrices II y III hacen referencia a la *interdicción de la arbitrariedad*: las medidas tomadas por los Estados para luchar contra el terrorismo deben respetar los derechos humanos y el principio de primacía del derecho, excluyendo toda arbitrariedad, así como todo trato discriminatorio o racista, y deben ser objeto de un

control apropiado. La línea directriz III hace referencia a la legalidad de las medidas antiterroristas y establece el principio de que toda medida tomada por los Estados para luchar contra el terrorismo debe tener una base jurídica; cuando una medida restrinja los derechos humanos, esas restricciones deberán definirse de la manera más precisa posible y ser necesarias y proporcionadas al fin perseguido.

Hoy más que nunca, se nos hace indispensable establecer límites claros y controles precisos para que el poder no se exceda y extralimite. El caso extremo sería los internados en la base de Guantánamo y la situación en la que se encuentran los allí recluidos desde hace años, sin garantías, sin derechos, sin saber a ciencia cierta la acusación que versa en su contra y fuera de los controles democráticos y del Estado de Derecho (Gray, 2003).

Las reformas legislativas llevadas a cabo en Estados Unidos como consecuencia de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 han supuesto *un recorte de derechos fundamentales y libertades públicas en pro de la seguridad*. Estas medidas han incidido fundamentalmente en la libertad y seguridad personales, aumentándose el tiempo de duración de la detención preventiva, se ha reformulado la tutela judicial efectiva, con la creación de tribunales de excepción, o el derecho a un debido proceso con todas las garantías, al ser afectados los sistemas de recursos o pruebas, aparte del secreto de las comunicaciones telefónicas y a través de Internet, permitiendo la interceptación de comunicaciones telefónicas en ocasiones incluso sin mandato judicial previo.

La *política de seguridad nacional* ha pasado a ser objetivo principal de la política judicial, en perjuicio de los derechos civiles y las garantías constitucionales. Como ha escrito Miguel Revenga (2006-2007), “lo que llaman en los Estados Unidos “guerra contra el terrorismo” ha producido ya allí ciertas transformaciones en un modo de concebir la libertad política con una tradición de más de doscientos años” (p. 59). Se ha creado una inteligencia nacional ampliada, que se extiende a todo tipo de información, con independencia de la fuente de la que proceda y que incluye información obtenida dentro y fuera de Estados Unidos, bajo el argumento de la defensa de la seguridad nacional (Akerman, 2007; Vervale, 2007).

La *Patriot Act*, el mismo 2001, expresa esta nueva concepción norteamericana. Confiere inusuales poderes ejecutivos a los agentes de policía y a los servicios de inteligencia. La *Patriot Act* ha conducido a la adopción en varios estados de la *Fellow Patriot Act*, que ha introducido previsiones similares en materia de registros, embargos, poderes especiales y excepcionales del gobernador, ampliando notablemente la posibilidad de investigación digital, sin exigir en todos los casos la autorización judicial. La interceptación de las comunicaciones sin autorización es posible cuando se trate de investigaciones nacionales o internacionales cuya finalidad sea la salvaguarda de la *seguridad nacional*, para los datos registrados como mensajes de voz o correos electrónicos. La *Patriot Act* permite extender la posibilidad prevista anteriormente y conocida como órdenes *pen/trap*, por las que se podría acceder a identificar los números de teléfono de todas las llamadas efectuadas o las llamadas destinadas al ámbito de las redes electrónicas, accediendo de esta manera a las direcciones de *e-mail*, direcciones IP y direcciones IP remotas. En el ámbito de los registros, en su Sec., 218 dispone que los mandatos de registros relativos a investigaciones sobre terrorismo nacional o extranjero emitidos en el ámbito de una concreta jurisdicción tendrán validez en todo el territorio de Estados Unidos, apartándose de lo previsto en el artículo 41 de la norma federal de procedimiento penal, que establecía la necesidad de un mandato de registro para cada distrito.

Las repercusiones de la *Patriot Act* también se han notado en el ámbito de la protección de fronteras y leyes de inmigración. En estas áreas se amplía de 24 horas a 7 días el plazo para comunicar los motivos de la detención administrativa. En el plazo de estos 7 días, el interesado debe ser acusado de un delito o bien conducido ante el Ministerio Público en el procedimiento de expulsión. Sin embargo y por motivos de seguridad nacional, el fiscal general puede ampliar el plazo de detención a 6 meses y prorrogarlo varias veces. El fiscal general y el INS (Immigration and Naturalization Service) ostentan un poder de detención a largo plazo sin precedentes, sin posibilidad de defensa y sin obligación de declarar expresamente en qué se basa con exactitud la amenaza para la seguridad nacional. Las repercusiones en el ámbito de los derechos han llevado hasta el extremo de que el Departamento de Justicia y el Departamento de Estado han desarrollado un estándar

biométrico para el control de fronteras, visados y pasaportes y los institutos de enseñanza deben suministrar información específica relativa a la educación de los extranjeros. Sobre la detención por tiempo indeterminado, el 12 de enero de 2005 el Tribunal Supremo decidió que los no ciudadanos tienen derecho *a no ser sometidos a esas detenciones* y concluyó que la detención por tiempo indeterminado es admisible solo si es “razonablemente necesario” para obtener la expulsión. Esto significa que el Gobierno debe encontrar fundados motivos para ello, y de no ser así, el interesado debe ser puesto en libertad. Pero la puerta está abierta para posibles abusos, a pesar de las matizaciones efectuadas en sede jurisdiccional.

Comentario aparte merece la Orden Militar Ejecutiva que el presidente Bush firmó el 13 de noviembre de 2001 (*Detention Treatment and Trial of on Certain Non-Citizens in the War against Terrorism*), que permitía que los enemigos extranjeros fueran juzgados por comisiones militares. El presidente, en su condición de comandante supremo de las Fuerzas Armadas y fundamentándose en los artículos I y II de la Constitución, puede adoptar tal decisión. Ahora bien, la cuestión que se plantea es determinar si Estados Unidos se encuentra en una situación de *estado de guerra*, porque la Corte Suprema ha reconocido que Estados Unidos puede encontrarse en estado de guerra sin una declaración formal. Además debemos tener en cuenta que como consecuencia de esa especial situación, la primera administración Bush sostuvo que no debía aplicarse el Convenio de Ginebra ni el estatus de prisionero de guerra a los detenidos en Guantánamo. En 2002 se reconocieron algunos derechos consagrados en el Convenio de Ginebra a combatientes talibanes pero no a miembros de Al-Qaeda. Estos permanecen como combatientes ilegales, que pueden ser interrogados arbitrariamente, privados de derechos o sufriendo una grave limitación de los mismos mientras dure la lucha contra el terrorismo extendida a todo el mundo.

La Orden Militar altera muchos principios fundamentales inherentes a los derechos civiles reconocidos en la Constitución y numerosas reglas del sistema procesal penal ordinario. Tanto la organización como la administración de justicia por parte de comisiones militares se erigen en derecho especial: no solo el Ministerio Público y los jueces sino

también los abogados pertenecen al Ejército o son abogados civiles seleccionados por el Gobierno que han aceptado las reglas del procedimiento militar. Es un procedimiento judicial en manos del Ejecutivo que no respeta los principios de independencia e imparcialidad. La identidad de los abogados puede ser mantenida en secreto. No se aplica el *hábeas corpus*. Los derechos de defensa se ven limitados, se impide a los abogados defensores el acceso a las pruebas cuando ello pueda suponer un riesgo para la seguridad nacional, rigen reglas probatorias especiales y no hay jurado. El recurso de apelación no lo es ante un tribunal de apelación federal perteneciente al Poder judicial sino ante un órgano colegiado de carácter militar y la sentencia que declare la culpabilidad e imponga una sanción corresponde al presidente. No existe un proceso público; los abogados no pueden conocer a los testigos de la parte contraria; no se les reconoce el derecho al secreto profesional y necesitan autorización del Ministerio de Defensa para hablar con la opinión pública; las conversaciones entre el abogado y los testigos son grabadas; la acusación no está obligada a comunicar el *íter* de obtención de las pruebas, lo cual significa que su origen y el modo de obtención no son controlados; se admiten pruebas secretas y las obtenidas mediante vigilancia. Consecuentemente, el funcionamiento de estos tribunales se aleja de los principios garantistas mínimos homologables en un Estado de Derecho. Frente a tales atropellos de los derechos civiles, la National Association of Criminal Defense Lawyers, compuesta por 11 000 miembros, aconsejó a sus asociados que no prestasen asesoramiento legal y, por tanto, rechazó las limitaciones impuestas a los derechos de defensa.

En 2004, sin embargo, el Tribunal Suprem aceptó el recurso interpuesto por la defensa de Yaser Esam Hamdi, detenido en Guantánamo, aunque en su decisión acepta las prerrogativas del presidente y el concepto de “combatiente enemigo”, en aplicación de la *Authorization for Use of Military Force Act*, afirmando que

encontrar un justo equilibrio constitucional resulta de enorme importancia para la nación durante este período en el que está en curso una dura lucha, pero igualmente resulta de vital importancia que nuestros cálculos no infravaloren los valores que este país tiene en el corazón