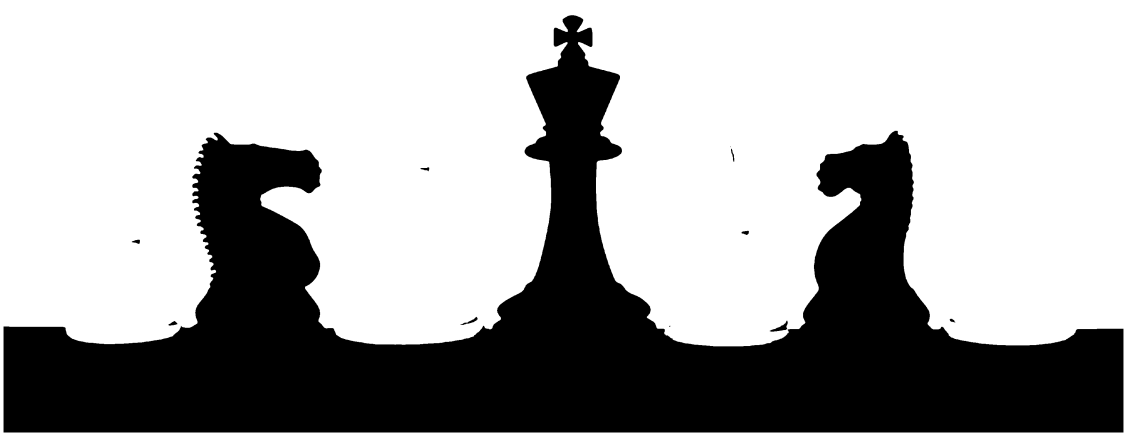
La seguridad como amenaza

Los desafíos de la lucha contra el terrorismo para el Estado democrático

ROSARIO SERRA CRISTÓBAL

tirant
lo blanch

INTELIGENCIA
Y SEGURIDAD



LA SEGURIDAD COMO AMENAZA

Los desafíos de la lucha contra el terrorismo para el Estado democrático

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)

Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA SEGURIDAD COMO AMENAZA

Los desafíos de la lucha contra el terrorismo para el Estado democrático

Universidad de Valencia
ROSARIO SERRA CRISTÓBAL

tirant lo blanch
Valencia, 2020

Copyright ® 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de la autora y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Director de la colección:
JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC
Universidad de Valencia

© Rosario Serra Cristóbal

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1336-667-8
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: EL OBJETO DE ESTUDIO 11

2. SEGURIDAD Y GLOBALIZACIÓN 17

2.1. De los riesgos para la seguridad y otros peligros 17

2.2. ¿De qué seguridad hablamos? 20

2.3. Seguridad vs. Libertad 27

2.4. De la seguridad en clave interna a la necesidad de una respuesta colectiva supranacional 31

2.4.1. La cooperación en materia de seguridad como nueva perspectiva 31

2.4.2. La seguridad en la Unión Europea 35

3. LA RESPUESTA AL TERRORISMO COMO DESAFÍO 41

3.1. La amenaza del terrorismo global 41

3.1.1. Un apunte sobre el terrorismo yihadista. Sus singularidades 41

3.1.2. Terrorismo de la era digital. La importancia de los datos y las redes sociales 50

3.1.3. Los combatientes terroristas extranjeros 53

3.1.4. La financiación del terrorismo yihadista 59

3.2. Las respuestas de los Estados democráticos al terrorismo global 62

3.2.1. Tipos de respuestas 62

3.2.2. La respuesta española a la persecución y prevención del terrorismo global 66

4. CONTRATERRORISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES 73

4.1. Los derechos como límite al Estado en su respuesta al terrorismo 73

4.2. El recurso a la ponderación sosegada de los intereses en conflicto 78

4.3. Derecho a tener derechos. La pérdida de la nacionalidad por razones de terrorismo 81

5. LA NORMALIZACIÓN DE LA EXCEPCIONALIDAD 87

5.1. La declaración del estado de excepcionalidad tras un ataque terrorista 87

5.2. La posibilidad de excepcionar temporalmente la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos por razón de "peligro público que amenace la vida de la nación" 96

6. CONTROL MASIVO DE COMUNICACIONES Y DATOS. EL *CHILLING EFFECT* O CÓMO SE COARTA NUESTA LIBERTAD 101
6.1. El efecto disuasorio al sentirse controlado 101
6.2. Un control de comunicaciones y datos sujeto a garantías 112
6.3. La cesión de datos por las empresas proveedoras de servicios de comunicación y titulares de bases de datos para la lucha contra el terrorismo 118

7. DERECHO A INFORMAR Y A RECIBIR INFORMACIÓN EN DEMOCRACIA 123
7.1. La importancia de una opinión pública informada sobre la lucha contra el terrorismo 123
7.1.1. Maximizar la circulación de información 123
7.1.2. Una opinión ciudadana anestesiada por la seguridad 125
7.2. El papel de los medios en la información sobre terrorismo 128
7.3. El secreto de Estado como límite al derecho a ser informado sobre asuntos de seguridad 131
7.3.1. El sentido del secreto de Estado 131
7.3.2. La dificultad de definir qué puede afectar a la seguridad y defensa del Estado 138
7.3.3. Una apuesta por una mayor transparencia también en cuestiones de seguridad 139
7.3.4. Cuando lo secreto se hace público 141
7.3.5. El deber de reserva en la difusión de información por razón de seguridad 142
7.4. Obstáculos a la libre circulación de información 145
7.4.1. El acceso a la información sobre seguridad nacional por los medios 145
7.4.2. La vigilancia de periodistas y la búsqueda de sus fuentes de información 147
7.4.3. Censura a los medios por publicación de contenidos relacionados con el terrorismo 149

8. LIBERTAD DE EXPRESIÓN 153
8.1. La importancia de la libertad de opinión en democracia 153
8.2. Límites a la libertad de opinión y expresión en la lucha contra el terrorismo 154

8.2.1. Evitar la apología y el enaltecimiento del terrorismo..... 154
8.2.2. Las manifestaciones de la libertad de expresión en red... 163
8.3. Las empresas proveedoras de internet como censoras de los contenidos terroristas difundidos en red..... 166

9. LIBERTAD RELIGIOSA..... 175
9.1. Convivir en sociedades religiosamente plurales. La islamofobia. 175
9.2. Limitaciones a determinados códigos de indumentaria religiosa o cultural. El conflicto entre la expresión religiosa y la pretendida seguridad..... 182
9.3. El cierre de mezquitas y lugares de culto..... 186

10. DERECHO DE REUNIÓN..... 193
10.1. Derecho de reunión y manifestación como algo esencial al Estado democrático..... 193
10.2. El derecho de reunión pacífica y sus limitaciones: la seguridad y el orden público..... 194
10.3. Prohibición de celebración de una reunión por enaltecimiento o apología del terrorismo..... 198
10.4. La prohibición de una reunión por riesgo para el orden público o la seguridad pública..... 202

11. PARTICIPACIÓN SOCIAL Y POLÍTICA..... 209

12. EL DEBIDO CONTROL DE LA ADECUACIÓN DE LAS MEDIDAS ANTITERRORISTAS AL MARCO CONSTITUCIONAL..... 217
12.1. La actuación en el marco de la legalidad. Un control judicial y político de las medidas antiterroristas..... 217
12.2. *Monitory democracy.* El debate público sobre las medidas antiterroristas en democracia..... 221

13. REFLEXIÓN FINAL. Una democracia puede derrotar incluso a la más peligrosa de las amenazas externas sin poner en riesgo sus valores más preciados..... 225

NORMATIVA CITADA..... 237

JURISPRUDENCIA CITADA..... 245

BIBLIOGRAFÍA..... 249

1. INTRODUCCIÓN: EL OBJETO DE ESTUDIO[1]

"¿Qué podemos aprender que nos permita responder de forma más inteligente la próxima vez?"
(Bruce Ackerman, "The Emergency Constitution", p. 1029)

El Estado tiene como funciones principales proteger la igualdad, la justicia y *la seguridad*, para garantizar a su vez el disfrute de *la libertad* por parte de los ciudadanos[2]. Para ello, entre otras cosas, ha de actuar estratégicamente, ha de advertir los posibles riesgos que se ciernen sobre el Estado, analizar las posibles medidas a adoptar y proceder en consecuencia.

Me gustaría reflexionar en este trabajo sobre esas decisiones que los Estados han estado adoptado para salvaguardar la seguridad y que pueden estar poniendo en riesgo los elementos básicos de nuestras democracias; al igual que meditar sobre qué tipo de medidas debieran tomarse para seguir enfrentando en el futuro los riesgos contra la seguridad sin perder esas coordenadas propias del Estado democrático de derecho, entre ellas, las que vienen marcadas por aquellos derechos fundamentales en las que este se manifiesta.

Precisamente, en las respuestas que hemos dado a muchas de las amenazas a las que se enfrentan los Estados, se visualiza un cambio muy significativo en lo que se refiere a la limitación de los derechos fundamentales.

---

1 Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades "Seguridad pública, seguridad privada y derechos fundamentales" (Ref. RTI2018-098405-B-100).

2 A este respecto, decía Humboldt que "sin seguridad, el hombre no puede formar ni percibir los frutos de las mismas, pues sin seguridad no existe libertad. Pero la seguridad es, al mismo tiempo, algo que el hombre no puede procurarse por sí mismo; así lo demuestran las razones tocadas de pasada… y la experiencia de nuestros Estados (…) El mantenimiento de la seguridad, tanto frente al enemigo exterior como frente a las disensiones interiores, debe constituir el fin del Estado y el objeto de su actividad". HUMBOLDT, Wilhem von (1988): "El fin último del Estado", en *Los límites a la acción de Estado*, Madrid, Tecnos, pp. 50-51.

Después de una larga etapa liberal en la que los recortes a los derechos venían justificados por la colisión con otros derechos fundamentales, hemos entrado en un nuevo periodo en la que esa minoración de los derechos se justifica en el conflicto que surge de su colisión con esa idea vaga y emotiva de *seguridad* a la que tanto se alude. Al igual que Tomás Vives hablaba de "la libertad como pretexto"[3], para referirse a cómo paradójicamente la libertad puede acabar volviéndose en contra de las propias libertades cuando se produce la desnaturalización de la misma o determinados demagogos pretenden utilizarla indebidamente, cabría aludir a "la seguridad como pretexto" para referirnos a esa tendencia creciente a justificar la involución en el ejercicio de muchas de nuestras libertades en la necesidad de garantizar la seguridad. Cobran de nuevo validez las palabras del Profesor Vives, si las aplicamos en nuestros días a la búsqueda de la seguridad, cuando decía:

> "Y para salvaguardar ese orden público (u hoy la seguridad)[4] o para colmar las carencias sociales, la mayoría en el poder puede sentir —y, a menudo, siente— la tentación de atropellar algunos derechos y libertades, o suprimir algunas garantías: se llega a pensar que, a fin de cuentas, lo que se sacrifica no es nada o, en el mejor de los casos, que el sacrificio vale la pena, dado el fin que persigue. Pero, cuando ciertos derechos —y, con ellos, ciertos grupos de personas— quedan excluidos del marco institucional, el edificio entero comienza a vacilar: el sistema democrático se halla en peligro si sus presupuestos se resquebrajan"[5].

Efectivamente, de lo que pretende ocuparse este ensayo es de cómo los presupuestos más esenciales del estado democrático pueden verse dañados en esa pertinaz búsqueda de la seguridad. En definitiva, se quiere reflexiona sobre cómo la sobrevaloración de la seguridad en nuestros días conduce a la aceptación social, reproducida luego en sede parlamentaria, de que nuestras libertades han de limitarse necesariamente; y sobre cómo esta aceptación puede hacer mella en elementos esenciales de nuestra democracia y en muchas de las vías de participación ciudadana tal como las hemos concebido hasta el momento.

---

3 VIVES ANTÓN, Tomás (1995): "La libertad como pretexto", en *La libertad como pretexto*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 387.

4 Adenda del paréntesis de la autora de este trabajo.

5 VIVES ANTÓN, Tomás (1995): "La libertad como pretexto", *op. cit.*, p. 397.

En el fondo, ello no es más que otra de las consecuencias del sistema global neoliberal que rige hoy y que ha generado profundas transformaciones en los campos político, económico, social y cultural. Un sistema neoliberal que produce despolitización en la sociedad al tiempo que una tendencia a asumir eslóganes comunes, postulados que se siguen como verdades compartidas, y una especie de pensamiento único o de consenso pasivo[6]. Estas y otras consecuencias de ese neoliberalismo global se han visto fuertemente incrementadas por la revolución de las comunicaciones, lo que se expresa en la extensión mundial de los medios de comunicación, la digitalización e internet. Son canales que han servido y han sido utilizados para dar proyección mundial no solo a todo tipo de productos y de ideas auspiciadas por aquellos (los poderes políticos y económicos) que quieren influir en el mercado y en la sociedad, sino también a pensamientos ideológicos y religiosos que pretenden expandirse mundialmente entre sectores sociales muy influibles. Lo cierto es que se ha generalizado una tendencia global a compartir colectivamente un único punto de vista y a pensar que las cosas no pueden hacerse de otro modo. Es en ese contexto donde la obstinada búsqueda de la seguridad a toda costa conduce a la adopción de medidas restrictivas de las libertades, que promueven los poderes públicos, medidas que pueden contravenir incluso las reglas del derecho y la democracia; y son previsiones que son asumidas sin crítica por la sociedad global occidental absorta por ese pensamiento único que valora la seguridad por encima de todo.

De ahí que pueda plantearse que la sobredimensión de la seguridad puede acabar siendo una amenaza para nuestro estado democrático de derecho. Por eso, en este ensayo será necesario recalar en cuestiones como el tipo de seguridad de la que se habla, cómo se conforma el sentimiento generalizado de inseguridad en la opinión pública, qué responsabilidad tienen los poderes públicos o los medios en la conformación de esta, el papel que le corresponde a los proveedores de servicios de comunicación (hoy especialmente los electrónicos) en el control de ideas o mensajes que puedan poner en riesgo la seguridad, la visión de la seguridad como una

---

6 De hecho, se ha afirmado que las actuales reglas de la globalización neoliberal han contribuido a poner en crisis la democracia y el Estado de derecho. KRUGMAN, Paul (2011): "Oligarchy, American Style", *New York Times*, 4 de noviembre de 2011.

preocupación en clave global, el cómo han de ponderarse los riesgos a los que nos enfrentamos, y un largo etcétera.

Uno de los ámbitos en los que puede observarse fácilmente esa evolución en la limitación de los derechos, a la que me refería anteriormente, es en las medidas adoptadas para garantizar la seguridad frente al terrorismo global. El cambio ha sido especialmente llamativo en la respuesta penal, haciendo su aparición un fenómeno que ha venido a denominarse "derecho penal del enemigo", siguiendo el término acuñado por Günther Jakobs[7]. En su opinión, toda comunidad política tiene el legítimo derecho a salvaguardar su identidad y asegurarse un mínimo de seguridad (en su caracterización conceptual, "seguridad cognitiva") y, a tal fin, ha de considerarse autorizada para utilizar todos los medios a su alcance para combatir todo aquello que potencialmente puedan suponer un grave peligro y un riesgo cierto para la convivencia. Estos individuos peligrosos deben considerarse, según Jakobs, como "enemigos" y "*Feinde sind aktuell Unpersonen*" (Los enemigos no son personas). Qué duda cabe que esta deriva que han ido tomando las normas penales de muchos de los países occidentales ha generado numerosas críticas por parte de la doctrina y se ha denunciado la regresión que supone para las garantías de los derechos[8].

En el mismo sentido, como se preguntaba Francisco Caamaño, ¿podemos caer en el riesgo hoy de que se establezca un "Derecho constitucional del enemigo"?[9], o incluso ¿no hemos caído ya en ello? Hemos de plantearnos si corremos el peligro de establecer un sistema en el que para luchar contra el "enemigo", que ahora es el terrorismo global, acabemos prohibiendo y limitando todo aquello que, según esa óptica de la primacía absoluta de la seguridad, pueda interpretarse como una amenaza.

---

7 JAKOBS, Günter y CANCIÓ MELIÁ, M. (2006): *El Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas.

8 GÓRRIZ ROYO, Elena (2017): "La deriva de las legislaciones penales contraterroristas, hacia el Derecho penal del enemigo", en "Contraterrorismo: plasmación legislativa reciente e impacto en las libertades y derechos fundamentales", *Seguridad Global y Derechos Fundamentales*, *Cuadernos de Estrategia 188,* Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, p. 154.

9 CAAMAÑO, Franciso (2019): "¿Existe un derecho constitucional del enemigo? Mirando tras la cortina", Obra colectiva, *La Constitución española en su 40 aniversario*, Santiago, Ed. Escola Galega de Administración Pública (en prensa).

El recurso a la seguridad es tan efectista, podríamos decir tan "populista", que, por un lado, es fácil aceptar socialmente ese tipo de limitaciones sin crítica alguna, y, por otro, resulta sencillo situar fuera del sistema normal de garantía plena de los derechos a aquellos que se separan de ese pensamiento mayoritario o incluso a quienes indebidamente se les considere que pueden poner en riesgo la seguridad. Se ha comprobado que determinadas prácticas que priorizan garantizar la seguridad a toda costa generan como efecto el orillar a determinados colectivos de la sociedad, a concretas prácticas religiosas o la manifestación de ciertas opiniones, o incluso limitan nuestra libertad de actuación, por el temor que genera en nosotros el pensar que de nuestra actuación, de nuestros datos, o de nuestras opiniones podrían derivarse consecuencias negativas (el denominado *chilling effect)*.

Todo esto que estoy indicando es esencial en nuestro modelo democrático y afecta especialmente a los derechos en los que la democracia se materializa. Porque las medidas antiterroristas pueden afectar a derechos tan importantes en democracia como la libertad de actuación al sentirnos vigilados, el derecho a la información (y, por lo tanto, a una opinión pública libre e informada), la libertad de expresión, el derecho de reunión, la libertad religiosa, o los derechos asociativos. Me estoy refiriendo a las libertades de participación, también denominadas libertades políticas. Estos contenidos constituirán el eje conductor de este trabajo y ayudarán a analizar, desde la óptica de la sana crítica, —que es tan consustancial a la democracia—, cómo se afronta el fenómeno del terrorismo global (cuestión parangonable a otras amenazas, evidentemente) Se pondrá de manifiesto que es necesario que la ciudadanía participe en ese debate. Solo así es posible exigir de los poderes públicos el rendimiento de cuentas que también la democracia exige y proponer alternativas de futuro. Al fin y a la postre, los ciudadanos somos los principales afectados tanto por la amenaza como por las respuestas que tratan de remediar que la misma se materialice en un daño ulterior. No olvidemos que la semántica del riesgo implica *confrontarse con la construcción de futuros*, lo cual no es sencillo.

2. SEGURIDAD Y GLOBALIZACIÓN

"National security is no longer national security"
(Ulrich Beck, 2002)[10]

2.1. DE LOS RIESGOS PARA LA SEGURIDAD Y OTROS PELIGROS

Varios son los riesgos a los que se enfrentan los Estados hoy y que pueden suponer ciertamente una amenaza para la *seguridad* (pensemos, por ejemplo, en los grandes riesgos medioambientales, las epidemias sanitarias, el crimen organizado transnacional, los conflictos armados, las ciberamenzas o el terrorismo yihadista). En todo caso, la Estrategia española de Seguridad Nacional de 2017 distingue entre amenazas y desafíos. Las primeras son las "que comprometen o pueden socavar la Seguridad Nacional, y (los) desafíos (son los) que, sin tener de por sí entidad de amenaza, incrementan la vulnerabilidad, provocan situaciones de inestabilidad o pueden propiciar el surgimiento de otras amenazas, agravarlas o acelerar su materialización" (flujos migratorios irregulares, inestabilidad económica, epidemias y pandemias, o vulnerabilidad energética). La Estrategia añade que, "en el mundo actual, tanto las amenazas como los desafíos suelen estar interconectados y sus efectos traspasan fronteras"[11].

Hablar de riesgo implica, hablar de contingencia. Refiere a un evento que *todavía* no acontece (una catástrofe, un atentado, una crisis… que todavía no ha tenido lugar). Entre los autores que se han dedicado a pensar teóricamente el concepto de riesgo destacan Ulrich Beck y Niklas Luhmann[12]. No cabe duda de la enorme relevancia sociológica que la cuestión

---

10 BECK, Ulrich (2002): "The terrorist threat. World Risk Society Revisited", *Theory, Culture & Society*, vol. 19 (4), p. 46.

11 Estrategia de Seguridad Nacional. 2017, p. 56.

12 Un análisis comparativo de las teorías de estos dos autores puede verse en GALINDO, Jorge (2015): "El concepto del riesgo en las teorías de Ulrich Beck y Niklas Luhmann", *Acta Sociológica*, vol. 67, pp. 141-164.

del riesgo está teniendo en nuestras sociedades, algo que Ulrich Beck ya plasmó en su teoría sobre *La sociedad del riesgo* (1986)[13] y que condujo a Niklas Luhmann a publicar su trabajo *Sociología del riesgo* (1991).

Beck da inicio a su obra analizando la transformación estructural sufrida por el conflicto en las sociedades industrializadas y afirma que en ellas actualmente los conflictos sociales ya no se relacionan con el tema de la distribución de la riqueza, sino con la distribución de los riesgos, unos riesgos que derivan del desarrollo. Además, en un mundo global como el que vivimos, la sociedad del riesgo se convierte en una sociedad del riesgo *mundial*[14]. Este autor subraya al menos tres diferentes ejes del conflicto en la sociedad del riesgo global: los conflictos ecológicos, las crisis financieras globales, y la amenaza de las redes del terrorismo global, donde se otorga más poder a gobiernos y estados, porque la determinación de quién es ese enemigo terrorista no es ya establecida por los jueces o por cortes internacionales, sino decidido por los gobiernos y estados poderosos[15].

Este tercer tipo de riesgos globales que citaba Beck, el que proviene de la amenaza del terrorismo que se ha denominado global (el terrorismo yihadista), es el que constituirá el objeto principal de este trabajo. Y se hará, no solo atendiendo al riesgo que el fenómeno genera en sí mismo para los ciudadanos, sino también al riesgo que la desmesurada respuesta al terrorismo por parte de los gobiernos puede provocar para los valores esenciales de nuestro Estado democrático; hablamos de unos gobiernos que han tomado decisiones sobre cómo perseguir a los perpetradores de los ataques, y cómo afrontar la posibilidad de que se produzcan otros nuevos, y no siempre lo han hecho maximizando esos valores.

Para el otro autor que citaba arriba, Luhmann, hablar de riesgo también implica hablar de futuro; y hablar de futuro remite inevitablemente a una situación siempre contingente. A su parecer, los eventos del mundo no son en sí mismos generadores de riesgos, sino que se hacen tales cuando los observamos desde la óptica del riesgo. Este autor parte de la distinción

---

13 BECK, Ulrich (2006): *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós.

14 BECK, Ulrich (2008): *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, Ediciones Paidós Ibérica.

15 BECK, Ulrich (2002): "The terrorist threat..", *op. cit.*, p. 41.

entre riesgo y seguridad, pues la seguridad es el antónimo del riesgo, pero considera esta confrontación insuficiente para encontrar soluciones satisfactorias, por lo que propone el uso de la confrontación riesgo/peligro. Entiende que el posible daño que pueda producirse en una sociedad puede ser "consecuencia de una decisión, es decir, el daño se le atribuye a la decisión. Entonces hablamos de riesgo y, precisamente, del riesgo de la decisión. O bien se juzga que el posible daño es provocado en forma externa, es decir, se le atribuye al entorno. En este caso hablamos de peligro"[16]. Por lo tanto, para él, el peligro permite observar daños sin tomar en cuenta decisiones, mientras que el riesgo no depende de elementos o características objetivas, sino del modo en que estos son observados. Así, la decisión que se toma, al sopesar entre ganancias y pérdidas, construye el futuro en términos de riesgo.

Desde esta óptica, ciertamente, el terrorismo global constituye una amenaza, un peligro; es un fenómeno incontestable, que existe y produce daños humanos y materiales, o puede producirlos. Pero el riesgo que supone para nosotros depende de cómo lo observamos y de las decisiones que adoptamos para hacerle frente. Y, a su vez, las medidas antiterroristas por las que optamos puedan generar un riesgo para el *status quo* de nuestras sociedades democráticas de derechos. En este sentido, como decía Ballesteros, "es conveniente atender a las probabilidades de materialización de cada riesgo y, más importante aún, las consecuencias que estos tienen para los intereses nacionales"[17] (intereses de todo tipo). El afrontar el peligro, sopesarlo y tomar decisiones sobre cómo evitarlo constituye el verdadero *desafío de futuro para nuestro constitucionalismo democrático*.

Para ello, habrá que tener en consideración varias premisas: (a) las singularidades del terrorismo yihadista, u de otro terrorismo global o de otras amenazas (como los movimientos violentos de la extrema derecha), para conocer la amenaza a la que nos enfrentamos, (b) el concepto de seguridad que buscamos y (c) el papel que le corresponde a los Estados en la lucha contra fenómenos que son globales. Solo así estaremos en condiciones de

---

16 LUHMANN, Niklas (1991): *Soziologie des Risikos*, De Gruyter, Berlín, pp. 30-31.

17 BALLESTEROS, Miguel Ángel (2016): *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, Madrid, IEEE-Ministerio de Defensa, p. 286.

valorar si las medidas que se adoptan como respuesta justifican suficientemente la posible merma de nuestra democracia y qué opciones caben. En la constante búsqueda de la seguridad corremos el riesgo de poner en peligro los valores democráticos y del Estado de derecho por los que hemos peleado durante tanto tiempo.

2.2. ¿DE QUÉ SEGURIDAD HABLAMOS?

Como decía arriba, hay varios fenómenos que pueden amenazar nuestra seguridad y poner en riesgo la estabilidad de un Estado. Cierto es que la seguridad es un concepto que no acaba de alcanzar un significado unívoco, pues la misma, acompañada de un calificativo diferente, puede referir a algo distinto; al igual que esa seguridad puede venir referida a amenazas que provienen del exterior o que se leen en clave externa, o de riesgos o elementos distorsionadores que guardan un cariz fundamentalmente interno. Se habla así, generalmente, de seguridad humana, seguridad europea, seguridad global, seguridad cooperativa, o seguridad nacional, para referirnos a la seguridad desde la óptica externa; y de seguridad ciudadana, seguridad pública, o seguridad interior, para referirnos a esa seguridad en clave interna; incluso todos estos términos a veces son vistos desde un punto de vista interno o desde la vertiente externa o se entremezcla con otros conceptos como defensa nacional, defensa exterior[18], orden público, u otros.

En el fondo, todos ellos hacen referencia a la necesidad de brindar a los derechos fundamentales y al *status quo* institucional de una salvaguarda frente a individuos o circunstancias que puedan dañarlos.

Es cierto que, cuando hablamos de riesgo para la seguridad, aludimos a un entendimiento amplio de esta que abarcaría no solo a la existencia de amenazas efectivas a valores nucleares de la sociedad o del Estado, sino también al miedo a que tales valores se vean atacados (seguridad en sentido

---

18 Jorge Lozano subraya como en Europa, la defensa exterior está íntimamente vinculada a la seguridad interior, entre otras razones, como consecuencia de los nuevos tipos o formas de actividades terroristas. LOZANO MIRALLES, Jorge (2019): "Seguridad común e integración europea en la lucha contra el terrorismo en la Unión Europea", *Federalismi.it*, nº 1, pp. 62 y ss.

subjetivo). Ha de admitirse que estos valores pueden variar de unos Estados a otros, lo que explica que el concepto de seguridad no sea absolutamente homogéneo en todos los países.

Dentro de un Estado una de los aspectos de la seguridad que tradicionalmente todo Estado incluye como una de sus funciones es la salvaguarda de la *seguridad pública*[19]. Como se ha señalado[20], la seguridad pública es un concepto muy cercano a otros que encontramos en los ordenamientos nacionales e internacionales, que son la *seguridad ciudadana* o el *orden público*. Si intentamos precisar, la seguridad pública es una noción más concreta que la de orden público, al centrarse la primera en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes, y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, mientras que el orden público incluye también cuestiones, como, por ejemplo, la salubridad, y, por tanto, es más amplio[21]. La noción de seguridad pública hace referencia a la necesidad de protección de los bienes jurídicos colectivos y la vigilancia frente a los peligros que acechan a esos bienes como podrían ser todas aquellos que puedan acarrear un daño grave para un sector de la sociedad. Por último, en lo que respecta a la *seguridad ciudadana*, esta se refiere más a la protección de personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas. Ha venido siendo definida como "actividad dirigida a la protección de bienes y personas y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadanos"[22].

Si nos referimos a la seguridad desde una visión más externa, y por lo que decía más arriba, los ciudadanos perciben también las amenazas globales (que se supone que son comunes) de diferente modo según los países[23].

---

19 Véase: PAREJO ALFONSO, Luciano (2008): *Seguridad Pública y policía administrativa de seguridad. Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch.

20 IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2015): *La seguridad privada. Régimen jurídico-administrativo*, Valladolid, Lex Nova, 2004, pp. 41-43; CASINO RUBIO, Miguel (2015): *Seguridad Pública y Constitución*, Madrid, Tecnos, p. 44.

21 RIDAURA MARTÍNEZ, M. Josefa (2014): "La seguridad ciudadana como función del Estado", *Estudios Deusto*, vol. 62, p. 330.

22 STC 33/1982 de 8 junio.

23 Así, en un estudio realizado por *Pew Research Center*, en julio de 2015, "Climate Change Seen as Top Global Threat". (http://www.pewglobal.org/files/2015/07/

Porque, a los riesgos externos reales a los que se ve sometido un país hay que sumar otros factores internos (carácter nacional, tradición, preferencias, prejuicios, daños previamente sufridos, etc.) que influyen luego decisivamente en el marco de seguridad que un gobierno decide establecer como objetivo de su política de seguridad y defensa[24].

Cada Estado define la seguridad nacional[25], que parece buscarse fundamentalmente frente a las amenazas exteriores, de modo distinto, pero el término alude, en general, a la capacidad continuada del un país para proseguir el desarrollo de su vida interna sin interferencia seria, o amenaza de interferencia. De hecho, la mayor parte de los Estados aprueba su Ley de Seguridad y el Plan de Estrategia de Seguridad Nacional, Planes que tienen como objetivo fundamental determinar cuáles son los riesgos para la seguridad del Estado en cada momento y las medidas para prevenirlos[26]. En España, la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, adopta una visión de la seguridad entendida como "la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales". Pero incluye igualmente la acción para "contribuir junto a sus socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos acordados". En su marco se han aprobado diversas Estrategias de Seguridad Nacional, la vigente data de 2017 y sigue a otros planes aprobados anteriormente (2011 y 2013). También en su ámbito se ha aprobado,

---

Pew-Research-Center-Global-Threats-Report-FINAL-July-14-2015.pdf9) se ponía de manifiesto cómo en unos Estados el 79 % de la población considera el cambio climático como la mayor amenaza para la humanidad, al igual que es sentida como la primera amenaza en muchos de los países latinoamericanos y, sin embargo, en países europeos, Estados Unidos, Australia y Canadá, entre otros, se sitúa al terrorismo yihadista como la amenaza de más alto nivel.

24 SÁNCHEZ FERRO, Susana, *El secreto de Estado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 219.

25 DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis y BLANCO NAVARRO, José María (2014) *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

26 SÁNCHEZ DÍEZ, Ingrid Estíbaliz (2016): *La evolución de la concepción de seguridad. Contribución de la Estrategia de Seguridad Nacional 2013 y las Reforma Legislativas de la X Legislatura*, Lisboa, Juruá editorial.

además, un Plan estratégico contra el terrorismo (2019)[27], un documento que nace de la voluntad de constituirse en el marco político estratégico de la lucha contra el terrorismo y el extremismo violento. La Estrategia de Seguridad española reconoce que "la definición, evolución y naturaleza de la Seguridad Nacional han sufrido una profunda transformación, paralela a la evolución de las amenazas y desafíos. Dinámicas de transformación en el entorno de seguridad global que en los últimos años han contribuido a revolucionar el marco estratégico en el que opera la Seguridad Nacional y, por ende, la lucha contra el terrorismo". Como se indica en el preámbulo, "su visión reside en promover las necesarias condiciones de libertad, seguridad y justicia, que fomenten la convivencia entre todos los ciudadanos, contribuyendo a consolidar una sociedad democrática, plural y diversa, resiliente al terrorismo y al extremismo violento" (…) y "Sigue la traza de la Estrategia Contra el Terrorismo de la Unión Europea y la de Naciones Unidas".

Por lo tanto, hemos de reiterar que, más allá de los intereses nacionales, la visión de la seguridad y la defensa de un Estado no puede olvidarse de participar también en las necesidades de la seguridad y defensa europeas y de aquellas otras relaciones que se mantienen en el marco de las organizaciones y alianzas internacionales. Porque junto al concepto de seguridad nacional se habla también de *seguridad común*[28], que es precisamente el término que tradicionalmente se ha empleado en el marco de la UE al referirnos al pilar de "política exterior y seguridad común" (PESC), que alude a una participación conjunta de los Estados en la seguridad de cada uno de ellos. Al igual que también se utiliza el concepto de *seguridad cooperativa*,

---

27 Aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional en su reunión de 21 de enero de 2019, BOE 26 febrero 2019. La Estrategia Nacional Contra el Terrorismo sustituye a la anterior Estrategia Integral contra el Terrorismo Internacional y la Radicalización (EICTIR) del año 2012, se adapta a la nueva situación de la amenaza y conforma su contenido a la Estrategia de Seguridad Nacional de 2017.

28 El concepto de seguridad común que fue planteado por Olof Palme en el contexto de la Guerra Fría, señala que "…los países no pueden adquirir seguridad a las expensas de otros, y tampoco a través sólo del poder militar. La seguridad común requiere que los pueblos vivan en dignidad y paz, que tengan lo necesario para alimentarse, encontrar trabajo y vivir en un mundo sin pobreza ni destrucción". En sus postulados este concepto se acerca al de seguridad humana al que nos referiremos posteriormente.

concepto que promueve la idea de que es preciso "construir" la confianza no solo entre Estados, sino también con otros actores no estatales a través de la discusión, la negociación, la cooperación y el compromiso; y se emplea el término *seguridad colectiva*, que desde la perspectiva multinacional refiere a la protección de intereses compartidos. De hecho, recordemos el concepto de "Security Union", que fue lanzado en la UE en 2016 como un modo de virar de la cooperación para la protección de la seguridad nacional interna de cada uno de los Estados hacia la idea de proteger la seguridad colectiva de la Unión como conjunto.

Junto a ello se ha aludido también a otros términos como el de *seguridad integral*, para apuntar a la inclusión conjunta de acciones de política militar, económica y medioambiental y humana (ej. OSCE)[29]; o a la idea de abordar la seguridad "desde una perspectiva integral", esto es, desde el punto de vista de los objetivos (que deben incluir también la protección de los derechos fundamentales, la garantía del Estado de Derecho y los principios y valores constitucionales) y los factores que la amenazan (se deben abordar todos los factores que amenazan la seguridad). Así, se ha defendido que, "en una visión integral de la seguridad, no debe perderse de vista que la seguridad, ella misma, puede convertirse en una amenaza, y que sin Estado de Derecho y garantía efectiva de los derechos fundamentales no existe *seguridad integral*"[30].

También se ha apuntado el concepto de *seguridad humana*, que se fue desarrollando desde finales de los 90 del siglo pasado[31]. Este con-

---

29 Es también como se autodefine el modelo integral de la Estrategia española de Seguridad Nacional de 2017, "un modelo robusto fundamentado en la unidad de los partidos políticos, la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los Servicios de Inteligencia e Información, el trabajo de los jueces y fiscales, la cooperación internacional, así como la madurez de la sociedad española, con el apoyo y asistencia permanente a las víctimas" (capítulo I).

30 GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2018): "Seguridad global y derechos fundamentales. Una propuesta metodológica", en *GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (Coords.) Seguridad y Derechos. Análisis de las amenazas, evaluación de las respuestas y valoración del impacto en los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 29.

31 La base original del concepto de seguridad humana puede encontrarse en el Informe de Desarrollo Humano de 1994 del Programa de Naciones Unidas para el Desa-

cepto estuvo auspiciado por la necesidad de incluir en la agenda de seguridad otras múltiples amenazas distintas de los tradicionales posibles ataques militares externos. Introduce una idea de seguridad en el que el referente último de la seguridad debieran ser las personas más que los estados[32].

En relación con los postulados de la seguridad humana se ha desarrollado asimismo el concepto de *seguridad democrática*, una seguridad que descansa sobre la seguridad humana y la democracia contemporánea. Un concepto que ha tenido mucho predicamento en varias regiones geográficas de América Latina[33]. Sánchez Davis y Rodríguez Morales parten de que la seguridad desbordaría así el referente estatal, para proteger también a los individuos e insertarse en las nuevas nociones de seguridad, una seguridad que es para todos, en la que participan todos[34]. A ello considero que habría que añadir la provisión de la seguridad en el marco de la plena observancia del proceso democrático y de la institucionalidad de sus elementos esenciales, que significa el no caer en el privilegio excesivo de la propia seguridad

---

rrollo (PNUD). Allí se señalan las cuatro características esenciales de la seguridad humana: a) es una preocupación universal: se extiende a toda persona, sea cual sea su condición, ya que todos se hallan expuestas a la inseguridad; b) es un fenómeno interdependiente: los efectos de una situación de inseguridad no permanecen aislados, sino que afectan al conjunto; c) resulta más fácil actuar en la prevención que con una intervención posterior; y d) está centrada en el ser humano.

32 Un análisis de la literatura sobre seguridad humana, soluciones y recomendaciones políticas a establecer en ese marco de la seguridad humana y otros debates teóricos puede verse en: PÉREZ DE ARMIÑO, Karlos y MENDIA AZKUE, Irantzu (Eds.) (2013): *Seguridad humana. Aportes críticos al debate teórico y político*, Madrid, Tecnos.

33 El concepto de seguridad democrática de los países latinoamericanos descansa en los siguientes postulados: la seguridad requiere el afianzamiento de la democracia; sin derechos humanos la seguridad democrática es imposible; la seguridad requiere la superación de la pobreza crítica; la seguridad requiere de una lucha abierta contra la delincuencia, la impunidad y la corrupción; la seguridad requiere la protección de los recursos naturales y la conservación del patrimonio cultural y la seguridad se enriquece con una educación, que fomente los valores de la paz, el diálogo y la tolerancia. SANSÓ-RUPERT PASCUAL, Daniel (2017): *Democracias bajo presión. Estado, Fuerzas armadas y Crimen organizado en América Latina: ¿Éxito o fracaso de la estrategia de contención militar?*, Madrid, Dykinson, p. 188.

34 SÁNCHEZ DAVIS, Rubén y RODRÍGUEZ MORALES, Federmán (2007): *Seguridad, democracia y seguridad democrática*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.

en detrimento injustificado de esos elementos básicos de la democracia (igualdad, derecho a ser juzgado, libertad de expresión, de asociación, de prensa, de movimiento y de participación en los asuntos públicos).

Asimismo, se ha señalado la democracia como respuesta principal en los planes de seguridad, en el bien entendido que, como el nuevo enemigo proviene de territorios donde escasean las reglas de democracia, ésta es uno de los elementos que reduciría la probabilidad de nuevos ataques de los grupos que practican el mencionado tipo de terrorismo internacional[35]. Por supuesto, esta afirmación precisaría de muchas matizaciones, pues, como se sabe, aunque la ideología en la que se inspira el yihadismo proviene de regiones con baja calidad democrática, también es cierto que muchos de los ejecutores de sus ataques han sido ciudadanos nacionales de las democracias occidentales.

Sansó-Rupert hablaba también de seguridad democrática, diciendo que "en democracia no sirve cualquier tipo de seguridad; sólo aquella concebida en términos democráticos: la seguridad democrática"[36]. Según este autor, esta se caracteriza, a pesar de su vaguedad conceptual inicial, por unos principios básicos irrenunciables a saber: la universalidad, entendida como la capacidad de todo individuo para acceder a los derechos garantizados por la comunidad; pero, también en una estrategia que encierra la capacidad de disuadir a los violentos, dentro del marco del respeto del Derecho y los derechos humanos.

La seguridad democrática se fundamenta en que la seguridad preside la democracia, puesto que crea las condiciones para que se den la representación de intereses y la participación, se produzca la entronización del imperio de la ley y el ciudadano se sienta protegido y libre.

---

35 A ello hace referencia TORTOSA, José María (2013): "Inseguridad humana, seguridad nacional: mundo hobbesiano, discursos kantianos", en PÉREZ DE ARMIÑO, Karlos y MENDIA AZKUE, Irantzu (Eds.), *Seguridad humana…, op. cit.*, p. 94. Este autor subrayaba como dicha solución se incluye en diversas estrategias de seguridad nacional, entre ellas lo hacía la de EEUU de 2006.

36 SANSÓ-RUPERT PASCUAL, Daniel (2017): *Democracias bajo presión…, op. cit.*, p. 182.

En definitiva, se está trasmitiendo la idea de que la ciudadanía es el actor más importante sobre el que se construye la seguridad y la participación democrática. Se está aludiendo también al proceso democrático, a través del cual se identifican el conjunto de amenazas, de cualquier índole, y se discuten los mecanismos que deben emprenderse para conjurarlas.

Por último, uno de los términos a los que mayor alusión se hace en estos tiempos es el de *seguridad global*; un término que, a su vez, trata de hacer frente a las denominadas amenazas globales. Estas constituyen elementos de riesgo que no son singulares de un Estado o unas regiones del planeta, sino comunes a la colectividad mundial. Para afrontarlos se precisa de una respuesta integral, coordinada y supranacional. Es la seguridad propia de la "era de la globalización" que conlleva, entre otras cosas, la reducción del papel del Estado junto con la implementación del de otros poderes económicos o políticos.

Es en este marco de la seguridad global donde la ideología de la seguridad ha ido construyendo una agenda orientada a cuestionar la idea de los derechos humanos y la democracia como límite del poder global. Este pensamiento va a tener un amplio apoyo social ya que estará acompañado de la idea de lucha contra el terrorismo global. Porque la emergencia del terrorismo como la nueva amenaza global ha abierto la puerta a una nueva lógica de seguridad (muy vaga) que ha puesto el énfasis en medidas de índole represiva. Como se ha señalado, lamentablemente, la seguridad global, o más bien las medidas para garantizar esa seguridad, se caracterizan por el alto grado de excepcionalidad frente a diversos desafíos a los cuales busca dar respuesta[37].

2.3. SEGURIDAD VS. LIBERTAD

Tanto la libertad como la seguridad son dos elementos por los que el hombre ha luchado desde sus orígenes, porque siempre ha habido factores o individuos que han pretendido coartarlas. Recordaba Delgado Aguado que "la necesidad de seguridad es algo instintivo, deriva de la

---

37 CARVAJAL MARTÍNEZ, Jorge Enrique (2010): "Seguridad global y lucha contra el terrorismo", *Revista Diálogos de Saberes*, nº jul-dic, p. 99.

existencia del riesgo y de la posibilidad de perder algo. Es consustancial a todos los seres vivos frente a las agresiones que puedan provenir de la Naturaleza, de otros seres vivos o de accidentes, lo que garantiza la supervivencia de la especie"[38]. Parece que el hombre se afana por poder prevenir los hechos que le pueden acarrear peligro para poder evitarlos, e intenta agruparse para alcanzar una mayor seguridad. De hecho, la evolución de la humanidad está asociada a esa agrupación en familias, clanes, tribus, naciones, etc., en búsqueda de una mayor seguridad, acabando por residenciar en el Estado esa función de garante de la seguridad[39].

La seguridad es importante, pues sin seguridad no nos sentimos libres. Y sin libertad no hay democracia. Y, como un silogismo, a mayor seguridad, mayor garantía de la participación y de un libre ejercicio de los derechos fundamentales. Decía Fernández Rodríguez: "resulta evidente que la seguridad es una cuestión clave para conseguir una adecuada calidad democrática. Solo en un contexto razonable de seguridad pueden ejercitarse realmente los derechos fundamentales"[40]. Por ello, no tiene sentido que, para garantizar la seguridad, se diezmen otras libertades que son tan necesarias o más en un Estado democrático de derecho, o al menos que se haga desmesuradamente. Sin duda, nuestra seguridad y el libre ejercicio de nuestras libertades está sometida hoy a riesgos, por ello, han de ofrecerse respuestas. Pero, en un Estado democrático de derecho, debiéramos partir de que cualquiera de estas medidas, aun persiguiendo un fin legítimo, no pueden acabar acarreando una limitación a las libertades de los individuos desproporcionada o entrar en contradicción con los fundamentos esenciales que subraya la Constitución para el Estado. Como se ha indicado, "la lucha contra el terrorismo no puede renuncia a dos requisitos ineludibles: el uso de medios no terroristas y el respeto al marco que impone la democracia constitucional"[41].

---

38 DELGADO AGUADO, Julián (2011): "El orden público: proceso evolutivo", en AA-VV., *La noción de orden público en el constitucionalismo español,* Madrid, Dykinson, p. 25.

39 Sobre el proceso de configuración de la seguridad como una función estatal puede verse, RIDAURA MARTÍNEZ, M. Josefa (2015): *Seguridad privada y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 17 y ss.

40 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (2016): "Los datos de tráfico de comunicaciones: en la búsqueda de un adecuado régimen jurídico que elimine el riesgo de control permanente", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n. 108, p. 97.

41 WALZER, M. (2006): *Terrorismo y guerra justa*, Barcelona, Breus CCBB, p. 22.

Sin embargo, todos hemos conocido de las desproporcionadas respuestas que se han dado en la lucha contra el terrorismo denominado entonces *internacional* desde los atentados del 11 de septiembre, especialmente tras la aprobación de la *Patriot Act* estadounidense[42]. El objetivo de esta ley, además de incrementar y endurecer los delitos de terrorismo, fue la ampliación de la capacidad de control del Estado en aras de combatir el terrorismo yihadista, mejorando la capacidad de las distintas agencias de seguridad estadounidenses al coordinarlas y dotarlas de mayores poderes de vigilancia y actuación. Pensemos ahora, por poner solo algunos ejemplos de lo que la nueva normativa permitió, en los asesinatos selectivos, en las detenciones arbitrarias, en las atrocidades acaecidas en los campos de Abu Ghraib, Guantanamo Bay o Bagram (los también conocidos como *black sites*[43]), en el procesamiento de presuntos terroristas por tribunales militares o en su confinamiento sin fin en cárceles como la de Guantánamo. O en la complicidad de otros Estados con las entregas extraordinarias

---

42 *Patriot Act* (26 de octubre de 2001) es el acrónimo de *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*, es decir "Ley para unir y fortalecer América, es decir los Estados Unidos, proveyendo las herramientas apropiadas para impedir y obstaculizar el terrorismo". Esta Ley consta de diez Títulos que modificaron unas 15 leyes federales ya existentes, entre ellas, la *Wiretap Statute*, la *Computer Fraud and Abuse Act*, la *Foreing Intelligence Surveillance Act*, la *Pen Register and Tap and Trace Statute*, la *Inmmigration and Nationality Act*, la *Money laundering Act* y la *Bank Secrecy Act*.

43 El mundo entero conoció de los numerosos abusos a presos sospechosos de terrorismo ocurridos en Abu Ghraib, Guantánamo, Bagram y otros. Muchos de los detalles de esas torturas y confinamientos fueron conocidos después de la desclasificación de documentos secretos ordenada por la Administración Obama en abril de 2009. Esos documentos contienen información sobre terribles arrestos e interrogatorios realizados a los prisioneros por los servicios de EE.UU. durante el período comprendido entre 2002 y 2005. Acusaciones similares se vertieron contra el servicio secreto británico (M 16), por su complicidad con la CIA en las torturas contra presuntos terroristas. A finales de 2005, el director de la CIA informó a la Casa Blanca de la suspensión del programa de interrogatorios, aunque no hay confirmación de que esas prácticas hayan sido completamente abandonadas. Desde entonces se vienen utilizando nuevas técnicas, siendo menos utilizadas las de detención e interrogatorio y aumentando la práctica de los asesinatos selectivos de terroristas. GOLDSMITH, Jack (2012): "Power and Constraint: National Security Law After the 2012 Election", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 45, p. 21.

(*extraordinary renditions*)[44], la colaboración con los vuelos de la CIA en el traslado de detenidos a los *black sites*, etc.

En el transcurso de esa "guerra contra el terrorismo", EEUU instauró una serie de prácticas patentemente transgresoras con los principios que habían sido vistos durante mucho tiempo como un sello de la tradición constitucional de este y otros países. Algunos de estos principios son la prohibición de la tortura, la detención sin acusación formal previa, sin límites y sin garantías, o el asesinato selectivo sin juicio previo. La toma de posesión como Presidente de Obama en 2009 y las palabras en su discurso inaugural, en el que rechazó la idea de que la guerra contra el terrorismo exigiera la renuncia a los ideales constitucionales, pareció insuflar un ápice de esperanza de cambio. El Presidente explicó que su regreso a los valores nucleares implicaba un rechazo firme de la tortura[45] y la clausura de la prisión de Guantánamo. Sin embargo, eso que parecía una ruptura clara con el pasado, con el tiempo se demostró vacío. Como indicaba Trevon Sutton, "Obama en materia de seguridad nacional ofreció un poderosos ejemplo de cómo la pesada carga de proteger al país de ataques puede llevar incluso al más bienintencionado de los presidentes a restringir las libertades civiles"[46]. En definitiva, con buena o mala intención, Obama no honró su promesa en la mayor parte de los aspectos y mantuvo muchas de las políticas *inconstitucionales* de Bush, respaldado por el Congreso y muchas veces la aquiescencia de la Corte Suprema. Con ello, lo que en un principio parecían aberraciones contra los derechos fundamentales, pasaron a ser institucionalizadas. Desde luego, la llegada posterior de la administración Trump no haría mejorar las cosas en su estrategia contra el terrorismo.

En general, hay un antes y un después del 11-S, al igual que un antes y un después en Europa tras los grandes atentados de Madrid y Londres y, funda-

---

44 Las *extraordinary renditions* consisten en el traslado informal de una persona de la jurisdicción de un Estado a otro sobre la base de negociaciones entre las autoridades administrativas de los dos países (a menudo los servicios de inteligencia).

45 Obama inmediatamente dictó un decreto prohibiendo la tortura. Decreto ejecutivo nº 13, 491, 74 Reg. Fe. 4,893 (22 enero 2009).

46 SUTTON, Trevor (2017): "Prólogo al capítulo Basta de Aberraciones", en OWEN FISS, *Una guerra sin igual. La Constitución en los tiempos del terrorismo*, Madrid, Marcial Pons, p. 98.

mentalmente, tras la oleada de ataques terroristas perpetrados a partir de 2015 en diferentes ciudades europeas. Más allá de esas respuestas que citaba arriba, que, de forma palmaria, vulneran cualquier carta de derechos que podamos alegar, hay otro tipo de medidas de las que se ocupará principalmente este trabajo, que parecen mucho más neutras, medidas que no vienen tanto a perseguir a los presuntos terroristas, sino a crear un pretendido Estado de seguridad. Esas nuevas medidas han dado un vuelco a alguno de los elementos que siempre hemos considerado fundamentales en un Estado constitucional. Desde el 11-S esa permanente búsqueda de la seguridad frente al fenómeno terrorista yihadista ha supuesto un desafío para el Estado constitucional como tal.

Nos encontramos hoy ante el binomio seguridad-libertad, que es el lugar común al que nos conducen las respuestas de las sociedades democráticas ante los atentados terroristas, o las respuestas futuras ante otras amenazas que puedan cernirse más adelante. Pese a que, como se ha señalado, es cierto que "entre libertad y seguridad no hay ninguna tensión, y no la hay porque la seguridad es el elemento constitutivo de la libertad"[47], la verdad es que ese no es el sentir mayoritario. Precisamente la salvaguarda de la seguridad nacional se ha convertido en argumento para adoptar medidas que parecen más encaminadas a limitar esa libertad que a asegurarla.

2.4. DE LA SEGURIDAD EN CLAVE INTERNA A LA NECESIDAD DE UNA RESPUESTA COLECTIVA SUPRANACIONAL

2.4.1. La cooperación en materia de seguridad como nueva perspectiva

La cuestión de los riesgos globales enfrenta a los Estados a un nuevo entorno estratégico cada vez más abierto e incierto que genera una sensación de inseguridad a la que se debe hacer frente. Las medidas a adoptar pueden

---

47 PÉREZ ROYO, Javier (2010): "La democracia frente al terrorismo global", en PÉREZ ROYO (Dir.) y CARRASCO DURÁN (Coord.) *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Barcelona: Marcial Pons, p. 7.

ser de distinta naturaleza, pero, casi todas ellas han venido auspiciadas por la necesidad de garantizar la seguridad nacional.

De nuevo volvemos a la idea de la sociedad de los riesgos globales con la que comenzábamos este trabajo. Los riesgos son transnacionales y las respuestas a los mismos exigen que la política exterior e interior, la seguridad nacional y la cooperación internacional estén interconectadas. El único modo de afrontar el terrorismo global es el mismo que se precisa para afrontar el calentamiento global, los flujos migratorios, las crisis alimentarias, el crimen organizado, la desinformación o las crisis financieras. En todos esos casos la seguridad nacional depende de la cooperación transnacional. Como apuntaba Ulrich Beck, se da la paradoja de que, con el objetivo de perseguir un interés nacional (la seguridad), los Estados necesitan desnacionalizarse y transnacionalizarse. En otras palabras, en el mundo globalizado, precisan renunciar a parte de su autonomía para enfrentarse a los propios problemas internos. Pero eso no significa exactamente renunciar a su soberanía. Este autor lo considera incluso un aumento de soberanía, si se ve desde el punto de vista de las capacidades que brinda al Estado de decidir su participación en una respuesta colectiva, de ser partícipe de algo que puede tener un impacto en el escenario mundial[48].

Así, a pesar de que, efectivamente, la seguridad nacional ha sido tradicionalmente una cuestión de carácter estatal, hoy hemos de partir de otra premisa. Y es que, puesto que el riesgo de ataques yihadistas, como los de otra naturaleza (climáticos, ecológicos, epidémicos, económicos…), se han globalizado, la respuesta necesariamente ha de ser también global.

Aquí se produce uno de los primeros hechos que el constitucionalismo actual ha de asumir: el Estado ya no es el soberano exclusivo en la respuesta al terrorismo, como tampoco lo es en otros ámbitos como consecuencia de la globalización. Parafraseando a Ulrich Beck, "national security is no longer national security"[49].

Tradicionalmente la respuesta de los Estados al fenómeno terrorista, tanto al terrorismo de ámbito doméstico como al que en el pasado se de-

---

48 BECK, Ulrich (2002): "The terrorist threat..", *op. cit.*, pp. 48-49.

49 Ibidem, p. 46.

nominaba como terrorismo internacional, se han venido sustanciado en clave interna. Las amenazas terroristas suponen una amenaza a la seguridad *nacional* y esta compete en primer término a cada uno de los Estados. De ahí que desde antaño los gobiernos se hayan dotado de servicios específicos encargados de salvaguardar la seguridad (Servicios de inteligencia, fuerzas de seguridad, cuerpos de defensa…).

Pero, como decíamos, la seguridad nacional precisa hoy de la cooperación con otros Estados. Las alianzas no son nada nuevo, pero la diferencia de estas nuevas alianzas por la seguridad es que estas tienen el propósito de preservar la seguridad interna principal y fundamentalmente, no la seguridad externa[50].

En todo caso, más allá de los intereses nacionales, la visión de la seguridad y la defensa de un Estado no puede olvidarse de participar también de las necesidades de la seguridad y defensa europeas y de aquellas otras relaciones que se mantienen en el marco de las organizaciones y alianzas internacionales, lo cual va a condicionar también su respuesta individual como Estado. En la lucha contra el terrorismo, los Estados constitucionales han iniciado una acción basada en la cooperación, las sinergias, la suma de experiencias particulares y el seguimiento de una ruta acordada de común acuerdo en la esfera supranacional[51]. Sin ir más lejos, en el propio marco de la UE, tras los ataques yihadistas en marzo de 2016 el concepto de "Security Union" fue lanzado como un modo de virar de la cooperación para la protección de la seguridad nacional interna de cada uno de los Estados hacia la idea de proteger la seguridad colectiva de la Unión como conjunto[52].

Por lo tanto, pese a que aun recientemente, ante los ataques del terrorismo global que algunos Estados Europeos han sufrido, la respuesta

---

50 Ibidem, p. 46.

51 Ejemplo de ello es la Estrategia Contra el terrorismo del Consejo de Europa para el periodo 2018-2022. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808afc96#_ftn1 (fecha consulta: 20 febrero 2019).

52 European Commission, "Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council-delivering on the European Agenda on Security to fight against terrorism and pave the way towards an effective and genuine Security Union", COM (2016) 230 final, 20 april 2016, pp. 2 y 9.

inmediata de estos ha tenido un evidente cariz interno, esto es, de decisión estatal (pensemos en la respuesta francesa ante los atentados que comenzó a sufrir desde *Charlie Hebdo* en 2015), los gobiernos han de ser conscientes de la nueva perspectiva supranacional a la que obliga el reto del terrorismo global.

Decía que la reacción de Francia frente a los ataques terroristas se ha dado en clave fundamentalmente nacional, especialmente en lo que se refiere a la respuesta de *reacción rápida y eficaz* tras un atentado. El Gobierno francés optó por la declaración encadenada de un estado de emergencia casi permanente y al cierre de fronteras, entre otras medidas. Pero, también fue muy individual la respuesta en su represión frente a los causantes del daño. Recordemos que, tras los primeros atentados, Francia incrementó unilateralmente las acciones bélicas en los territorios entonces ocupados por el autodenominado Estado Islámico. Asimismo, en las medidas de carácter preventivo, Francia, al igual que otros Estados, enmendaron su normativa de vigilancia y han ordenado a sus cuerpos de seguridad y de inteligencia el redoble de esfuerzos en dichas tareas de prospección. Pero, se ha demostrado que en todo ello la acción conjunta genera mejores resultados.

Son las propias características del terrorismo al que hoy nos enfrentamos las que establecen esa necesidad de respuesta global[53]. Se hace ineludible la colaboración entre Estados, pues estos ven que sus posibilidades autónomas de prevención, control, reacción y coacción se debilitan[54]. Ello conduce a la adopción de medidas compartidas o a la aprobación de normas supranacionales que condicionan las respuestas antiterroristas de carácter estatal. Así ha sido en el marco de la UE, al que me referiré posteriormente, y en el seno del Consejo de Europa, donde se adoptó el Conve-

---

53 Se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados. Es difícil su persecución, parece un enemigo que no se le ve y que puede aparecer como célula aislada en el rincón de cualquier ciudad…es un peligro difuso.

54 RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Miryam (2010): "El terrorismo en la evolución del espacio de libertad, seguridad y justicia", *Revista de derecho Comunitario Europeo*, nº 36, p. 534.

nio para la prevención del terrorismo en 2005[55] y su Protocolo adicional, conocido como Protocolo de Riga, en 2015[56].

En definitiva, ello es así, por un lado, por una cuestión puramente pragmática, por necesidad material, porque el terrorismo yihadista no tiene territorio ni fronteras[57], trabaja en células aisladas no localizadas y fomenta su causa y busca sus adeptos en las redes sociales. Por lo tanto, las acciones de prevención y persecución del terrorismo han de gestionarse obligadamente desde la esfera supranacional. Y, por otro lado, porque en las respuestas antiterroristas (de cualquier tipo), los Gobiernos no pueden sentirse habilitados (y limitados) exclusivamente por sus propios marcos constitucionales, sino que lo son, a su vez, por los compromisos que han adquirido internacionalmente.

2.4.2. La seguridad en la Unión Europea

A pesar de que en el ámbito de la Unión Europea la responsabilidad principal de diseñar el sistema legal en materia de seguridad nacional y de su aplicación a nivel nacional recae en cada Estado miembro (art. 72 TFUE), la Unión se ha embarcado en la armonización de los sistemas jurídicos con el fin de lograr una mayor eficacia en la lucha contra el terrorismo (Art. 29 del Tratado de la UE)[58], al igual que en una cooperación

---

55 Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Convenio n.º 196 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

56 Protocolo adicional al Convenio para la Prevención del Terrorismo, el cual tiene como finalidad la instalación de una respuesta penal para perseguir a los llamados combatientes terroristas extranjeros, 22 de octubre de 2015.

57 El hecho mismo de que el autodenominado Estado Islámico, tras sucesivas derrotas, no ocupe hoy los territorios que ocupó en Siria e Irak no implica la desaparición del movimiento terrorista yihadista, ni mucho menos.

58 Un desarrollo de esta cooperación puede encontrarse, entre otros, en el art. 4 de la Posición común del Consejo de 27 de diciembre de 2001, sobre *the application of specific measures to combat terrorism* (aplicación de medidas especiales para combatir el terrorismo) (2001/931/CFSP); la Decisión del Consejo de 28 de noviembre de 2002, que establee un mecanismo para evaluar los sistemas legales y su implementación a nivel nacional en la lucha contra el terrorismo (2002/996/JHA). Véase también la Decisión del Consejo 2003/48/JHA, de 19 de diciembre de 2002, sobre *the implementation of specific measures for police and judicial cooperation to combat terrorism in accordance*

policial y judicial en materia penal[59], regulada en el Título V del Tratado de TFUE, cuyo art. 83 se refiere explícitamente al terrorismo como forma grave de delincuencia. Esa cooperación se ve reforzada con el art. 222 del TFUE, que estipula una cláusula de solidaridad. Ésta exige la acción conjunta de todos los países de la UE en caso de que uno de ellos sea objeto de un ataque terrorista[60]. Y a ello hay que añadir el Dispositivo Integrado de Respuesta Política de la UE a las Crisis (DIRPC) adoptado en 2013.

La estrategia terrorista de la UE se ha sustanciado principalmente a través de la Política Exterior y de Seguridad común (PESC), el antiguo segundo pilar que sigue rigiéndose por las reglas de cooperación intergubernamental, aunque también se ha apoyado en la política comunitaria de interior y en el Espacio Europeo de Seguridad, Libertad y Justicia, donde el papel del Parlamento y de la Comisión es más notorio. Por lo tanto, la política de la UE en materia terrorista se articula sobre la base de los principios básicos de la armonización de legislaciones y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, pero la cuestión de la seguridad sigue siendo en último extremo una cuestión fundamentalmente estatal, donde escasean los controles comunitarios[61]. Así,

---

with Article 4 of Common Position 2001/931/CFSP; y la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre *the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States* (2002/584/JHA)

59 En dicho ámbito se adoptaron la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal; la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2008, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros; y la Decisión 2008/633/JAI sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados (VIS) por las autoridades designadas de los Estados miembros y por Europol, con fines de prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo y otros delitos graves.
Las Decisiones citadas se implementaron en España con la aprobación de la Ley Orgánica 7/2014, sobre intercambio de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales en la Unión Europea.

60 En este ámbito el Consejo adoptó la Decisión, de 24 de junio de 2014, relativa a las modalidades de aplicación por la Unión de la cláusula de solidaridad (2014/415/UE)

61 Sobre el origen de la seguridad como una materia muy ligada al ámbito de lo estatal puede verse el trabajo: RIDAURA MARTÍNEZ, M. Josefa (2014): "La seguridad ciudadana como función del Estado", *Estudios de Deusto*, 62:2, pp. 319-346.

por poner un ejemplo, incluso el intercambio de información que se ha acordado en esa lucha antiterrorista no es una obligación cuando un Estado considere que su divulgación puede ser contraria a los intereses esenciales de su propia seguridad[62].

Aún siendo eso cierto, a medida que los ataques terroristas pusieron su punto de mira en los territorios de la Unión, esta cooperación se ha ido reforzando, alcanzándose consensos importantes sobre la necesidad de armonizar las normativas nacionales en el ámbito de la criminalización y prevención del terrorismo[63].

La cooperación entre los Estados de la UE se hizo evidente tan solo diez días después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, cuando se adoptó el Plan de acción en la lucha contra el terrorismo en el Consejo Europeo de 21 de septiembre de 2001. Desde entonces, la cooperación europea ha hecho grandes progresos en este campo.

La "Declaración del Consejo Europeo sobre la contribución de la PESC en la lucha contra el terrorismo" (Cumbre de Sevilla de 2002) afirmaba en su apartado 3 que: "La Política Exterior y de Seguridad Común, que incluye la Política Europea de Seguridad y Defensa, puede desempeñar un papel importante en la respuesta a esta amenaza a nuestra seguridad y en la promoción de la paz y estabilidad. Se está poniendo en práctica una cooperación más estrecha entre los Estados miembros para tomar en cuenta la situación internacional posterior a los terribles ataques terroristas del 11 de septiembre". A partir de ese momento, además de potenciarse

---

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

63 Un desarrollo de esta cooperación puede encontrarse, entre otros, en el art. 4 de la Posición común del Consejo de 27 de diciembre de 2001, sobre *the application of specific measures to combat terrorism* (aplicación de medidas especiales para combatir el terrorismo) (2001/931/CFSP); la Decisión del Consejo de 28 de noviembre de 2002, que establece un mecanismo para evaluar los sistemas legales y su implementación a nivel nacional en la lucha contra el terrorismo (2002/996/JHA); Directiva 2014/41/CE del Parlamento y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal; la Estrategia de Seguridad Interior de 2015; la Estrategia Renovada de Seguridad Interior 2015-2020, adoptado por el Consejo JAI de los días 15 y 16 de junio de 2015 y revisado el 15 de diciembre de 2015.

la cooperación, la respuesta al terrorismo comenzaba también a ser algo a caballo entre las dimensiones civiles y militares de la seguridad y defensa[64].

Inmediatamente después se adoptó la Estrategia Europea de Seguridad (2003)[65]. Era la primera vez la UE se ponía de acuerdo para realizar una evaluación conjunta de las amenazas y establecer objetivos comunes para promover sus intereses de seguridad partiendo de los valores básicos europeos.

Las bombas en España del 11 de marzo de 2004 y en Londres en 2005 impulsaron una lógica revisión de los Planes europeos contra el terrorismo reforzándose el discurso sobre la necesaria cooperación.

Al igual que en su día hicieron los responsables de la seguridad exterior, elaborando una Estrategia Europea de Seguridad de 2003 para reivindicar a la UE como un actor global de seguridad en el entorno post 11-S, los responsables de la cooperación en la materia de justicia e interior decidieron en 2009 aprovechar el lanzamiento del Programa de Estocolmo para elaborar una Estrategia de Seguridad Interior (ESI). La ESI (adoptada en el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, de 23 de febrero de 2010) analiza las amenazas y desafíos a los que se enfrentan los Estados de la UE, entre los que incluye el terrorismo, y enumera los principios y líneas estratégicas necesarias para elaborar un modelo de seguridad europeo[66], o más bien para establecer un modelo de cooperación intergubernamental en algunas materias de seguridad interior. En ella se indica que la UE "debe consolidar un modelo de seguridad, basado en los principios y valores de la Unión: el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, el Estado de derecho, la democracia, el diálogo, la tolerancia, la transparencia y la solidaridad"[67].

---

64 Sobre esta realidad puede verse el trabajo de LOZANO MIRALLES, Jorge: "Seguridad común e integración europea en…", *op. cit.*

65 La Estrategia Europea de Seguridad fue adoptada en el Consejo Europeo del 12 de diciembre de 2003, teniendo por título (o subtítulo) el de "Una Europa segura en un mundo mejor".

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

67 Como parte de la general del Programa de la UE "Seguridad y defensa de las libertades ", se adoptó un programa específico para la Prevención, preparación y gestión

Los atentados de París de 2015 y de Bruselas en 2016 empujaron de nuevo a los Estados de la Unión Europea y a sus instituciones a reevaluar su política de seguridad, y proponer nuevas iniciativas para reforzar la lucha antiterrorista, en concreto en el establecimiento de controles sistemáticos de fronteras, control de armas y registro de pasajeros. La anterior Estrategia de seguridad europea fue sustituida por la *Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea* en el año 2016[68]. Esta responde tanto al temor y la ansiedad que supone un escenario internacional más incierto y adverso, como al miedo generado por una Unión Europea en crisis en muchos aspectos (no hay que olvidar la crisis de los refugiados sirios, la crisis de la eurozona o el hecho de que dicha Estrategia se adoptase al tiempo que se conocía el resultado del referéndum británico, que abría el proceso hacia el Brexit) Indicaba Sanhauja, que "la nueva Estrategia intentaría mostrar a una UE más convencida y convincente de su propia existencia y relevancia para proporcionar gobernanza y seguridad al mundo, y a sí misma"[69]. Porque no hay que olvidar que, junto a los tradicionales riesgos, se abren paso cada día amenazas que son más nuevas, además del terrorismo yihadista, los ataques a las redes y otras amenazas vinculadas a las nuevas tecnologías y a lo que a través de ellas se puede difundir. Para luchar contra ello se opta por una mayor cooperación policial y de inteligencia entre los países de la UE, una mayor cooperación antiterrorista también con terceros países y se subraya el carácter preventivo y de respeto de los derechos humanos que preferiblemente han de mantener las políticas que se adopten para tal fin.

---

de las consecuencias del terrorismo y otros riesgos de seguridad relacionados para el período 2007-2013. La Decisión del Consejo 2007-2013, de 12 febrero 2007, establecía para el período de 2007 a 2013, parte del Programa general de seguridad y defensa de las libertades, Programa específico de prevención, preparación y gestión de las consecuencias del terrorismo y de otros riesgos relacionados con la seguridad (2007/124/CE, Euratom) Véase también, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura ", que propone acciones para la implementación de la estrategia durante el periodo 2011-14 (COM/2010/0673 final).

68 29 de junio de 2016.

69 SANHUJA, José Antonio (2018): "La Estrategia Global y de Seguridad de la Unión Europea: narrativas securitarias, legitimidad e identidad de un actor en crisis", *Working Papers, Instituto Complutense de Estudios Internacionales*, WP01/18, p. 18.

Entre las decisiones más recientes en este sentido se encuentran normas como la Directiva sobre el terrorismo (2017)[70]; la Directiva relativa a las armas de fuego (2017)[71]; y el Reglamento que modifica el Código Europeo de Fronteras (2017)[72], citadas anteriormente. Asimismo, Eurojust, la agencia de cooperación judicial de la UE, puso en marcha el 5 de septiembre de 2019 un registro antiterrorista destinado a racionalizar el intercambio de información entre los Estados miembros de la UE sobre posibles delitos de terrorismo. La base de datos reunirá información de los países de la UE sobre las investigaciones en curso, los enjuiciamientos y las condenas de militantes, incluidos los combatientes nacionales extranjeros[73] que ahora regresan después de haberse unido en el pasado a grupos terroristas en el extranjero, como el Estado islámico en Iraq y Siria, entre otros.

Cabe reseñar igualmente que al momento de cierre de este trabajo se encontraba en elaboración un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea[74].

---

70 Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

71 Directiva (UE) 2017/433 de la Comisión de 7 de marzo de 2017 que modifica la Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la lista de productos relacionados con la defensa.

72 Reglamento (UE) 2017/458 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores.

73 Nacionales que viajan o intentan viajar a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, y demás personas que viajan o intentan viajar desde sus territorios a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo" Resolución del Consejo de Seguridad de UN 2178 (2014).

74 Propuesta de Reglamento para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea (COM (2018) 640 final).

3. LA RESPUESTA AL TERRORISMO COMO DESAFÍO

"¿Qué ha hecho al-Qaeda a nuestra Constitución, y a nuestros estándares de justicia y decencia? Desde el 11-S, el gobierno ha aprobado leyes, adoptado políticas y forzado procedimientos que son incoherentes con nuestras leyes y valores y que hubiesen sido impensables en el pasado"
(Ronald Dworkin, 2002)[75]

3.1. LA AMENAZA DEL TERRORISMO GLOBAL

3.1.1. Un apunte sobre el terrorismo yihadista. Sus singularidades

El terrorismo ha constituido en el pasado y sigue haciéndolo hoy una importante preocupación para muchos Estados y para la comunidad internacional. Pero, la primera dificultad cuando se habla de terrorismo se encuentra en la definición del mismo[76]. De hecho, no existe un listado único y comúnmente aceptado de organizaciones terroristas. Hasta ahora los Estados e incluso los académicos no han logrado definir y construir un consenso sobre el término "terrorismo". Los analistas enfrentan dificultades desde el momento que hay quien considera que algunas formas y clases de terrorismo son justificables mientras que otras no lo son. Así pues, el terrorismo es un término relativo y puede tener diversos significados para diferentes personas.

---

75 "What has al-Qaeda done to our Constitution, and to our national standards of fairness and decency? Since September 11, the government has enacted legislation, adopted policies, and threatened procedures that are not consistent with our established laws and values and would have been unthinkable before". DWORKIN, Ronald (2002), "The threat to patriotism", *The New York Review Books*, 28 February 2002, p. 1.

76 Sobre la dificultad de encontrar una definición de terrorismo puede verse: CAPONE, Francesca (2017): "An overview of the UN Anti-Terrorism Sanctions Regimes: Stregths, Limitations and Ways forward", en PAYÁ SANTOS, Claudio Augusto, TOMÉ BERMEJO, Fernando (Dirs.) y ABAD QUINTANAL, Gracia (Coord.), *El terrorismo como desafío a la seguridad global*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 139-160. FLETCHER, George P. (2006): "The indefinable concept of terrorism", *Journal of International Justice*, nº 4, pp. 894-911.

> Por poner un ejemplo, para Israel cuando un suicida palestino se inmola en un mercado estamos hablando de un atentado terrorista, mientras que para muchos palestinos se trataría de un acto en defensa de la ocupación de sus tierras y el reconocimiento de este Estado. Y, al mismo tiempo, para los palestinos cuando las tropas israelíes derriban una casa o disparan a niños que tiran piedras están cometiendo un acto terrorista, mientras Israel habla de seguridad. La India considera que la militancia patrocinada por Pakistán en Cachemira es terrorismo. Y, a su vez, la inmensa mayoría de los cachemires, lo llama lucha por la libertad y entienden el uso de la fuerza brutal por parte de las tropas indias como terrorismo, en ese caso, terrorismo de Estado.

El término terrorismo se utiliza a veces de manera inapropiada como sinónimo de rebelión, insurrección, guerra de guerrillas, golpe de estado, conflicto civil o cualquiera de los muchos otros términos relacionados que producen miedo o terror. No olvidemos que el uso de la palabra terrorismo, de hecho, procede de la Revolución francesa de 1789 para referirse a la conducta de los revolucionarios[77]. En la mayoría de los casos, este uso desordenado y aleatorio del término puede hacer que la comprensión del significado específico y la naturaleza del terrorismo sea más difícil e intrincada.

Aunque la literatura sobre terrorismo propone muy diferentes definiciones de dicho fenómeno[78], no siempre es fácil encontrar una que resulte comúnmente aceptada. No obstante, sí podemos apreciar ciertos elementos que parecen repetirse en todas ellas como: la comisión de un daño o la amenaza de ir a cometerlo, de una forma premeditada u organizada, con el objetivo de causar terror, y realizado con el objetivo lograr algo (e.j.: obligar a las instituciones actuar de un determinado modo, imponer las ideas de un grupo a la colectividad, forzar un cambio social o económico…). Además, en la mayor parte de las ocasiones, el terrorismo es un tipo

---

77 CAPONE, Francesca (2017): "An overview of the UN Anti-Terrorism Sanctions Regimes: Stregths, …", *op. cit.*, p. 139.

78 Véase, entre otros, los trabajos GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (2008): "Sobre el concepto jurídico-penal de terrorismo", *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, nº 3, 2008, pp. 35-58. CANCIO MELIÁ, Manuel (2018): "El concepto jurídico-penal de terrorismo entre la negación y la resignación", en ALONSO RIMO, Alberto, CUERDA ARNAU, M. Luisa y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 97-134.

de violencia cuyo impacto psicológico y social sobrepasa ampliamente sus consecuencias materiales[79].

Anglet Lloví lo define del siguiente modo: "los delitos de terrorismo se caracterizan por la comisión de infracciones comunes, a las que se les añade su virtualidad de causar terror entre la población, esto es, de alterar la paz pública, en orden a la obtención de determinados objetivos. De este modo, el terrorismo contiene un plus de desvalor respecto a la delincuencia común, puesto que, a diferencia de los meros homicidios, lesiones, etc., cada acto concreto contribuye a la creación de una situación de alarma o miedo colectivo idónea para alterar la normalidad de la convivencia ciudadana y el ejercicio de los derechos fundamentales. Así, el hecho terrorista trasciende al daño concreto causado ya que conlleva un mensaje delictivo ulterior que amenaza la seguridad del resto de la sociedad"[80].

Desde el punto de vista normativo, también la legislación nacional y supranacional difieren en el concepto de terrorismo, y, como decía, ni siquiera existe una lista universal única de organizaciones terroristas.

En todo caso, me referiré a la definición de terrorismo adoptada en una de las últimas normas supranacionales aprobadas sobre dicho fenómeno, esto es, la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo. En su artículo 3 considera terrorismo la comisión de una serie de actos intencionados, que vienen listados en la Directiva[81], cometidos con el fin de:

---

79 A mi entender es muy acertado este recordatorio que realiza DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis (2014): "Terrorismo", en DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis y BLANCO NAVARRO, José María (Dirs.), *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*, Madrid, LID Ed., p. 95.

80 ANGLET LLOVÍ, M. (2015): "¿Terrorismo o terrorismos?: sujetos peligrosos, malvados y enemigos", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, n. 31-1/2015, p. 230.

81 Las actuaciones que establece la Directiva son las siguientes:
a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;
b) atentados contra la integridad física de una persona;
c) el secuestro o la toma de rehenes;
d) destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, plataformas fijas emplazadas en la

a) Intimidar gravemente a una población;
b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo;
c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales.

Esta definición, especialmente si se recala en las acciones que pueden constituir delito de terrorismo, ha dejado de tener el punto de mira centrado fundamentalmente en el terrorismo de corte más tradicional (el terrorismo nacional o interno) para englobar y focalizarse más en el terrorismo yihadista desterritorializado que ha ido recibiendo diferentes denominaciones como terrorismo internacional, terrorismo global, terrorismo islámico o terrorismo islamista, entre otros.

Cuando me refiero al terrorismo yihadista, estoy haciendo alusión al neologismo occidental utilizado para denominar a las ramas más violentas y radicales dentro del islam político o islamismo radical, caracterizado por querer alcanzar o influir en el poder, en nombre de una pretendida *yihad* (o guerra santa), y por intentar imponer esas ideas de modo violento, creando terror, esto es, realizando actos terroristas. El origen islámico y el particular uso del Islam hace que también se le haya denominado terrorismo islamista o terrorismo islámico. No obstante, debemos diferenciarlo

---

plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;
e) el apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;
f) la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos o armas de fuego, armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares inclusive, así como la investigación y el desarrollo de armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares;
g) la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;
h) la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;
i) determinadas interferencias ilegales en los sistemas de información
j) la amenaza de cometer cualquiera de los actos enumerados en las letras a) a i).

del Islam, incluso del islamismo[82] (pacífico) o de la "yihad mayor", que es de interpretación espiritual. La *yihad* se puede entender de dos formas diferentes. Por un lado, *yihad mayor*, que es el que predomina en el Islam, y que se refiere a la lucha espiritual interna diaria que cada musulmán hace para ser mejor persona y excelente creyente a los ojos de Dios. Y por otro, *yihad menor*, el cual sí alude a su condición bélica y armada para participar en la ofensiva (*Dar el Harb*) o en la defensiva (*Dar al Islam*). Es importante recalcar la diferencia entre estas dos formas de entender la *yihad*, puesto que no todos los musulmanes que lleven a cabo dicha *yihad* lo estarán haciendo en su sentido bélico. En esta *yihad menor* ofensiva es donde se ubica el terrorismo Yihadista[83].

El terrorismo yihadista es una derivación del salafismo, un fenómeno teórico que interpreta la "vuelta a los orígenes del Islam" de una forma radical, aspirando a retornar a la época de los primeros compañeros de Mahoma, a la época de la *salaf*. Aunque el salafismo en puridad se identificaría principalmente con una de las corrientes revivalistas o reformistas del Islam moderno, que es la wahabí[84], comúnmente también se incluyen en el salafismo otras corrientes como el deobandismo o los Hermanos Musulmanes[85].

---

82 El islamismo es un movimiento ideológico-político que pretende la instalación de gobiernos que aseguren el cumplimiento social del camino de vida islámico (*sharia*). Considera que el Estado no debe ser aconfesional, sino islámico y estos logros pretenden alcanzarlos de forma no violenta. Aunque comparten con los yijadistas los mismos objetivos, consideran que el empleo de la yihad armada dentro de las sociedades islámicas provoca males mucho mayores que los beneficios que se puedan alcanzar.

83 GUNARATNA, Rohan (2002), *Inside Al Qaeda: global network of terror*, Columbia University Press.

84 El wahabismo se considera una forma estricta y conservadora del islamismo. Es una corriente político-religiosa de la rama mayoritaria del sunismo, creada en sus orígenes por el religioso Muhammad ibn 'Adb al-Wahhab (1703-1792) en el siglo XVIII. Su implantación originalmente estaba circunscrita a los musulmanes suníes en Arabia Saudita, que son la mayoría en dicho país, pero desde los años 70 se ha expandido por todo el mundo gracias a la potentísima financiación por este país de mezquitas y escuelas coránicas.

85 La organización Hermanos Musulmanes fue fundada en Egipto en 1928 por Hassan Al-Banna y se ha extendido por todo el mundo musulmán y por las comunidades islámicas de Europa y Estados Unidos. En cada país adopta nombre y formas de organización diversa. En Palestina, por ejemplo, el núcleo principal se denomina

El yihadismo radical sostiene que las sociedades occidentales son hostiles al Islam por naturaleza. Son movimientos de corte antiliberal y antidemocrático, que desprecian casi la totalidad de los parámetros básicos de las democracias occidentales, porque los consideran un peligro para el modelo de vida que defienden. Buscan la reislamización de las sociedades, no solo en su entorno, donde aspiran a que las estructuras políticas, también islámicas, velen por la creación de un entorno acorde a sus principios religiosos, sino en todo el mundo. Hay una voluntad de extender el Islam por todo el planeta.

En el mismo se engloban una red de movimientos cuya máxima expresión son *Al Qaeda* y el venido a menos *Estado Islámico* (denominado también como ISIS o DAESH, indistintamente), pero que incluye asimismo otras agrupaciones radicales como *Boko Haram*[86], la *Yihad Islámica Palestina*, la *Gama'a Islamiya* egipcia y algunas organizaciones ilegales y terroristas pakistaníes, indonesias como la *Yama'a Islamiya* y muchas más.

Hay varios hechos o eventos que catalizaron estos movimientos en sus orígenes en la región de oriente medio: la revolución la Revolución iraní, la Guerra de Afganistán, la Guerra del Golfo, el conflicto palestino-israelí, y, con el tiempo, la Guerra de Irak. No podemos olvidar el hecho de que el movimiento talibán, muy ligado a la ideología yihadista, y Al Qaeda nacieron tras la retirada de la Unión Soviética en 1989 de Afganistán gracias al apoyo a estos movimientos por Pakistán, Arabia Saudi y EEUU.

Los vínculos entre el movimiento talibán y al Qaeda fueron constatables desde el origen. El líder de Al Qaeda[87], Osama Bin Laden, permaneció

Movimiento de la Resistencia Islámica (Hamás). JORDÁN ENAMORADO, Javier (2008): "Elementos estructurales del terrorismo yihadista", en José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Javier JORDÁN ENAMORADO y Daniel SANSÓ-RUBERT PASCUAL (eds.), *Seguridad y Defensa hoy. Construyendo el futuro*, Madrid, Plaza y Valdés Editores, pp. 54-55.

86 FUENTE COBO, Ignacio (2015): "Historical approach to the Yihadist phenomenon", *Cuadernos del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 29/2015, pp. 1-14.

87 Osama Bin Laden fundó Al Qaeda, con otros dos líderes egipcios, el 10 de septiembre de 1988. En sus orígenes ya estuvo la idea de restaura el califato: una entidad política que abarcase toda la tierra del Islam, sin las fronteras internas actuales. Siempre ha sido una organización con un elevado grado de descentralización.

escondido en Afganistan y protegido por su gobierno talibán. Se convirtió en un líder político, militar y religioso que impulsó, a través de sus *fatwas*, como un mandato divino, la matanza de americanos y sus aliados, tanto militares como civiles, en todo el mundo. Los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos constituirán un terrible momento que catapultará a Al Qaeda hasta niveles insospechados entre los simpatizantes radicales de todo el mundo.

A ello siguieron atentados en Europa como los del 11 de marzo de 2004 en Madrid[88], o el de 2005 en Londres, como los atentados terroristas con mayor número de víctimas jamás ocurridos en este continente.

Las contundentes respuestas occidentales fueron mermando las fortalezas materiales de Al Qaeda, pero no su ideología. El año 2011 fue otro momento importante para la evolución del fenómeno del salafismo yihadista, no solo por la muerte de Osama Bin Laden, el 2 de mayo de 2011, sino también por el impacto de las revoluciones árabes en países como Siria o la retirada de las tropas de Irak a finales de 2011 y sus repercusiones en la consolidación de la organización yihadista que acabará denominándose como *Estado Islámico*.

El Estado Islámico (DAESH, IS, o ISIS)[89] fue formado por radicales fieles primero a Abu Musab al Zarqaui y a partir de 2006 a Abu Bakr Al-Bagdadi, que en junio de 2014 autoproclamó el califato desde la ciudad iraquí de Mosul, declarando la independencia de su grupo respecto de otros, como Al Qaeda, de quien siguió muy próximo, su soberanía sobre Irak y Siria, y autoproclamándose califa con el nombre de Ibrahim[90]. El

---

88 Con posterioridad en una alocución en Al Jazeera EL 20 de octubre de 2004 Bin Laden dirá: "Nos reservamos el derecho a responden en el momento y el lugar oportunos a todos los países que participan en la guerra de Irak, en particular Reino Unido, España, Australia, Polonia, Japón e Italia".

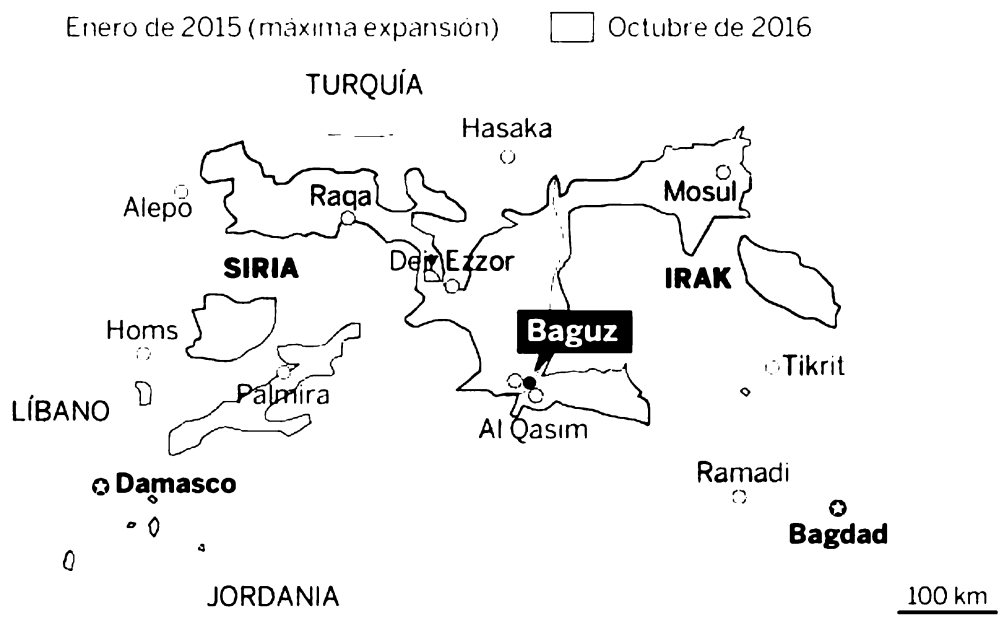
89 Sobre ello puede verse el trabajo BOUROUIS, khaddouj (2017): "Daesh un lobo salvaje y estratégico: Nueva taxonomía de *wilayat* como *daula islamiya* basada bajo la *sharia*", en PAYÁ SANTOS, Claudio Augusto, TOMÉ BERMEJO, Fernando (Dirs.) y ABAD QUINTANAL, Gracia (Coord.), *El terrorismo como desafío a la seguridad global*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 51-68.

90 Sobre el nacimiento del DAESH puede verse, entre otros, el trabajo: LUIZARD, Pierre-Jean (2016): *La trampa DAESH. El Estado Islámico o el retorno de la historia*, Madrid, Editorial Popular.

califato reclamó la autoridad religiosa sobre todos los musulmanes y se puso como objetivo declarado el unir todas las regiones habitadas por musulmanes bajo su control. El ISIS se caracterizó inmediatamente por su violencia extrema, la publicación de vídeos de decapitaciones y otro tipo de ejecuciones, tanto de soldados como de civiles, incluidos periodistas o miembros de organizaciones de ayuda humanitaria, al igual que por la destrucción de lugares históricos de herencia cultural, la organización de atentados en diversas partes del mundo, y la "limpieza étnica" de grandes proporciones al norte de Irak.

Desde su autodeclaración como Estado, el DAESH llegó a ocupar un territorio en Siria e Irak de una extensión similar a la de Gran Bretaña, con un número de combatientes (muyahidines) que rondó los 60.000, originarios de unos 90 estados.

El terreno que controló el ISIS



Fuente: IHS Markit. *EL PAÍS* (23 de marzo de 2019).

No obstante, tanto Siria e Irak como la Coalición formada por numerosos Estados emprendieron una ofensiva militar para la recuperación de dichos territorios y la derrota del ISIS, que poco a poco fue dando sus frutos. Finalmente, el 23 de marzo de 2019 se declaró públicamente la derrota

del DAESH por parte de milicia kurdo-árabes de la coalición Fuerzas de la Siria Democrática (FSD) al tomar el último bastión de este movimiento en Baguz (Siria), dando con ello por eliminado el autodenominado califato y una contienda que ha durado un lustro.

De todos modos, la derrota territorial no significa, ni mucho menos, la derrota del yihadismo. Muerto el califato (y el líder que lo proclamó[91]), aún quedan miles de yihadistas activos en varias partes del territorio que ocupó el DAESH, así como numerosas células durmientes activas en muchas regiones. El califato ha muerto, pero su ideología continúa. Además, está Al Qaeda y otros movimientos yihadistas. Los brutales atentados de Sri Lanka en abril de 2019, u otros ocurridos con posterioridad en ciudades como Kabul o El Cairo, son ejemplo de ello.

El terrorismo yihadista sigue siendo una amenaza. Es un terrorismo que no tiene fronteras, como se decía en apartado II de la Estrategia Europea de Seguridad de 2003: "En esta época de globalización, (…) terroristas y delincuentes pueden operar ahora en todo el mundo (…) Con las nuevas amenazas, la primera línea de defensa estará a menudo en el extranjero. Las nuevas amenazas son dinámicas. El riesgo de proliferación crece constantemente…". Presenta una estructura dispersa, por ello es difícil su persecución, parece un enemigo que no se le ve y que puede aparecer como célula aislada en el rincón de cualquier ciudad…es un peligro difuso. Con lo cual, la amenaza yihadista se percibe como muy evidente, pero los terroristas son más difíciles de identificar. Además, su fundamento religioso extremista otorga a sus seguidores un alto grado de fanatismo. Son creedores de estar cumpliendo una misión en la vida, lo que facilita inmolaciones con alto poder de causar daños[92].

---

91 El 27 de octubre de 2019 se anunciaba la muerte de Abu Bakr Al-Bagdadi.

92 Hans Magnus Enzensberger utiliza el término "perdedores radicales" para referirse a estos camicaces islamistas, que como otros "perdedores radicales" están convencidos de la falta de valor de su propia vida, por lo que tampoco les importa la vida de los demás. Como dice este autor, les da absolutamente igual que sus víctimas serán adversarios, partidarios o personas imparciales. El atentado suicida "ejerce un poder de atracción irresistible sobre el perdedor radical, pues le permite dar rienda suelta a sus delirios de grandeza y al odio sobre sí mismo (…) Para sus jefes, el perdedor de atentados suicidas representa un arma imbatible porque ningún satélite de reconocimiento es capaza de detectarlo y porque

Este terrorismo ha aportado nuevas formas de alimentarse, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio[93]. Se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados. Tomar este factor tecnológico en consideración será fundamental en el reto de cortar la escalada de este fenómeno. En este aspecto quisiera detenerme ahora por la centralidad que ocupa en la lucha contra el terrorismo global.

3.1.2. Terrorismo de la era digital. La importancia de los datos y las redes sociales

El constitucionalismo de hoy se enfrenta a una realidad: la era digital, y ello tiene sus consecuencias de igual forma en el ámbito del terrorismo global y la pugna por cercenarlo.

Vivimos en un mundo tecnológico donde los medios telemáticos y los avances en computación y tratamiento de datos son un arma de doble filo. Por un lado, constituyen una herramienta de comunicación, de difusión de información y de intercambio de ideas como nunca habíamos tenido. Aporta conectividad, interactividad e instantaneidad. Pero, por otro lado, y como recordaba Fernández Rodríguez, esa sociedad de la información convierte a esta en un elemento de poder que se consume, se compra, se vende y se somete a la lógica del mercado y de la lucha política[94]. El uso de esos medios telemáticos conlleva la entrega (no siempre consciente) de

---

puede emplearse prácticamente en todas partes. Además, es de muy bajo coste. ENZENSBERGER, Hans Magnus (ed. 2015): *El perdedor radical. Ensayo sobre los hombres del terror*, Barcelona, Anagrama, p. 60.

93 DE VERGOTTINI, Giuseppe (2004): "La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuestas de las democracias al terrorismo", *Revista de Derecho Político*, nº 61, p. 24.

94 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (2008): "Derechos fundamentales, internet y construcción de la seguridad futura", en José Julio Fernández Rodríguez, Javier Jordán Enamorado y Daniel Sansó-Rubert Pascual (eds.), *Seguridad y Defensa hoy..., op. cit.*, p. 16.

infinidad de datos personales (información) que pueden ser almacenados y tratados con diferentes objetivos, y deja puertas abiertas a que los mismos sean usados indebidamente o controlados sin reglas[95].

Esa capacidad que brindan los avances tecnológicos es utilizada igualmente por aquellos que quieren aprehenderse de los datos con fines delictivos, o desean ocultar sus finanzas a los ojos de la ley, o buscan influir en un mercado de usuarios o de votantes, o que pretenden difundir ideas adoctrinadoras o de reclutamiento por causas como la yihadista.

Como se ha subrayado, Internet y las nuevas tecnologías han supuesto un modo efectivo de explotación de la doctrina yihadista y propiciado que, bajo este ideario radical, diversos individuos puedan realizar actuaciones autónomas en países occidentales sin necesidad de dependencia de una estructura de mando jerarquizada[96]. El yihadismo ha puesto en marcha una gigantesca maquinaria propagandística a través de Internet que ha contribuido a la radicalización de miles de jóvenes en Europa y en países de mayoría musulmana[97]. Además, es en las redes donde organizan atentados, forman a los futuros autores de los mismos y donde se financian. Los terroristas han logrado sacar el máximo partido a las ventajas de internet, un medio que, frente a los medios convencionales, permite anónimamente diferenciar y segmentar la información que quieren transmitir en función del tipo de audiencia. Hay comunicados donde predomina la brutalidad para atemorizar a un Occidente enemigo, otros que legitiman y justifican

---

95 Sobre estos peligros ya se vaticinaba en el trabajo: LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (2004): "Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del progreso", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 109, pp. 71-110.

96 DÍAZ MATEY, Gustavo (2016): "El papel de la inteligencia en la lucha contra el terrorismo yihadista salafista". *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, nº 116, p. 213.

97 Es en el ciberespacio donde se proporciona a los seguidores un cuerpo teórico de razonamientos y valores ligados a la causa yihadista, se legitiman religiosamente las acciones terroristas, se aportan argumentos para atraer a otros hacia su causa, se cuelgan manuales de formación sobre cómo llevar a cabo los atentados, adquirir los materiales, procedimientos de seguridad en las comunicaciones, etc y contribuye a que los individuos inmersos en la subcultura yihadista no se perciban a sí mismos como sujetos aislados, sino como miembros de una comunidad global mucho más amplia apoyada por autoridades y expertos en ciencias islámicas. JORDÁN ENAMORADO, Javier (2008): "Elementos estructurales del terrorismo yihadista", *op. cit.*, p. 66.

sus acciones ante sus seguidores o aquellos que pretenden captar adeptos ofreciendo una mejor calidad de vida y prometiendo un futuro económico y de hermandad[98].

Así, ante la omnipresente amenaza del terrorismo en las redes, la recolección de información que permita conocer a los terroristas y, por tanto, actuar proactivamente, adelantándose a sus acciones, es considerada con frecuencia como el instrumento por excelencia de la lucha antiterrorista[99]. Los servicios de inteligencia y defensa han sido conscientes siempre de la valía de la información. Y el nuevo modo de operar del terrorismo yihadista ha puesto en mayor valor la importancia de controlar los datos, obtenidos a través de la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, o mediante la cesión por parte de empresas privadas (aerolíneas, bancos, empresas prestadoras de comunicaciones electrónicas o de páginas web) de los datos de los usuarios de sus servicios. Desde el Consejo de seguridad de Naciones Unidas se invitó a un mayor intercambio de información con el propósito de identificar a dicho combatientes, comprender sus modalidades de desplazamiento y difundir las prácticas de evaluación empírica del riesgo que entrañen. En el mismo sentido la normativa de la UE y la interna de los Estados miembros se ha afanado por establecer cauces a través de los cuales obligar a los grandes proveedores de servicios electrónicos de toda aquella información que, a criterio del Estado, pueda ser útil en una tarea que compete al propio Estado, que es la garantía de la seguridad.

Aquí se encuentran otras dos de las cuestiones pendientes, entre otras muchas, que el Estado constitucional habrá de afrontar: Por un lado, los límites del Estado en esa tarea de recopilación de inteligencia. Por otro, determinar el papel que corresponde a los entes privados en la lucha contra el terrorismo, y, en concreto, me estoy refiriendo a las compañías proveedoras

---

98 TAPIA ROJO, M. Eugenia (2016): "Análisis de la estrategia comunicativa del terrorismo yihadista: el papel de las redes sociales", *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos,* nº 2, pp. 1-15.

99 SANSÓ-RUBERT, Daniel (2004): "El papel de los servicios de inteligencia", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 48, p. 89. Indicaba este autor que el valor más importante de la Inteligencia en el contraterrorismo estriba en proporcionar un aviso táctico preventivo de una acción terrorista.

de servicios de comunicaciones o a las titulares de bases de datos con un ingente volumen de información sobre los ciudadanos. En ambas cuestiones se ahondará debidamente con posterioridad en este trabajo.

Sin duda, la era de los datos y de la digitalización constituye un desafío para el constitucionalismo en términos generales, pero la cuestión de la seguridad ha abierto una brecha por donde podrían acabar escapando aquellas garantías recogidas en el marco de protección de datos que se ha querido construir tanto en el ámbito nacional como supranacional. Seguir en el empeño de asegurar las debidas garantías en torno a nuestros datos, incluso cuando el fin sea la búsqueda de la seguridad, debiera constituir, pues, una prioridad.

3.1.3. Los combatientes terroristas extranjeros

Otro de los elementos que ha distinguido al terrorismo yihadista es la capacidad que ha tenido de conseguir adeptos a su causa, de adoctrinarlos y de prepararlos para cometer atentados. Es importante abordar la singularidad de este hecho para entender posteriormente el tipo de medidas que se han adoptado en la lucha contra el terrorismo y el desafío que supone para un Estado democrático el encontrar soluciones para erradicar la causa desde sus raíces.

La captación de seguidores para la *yihad* violenta se puede producir de forma directa a través de las redes de familiares, amigos, líderes espirituales en las mezquitas, etc., o en las redes sociales, esto es, en internet, como hemos acabamos de analizar. Y, el posterior desarrollo de las capacidades para cometer atentados se puede generar también a través del aprendizaje adquirido en red, usando los medios electrónicos como fuente, o mediante el desplazamiento y entrenamiento directo en los territorios que pertenecían al Estado Islámico. Este último es el fenómeno en el que quisiera centrarme ahora.

Tras la proclamación del Califato por su líder Abu Bakr Al Bagdadi en el verano de 2014, el Estado Islámico intensificó su propaganda difundiéndola mediante una efectiva campaña en redes sociales en la que hacía una llamada a unirse a la *yihad*, y consiguiendo reclutar a un número sorprendente de seguidores, que se desplazaron hacia los territorios domi-

nados por el Estado Islámico, provenientes no solo de países de religión musulmana, sino también de países europeos, donde ello parecía impensable. Los denominados "combatientes terroristas extranjeros" constituye un fenómeno preocupante que ha comportado una amplificación de la amenaza terrorista en muchos países, con especial repercusión en el entorno europeo. Son individuos que decidieron viajar desde su lugar de residencia a territorios o campos de entrenamiento dominados por el DAESH para recibir un adiestramiento con el objetivo de planificar o perpetrar un atentado contra intereses occidentales en el país donde estaban residiendo o en cualquier otro territorio.

Los analistas pudieron comprobar muy pronto que la práctica mayoría de estos nuevos adeptos provenían de grupos de ciudadanos poco integrados en el seno de las sociedades europeas occidentales, a pesar de llevar viviendo muchos años en esos territorios o incluso tener la nacionalidad de uno de sus países. Se trata de jóvenes, especialmente vulnerables a esos procesos de radicalización en muchas ocasiones por crisis de identidad personal o por ese déficit de integración social. Esta realidad, constatada muy tempranamente, explica que, en la Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de 19 de noviembre de 2014[100], "Amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas", ya se reconociera:

> "que el terrorismo no será derrotado por la fuerza militar, las medidas de aplicación de la ley, ni las operaciones de inteligencia por sí solas, es necesario abordar las condiciones que propician la propagación del terrorismo, como se indica en el punto I de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo (A/RES/60/288)", y reiteró la necesidad de abordar los factores que impulsan la radicalización y el reclutamiento de terroristas.

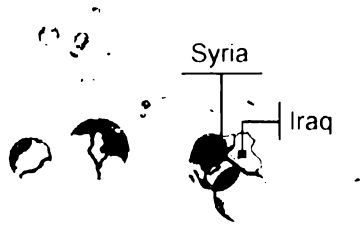
Los datos que repiten los servicios de inteligencia hablan de cifras que superan las 27.000 personas que se estiman que viajaron desde cualquier parte del mundo para sumarse al Califato hasta 2017, unas 6000 desde Europa[101].

---

100 S/PRST/2014/23.

101 COHEN-ALMAGOR, Raphael (2018): "The role of internet intermediaries in tackling terrorism online", *Fordham Law Review*, vol. 86, pp. 428. Idem. MARRERO

Origin of foreign fighters in Syria and Iraq



KEY
Number of foreign fighters

3.000 1.500 500 100 <50

Sources: Soufan Group, International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence
*Upper estimates used

Así, pues, una de las mayores preocupaciones en los últimos tiempos en la lucha contra el terrorismo ha sido precisamente frenar y perseguir a esos combatientes terroristas extranjeros, una lucha que se hizo especialmente incisiva tras la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178 (2014)[102]. Con esta resolución, la comunidad internacional destacó la urgente necesidad de que se adoptasen plenamente y de inmediato medidas relativas a los combatientes terroristas extranjeros y, en particular, los asociados con el Estado Islámico, el Frente Al-Nusra y otros grupos afiliados a Al-Qaida. Reconoció también que se deben abordar de manera integral los factores subyacentes, lo que incluye prevenir la radicalización, frenar el reclutamiento de combatientes terroristas extranjeros, dificultar los viajes de combatientes terroristas extranjeros y obstaculizar el apoyo financiero que reciben.

ROCHA, Inmaculada (2016): "Los combatientes terroristas extranjeros de la Unión Europea a la luz de la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *Revista de Derechos Comunitario Europeo*, nº 54, p. 567.

102 U.N. Security Council Resolution 2178(2014) on Foreign Terrorist Fighters.

En concreto, instaba a los Estados a cooperar para impedir que los terroristas continúen con el reclutamiento de adeptos y para que luchen contra la propaganda extremista violenta y la incitación en Internet y los medios sociales, incluso mediante la elaboración de mensajes que contrarresten con eficacia la retórica del terrorismo. Al tiempo, invitaba a que ello se haga dentro del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales y de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional. Subrayaba asimismo la importancia de la cooperación con la sociedad civil y el sector privado en este empeño.

Entre otras cosas, y con el objetivo de impedir los viajes de combatientes terroristas extranjeros desde sus territorios o a través de ellos, invitaba a un mayor intercambio de información con el propósito de identificar a dichos combatientes, comprender sus modalidades de desplazamiento y difundir las prácticas de evaluación empírica del riesgo que entrañen. Así, se decía:

> "El Consejo de Seguridad reitera, según lo expresado en las resoluciones 2161 (2014) y 2178 (2014), su llamamiento a los Estados Miembros para que utilicen las bases de datos de INTERPOL y exijan que las aerolíneas de su jurisdicción proporcionen información anticipada sobre pasajeros para detectar la partida, el ingreso o el tránsito por sus territorios de personas que figuran en la lista de sanciones contra Al-Qaida y además alienta a que suministren listas de pasajeros, cuando proceda, a las autoridades nacionales competentes".

Estas afirmaciones ponen de manifiesto la consciencia sobre la utilidad del intercambio de datos para la persecución del terrorismo, al igual que de otros delitos a escala nacional y transnacional, cuestión de la que nos ocuparemos posteriormente en este trabajo.

La inquietud por el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros se reflejó igualmente en otros ámbitos internacionales, como en Consejo de Europa, con la adopción del Protocolo adicional al Convenio para la Prevención del Terrorismo del Consejo de Europa, de 22 de octubre de 2015, el cual tiene como finalidad el establecimiento de una respuesta penal para perseguir a los combatientes terroristas extranjeros[103]; y en el

---

103 El protocolo entró en vigor el 1 de julio de 2017.

marco de la Unión Europea, con la aprobación de normativa que sigue la estela marcada por Naciones Unidas en esta cuestión. A estos efectos, puede hacerse mención a la Directiva (UE) 2016/681/UE, de 27 de abril, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave, que precisamente persigue los fines de intercambio de datos de los que hablaba la Resolución del Consejo de Seguridad.

Igualmente, cabe subrayar la Directiva 2017/541/UE, relativa a la lucha contra el terrorismo. En esta Directiva, el viaje con fines terroristas tiene una regulación mucho más amplia que el fijado entonces en la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y que inspiró en España la adopción de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, al no exigirse ahora que el viaje tenga por destino un territorio controlado por fuerzas islamistas radicales vinculadas al terrorismo. La Directiva de 2017 ha conducido, como en otros países, a la reforma, de nuevo, de nuestro Código Penal por Ley Orgánica 1/2019[104]. De tal modo que el art. 573.1. CP ha quedado redactado así: "3. La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca *en un territorio extranjero*."

En definitiva, la particularidad del fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros continúa constituyendo una preocupación hoy y sigue provocando enmiendas normativas, a pesar de que se haya producido un descenso en el flujo de emigrantes combatientes terroristas, al menos hacia las filas del Estado Islámico[105]. Es un reto que hay que seguir afrontando,

---

104 Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.

105 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2018): *Introduction to international terrorism*, Viena, Editorial de Naciones Unidas, p. 11. Asimismo, en 2016 se aprobó una adenda al Memorando de La Haya-Marrakech sobre Buenas Prácticas para Dar una Respuesta Más Eficaz al Fenómeno de los Combatientes Terroristas Extranjeros centrada en los combatientes terroristas extranjeros que regresan a sus países.

y para ello se precisa del mantenimiento de medidas que necesariamente van a acabar afectando al conjunto de los ciudadanos, como los controles de datos o los controles reforzados en fronteras, pero ha hacerse sopesando debidamente los intereses en juego.

Por otro lado, la pérdida por parte del ISIS del control de prácticamente la totalidad del territorio que ocupaba ha generado un nuevo reto que es el del retorno de aquellos que pertenecieron a sus filas y su reubicación en sus sociedades de origen. En la Resolución 2396 (2017) de Naciones Unidas, adoptada el 21 de diciembre de 2017 ya mostraba su grave preocupación porque "los combatientes terroristas extranjeros que se han unido a entidades como el EIIL, el Frente Al-Nusra y otras células, entidades afiliadas o grupos escindidos o derivados del EIIL, Al-Qaida u otros grupos terroristas podrían estar tratando de regresar a sus países de origen o nacionalidad o trasladarse a terceros países". En la Resolución se invitaba a los Estados al empleo de evaluaciones de riesgos con base empírica, considerando igualmente la adopción de medidas adecuadas de enjuiciamiento, rehabilitación y reintegración. No puede olvidarse, por otro lado, que algunos de los que retornan pueden tener que enfrentarse a responsabilidades penales por su actuación en relación con el movimiento yihadista.

Respecto a las familias de los excombatientes terroristas, la Resolución indicaba: "*observando* que los niños pueden ser especialmente vulnerables a la radicalización conducente a la violencia y necesitar apoyo social particular, como asesoramiento postraumático, y *destacando* al mismo tiempo que los niños deben ser tratados de manera que se respeten sus derechos y su dignidad, de conformidad con el derecho internacional aplicable". Esta cuestión se ha planteado respecto de las mujeres y niños recluidos en los campos para familiares de combatientes del Estado islámico como los ubicados en el noreste de Siria. Por acercar dicha realidad a nuestro país, recientemente se informaba de que entre ellos se encontraban 4 mujeres de nacionalidad española a cargo de 16 menores[106]. El debate se encuentra no solo en la repatriación de todos ellos, y las posibles medidas de seguridad a adoptar, sino también en las presuntas responsabilidades penales

---

106 SANCHA, Natalia (2019): "Cuatro mujeres en los campos para familias yihadistas", *El País*, 5 septiembre de 2019.

que podrían imputarse a las 4 mujeres adultas a su llegada a España por su implicación con el terrorismo yihadista. Mientras las mujeres defienden el relato de que llegaron a Siria persuadidas por sus maridos (combatientes del ISIS), las investigaciones tendrán que desvelar si realmente existió una implicación de las mismas en la captación de adeptos o la organización de actividades terroristas.

3.1.4. La financiación del terrorismo yihadista

Otra de las medidas imprescindibles en la lucha contra el terrorismo es descubrir y desmantelar sus fuentes de financiación[107]. Resulta procedente detenernos ahora en esta cuestión, aunque sea mínimamente, porque también la lucha contra ello va a acabar condicionando derechos y libertades reconocidas en nuestros textos constitucionales.

Con ese fin de cercenar las fuentes de financiación para actividades delictivas, incluido el terrorismo, en 2015 se adoptó una Directiva en el marco de la UE sobre la prevención en la utilización del sistema financiero[108], que reemplaza normativa anterior en esa materia[109]. Ya en 2003 el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) revisó

---

107 El terrorismo yihadista se financia ilegalmente con dinero que procede de distintas fuentes: secuestros de europeos, contrabando, tráfico de refugiados causado por el conflicto de Siria, etc. Ello supone el movimiento de mucho dinero que se transfiere en parte a través de cuentas bancarias. Cierto es que cada vez más cada grupo terrorista en cada zona del mundo organiza sus propios medios de financiación. A este respecto, puede verse un interesante artículo de Loreta NAPOLEONI: "Así se financia el terror yihadista", *El País*, 16 de noviembre de 2015.

108 Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.

109 Con anterioridad a la Directiva mencionada, se adoptaron otras. En concreto, en relación al intercambio de información, ha de citarse la Cuarta Directiva contra el blanqueo de capitales y Reglamento (UE) 2015/847 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos.

sus Recomendaciones para incluir la financiación del terrorismo e introdujo requisitos más detallados en lo que respecta a la identificación y verificación de la identidad de los clientes en aquellas situaciones en que pueda haber mayor riesgo de financiación de este delito, y que pueden justificar unas medidas más estrictas. Ello quedó reflejado en la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y en la Directiva 2006/70/CE de la Comisión. Siguiendo en esa dirección, en la nueva Directiva de 2015 se señala que cada Estado miembro adoptará las medidas adecuadas para detectar, evaluar y atenuar los riesgos de financiación del terrorismo (art. 7.1). Introduce la posibilidad de que los Estados establezcan la obligación de las entidades de crédito, financieras u otros profesionales como auditores, notarios, contables, asesores fiscales… de obtener y conservar la información básica de sus clientes (nombre y dirección de la persona física o sociedad, titularidad real y actualizada de ésta última…) y de ponerla a disposición de las Unidades de Investigación Fiscal, de las autoridades competentes o de las "personas que demuestren un interés legítimo" en relación con la financiación del terrorismo o blanqueo de capitales y delitos conexos (art. 8). Como garantía, se prevé que las autoridades de supervisión de la protección de datos pueden intervenir, pero solo si la evaluación del riesgo de blanqueo de dinero o financiación del terrorismo afecta a la privacidad y a la protección de datos de personas.

En la misma línea, el 11 de febrero de 2016 el Consejo de la Unión acogió con satisfacción el Plan de la Comisión de 2 de febrero de 2016 para reforzar la lucha contra la financiación del terrorismo[110] instándole, en todo caso, a la revisión de la normativa sobre los instrumentos de prepago, blanqueo de capitales y las monedas virtuales, y animando a la cooperación e intercambio de información entre los países a estos efectos.

En el ámbito español se aprobó la Ley 10/2010, de prevención de blanqueo de capitales y la financiación al terrorismo, modificada con posterioridad en 2018, para acomodarla a la normativa europea. Entre otras cosas, se eliminó la distinción entre personas de responsabilidad pública extrajeras y nacionales, dando a ambas el mismo trato; se habilitaron dos

---

110 Comisión Europea Documento 5782/16 + ADD1.

tipos de canales para canalizar las denuncias; se endurecieron las sanciones; y se establecieron medidas de diligencia debida reforzadas.

Igualmente, para cumplir con lo acordado en la normativa Europea, la LO 1/2019, de 20 de febrero, modificó el Código penal, en su art. 576, donde se castigan las actuaciones de financiación del terrorismo. La reforma supuso la supresión del apartado quinto que ser refería a la responsabilidad de las personas jurídicas por tales delitos, aunque sus contenidos han pasado a ser recogidos en el art. 580 bis.

Recientemente, en el marco de Naciones Unidas, en marzo de 2019, el Consejo de Seguridad adoptó por unanimidad una Resolución que invita a los Estados miembros a combatir y criminalizar la financiación de los terroristas y sus actividades [Resolución 2462(2019)], poniendo de manifiesto las muy variadas formas de obtener fondos. La propia Resolución recuerda que todas las medidas que adopten los Estados con tal fin deberán ser acordes con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional en materia de refugiados.

Todo ello es importante porque esos fondos económicos han sido utilizados a veces directamente para financiar acciones terroristas, pero también indirectamente a través de la ayuda económica a mezquitas y oratorios islámicos donde se han radicalizado a individuos, invitándoles a unirse a la *yihad* violenta. En estos casos, el ejercicio de las libertades, como la religiosa, puede constituir el pretexto para acabar financiando algo absolutamente ilegal, como son los grupos radicalizados ideológicamente que defienden el empleo de la violencia para alcanzar la materialización de sus ideas.

Especial relevancia tiene el soporte económico a mezquitas o centros religiosos y al sustento de los imames que allí predican cuando la ayuda económica viene de países como Arabia Saudí, Kuwait, Qatar o Marruecos, porque se ha comprobado que, en esos casos, la doctrina que en ellas se difunde es mucho más fundamentalista que la de un islam más abierto[111].

---

[111] Hace un año salía en la prensa la noticia de la expulsión de un *imam* de Navarra por ser un predicador de ideología salafista-wahabí, vinculado a la ONG *Revival of Islamic Heritage Society*, una sociedad fundada en 1981 en Kuwait, con el propósito de instaurar un califato regido por la ley islámica o *sharia* y reducir la

Algunos países como Austria, por ejemplo, han prohibido cualquier ayuda extranjera a mezquitas u oratorios precisamente para evitar esas interpretaciones fundamentalistas del islam.

También esa ayuda indirecta al terrorismo a través de la financiación económica a los lugares de culto u oratorios islámicos, o a individuos radicalizados concretos, se ha conducido a través de la limosna (*zakat*) o el sistema de la *hawala*, que es lo más parecido a lo que podría calificarse como bancos de corresponsalía, un sistema informal de envío de dinero. En definitiva, constituye una vía muy utilizada igualmente para la financiación del terrorismo.

Lo determinante es controlar que cualquiera de esas donaciones vaya dirigida efectivamente a la realización de actividades religiosas compatibles con la legalidad que preside el estado democrático y no a un fin ilegal.

3.2. LAS RESPUESTAS DE LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS AL TERRORISMO GLOBAL

3.2.1. Tipos de respuestas

Decía que hay elementos que son generadores de riesgo y, a su vez, de incertidumbre y miedo. Sabiendo que la seguridad total no existe, el objetivo de los mecanismos que tratan de salvaguardarla consiste en reducir los daños en el caso de materializarse los riesgos. Se ha señalado que para lograr la seguridad se llevan a cabo tres tipos de acciones: (1) la prevención, cuyo objetivo es hacer desaparecer o reducir las causas desencadenantes del riesgo o amenaza; (2) las acciones como respuesta rápida y eficaz una vez

---

injerencia de Occidente en el mundo musulmán, muchos de sus partidarios legitiman la lucha armada. Dicha ONG le había facilitado el dinero para construir un Centro Cultural Islámico. Según los informes policiales, el imam consiguió el dinero con la clara vocación de convertir ese centro islámico en punta de lanza de la expansión del salafismo en el norte de España. ORTEGA DOLZ, Patricia (2018): "Expulsado de España un imán de Navarra por ser un predicador salafista", *El País*, 21 de marzo de 2018.

que se ha dado el incidente; y (3) la represión sobre las personas, en caso de ser ellas las causantes del daño, y su rehabilitación[112].

Las respuestas estatales contra el terrorismo yihadista no se dejaron esperar tras los atentados del 11-S. De hecho, el propio Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas reconoció que estos ataques constituían una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales (Resolución número 1368, 2001) y, actuando en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, adoptó la Resolución 1373 (2001), instando a todos los Estados a tomar medidas encaminadas a prevenir la comisión de actos terroristas, permitiéndoles una serie de intervenciones que, con el tiempo, han hecho difícil mantener el equilibrio entre las garantías de las libertades constitucionales y la seguridad.

Ciertamente, para luchar contra el fenómeno yihadista los Estados han reaccionado con respuestas de cualquiera de los tres tipos de acciones que acaban de indicarse: (tipo 1) con medidas estratégicas o preventivas, —a las cuales me iré refiriendo de manera especial en este trabajo—, que tienen un carácter más prospectivo y tratan de evitar que el atentado terrorista se produzca y que crezca el número de adeptos a la causa yihadista; (tipo 2) con una reacción inmediata tras la comisión de un atentado terrorista; en la mayor parte de las ocasiones acompañada de la declaración de un estado de emergencia, cuestión relevante en el Estado democrático de derecho, por lo que también ahondaré en ello; y (tipo 3) con acciones contra los causantes del daño, bien mediante la aplicación del sistema punitivo, con el endurecimiento de la legislación penal, bien a través del recurso a la respuesta militar, con ataques por parte de las élites de los cuerpos de defensa a los territorios cercanos al ISIS.

En todo caso, la respuesta de la mayor parte de los Estados occidentales al terrorismo global ha conducido a la introducción de enmiendas a la legislación doméstica (incluso pasando por el intento de reforma constitucional, como se pretendió en Francia). Ello ha supuesto la aprobación de

---

112 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (2016): "Los datos de tráfico de comunicaciones: en la búsqueda de un adecuado régimen jurídico que elimine el riesgo de control permanente", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n. 108, p. 28.

nuevas leyes antiterroristas o la modificación de las existentes[113], la reforma de las leyes penales[114], cambios en las normas de vigilancia o de tratamiento de datos, o la modificación de las reglas sobre la entrada y salida del país, entre otras medidas[115]. Igualmente se han reforzado las políticas de seguridad. O bien, se ha optado por la declaración de algo parecido a estados de excepción, esto es, la utilización de normas constitucionales que permiten suspender o limitar transitoriamente la vigencia de determinados derechos en el marco de una investigación terrorista.

Lo cierto es que la reacción no ha sido igual en todos los países, porque no todos se han visto amenazados del mismo modo y porque el pasado interno en materia de terrorismo ha distado mucho de unos a otros. España,

---

113 Ej.: la estadounidense *Patriot Act* (2001), la *Crime and Security Act* en Gran Bretaña (2001), sustituida por *Prevention on Terrorism Act (2005), la ley belga, Loi du 3 aôut 2016 portant des dispositions diverses en matiére de lutte contre le terrorisme*, la ley francesa *Loi 2017-1510, du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme,* etc.

114 Una de las respuestas más inminentes frente a la percepción del terrorismo internacional de corte yihadista como amenaza global, consistió en que los distintos países occidentales, en especial europeos, desarrollaran una política criminal que cristalizó en leyes antiterroristas para el endurecimiento de las sanciones penales y el adelanto de la intervención penal a través de la creación de nuevos delitos. Sobre la respuesta de este tipo operada en España puede verse el trabajo de Elena GÓRRIZ ROYO (2018): "Contraterrorismo a raíz de la Directiva (UE) 2017/541 y europeización del derecho penal al enemigo: ¿necesidad de reformas en la legislación penal española?", *op. cit.*, pp. 551-608. En este trabajo la autora ya adelantaba reformas a las que la Directiva obligaba y que se han plasmado en le enmienda al Código penal mediante Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional. Una normativa que ha supuesto el reajuste al alza de algunos delitos de terrorismo y la inclusión en el código penal de algunas actuaciones como la falsedad documental que no estaba contemplada en el art. 573 del Código Penal. Asimismo, se extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la comisión de cualquier tipo de delito de terrorismo, algo que sólo se preveía hasta ahora para los delitos de financiación del terrorismo.

115 Ej.: La Ley de vigilancia francesa: *LOI n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement*. Ley española, Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.
Igualmente, la modificación de la normativa canadiense y de la alemana.

por ejemplo, desgraciadamente, ha vivido muchos años bajo la amenaza de los ataques terroristas (principalmente de ETA), por lo que la respuesta normativa ha sido más moderada que en otros Estados. Por poner un ejemplo contrario, en Europa, Francia reaccionó a la escalada de ataques terroristas ocurridos en su territorio desde los asesinatos en el semanario *Charlie Hebdo* con el discurso de "la guerra contra el terror", que ha servido para justificar todo tipo de medidas en nombre de la seguridad, en cierto modo, acercándose al estilo de respuestas de Estados Unidos o Reino Unido. La respuesta del Presidente François Hollande, continuada por el Presidente Emmanuel Macron, fue implacable e inflexible desde el primer momento, estableciendo una amplia batería de medidas de seguridad (Declaración de la guerra la ISIS con intervenciones militares, ampliación de la seguridad en Francia con un fuerte aumento del presupuesto para ello, cierre de las fronteras tras los ataques de noviembre de 2015, severas restricciones al derecho de manifestación y de movimiento, individuos situados bajo arresto domiciliario por sospecha de estar relacionados con el terrorismo, incremento de las penas de prisión por actos de terrorismo, expulsión de extranjeros sospechosos de terrorismo, aumento de la vigilancia, declaración del estado de emergencia, etc.) Y todo ello vestido con un discurso gubernamental que, al menos inicialmente, hacían parecer razonables, responsables y necesarias todas esas respuestas[116].

El caso de Francia no es un caso aislado, de hecho, como decía al comienzo, muchas son las críticas que han suscitado las respuestas estatales adoptadas contra el nuevo fenómeno del terrorismo global, el terrorismo yihadista, bien porque rompen abiertamente con los principios básicos de un Estado de derecho, o son de muy dudoso encaje en un marco de respeto a los derechos humanos o socavan algunos de los valores fundamentales del Estado democrático[117]. A lo largo de este trabajo tendremos ocasión de recalar en cada una de esas respuestas.

---

116 Un interesante estudio de cómo se ha legitimado desde el gobierno francés el uso de esas medidas extraordinarias puede encontrarse en BOGAIN, Ariane (2017): "Security in the name of human rights: the discursive legitimation strategies of the war on terror in France", *Critical Studies on Terrorism*, n. 10:3, pp. 476-500.

117 Sobre las diferentes respuestas ofrecidas en la lucha contra el terrorismo internacional tras el 11S puede verse, entre otros, el trabajo ROACH, Kent: "The 9/11 effect in comparative perspective: some thoughts on terrorism in Canada, Spain and the Uni-

3.2.2. La respuesta española a la persecución y prevención del terrorismo global

A pesar del terrorismo de ETA[118], España nunca ha tenido una Ley de terrorismo como tal y tras los terribles atentados en Madrid en 2004 no se produjo una modificación inmediata de la normativa reguladora de este fenómeno. Teníamos un conjunto de normas que nos habían permitido luchar contra aquel terrorismo (el de ETA) y se consideró que era suficiente para afrontar el nuevo fenómeno global. El declive de ETA y la experiencia y los éxitos acumulados en materia antiterrorista situaban a España en una posición relativamente fuerte para hacer frente al terrorismo global.

En definitiva, en España el terrorismo siempre había sido un objetivo a combatir[119] y la lucha contra el terrorismo yihadista pasó a ocupar también un interés prioritario para nuestros cuerpos de seguridad y defensa y

---

ted States", en Miguel REVENGA SÁNCHEZ (Director), *Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 21-60. MASFERRER, Aniceto y WALKER, Clive (Eds.), *Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law, Crossing Legal Boundaries in Defence of the State*, Elgar, 2013. CARRASCO DURÁN, Manuel (2010): "Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de septiembre de 2001", *op. cit.*, pp. 13-56.

118 Desde la década de 1970, España padeció una actividad terrorista profusa y variada, con más de 3000 incidentes, miles de víctimas entre asesinados, heridos y secuestrados y decenas de miles de afectados por daños a propiedades. DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis (2014): "Terrorismo", *op. cit.*, p. 107.

119 El 12 de abril de 1985 se produjo el atentado terrorista del restaurante "El Descanso" de Madrid, reivindicado por un grupo de la Yihad islámica. En él murieron 18 personas y más de 100 resultaron heridas. El restaurante era frecuentado por militares estadounidenses aunque todos los fallecidos fueron españoles. La posterior investigación no pudo determinar la autoría de los atentados. Los atentados del 11 de marzo de 2004 se saldaron con 191 personas muertas y más de 2000 heridas, siendo el atentado más sangriento ocurrido en España. En 2017 se llevaron a cabo nuevos atentados yihadistas, esta vez en Cataluña, en las ciudades de Cambrils y Barcelona, que, utilizando la técnica del atropello masivos, acabaron causando 15 muertos y cerca de 150 heridos. Desde entonces y hasta hoy se han venido produciendo numerosas detenciones de miembros de Al Qaeda u otros individuos acusados de planear atentados o financiar el terrorismo yihadista o bien reclutar adeptos para dicha causa.

se reguló a través de una legislación dispersa ya existente y, como decía, un tanto difusa[120].

Posiblemente es 2015 el año donde se producirán más cambios legislativos como consecuencia de la lucha antiterrorista, empujados fundamentalmente por las obligaciones adquiridas internacionalmente, pero también por las nuevas características del terrorismo global. El legislador español consideró que hacía falta actualizar la normativa antiterrorista para dar cabida también al fenómeno del terrorismo individual, más próximo a muchas de las actuaciones terroristas yihadistas[121].

Así, enmarcada en esa tendencia, para luchar contra el nuevo fenómeno yihadista, y para cumplir con los compromisos supranacionales, se produjo la reforma de la mayor parte del Capítulo VII del Título XXII del Código Penal, por LO 2/2015, de 30 de marzo. Entre otras cosas, cabe destacar de aquella reforma la inclusión de una nueva definición del delito de terrorismo (art. 573 CP), que se aleja de la imagen de este como algo vinculado necesariamente al elemento estructural u organizativo y, por lo tanto, distinto del terrorismo interno que habíamos sufrido tradicionalmente. Aún así, otra vez, los compromisos adquiridos internacionalmente han conducido a la reforma de este concreto precepto por Ley Orgánica

---

120 Así, la Ley 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, habilita de manera genérica a los cuerpos de seguridad del Estado a llevar cierto tipo de actuaciones para el mantenimiento de la seguridad y salvaguarda del libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos. El art. 15 establece la posibilidad de entrada y registro en domicilios; el art. 16.1 se refiere a las diligencias de identificación; por primera vez se regulan los registros corporales externos, que solo podrán realizarse cuando existan motivos para suponer que pueden conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las Leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; permite el establecimiento de restricciones de tránsito o controles en las vías públicas (art. 17); permite a los agentes de seguridad el uso de videocámaras para el ejercicio de sus funciones (art. 22); etc.

121 COLOMER BEA, David (2018): "La incriminación del terrorismo individual en la reforma penal de 2015: ¿violencia política organizada?", en ALONSO RIMO, Alberto, CUERDA ARNAU, M. Luisa y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 135-155.

1/2019, de 20 de febrero[122]. De la reforma del Código Penal operada en 2015 cabe destacar igualmente la agravación de las penas por delitos terroristas, y la inclusión de una nueva visión de estos delitos: entre otras cosas, se castigan actos preparatorios[123] (ej. se sancionan conductas de captación o adoctrinamiento, al que recibiere adiestramiento militar o de combate con el fin de cometer un delito, o quien se traslade a un territorio extranjero con fines terroristas).

Esa evolución de la normativa penal, en parte impulsada por las exigencias normativas de la Unión Europea, ha llevado a plantear si las normas penales sobre el terrorismo yihadista son normas neutrales o podemos hablar de "Derecho penal del enemigo", expresión acuñada por el penalista alemán Günther Jakobs[124]. Utilizando las palabras del Tribunal Supremo

---

122 La redacción actual del art. 573 CP, donde se incluye la definición de terrorismo, es la siguiente: "1. Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:
1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.
2.ª Alterar gravemente la paz pública.
3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.
4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.
2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.
3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo".

123 ALONSO RIMO, Alberto (2018): "La criminalización de la preparación delictiva a través de la Parte Especial del Código Penal", *op. cit.,* pp. 215-259.

124 Esta construcción dogmática, introducida por el penalista alemán Günther Jakobs a mediados de los años ochenta. JAKOBS, Günter y CANCIÓ MELIÁ, M. (2006): *El Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas. Sobre el Derecho penal del enemigo en la legislación penal contra el terrorismo puede verse también: GÓRRIZ ROYO, Elena

español (STS de 29 de diciembre de 2010), podría incluirse en esa visión del Derecho la "Criminalización de conductas que no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos y adelantan la intervención del Derecho penal aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito, penalizando simples manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delito hechos como mostrar simpatía hacia ciertas ideologías, sobre todo si éstas coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestren esa afinidad o simpatía ideológica no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas". Y lo mismo sucede cuando se incluyen como hechos sancionables hechos preparatorios.

También en 2015, e igualmente por la necesidad de cumplir con los acuerdos adoptados en la UE en materia de investigación y persecución del terrorismo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) fue modificada por la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, para reforzar las medidas de procedimiento en las investigaciones tecnológicas. Aparte de las disposiciones legales especiales a aplicar a los individuos investigados por delitos de terrorismo, que ya se contemplaban con anterioridad[125], la novedad se encuentra fundamentalmente en la regulación detallada que se realiza del

---

(2017): "La deriva de las legislaciones penales contraterroristas, hacia el Derecho penal del enemigo", en "Contraterrorismo: plasmación legislativa reciente e impacto en las libertades y derechos fundamentales", *op. cit.,* p. 154.

125 Nos referimos a la extensión del período de detención policial permitido antes de que el detenido deba ser puesto a disposición judicial, que puede ser ampliado hasta 48 horas más, y a la posibilidad de que se decrete la detención incomunicada. La detención incomunicada fue introducida por la Ley Orgánica 14/1983 LECrim. El Plan de derechos Humanos de 2008 preveía prohibirla para menores de 16 años, y el grabar en dependencias mientras se produjera la incomunicación, cosa que se ha recogido en la LECrim tras la modificación operada en la misma por la LO 13/2015.

La incomunicación del detenido permite al juez limitar alguno de los derechos del detenido como (art. 527 LECrim):

– Designar abogado de confianza.

– Comunicarse con personas con las que tenía derecho a comunicarse, salvo autoridad judicial, Ministerio Fiscal y Médico Forense.

– Entrevistarse reservadamente con su abogado.

– Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

control de las comunicaciones telemáticas y otros dispositivos electrónicos en la persecución de ciertos delitos, entre los que se sitúa el terrorismo. Precisamente en el marco de una investigación contra este fenómeno, de nuevo, se otorgan unas capacidades mayores a los agentes y, por lo tanto, se introducen unos limites también más extensos al libre disfrute de los derechos de los investigados cuando nos encontramos ante una investigación relacionada con el terrorismo.

Igualmente, en 2015 fue aprobada una nueva Ley de Seguridad Nacional (Ley 36/2015 de Seguridad Nacional de 28 de septiembre[126]), aunque no es propiamente una ley contra el terrorismo. La nueva ley estableció, por primera vez, un concepto estándar de la seguridad nacional, que la define como una acción del Estado "dirigida a la protección de la libertad, los derechos y el bienestar de los ciudadanos, para garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, y contribuir con nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos" (artículo 3). Indica asimismo en su preámbulo que "(l)a seguridad constituye la base sobre la cual una sociedad puede desarrollarse, preservar su libertad y la prosperidad de sus ciudadanos, y garantizar la estabilidad y buen funcionamiento de sus instituciones". Sin embargo, no incluye en su articulado demasiadas excepciones relativas a los derechos fundamentales, ni las posibles limitaciones a las acciones del gobierno en la defensa de España. La Ley de-

---

Se establecen, en todo caso, en el supuesto de incomunicación, garantías como la obligatoriedad de realizar dos revisiones mínimas médicas cada 24 horas.

En el caso de la prisión provisional, también cabe la prisión incomunicada. La ley Orgánica 13/2003 y 15/2003 introdujeron la prisión provisional incomunicada en la LECrim. Se autorizaba por el juez para el tiempo justo y necesario, con un máximo de 5 días, ampliables a 3 días más. Ahora esos 3 días más pueden ser hasta 5 días más cuando la causa esté abierta por determinados delitos entre los que se encuentra el de terrorismo (art. 509 LECrim).

En general, los derechos durante la detención y la prisión provisional quedan más ampliamente desarrollados por la nueva redacción del art. 520 LECrim.

126 En el preámbulo de la misma se indica que "No afecta a la regulación de los distintos agentes e instrumentos que ya son objeto de normas sectoriales especificas, sino que facilita su inserción armónica en el esquema de organización general, establecido por la Estrategia de Seguridad Nacional, de 31 de mayo de 2013, bajo la denominación de Sistema de Seguridad Nacional, y liderado por el Presidente del Gobierno."

termina los riesgos y las amenazas particulares para la seguridad del país, pero no menciona expresamente el terrorismo entre ellos (sí alude a la seguridad cibernética). En cualquier caso, la ley se remite a la Estrategia de Seguridad Nacional de 2013[127], vigente en aquel momento, donde el terrorismo es considerado como una amenaza a la seguridad nacional. Esa estrategia nacional fue renovada por la Estrategia de Seguridad Nacional de 2017, y en 2019 se aprobó una Estrategia Nacional contra el Terrorismo[128]. Este último texto nace de la voluntad de constituirse en el marco político estratégico en la lucha contra el terrorismo y el extremismo violento. Me gustaría resaltar de la misma que en sus primeros párrafos indica que: "garantizar el respeto a los derechos humanos y asegurar el ejercicio de las libertades públicas conforman la base de esta Estrategia, en armonía con los valores de la Constitución de España".

Desde el punto de vista de las actuaciones concretas de los servicios españoles de inteligencia y de defensa en la lucha contra el terrorismo global, estas se han llevado a cabo en el marco de una legislación sobre seguridad marcada ampliamente por el secreto de estado, lo que ha permitido extraer su conocimiento de la opinión pública, fundamentalmente cuando hablamos de actividades de tipo preventivo/prospectivo. La falta de información sobre tales actuaciones ha quedado amparada en la necesidad de salvaguardar la seguridad nacional, cuestión a la que me referiré más adelante. Así, respecto de la lucha contra el terrorismo global, más allá de la notificación pública de la detención de presuntos terroristas yihadistas, el conocimiento de las actuaciones contra el terrorismo global se ha producido más bien por filtraciones a la prensa, o por alguna otra fuente no oficial. La revelación de alguna de tales actuaciones no ha quedado exenta de crítica. Se ha acusado a los servicios de inteligencia españoles de realizar las mismas actividades de espionaje prospectivo de comunicaciones y datos que llevan a cabo otros gobiernos, de ceder esos datos, o, en su día, de colaborar con

---

127 El gobierno español aprobó la Estrategia de Seguridad Nacional en mayo de 2013, la primera de este tipo en España. El plan es impulsado por el Comité de Seguridad de la defensa, que está formado por representantes de diversos centros y organismos, entre ellos el Centro Nacional de Inteligencia, de diferentes ministerios.

128 Aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional en su reunión de 21 de enero de 2019. Por Orden PCI/179/, de 22 de febrero, se publica en el BOE.

vuelos de la CIA que transportaban presuntos terroristas yihadistas para ser interrogados en dudosas condiciones de legalidad, al permitir su aterrizaje y escala en territorio español[129].

[129] Recuérdese ahora los documentos secretos que se hicieron públicos en 2008 y de los que presuntamente se deducía que España cedió el uso de alguno de sus aeropuertos para que los aviones estadounidenses que trasportaban prisioneros hacia la cárcel de Guantánamo pudiesen hacer escala en ellos.

4. CONTRATERRORISMO y DERECHOS FUNDAMENTALES

"Los ciudadanos se han convertido en súbditos de la seguridad.
La libertad es la víctima de nuestro siglo"
(Peter Sloterdijk, 2008)

4.1. LOS DERECHOS COMO LÍMITE AL ESTADO EN SU RESPUESTA AL TERRORISMO

Que estamos ante un riesgo global, es cierto. Que la amenaza de los movimientos yihadistas es clara y la posibilidad de nuevos atentados es factible, también lo es. Por lo tanto, la respuesta del Estado necesariamente ha de consistir no solo en perseguir a los perpetradores u organizadores de los atentados, sino también en prevenir nuevos ataques. El cómo hacer esto es más difícil y las opiniones están divididas al respecto. Hemos de plantearnos cómo debiera ser la respuesta frente al terrorismo, sea de corte individual o global, o frente a otro tipo de amenazas que puedan cernirse en el futuro. Y, la primera idea de la que debemos partir es la de que el antiterrorismo tiene que ser *la negación interna del terrorismo y no meramente un terrorismo de signo contrario*. La lucha contra cualquier amenaza no puede convertirse en una nueva amenaza contra el sistema. No podemos renunciar a las recetas clásicas de nuestro ordenamiento jurídico, basadas en la existencia de unas garantías que son ingredientes imprescindibles del Estado Democrático de derecho. Y los derechos fundamentales constituyen una parte esencial ese Estado democrático, ocupando un lugar privilegiado en el mismo.

Las Constituciones aprobadas tras la segunda guerra mundial en Italia, Alemania, Portugal, España y otras de nuestro entorno cambiaron radicalmente la estructura de la democracia, al igual que las condiciones de validez de las leyes. Al situar en el vértice de la jerarquía de fuentes las normas constitucionales, hizo vinculantes, en relación con la legislación y la actuación de los poderes públicos, las expectativas universales en que consisten los derechos establecidos en ellas, como dice Ferrajoli, como expectativas

negativas de la no lesión de los derechos de libertad[130]. La esencia de esos derechos fundamentales constituye *la esfera de lo indecidible*[131].

Por otro lado, en las respuestas antiterroristas (de cualquier tipo), los Gobiernos están vinculados por una especie de "ius comune" o "constitucionalismo global" de los derechos[132]. En esas acciones frente a la amenaza del terrorismo es crucial recordar las normas supranacionales compartidas en materia de protección de los derechos fundamentales son normas aplicables a todos los individuos, tanto a aquellos perseguidos por delitos de terrorismo como al resto de ciudadanos. Porque el Estado de derecho obliga no solo a respetar las normas emanadas de los órganos internos, sino también a respetar las que derivan de los compromisos adquiridos en la esfera internacional, en cualquier ámbito, incluida en materia de derechos humanos. No olvidemos que esas normas forman parte a su vez del ordenamiento jurídico interno[133].

Es cierto que las políticas de la UE de lucha contra el terrorismo han tratado de no olvidar el respeto por los derechos fundamentales, al menos en sus declaraciones formales. Así, ya en la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo se establecía que:

> "Nada en la presente Decisión marco podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar derechos o libertades fundamentales tales como el derecho de

---

130 A lo que añade Ferrajoli "...y como expectativas positivas de satisfacción de los derechos sociales".

131 FERRAJOLI, Luigi (2011): *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional, Barcelona*, Paidós, p. 32.

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

133 En este sentido, SERRA CRISTÓBAL, Rosario (2016): "Los derechos fundamentales en la encrucijada de la lucha contra el terrorismo yihadista. Lo que el constitucionalismo y el derecho de la Unión Europea pueden ofrecer en común", *Teoría y Realidad Constitucional,* nº 38, pp. 487-503.

> huelga, la libertad de reunión, de asociación o de expresión, incluido el derecho de toda persona a fundar y afiliarse a sindicatos con otros para la protección de sus intereses y el correspondiente derecho a manifestarse" (considerando nº 10).

Pero, desafortunadamente, a parte de ese considerando, ninguna otra disposición de dicha Decisión marco estableció acciones concretas para evitar daños a los derechos fundamentales en caso de medidas que se adoptasen para luchar contra futuras amenazas terroristas. En la misma línea, en el documento de debate del Consejo sobre la "Estrategia de la UE de lucha contra el Terrorismo" (23 de mayo de 2012), se indicaba que la comunidad internacional necesita pautas para asegurar que tenemos capacidad de lucha contra el terrorismo, y recordaba que el estado de derecho y los derechos humanos son inherentes a los esfuerzos para combatir el terrorismo (p. 10)[134].

En esa dirección se dirigía también la Estrategia Global de Política Exterior y de Seguridad de la UE de 2016, que en su primer capítulo menciona la necesaria promoción de "los derechos humanos, las libertades fundamentales y el Estado de Derecho dentro de la Unión, siempre desde el respeto a la legislación nacional, europea e internacional en todos los ámbitos"[135].

Pese a esa voluntad, las infracciones de dichos objetivos han sido notorias. Varias son las contradicciones entre la política antiterrorista de la UE y los derechos de los individuos que han sido puestas de manifiesto por el Parlamento Europeo[136]. No son pocas tampoco las decisiones del Tribunal

---

134 Consejo de la UE, 9990/12.

135 Estrategia Global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea.

136 Recuérdese, por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2005, sobre la presunta utilización de países europeos, por parte de la CIA, para el transporte y la detención ilegal de presos, (DO C 286 E de 23.11.2006, p. 509); la Decisión del Parlamento, de 18 de enero de 2006, por la que se constituye una comisión temporal sobre la presunta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (DO C 287 E de 24.11.2006, p. 159); o la Resolución del Parlamento, de 6 de julio de 2006, sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos.
Asimismo, el Parlamento Europeo mostró su preocupación por la privacidad de los ciudadanos en relación al Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo al que luego haremos referencia (TFTP UE-EE.UU.).

de Justicia de la UE, o del Tribunal Europeo de derechos Humanos, que han revisado la respuesta de los Estados frente al terrorismo yihadista y que han ayudado a conformar ese *ius comune* constitucional al que me refería[137]. Ocasión tendremos en este trabajo de hacer una revisión de un elenco importante de ellas.

El caso es que, en nombre de la seguridad, y ante la comisión de atentados yihadistas o la amenaza de que se produzcan, se han adoptado infinidad de medidas del tipo más variado. Desde el 2001, y especialmente en los últimos años en Europa, la respuesta de los Estados democráticos al terrorismo yihadista ha sido la de establecer medidas que no solo han supuesto una limitación (a veces muy cuestionable) de los derechos de los presuntos terroristas, sino también medidas adoptadas con carácter preventivo que afectan a las libertades del ciudadano común.

Las medidas adoptadas contra el terrorismo podrían estar vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones, la autodeterminación informativa, el derecho a la intimidad, restricciones en la entrada y salida de ciudadanos en los territorios europeos. Al igual que se ha aprobado normativa que puede limitar la libertad religiosa, como el establecimiento de restricciones al uso de determinada indumentaria religiosa o cultural por razones de seguridad o el cierre de mezquitas.

Los citados no son más que algunos de los ejemplos paradigmáticos de restricciones de derechos que la respuesta del Estado democrático está dando hoy al terrorismo yihadista, sometiendo a uno de sus pilares básicos, cual son los derechos fundamentales, a una resiliencia que no imaginábamos. Compartimos con Fernández Rodríguez la idea de que la seguridad a cualquier precio se devalúa; requiere de una legislación adecuada para garantizar su eficacia y respeto a las libertades y derechos de los ciudadanos[138].

---

137 Sobre los estándares europeos de derechos fundamentales puede verse el trabajo: CARMONA CONTRERAS, Ana M. (Dir.) (2018): *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamenta*les, Madrid, Aranzadi.

138 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (2010): "Seguridad y Libertad: ¿equilibrio imposible? Un análisis ante la realidad de Internet", en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. y SANSÓ RUPERT, D. (eds.), *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, p. 12.

La problemática jurídica subyacente a la confrontación entre libertad y seguridad hunde sus raíces en la temática de los límites a los derechos fundamentales[139]. Unos límites que, como decía, estaban justificados por su necesaria ponderación con otros derechos fundamentales, pero que ahora han pasado a ser limitados por su confrontación no con derechos, sino con valores menos perfilados como el de la seguridad. El reto se encuentra en evitar que, en esa búsqueda de la seguridad, no acabemos dando un paso atrás en el marco general de libertad que tanto ha costado garantizarnos. Revenga Sánchez advertía acertadamente que "cuando, en nombre de la seguridad, se vulnera un derecho, se produce una erosión en los cimientos del sistema que causa daños en ambos lados, en el de la libertad y en el de la seguridad. La pérdida de la libertad, por ocasional y aislada que resulte, es en definitiva algo que resta también peso al valor de la seguridad" y afirmaba: "la *seguridad nacional* no puede, en suma, ser utilizada como válvula para interrumpir el despliegue normalizado del sistema de los derechos, sin producir al mismo tiempo *inseguridad constitucional*[140]".

Las preguntas que debemos hacernos son: ¿Hasta dónde el Estado puede usar su capacidad de limitar las libertades individuales? ¿Hasta que punto esos derechos, o al menos el contenido esencial de esos derechos, debe funcionar como un límite a la actuación del Estado? ¿Dónde se encuentra esa esfera de los indecidible? ¿Dónde está la línea roja que separa lo que es amparable en ese equilibrio entre derechos y un valor necesario como la seguridad y lo que ya supondría un quebranto de los fundamentos esenciales de un Estado democrático de derecho?

No olvidemos recordar, de nuevo, el vínculo que existe entre Democracia y derechos fundamentales básicos. Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está desarrollando una interesante jurisprudencia a

---

139 DE ASÍS, Rafael (2000): *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid.

140 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (2002): *Seguridad Nacional y derechos Humanos. Estudios sobre la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 49-50.

propósito del concepto de "democracia convencional"[141], vinculando democracia y derechos fundamentales, que concuerda perfectamente con la misma idea construida con anterioridad dentro de los Estados.

Así pues, tanto las decisiones nacionales adoptadas en esa lucha contra el terrorismo, como los acuerdos supranacionales que se alcancen en ese ámbito, han de tener como límite la consideración de los derechos fundamentales como un bien esencial de nuestras democracias.

4.2. EL RECURSO A LA PONDERACIÓN SOSEGADA DE LOS INTERESES EN CONFLICTO

Para analizar cuándo cabe tal limitación de las libertades para protegernos de ese presunto peligro para la seguridad nacional podrían ser útiles las reflexiones de Rawls sobre la llamada "regla del peligro claro y presente". Esta teoría se aplica a los posibles límites a la libertad de expresión, pero, por analogía, cabría aplicarla también a la limitación de otros derechos ante un "peligro claro y presente"[142]. Esta teoría fue utilizada por el Tribunal Supremo norteamericano diciendo que "en cada caso, (los tribunales) deben preguntarse si la gravedad del mal reducida por su improbabilidad, justifica tal invasión de (la libre expresión) como la necesaria para evitar el peligro"[143]. Según esta doctrina, la regla no exige que el mal sea inminente, pero sí puede bastar con que sea grande y suficientemente probable. Para Rawls, lo que se necesita es especificar con mayor precisión el tipo de situación que puede justificar la restricción de la libertad. Y para él es necesario que se trate de una situación de emergencia en el que se plantea una amenaza presente o previsible de grave perjuicio. Solo puede limitarse el contenido de un derecho si ello es necesario para evitar una pérdida mayor y más significativa, bien directa o indirecta, de esas libertades[144].

---

141 SAIZ ARNÁIZ, Alejandro (2018): "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, pp. 221-245.

142 RAWLS, John (ed. 1996): *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, pp. 97 y ss.

143 Caso *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 en 510, cit. 183 F. 2, en 212.

144 RAWLS, John (ed. 1996): *Sobre las libertades, op. cit.*, p. 102-105.

Habrá que partir de nuevo de la idea de que la limitación de derechos debe ser la excepción. Por lo tanto, solo cuando exista una probabilidad razonablemente constatable de que se produzca un daño en la seguridad de los ciudadanos (posibles ataques terroristas), cabrá adoptar medidas que limiten o perjudiquen los derechos de los ciudadanos.

La regla del peligro inminente nos conduce, inevitablemente de nuevo a la justificación a través de la ponderación de intereses. ¿Tiene justificación que para la persecución de posibles terroristas se almacenen y procesen de forma masiva datos de millones de ciudadanos? ¿tiene sentido que ello se haga sin que exista ningún indicio racional de que los espiados puedan tener la más mínima relación con actos terroristas? ¿el riesgo del terrorismo es tan fuerte como para justificar que en Francia se haya impedido la celebración de numerosísimas manifestaciones en defensa de cuestiones que nada tenían que ver con el terrorismo? ¿es necesario el escrutinio severo al que se someten a los nacionales de determinados Estados al cruzar las fronteras europeas? Aunque algunas medidas puedan estar justificadas, a nadie escapa que muchas de esas respuestas difícilmente pasarían ese test de proporcionalidad.

En definitiva, hay que hacer alusión a los límites que se pueden imponer a los derechos fundamentales y a la ponderación de intereses. Como decía, cuando hay un riesgo, hay que afrontarlo y dar respuesta, claro está. Y esas respuestas pueden condicionar el libre ejercicio de derechos de los ciudadanos. Pero, se hace necesario valorar racionalmente el riesgo, evitando llegar a ponderarlo en exceso. No olvidemos que el terrorismo causa bastantes menos muertes anuales que los homicidios, guerras y genocidios o que los accidentes de tráfico, enfermedades y desastres naturales. Es preciso evaluar la intensidad del riesgo, las consecuencias en caso de que ocurra el peligro percibido y la probabilidad de que esto ocurra. Habría que darse el tiempo suficiente para considerar soluciones alternativas menos invasivas, o para calcular las consecuencias para individuos, grupos o la sociedad en particular, porque nunca es bueno legislar en caliente. Además, las respuestas jurídicas al terrorismo debieran darse de una forma escalonada, en el sentido de graduar al daño o riesgo que se pretende combatir. Decía Aznar Fernández-Montesinos que "el diseño de una estrategia requiere ineludiblemente la evaluación de los peligros a los que se debe hacer frente para

situar la amenaza en sus justos términos y no sobre reaccionar o hacerlo emocionalmente como pretende el terrorismo"[145].

Por lo tanto, es imprescindible determinar los riesgos y amenazas a la seguridad que pueden justificar suficientemente restricciones a los derechos fundamentales y en qué condiciones. Insisto en que no se puede negar que muchas veces la imposición de restricciones a los derechos es ineludible en la búsqueda de objetivos legítimos como la seguridad nacional, la seguridad pública, o la batalla contra el terrorismo. Incluso, en ocasiones, son el resultado de las obligaciones derivadas de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU o de otros compromisos internacionales.

El problema se encuentra en que, a veces, se olvida que la incursión de las autoridades policiales y judiciales en los derechos de los ciudadanos por razón de la seguridad nacional debe respetar los principios de subsidiariedad, excepcionalidad y proporcionalidad. Recordemos que "el principio de proporcionalidad se articula necesariamente en torno a una relación medio-fin: la proporcionalidad no puede predicarse de un objeto de control aisladamente considerado, sino de la relación existente entre una medida y la finalidad perseguida con la misma"[146]. Ello implica que todas esas medidas limitativas de derechos no debieran ponerse en marcha salvo que sean analizadas y sopesadas y se determine que son necesarias y no exista otra vía mejor para alcanzar el resultado legítimamente perseguido. Mientras existan medios menos gravosos para, por ejemplo, alcanzar la información necesaria o impedir un ataque terrorista o evitar el reclutamiento de potenciales terroristas, siempre será mejor optar por el camino de aquellos instrumentos menos intrusivos[147].

---

145 AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, Federico (2018): "Responder a las amenazas del S. XXI", en *GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (Coords.) Seguridad y Derechos…, op. cit.*, p. 108.

146 GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus (2003): *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Elcano, Thomson-Aranzadi, p. 67.

147 En respeto al principio de subsidiariedad, en la Guía de actuación de la *Home Office* británica se establece que el secretario de Estado, al autorizar una medida de seguimiento de terrorismo debe evaluar la utilización de escuchas frente a otros mecanismos que puedan ser menos intrusivos.

4.3. DERECHO A TENER DERECHOS. LA PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD POR RAZONES DE TERRORISMO

Si estamos hablando de derechos fundamentales no podemos olvidar el elemento esencial para gozar de todos los derechos como ciudadano, esto es, la nacionalidad. Como indicaba Hannah Arendt, la nacionalidad consiste en el derecho a tener derechos. La concepción del "derecho a tener derechos" que nos ofrece Arendt sostiene que los derechos sólo son garantizados si nos encontramos bajo el marco legal de un Estado[148]. Por lo tanto, no tener Estado o la pérdida de la nacionalidad, es equivalente a la pérdida de todos los derechos[149]. Aunque Hannah Arendt refería principalmente sus reflexiones sobre la ausencia de nacionalidad a la desnacionalización masiva en el marco del totalitarismo, gran parte de lo que ella escribió al respecto es aplicable en contextos democráticos hoy.

Efectivamente, solo la condición de nacional parece otorgar la plenitud de derechos como ciudadano y, por lo tanto, la plena capacidad para participar democráticamente y disfrutar de todos los derechos reconocidos en la Constitución y las leyes de un Estado y de lo que disponga la normativa supranacional, como el caso de la Unión Europea.

Resulta pertinente traer esto a colación ahora porque, una de las medidas que algunos Estados han adoptado en la lucha contra el terrorismo ha sido precisamente la privación de la nacionalidad a las personas relacionadas con el terrorismo.

La decisión sobre la concesión o retirada de la nacionalidad es una cuestión que tradicionalmente ha correspondido a la soberanía de cada Estado y, por lo tanto, las causas vienen determinadas en las respectivas leyes nacionales. Pero, el derecho de los Estados a decidir quienes son sus nacio-

---

148 ARENDT, Hannah (2012): *Eichmann en Jerusalén, Barcelona, Lumen. Y* ARENDT, Hannah (2013): *Los orígenes del totalitarismo, Madrid, Alianza Editorial,* pp. 413-15.

149 Un análisis muy interesante de esta concepción puede encontrase en el trabajo, BEA PÉREZ, Emilia (2018): "La medida de privación de la nacionalidad a los terroristas", en ALONSO RIMO, Alberto, CUERDA ARNAU, M. Luisa y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, *Terrorismo, Sistema Penal …, op. cit.*, pp. 579-613.

nales no es absoluto y, en particular, los Estados han de cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos. A este respecto, cabe recordar, entre otros textos, que el art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice que "1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad". Y que "2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad". Y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas 1961 no permite la retirada de la nacionalidad a un ciudadano si ello le convierte en apátrida, salvo que el Estado ya lo contemplase antes de firmar el Convenio y hubiese establecido una reserva en su momento a tal efecto.

Los Estados, al determinar la pérdida de la nacionalidad, generalmente la refieren a la nacionalidad de aquellos que no disfrutan de la nacionalidad de origen —los que son naturalizados —, o gozan de una doble nacionalidad; y establecen que estos pueden perderla por realizar actos que atentan de manera grave a los intereses del Estado (servicios prestados a un gobierno o ejército extranjero, sanción por la comisión de determinados delitos,…) De hecho, para responder a la inquietud cada vez mayor que genera el terrorismo, algunos Estados han ampliado las facultades para privar de la nacionalidad a ciudadanos por la realización de actuaciones contra la seguridad nacional.

En el Reino Unido una ley de 2014[150] modificó la *British Nationality Act* de 1981, incluyendo en el artículo 40, sobre "Deprivation if conduct seriously prejudicial to vital interests of the UK", la posibilidad de privar de la nacionalidad a aquellos naturalizados como británicos que lleven a cabo una conducta que pueda perjudicar seriamente los intereses del Reino Unido, incluso, en el mismo caso, a aquellos que pudiesen quedarse sin nacionalidad, si hay pruebas suficientes de que ese ciudadano pudiera obtener la nacionalidad de otro Estado al perder la británica (Asuntos *Al-Jedda* y *Pham*). El en debate sobre las medidas antiterroristas, se ha dicho que la privación de la nacionalidad en el Reino Unido por vinculación con el terrorismo es la culminación del discurso de la crisis del multiculturalismo, de una visión de las minorías, especialmente los musulmanes, vistos como un grupo monolíticamente hostil a los valores liberales, y ello a pesar de

150 *Immigration Act*, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/22/contents/enacted.

que los terroristas de los diferentes atentados no parecían vivir en ninguna comunidad separada o llevar una existencia paralela[151].

También en Francia el Código Civil prevé la privación de la nacionalidad a un naturalizado francés, entre otras causas, si el individuo es condenado por un delito que se considere un atentado para los intereses de la nación, o si es condenado en cualquier país por un delito que lleve aparejada una pena superior a cinco años. Tras los atentados de Paris de 2015, incluso se barajó la posibilidad de poder privar de la nacionalidad a cualquier francés por actos de terrorismo, pensando en los combatientes terroristas extranjeros de nacionalidad francesa, lo cual suponía una modificación de la Constitución, pero la propuesta no llegó a aprobarse.

Otros países como Austria contemplan igualmente esa posibilidad, la de la privación de la nacionalidad a quien participe como combatiente nacional extranjero, siempre que, como consecuencia de ello, no pueda quedar en la condición de apátrida.

En Canadá, el 19 de junio de 2014, fue aprobada una ley, *Strengthening Canadian, Citizenship Act*[152], que enmienda la ley de nacionalidad, y permite retirar esta a ciudadanos con doble nacionalidad condenadas por actos de terrorismo.

Por lo que respecta a Italia, una de las más recientes decisiones legislativas a este respecto ha sido el *Decreto sicurezza*, también llamado Decreto Salvini por el nombre del Ministro del interior, aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de septiembre de 2018[153]. En el artículo 14 del Decreto-ley se encuentran modificaciones a la Ley n. 91, de 5 de febrero de 1992, sobre nacionalidad. A dicha Ley se añade el artículo 10-bis que prevé que la ciudadanía adquirida por nacionalización queda revocada cuando recaiga una condena definitiva por la comisión de delitos de terrorismo.

---

151 BEA PÉREZ, Emilia (2018): "La medida de privación de la nacionalidad a los terroristas", *op. cit.*, p. 600.

152 https://www.parl.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?billId=6401990&Language=E

153 Sobre ello puede verse, VITUCCI, Chiara (2018): "Ciudadanía y derechos humanos en la lucha contra el terrorismo", en *GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (Coords.) Seguridad y Derechos…, op. cit.*, pp. 657-675.

En el caso de España, aunque la cuestión se debatió públicamente, no se contempla la posibilidad de privar de la nacionalidad a un individuo por condena por terrorismo.

Se ha planteado que la pérdida de la nacionalidad por vinculación con el terrorismo podría incurrir en posibles incompatibilidades con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sobre ellos se pronunció el Tribunal de Estrasburgo en el caso *K2 c. Reino Unido*, de 7 de febrero de 2017.

> El demandante era sospechoso de participar en actividades relacionadas con el terrorismo en Somalia. En 2010, el Secretario de Estado del Ministerio del Interior británico le privó de su ciudadanía británica y le impidió volver a entrar en el país. El demandante alegó que esa decisión había violado su derecho al respeto de la vida privada y familiar y había sido discriminatoria. También argumentó que no podía defenderse adecuadamente desde el extranjero, por temor a que sus comunicaciones pudieran ser interceptadas por las autoridades sudanesas encargadas de la lucha contra el terrorismo, lo que le pondría en peligro. El Tribunal, sin embargo, entendió que ello no era así y que la decisión del Secretario de Estado había sido legal y justificada habida cuenta que los tribunales habían demostrado que el individuo había estado involucrado en actividades terroristas.

En definitiva, el Tribunal de Estrasburgo amparó la posibilidad de que la legislación de un Estado contemple la privación de la nacionalidad a un individuo por razones de seguridad y entendió que la practicada en ese caso se ajustaba al Convenio Europeo.

Hay otros casos pendientes ante el Tribunal por privaciones de nacionalidad llevadas a cabo por el Estado francés que podrían ir arrojando más luz a este respecto. Estos son los asuntos: *Ghoumid c. Francia, Charouali c. Francia, Turk c. Francia, Aberbri c. Francia y Ait El Haj c. Francia*.

> Estos casos se refieren a la decisión de revocar la ciudadanía de los cinco solicitantes en abril de 2015 tras su condena en 2007 por participación en una conspiración para preparar un acto terrorista. Los demandantes alegan, en particular, que la decisión de revocar su ciudadanía vulneró su derecho a la identidad. También argumentan que la medida es una "sanción encubierta" destinada a castigar los actos por los que fueron condenados en 2007.

No han faltado voces que han tildado el tipo de medidas de privación de la nacionalidad como un mecanismo propio de un estado

de excepción. Medidas de excepción destinadas a las minorías étnicas, religiosas y culturales, y que plantean problemas de indefensión y discriminación. Además, como apuntaba Emilia Bea[154], la medida no solo plantea problemas en cuanto a la erosión de derechos, sino también en cuanto a eficacia. Expulsar (y exportar) terroristas no hace el mundo más seguro. Al contrario, la desnaturalización puede hacer a esas personas incluso más susceptibles de ser reclutadas por parte de las organizaciones terroristas. Además, la privación de la nacionalidad, o la amenaza de poder perderla, no tiene la menor utilidad práctica en términos de disuasión en el caso de los jóvenes que ya han abrazado la ideología yihadista y que hacen del sacrificio de su propia vida un arma de guerra.

154 BEA PÉREZ, Emilia (2018): "La medida de privación de la nacionalidad a los terroristas", *op. cit.*, p. 603.

5. LA NORMALIZACIÓN DE LA EXCEPCIONALIDAD

"El derecho de excepción debe cumplir el objetivo de protegerse frente a sí mismo, es decir, tiene que garantizar no solo la superación de la crisis, sino la vuelta a la Constitución legítima"
(Cruz Villalón: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, 1984)

5.1. LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIONALIDAD TRAS UN ATAQUE TERRORISTA

El nuevo terrorismo no es solo un peligro concreto, sino un peligro difuso, un desafío complejo. Se ha extendido la percepción de que las salvaguardas constitucionales tradicionales corren el riesgo de verse minadas como consecuencia de una situación que se entiende como excepcional.

Cuando la Constitución es súbitamente confrontada con una situación distinta a la normalidad, no prevista, la Constitución puede no encontrarse en condiciones de garantizar su propia eficacia. Los ataques terroristas han llevado a algunos Estados a esa consideración de que los fundamentos constitucionales se han visto desafiados por una situación aparentemente excepcional, es decir, similar a una emergencia[155]. Como consecuencia, se han sentido obligados a adoptar medidas excepcionales, a habilitar al gobierno y sus agentes con mayores poderes con el fin de que puedan ofrecer una respuesta más ágil y apropiada a la situación de emergencia. Entre otras cosas, ello puede conllevar incómodas consecuencias para el ejercicio de la libertad y demás derechos por parte de los ciudadanos. De hecho, muchas de esas medidas extraordinarias han comprometido seriamente el *status quo* de los derechos fundamentales haciendo recaer la balanza en favor de la seguridad y en detrimento del normal ejercicio de las libertades.

En la mayoría de los países de la UE, los derechos y libertades pueden ser derogados cuando se declara una emergencia pública, pero,

---

155 HUSTER, Stefan (2010): "Terrorismo y derechos fundamentales", *op. cit.*, p. 11.

también en circunstancias de "normalidad", los ordenamientos ofrecen amplias posibilidades a las autoridades de limitar el alcance de los derechos o su ejercicio en interés de la seguridad nacional. Unas previsiones que se han visto ampliadas con la modificación de la legislación provocada por la nueva oleada de atentados terroristas en Europa. Así, el 19 de diciembre de 2008, Alemania en la nueva Ley de la BKA (policía criminal) amplió las competencias policiales, posibilitando "en casos de urgencia" el espionaje *on line* de ordenadores, sin necesidad de autorización judicial.

En situaciones de normalidad, la Constitución española es de las pocas que ofrece expresamente la suspensión excepcional de los derechos individuales en el marco de la lucha antiterrorista. Es una suspensión pensada solo para personas determinadas, en relación a investigaciones de esa naturaleza, y, por supuesto, debe ir acompañada de una orden judicial y del resto de garantías constitucionales (art. 55.2 CE). Se trata de una disposición destinada inicialmente a combatir el terrorismo interno (ETA), pero obviamente puede aplicarse a cualquier otro tipo de terrorismo. De hecho, esa posibilidad de limitar derechos a ciertas personas en investigaciones de delitos terroristas se incluye en la nueva redacción dada a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de ésta para el fortalecimiento de las medidas de investigación tecnológica[156].

---

156 La ley incluye numerosas disposiciones que establecen excepciones o límites mayores a los derechos fundamentales cuando se están llevando a cabo investigaciones en materia de terrorismo. Teniendo como límite el marco que establece el art. 55.2 CE respecto de la detención y las libertades domiciliaria y de secreto de comunicaciones, la LECrim regula con detenimiento la interceptación de las comunicaciones escritas, telefónicas y telemáticas (SMS, correos electrónicos, redes sociales y agentes encubiertos en la red, información contenida en USBs, control remoto de ordenadores …) Así, por ejemplo, y sin entrar en detalles, cuando se trata de la averiguación de delitos relacionados con la actuación de elementos terroristas, y en caso de urgencia, no es imprescindible la autorización previa del juez para intervenir comunicaciones, aunque sí la comunicación posterior a éste. La normativa española, con sus deficiencias, es un ejemplo de que es necesario poner de relieve los límites fundamentales del poder del Estado en situaciones de emergencia o excepcionalidad. Ésta es la única manera de garantizar una protección efectiva y eficaz de los derechos humanos y evitar abusos.

Volviendo a las situaciones de *crisis, de anormalidad, esto es, a los estados de emergencia*, como recuerdan Ferenjohn y Pasquino[157], podemos encontrarnos con dos modelos para resolver la amenaza que circunstancialmente puede cernirse sobre el Estado: el modelo que estos autores denominan neo-romano o constitucional (Francia o, en su día, la República de Weimar serían ejemplos de ello) y que consiste en la delegación por la Constitución de poderes al Presidente electo en caso de emergencia, que le permite adoptar amplias medidas, pero no aprobar leyes; y el modelo legislativo (Reino Unido, España[158], Italia[159], Alemania[160], Estados Unidos[161]...) donde la emergencia se afronta con la adopción de leyes ordinarias que delegan temporalmente ciertos poderes especiales en el ejecutivo, pero con límites. El legislador cumple en estos casos un importante papel en el reconocimiento de la situación de emergencia, que lleva a la declaración de ese estado de excepción/emergencia, en la determinación de los poderes excepcionales, en el control del uso de esos poderes de emergencia y en el mantenimiento de tal estado. Por el contrario, en el modelo neo-romano, más bien se produce una delegación del control de la situación

---

157 FEREJOHN, John y PASQUINO, Pasquale (2004): "The law of the exception: a typology of emergency powers", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, nº 2, pp. 210-239.

158 Art. 116 CE: "Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes".

159 En la Constitución italiana solo se establece, en el art. 78, que "Las Cámaras acordarán el estado de guerra y conferirán al Gobierno los poderes necesarios".

160 La Constitución alemana solo hace una mera referencia en el art. 35 a los supuestos de "catástrofe natural o siniestro" y a la colaboración entre autoridades en caso de que ello se produzca para hacer frente a dicha situación. En los arts. 115a, 115b y 115c, de forma mucho más detallada, a la posible agresión armada contra el Estado. En estos artículos se señala que la declaración se realizará por ley y que esa Ley regulará con carácter provisional la posible limitación a derechos como el de la libertad, entre otros aspectos.

161 El empoderamiento del Presidente de Estados Unidos ante un estado de emergencia viene regulado en la *National Emergencies Act*, de 14 de septiembre de 1976. La Ley faculta al Presidente para activar poderes especiales durante una crisis, pero impone ciertas formalidades de procedimiento al invocar tales poderes. El Congreso puede dar por terminada una declaración de emergencia con una resolución conjunta firmada y adoptada por ley. Los poderes presidenciales disponibles bajo esta Ley Nacional de Emergencias se limitan a los 136 poderes de emergencia que el Congreso ha definido por ley.

en el Presidente, que es quien asume el deber constitucional de restablecer la situación al estado de normalidad, y los mecanismos de control de esos poderes especiales por el parlamento son menores. También el modelo legislativo tiene sus aspectos negativos, entre ellos que, al adoptarse por ley las medidas extraordinarias, se corre en demasiadas ocasiones el riesgo de que dicha normativa se perpetúe y quede embebida en el ordenamiento como normas permanentes[162].

Tanto a los Estados de un modelo como del otro, los ataques terroristas sufridos les hicieron plantearse cómo enfrentar la situación sobrevenida de anormalidad. Mientras algunos países decidieron afrontar los acontecimientos haciendo uso de la normativa ordinaria, otros países consideraron que las previsiones constitucionales y legales no eran suficientes para responder con celeridad a ataques terroristas como los perpetrados por los grupos yihadistas, lo que les condujo a la declaración de un estado de excepción que habilitaba al gobierno a hacer uso de medidas extraordinarias. El ejemplo más paradigmático en esto ha sido el de Francia, especialmente llamativo por la extensión en el tiempo de dicha situación de excepcionalidad y por su calado. No olvidemos que este país responde al modelo de estado de emergencia que se ha denominado neo-romano o constitucional, con las características que antes se recordaban. Es un modelo que ya advertía Ackerman en 2004, antes de que se activase por el ejecutivo francés, que podía considerarse "categóricamente inapropiado para afrontar los riesgos de terrorismo en las democracias maduras del siglo XXI"[163].

Francia, en distintas ocasiones, había reafirmado el propósito de combatir con eficacia a los que atentan contra la vida indiscriminadamente[164], pero la respuesta nunca había sido tan fuerte y tan contestada como la que

---

162 FEREJOHN, John y PASQUINO, Pasquale (2004): "The law of the exception…", *op. cit.*, p. 215.

163 ACKERMAN, Bruce (2004): "The Emergency Constitution", *Yale Law Journal*, vol. 113, p. 1040.

164 Desde el 2011 se adoptaron en Francia sucesivas leyes para dar respuesta al terrorismo yihadista como: la Ley de Fortalecimiento de la Lucha Antiterrorista, de 22 de julio de 1996, la Ley de Seguridad Cotidiana, de 15 de noviembre de 2001, la Ley de Seguridad Interior, de 18 de marzo de 2003, la Ley de Adaptación de la Administración de Justicia a la Evolución de la Criminalidad Organizada, de 9 de marzo de 2004, y la Ley de Lucha contra el Terrorismo, de 23 de enero de 2006.

se dio tras los atentados del 13 de noviembre 2015 en París. Francia cerró fronteras y declaró el estado de emergencia, con una prórroga de dicha situación que iba a mantenerse hasta julio de 2016. Entonces sobrevino el atentado de Niza, lo que perpetuó ese estado de excepcionalidad hasta la aprobación de la *Loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme,* que ha venido a incluir en el derecho común muchas de esas medidas excepcionales que solo eran posibles en un estado de emergencia[165]. Es curioso como, siendo Francia un Estado que respondería según la doctrina al modelo constitucional, ha sufrido de la perversión que Ferenjohn y Pasquino[166] indicaban es más propia del modelo legislativo, la perpetuación de la normativa de excepcionalidad. Riesgo al que sí aludía Ackerman cuando señalaba, refiriéndose a dicho modelo francés, que "lo último que queremos es autorizar al Presidente a hacer lo que considere necesario por el tiempo que considere apropiado"[167]. El riesgo es que se abuse de los poderes (sin a penas límites) para garantizar la seguridad, destruyendo así de forma permanente las bases fundamentales de las libertades civiles y políticas. Para Ackerman, "el problema no es que el gobierno pueda ser débil durante un corto plazo, el verdadero problema es que pueda ser demasiado fuerte a largo plazo"[168].

Y es que, ya advertía Cruz Villalón de uno de los fenómenos que más reservas suscita en relación con el derecho de excepción, que es la tendencia a incorporar al ordenamiento, de forma prácticamente permanente, institutos hasta entonces considerados, por su carácter, específicos del derecho de excepción. Este autor citaba como en la República Federal de Alemania se produjo la prohibición permanente de acceder a distintos puestos de trabajo a los ciudadanos pertenecientes a asociaciones hostiles a la Constitución y se perpetuó la limitación permanente de la inviolabilidad de

---

BARRERO ORTEGA, Abraham (2010): "La legislación antiterrorista tras el 11-S: la experiencia francesa", *Revista de derecho Político*, nº 78, pp. 299-316.

165 Las nuevas medidas legislativas, inspiradas en la *Loi sur l'état d'urgence*, han sido incluidas en el *Code de la sécurité intérieure*.

166 FEREJOHN, John y PASQUINO, Pasquale (2004): "The law of the exception…", *op. cit.*, p. 217.

167 ACKERMAN, Bruce (2004): "The Emergency Constitution", *op. cit.*, p. 1040.

168 *Ibidem*.

las comunicaciones[169]. Esta viene a ser precisamente la crítica que se ha vertido sobre Francia, el haber convertido en normativa ordinaria parte de lo que era legislación de excepcionalidad.

Entre otras discusiones, la situación de excepcionalidad vivida en Francia reabrió inmediatamente el debate sobre la necesidad de repensar el estado de excepción (état d'urgence), que viene regulado por ley (*Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*) y que contempla su declaración bien en caso de peligro inminente derivado de infracciones graves del orden público, bien en caso de acontecimientos que, por su naturaleza y gravedad, constituyan una calamidad pública. De hecho, el presidente François Hollande planteó públicamente, tres días después de los atentados en París del 13 de noviembre de 2015, una reforma constitucional en lo relativo al estado de emergencia[170]. La Constitución francesa solo se refiere a los poderes excepcionales del Presidente de la República en caso de crisis grave de forma muy laxa (art. 16)[171]; una figura que solo ha sido utilizada en el pasado lejano en contadas ocasiones. Hay autores que consideran que, por coherencia, los elementos fundamentales del estado de urgencia también debieran estar recogidos en la Constitución y abogan por una enmienda constitucional en ese sentido. Además, entienden que ello podría constituir la ocasión de fijar un marco estricto que, sin duda, tendría el efecto de validar el principio mismo del estado de excepción, pero también de establecer límites claros a su aplicación[172]. Frente a esta

---

169 CRUZ VILLALÓN, Pedro (1984): *Estados…, op. cit.,* p. 35.

170 *Projet de Loi constittutionnelle de protection de la Nation* nº 3381, registrado ante la presidencia de la Asamblea Nacional el 23 de diciembre de 2015.

171 *Artículo 16 de la Constitución francesa reza: "*Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional.
Informará de ello a la Nación por medio de un mensaje.
Dichas medidas deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión. El Consejo Constitucional será consultado sobre ello".

172 ESPLUGAS-LABATUT, Pierre (2018): "Pour la constitutionnalisation de l'État d'urgence", *Revue française de droit constitutionnel*, nº 115, pp. 485-496.

postura, otra corriente considera que la regulación del estado de urgencia en la Constitución, en tanto que régimen de restricción que implica para los derechos, es por su naturaleza incompatible con una Constitución llamada a ser la garantía de dichas libertades[173].

Por seguir con el mismo ejemplo territorial, como en otros países, en Francia caben las limitaciones de derechos durante los estados de excepcionalidad tal como establece la ley. Así, la declaración del estado de emergencia implicó, entre otras cosas, el restablecimiento de las frontera en el territorio francés[174], la activación de controles policiales adicionales, el cierre de mezquitas u otros lugares de culto, la limitación temporal del ejercicio del derecho de reunión y manifestación, y la prohibición de circulación en determinadas zonas, "a toda persona susceptible de obstaculizar o suponer una amenaza para la seguridad y el orden público", (art. 5 *Loi relative à l'état d'urgence*), expresión enormemente vaga que ha conducido a no pocas privaciones del ejercicio de estos derechos.

Desde los inicios se denunció que esas facultades que brindaba la Ley francesa en el estado de excepción, especialmente desde 2016, podían ser utilizadas, sin demasiada justificación, por los poderes públicos para prohibir la participación en manifestaciones de cualquier naturaleza, retener a ciudadanos en sus domicilios por ser meramente sospechosos de tener alguna relación con el yihadismo, realizar un control intensivo de las comunicaciones o cerrar temporalmente mezquitas u oratorios musulmanes.

---

173 AGAMBEN, G. (2015): "De l'État de droit à létat de sécurité", *Le Monde*, 23 diciembre de 2015.

174 Precisamente esta medida fue estudiada por el Tribunal de Luxemburgo en sentencia 35/2019, de 19 de marzo. El Tribunal estableció que el procedimiento de retorno de inmigrantes ilegales, previsto en la Directiva sobre el retorno para las fronteras de la UE, no era aplicable a las fronteras interiores que se hubiesen restablecido, y los controles que ello suponía, por circunstancias de amenaza grave para el orden público o la seguridad para un Estado, como había sucedido en Francia. Por lo tanto, Francia podía aplicar esos controles de identidad reforzados en las fronteras interiores, por esa razón de seguridad, pero ello no ello no convertía a esa frontera en una frontera exterior y, por lo tanto, no era de aplicación el procedimiento de retorno, pensado para las fronteras exteriores, que se le había aplicado a un marroquí llamado Abdelaziz Arib y a otros más.

Incluso se ha señalado que, atendiendo a la realidad, más podría hablarse del establecimiento de un "estado de policía"[175].

En definitiva, se han estado limitando el ejercicio de no pocos derechos al amparo de la emergencia terrorista, en un nuevo claro e injustificado desequilibrio entre seguridad y derechos de los ciudadanos. En general, constitucionalistas franceses de renombre, como Dominique Rousseau[176], han emitido reservas importantes sobre las condiciones de aplicación del estado de urgencia por la insuficiencia de controles y la necesidad de evitar instalar ese estado de manera duradera cuando se supone precisamente que es *excepcional*.

Ese mismo sentir era el de Owen Fiss respecto de las respuestas dadas por Estados Unidos en su *guerra* contra el terrorismo desde 2001. Para este autor, pese a que las amenazas de Estado Islámico no son ya el motor primario de la política exterior de Estados Unidos, existe un ámbito, sin embargo, donde el legado del 11 de septiembre ha demostrado ser inusualmente duradero: el Derecho. Los actos legislativos y las decisiones judiciales emitidas en respuesta a las políticas antiterroristas de las administraciones Bush y Obama continúan proyectando en la era Trump una alargada sombra sobre muchas áreas del Derecho, incluida la jurisprudencia del Supremo. Prácticas, que en un principio parecían ser excesos temporales de la Administración Bush, se convirtieron en doctrinas jurídicas perpetuadas por el Presidente Obama (y hoy por el Presidente Trump) y acabaron atrincheradas en sentencias judiciales[177]. En definitiva, se ha normalizado una respuesta que entonces se consideró excepcional.

En esto no debemos olvidar que la declaración de un estado de excepción, en principio, constituye una garantía de la propia Constitución y de las instituciones y derechos en ella reconocidos[178]. No podemos olvidar que los estados de excepción, que pueden suponer el sacrificio temporal

---

175 ESPLUGAS-LABATUT, Pierre (2018): "Pour la constitutionnalisation…", *op. cit.*, p. 491.

176 ROUSSEAU, Dominique (2015): un projet de réfision constitutionnelle recevable mais qui doit être réécrit", *Le Monde*, 21 diciembre 2015.

177 FISS, Owen M. (2017): *Una guerra sin igual. La Constitución en los tiempos de terrorismo*, Madrid, Marcial Pons.

178 CRUZ VILLALÓN, Pedro (1984): *Estados excepcionales y…, op. cit.*, p. 17.

de las garantías de determinados derechos, solo están previstos en aras a salvaguardar la supervivencia del sistema constitucional mismo, el normal funcionamiento de las instituciones y el restablecimiento del *status quo* de los derechos de los ciudadanos en el menor tiempo posible. Como decía Cruz Villalón, "el derecho de excepción debe cumplir el objetivo de protegerse frente a sí mismo, es decir, tiene que garantizar no solo la superación de la crisis, sino la vuelta a la Constitución legítima"[179].

Así, debemos entender el estado excepcional como derecho *de excepción* basado en el mantenimiento sustancial del orden constitucional incluso en situaciones de crisis, si bien, con la previsión de una serie de competencias extraordinarias taxativamente enumeradas, que suponen la suspensión (solo temporalmente)[180] de la Constitución en alguno de sus extremos.

Además, el recurso a medidas excepcionales siempre es malo. "Y es que las respuestas extraordinarias son arriesgadas, o mejor dicho, plantean un mayor riesgo que las ordinarias, porque han sido concebidas para situaciones límites, y se mueven dentro de parámetros permisibles aunque en su margen superior con vistas a forzar, deliberada y controladamente, el momento"[181].

Por otro lado, ha de recordarse que, incluso en circunstancias excepcionales, hay un nivel mínimo de respeto de los derechos fundamentales que debe ser infranqueable. En las Constituciones, el estado de emergencia refiere a una situación por la cual se confieren a las autoridades poderes ampliados (*pero también limitados*) para hacer frente a una amenaza a la estabilidad de las instituciones públicas, los derechos de los ciudadanos o intereses generales. No debe olvidarse que la declaración de emergencia requiere la concurrencia de determinadas circunstancias, la intervención

---

179 Ibidem, p. 24.

180 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (2006-7) indicaba que "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", en "Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: Nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo", *Parlamento y Constitución*, n. 20, p. 61.

181 AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, Federico (2018): "Responder a las amenazas del S. XXI", en *GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (Coords.) Seguridad y Derechos…, op. cit.*, p. 99.

del Parlamento, su limitación temporal y, más importante aún, la identificación de aquellos derechos que podrían ser limitados y el alcance de dicha limitación. Y que cabe establecer medidas de control del ejercicio de esos poderes excepcionales por el gobierno. Así está previsto en España, por poner algún ejemplo. Gran Bretaña ha empleado comisiones especiales para monitorear al ejecutivo en la aplicación de la normativa de defensa contra el terrorismo. Y en diversos países cabe un control ex post por parte de los tribunales, lo cual constituye otro mecanismo de control del adecuado uso de esos poderes de excepción.

En definitiva, esa normalización de la legislación excepcional contraterrorista hace que sea preocupante la deriva que el Estado de derecho puede estar tomando a raíz de la aplicación ordinaria de medidas procedentes de dicha legislación. No debemos caer en el error de dejarnos arrastrar por el deseable objetivo de acabar con la lacra terrorista, aún a costa de sacrificar gran parte de las libertades y derechos fundamentales, argumentando que la *excepcionalidad de la situación* requiere de medidas extraordinarias. Olvidamos que, como se recordaba más arriba, esas libertades son la esencia de todas las Constituciones modernas tal y como hasta ahora las hemos conocido.

5.2. LA POSIBILIDAD DE EXCEPCIONAR TEMPORALMENTE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS POR RAZÓN DE "PELIGRO PÚBLICO QUE AMENACE LA VIDA DE LA NACIÓN"

Respecto de lo que venimos analizando, conviene recordar que algunos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos contienen disposiciones que delinean las excepciones admisibles en tiempos de emergencia pública. De hecho, el art. 15 del Convenio Europeo de derechos Humanos (CEDH) permite a los Estados adoptar medidas de excepción de sus obligaciones convencionales "en tiempos de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación", pero añade que ello ha de hacerse "en la medida estrictamente limitada a las exigencias de

la situación, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que le impone el derecho internacional"[182].

Así, aún con límites, el art. 15 del CEDH prevé el estado de urgencia y autoriza el ejercicio del poder soberano del Estado para desvincularse de las obligaciones asumidas en el mismo.

El caso *Lawless*, sentenciado por el TEDH en 1961, abrió una puerta peligrosa en la interpretación de este precepto al confirmar el Tribunal que el mismo daba cobertura a un supuesto de privación de libertad sin juicio de un miembro del IRA, puesto que la situación excepcional de crisis o de emergencia afectaba a toda la población y constituía una amenaza para la vida organizada de la comunidad. No obstante, más adelante, el mismo Tribunal matizó este poder discrecional del Estado al afirmar que "(...) los Estados no disfrutan de un poder ilimitado en este campo. El Tribunal, que es responsable, junto con la Comisión, de velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado (art. 19), es competente para decidir si los Estados han ido más allá de lo que la situación de crisis estrictamente exige (...). El margen de apreciación nacional va así escoltado del control europeo" (caso *Irlanda c. Reino Unido*, 1978, 25).

Esa idea del margen de apreciación del Estado ha acompañado a la doctrina del TEDH hasta nuestros días[183], justificando a veces limitaciones excepcionales a los derechos de la Carta para la salvaguarda de la seguridad

---

182 Artículo 15 Derogación en caso de estado de urgencia
1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanan del Derecho internacional.
2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.
3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario general del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.

183 Cronológicamente: *Lawless c. Irlanda*, 1961, *Irlanda c. Reino Unido*, 1978, *Brannigan and McBride c. Reino Unido*, 1993, *Aksoy c. Turquía*, 1996, *A. y Otros c. Reino Unido*, 2009.

nacional, aunque siempre añadiendo la coletilla de "cuando exista una imperiosa necesidad social"[184], o la exigencia de un "legítimo objetivo buscado".

A este respecto, resulta interesante aludir a un caso conocido por el Tribunal Europeo en relación con las extraordinarias medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo yihadista. En 2001, el entonces Primer Ministro Británico, Tony Blair, presentó un proyecto de ley sobre seguridad, crimen y antiterrorismo (*Antiterrorism, Crime and Security Act*) que incluía la petición a la Cámara de los Comunes de la derogación del art. 5 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, que garantiza el derecho a la libertad y prohíbe la detención sin proceso judicial, en base a lo dispuesto en el art. 15 de la Convención. Sin embargo, esa previsión legal, además de recibir las críticas del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, fue declarada nula por el Tribunal de la Cámara de los Lores precisamente por ser incompatible con el Convenio, por permitir la detención de sospechosos de antiterrorismo de una manera que discriminaba por razones de nacionalidad o estatus de inmigración; se trataba de un precepto que había permitido recluir en cárceles británicas a ciudadanos extranjeros sospechosos de terrorismo durante tres años sin proceso judicial. Todo ello fue recurrido posteriormente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resuelto por la Gran Sala en 2009 (Asunto *A. and Others v. the United Kingdom*).

El Tribunal de Estrasburgo recordó de nuevo que entra dentro del margen de apreciación de cada Estado el determinar si hay un peligro público que amenace la vida de la nación como para solicitar la derogación del Convenio, pero "el margen nacional de apreciación va acompañado, de una supervisión europea". Recordó que, "para justificar una derogación, la emergencia debe ser real e inminente; debe afectar a toda la nación en la medida en que se vea amenazada la continuidad de la vida organizada de la comunidad; y la crisis o el peligro debe ser excepcional, en la medida en que las medidas o restricciones normales, permitidas por el Convenio para el mantenimiento de la seguridad, la salud y el orden públicos, sean claramente inadecuadas" (par. 176). Para el Tribunal, en Reino Unido sí existía "un peligro público que amenazaba la vida de la nación", pero también subrayó que "corresponde a la Corte decidir si, entre otras cosas, los Estados han ido más allá de 'la me-

184 TEDH, caso *Leander c. Suecia*, 1987.

dida estrictamente limitada a las exigencias de la situación' de crisis"; y para Tribunal, "las medidas excepcionales que se adoptaron alegando el art. 15 del Convenio fueron *desproporcionadas* en la medida en que discriminaban injustificadamente entre nacionales y no nacionales" (par. 190), por lo que no cabía la alegación a la derogación del Convenio como justificación a las limitaciones del derecho a la libertad que se produjeron.

Otro ejemplo lo hallamos en Turquía. Este país declaró el estado de excepción en julio de 2016, prorrogándose hasta julio de 2018, aunque, en este caso, la razón del establecimiento del régimen de excepcionalidad no se encontraba en la salvaguarda de la seguridad nacional por razón de terrorismo. Al tiempo que se declaraba el estado de excepción, Turquía hizo saber al Consejo de Europa que suspendían el Convenio Europeo de Derechos Humanos acogiéndose al art. 15 del mismo. No obstante, aquel le hizo notar que hay una serie de artículos que no se pueden incumplir. Se trata de aquellos que se refieren al derecho a la vida, la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, la prohibición de la esclavitud y la imposibilidad de imponer un castigo que no esté contemplado en la ley. A pesar de las advertencias lo cierto es que la declaración del estado de excepción sirvió al Gobierno para establecer draconianos poderes en su favor y silenciar muchas voces críticas con el régimen. La proliferación de medidas limitadoras del ejercicio de los derechos más básicos en ese periodo fue puesta de manifiesto por diversas organizaciones no gubernamentales[185] y por el Parlamento Europeo[186], entre otros.

Todo ello no hace más que confirmar que, como el nombre indica, excepcionar el cumplimiento del Convenio significa hacer algo que es eso: *excepcional*. De ahí que el Tribunal haya exigido que ello solo sea posible cuando esté ampliamente justificado, y haya definido líneas rojas durante el mantenimiento del periodo de excepción en relación a la posible limitación de los derechos protegidos por la Convención.

---

185 AMNISTÍA INTERNACIONAL (2018): "Turquía: Fin del estado de excepción. Mirando hacia el futuro", 20 de julio de 2018. (https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/turquia-fin-al-estado-de-excepcion-mirando-hacia-el-futuro/Fecha consulta: 24 de julio de 2019).

186 Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación actual de los derechos humanos en Turquía [2018/2527(RSP)], de 5 de febrero de 2018 (http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2018-0095_ES.html Fecha de consulta 23 de julio de 2019).

6. CONTROL MASIVO DE COMUNICACIONES Y DATOS. EL *CHILLING EFFECT* O CÓMO SE COARTA NUESTRA LIBERTAD

"El Gran Hermano te observa"
(George Orwell: 1984)

6.1. EL EFECTO DISUASORIO AL SENTIRSE CONTROLADO

Una de las cuestiones que más repercusión ha tenido en el ámbito de la lucha antiterrorista es la que deriva de la información que salió a la luz en 2013 a raíz de las filtraciones del ex empleado de la *Agencia de Seguridad Nacional* estadounidense (NSA), Edward Snowden. Se hizo público algo que, en el marco de las acciones de inteligencia, había quedado cubierto por el secreto de Estado hasta ese momento. La ruptura de dicho secreto reveló que el gobierno de EE.UU. había estado espiando masivamente los datos de millones de ciudadanos, no sólo estadounidenses, sino también extranjeros, incluidos altos mandatarios de muchos Estados europeos y americanos, creando un general malestar. Inmediatamente después de los atentados del 11-S, la NSA fue autorizada por el Presidente George W. Bush (más tarde también por el Presidente Obama) y por el Congreso para implementar un programa de vigilancia de toda comunicación realizada por cualquier ciudadano a un sospechoso de terrorismo en cualquier parte del mundo[187] (una monitorización de

---

187 Así lo recordaba FISS, Owen M. (2013): "El mundo en el que vivimos", *El Cronista del Estado social*, nº 37, pp. 20-31. Ello fue permitido por la PATRIOT Act 2001; por la Ley de Protección para América (*Protect America Act*) 2007, que autorizaba al ejecutivo a intervenir, sin mandamiento judicial previo, llamadas telefónicas en el extranjero a personas sospechosas de tener vínculos con Al Qaeda; por la *Ley de Reformas FISA* 2008, que extendió la autorización de escuchas telefónicas sin autorización

comunicaciones que se ha estado realizando de un modo generalizado y a escala global). Cuando el escándalo saltó a la luz pública, los hechos fueron reconocidos por la NSA ante el Senado, alegando que la información obtenida no fue utilizada para ningún otro fin que no fuera garantizar la seguridad nacional. En respuesta al malestar internacional que ello generó, el Presidente Obama tuvo que hacer frente a las críticas internacionales a principios de 2014. La respuesta presidencial se mantuvo en la línea de defender la constitucionalidad de la medida y declaró que las intervenciones telefónicas sin orden judicial eran una "herramienta esencial" en la lucha contra el terrorismo y necesarias para el mantenimiento de la seguridad del Estado. No obstante, dijo que limitaría la capacidad de las agencias de inteligencia para tener acceso a los registros telefónicos, que sería necesaria la autorización judicial previa antes de que un agente de la NSA quisiese acceder a registros de llamadas, excepto un supuesto de emergencia, y añadió que había prohibido espiar a los líderes de los países aliados[188]. Más recientemente, la administración Trump, en su estrategia contra el terrorismo, dejó claro que iba a combatir enérgicamente frente a cualquier grupo o individuo que tuviera capacidad para poder atentar contra los Estados Unidos, sus ciudadanos o incluso, simplemente, sus intereses a lo largo y ancho del mundo. Y señaló que la utilización de datos y vigilancia de la red constituye una herramienta principal de la actividad de contraterrorismo americana[189].

Con independencia de las limitaciones al espionaje que hoy en día vengan a imponerse o las garantías que hipotéticamente se anuncien, la inquietud está sembrada. Y no solo porque quien nos espíe sea un país extranjero, sino también si lo hace nuestro propio país. De hecho, tras el escándalo Snowden, pronto la prensa se apresuró a revelar que la práctica de recolección masiva de datos es habitual desde hace años por parte de los servicios de inteligencia de numerosos países, y en esto no podemos excluir

---

judicial contenida en la ley de 2007. Esta Ley también protegió a las empresas de telefonía que habían participado en el programa de la NSA de cualquier responsabilidad por su colaboración en ese espionaje.

188 Presidential Policy Directive/PPD-28, "Signals Intelligence Activities", January 17, 2014.

189 CRESCENTE, Diego (2018): "Una nación en guerra: el nuevo plan de Trump frente al terrorismo", *La información*, 12 de octubre de 2018.

al nuestro[190]. Como expresaba gráficamente Cuerda Arnau, "la idea de un Gran Hermano que nos vigila ya no es una quimera"[191].

Me referiré especialmente ahora a ese tipo de vigilancia que llevan a cabo los servicios de inteligencia y que tiene como fin recabar información para prevenir los riesgos que pueden atentar a la seguridad del Estado, por constituir el detonante de la vigilancia masiva de datos que ha saltado a la luz pública. La modalidad de control de la que me ocuparé ahora es de carácter estratégico, exploratorio, táctico, preventivo, general, prospectivo, —como prefiera denominarse[192]—, y se diferencia de la vigilancia que llevan a cabo las fuerzas de seguridad para investigar o perseguir el delito, que generalmente suele tener un tinte post-delictual, va destinada a incorporarse a un proceso penal y neutralizar la presunción de inocencia, supone la interceptación de individuos concretos y tradicionalmente no ha respondido al patrón de un programa de vigilancia general e indiscriminado (aunque también en esto las cosas parecen estar cambiando).

Es en este contexto donde los ciudadanos hace tiempo que han empezado a ser conscientes por la prensa de la posibilidad de que sus datos estén siendo vigilados indiscriminadamente[193]. Y, ante una informa-

---

190 Por todos, FOLLOROU, J. Y JOHANNÈS, F.: "Révélations sur le Big Brother français", *Le Monde*, 4 de julio de 2013. ACKERMAN Spencer y BALL, James (2014): "Optic Nerve: millions of Yahoo webcam images intercepted by GCHQ", *The Guardian*, 28 febrero de 2014. Europa Press, "El CNI colaboró con Reino Unido en operaciones encubiertas de vigilancia masiva en internet", *Público.es*, 17 de febrero de 2014. GALDÓN CLAVELL, Gemma: "Espionaje y derechos humanos: los límites a la intromisión de la intimidad", *eldiario.es*, 4 de agosto de 2013. Versión electrónica:http://www.eldiario.es/turing/Espionaje-derechos-humanos_0_159934512.html
DEL PINO, Daniel: "Londres también espía las comunicaciones españolas", *publico.es*, 4 de septiembre de 2013.

191 CUERDA ARNAU, M. Luisa (2013): "Intervenciones prospectivas y secreto de las comunicaciones. Cuestiones pendientes", en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y CUERDA, ARNAU, M. Luisa (Dir.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 109. En este trabajo, el lector puede descubrir un amplio abanico de sistemas de vigilancia e interceptación de comunicaciones a los cuales podemos vernos sometidos los ciudadanos.

192 En el ámbito anglosajón, *strategic monitoring*, o *general programmes of surveillance*.

193 Sobre esta vigilancia masiva puede verse también mi trabajo SERRA CRISTÓBAL, Rosario (2015): "La opinión púbica ante la vigilancia masiva de datos. El

ción que es parcial y la falta de instrumentos necesarios para analizar y valorar cuestiones tan complejas como las estrategias de seguridad y defensa, esa ciudadanía no pueden más que inquietarse. Las preguntas que se hace el público[194] son muchas: ¿hasta qué punto estoy siendo controlado? ¿tengo derecho a saberlo? ¿puede hacer esto el Estado? ¿para qué utiliza el Estado mis datos? ¿qué consecuencia puede tener para mi?

Las críticas y desautorización de este tipo de vigilancia masiva se produjeron desde el comienzo. El conocimiento de que muchos gobiernos habían estado espiando a sus ciudadanos, imprimió un cambio en la conciencia global sobre esta cuestión.

Lo cierto es que, como ya indicaba el Comisario Europeo responsable del área de investigación, el 3 de febrero de 2004, "la video-vigilancia globalizada como un medio de actuación policial comporta una seria renuncia al modelo constitucional de garantía de las libertades"[195]. Igualmente, los Relatores especiales para la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos han mostrado "su preocupación por la existencia de programas y prácticas de seguridad que pueden generar un perjuicio serio a los derechos a la intimidad y a la libertad de pensamiento y expresión..."[196]. A lo que cabría añadir también la posible vulneración

---

difícil equilibrio entre acceso a la información y seguridad nacional", *Revista de Derecho Político*, nº 92, 75-117.

194 Como indicaba Torres del Moral, las personas que atienden y se interesan por los acontecimientos y facetas integran el público. Para que alguien pueda ser considerado público de algo basta con que atienda a ese algo y se interese por lo que sucede en ese terreno; eso es suficiente para que emita opiniones sobre el particular, por elementales que fueren; pero seguramente esa atención e interés por informarse le llevará a conocer lo suficiente del asunto como para terminar formulando opiniones expertas. TORRES DEL MORAL, Antonio (2009): "El instituto jurídico de la opinión pública libre", en Torres del Moral (Dir.), *Libertades informativas*, Madrid, Ed. Constitución y Leyes Colex, pp. 139.

195 Citado en GUIDIN, F. (2006): *La lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, Edisofer, Madrid, p. 174.

196 Declaración conjunta sobre programas de vigilancia y su impacto en la libertad de expresión, de 21 de junio de 2013.

del Derecho a la información[197]. No en balde, la jueza Ziemele, exjueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su voto particular concurrente en le asunto *Zakharov c. Rusia*[198], recordaba que "el derecho a la privacidad, al igual que la liberad de expresión, es un derecho que sobrepasa la dimensión individual, es un auténtico derecho conformador de la democracia"[199].

El ciudadano siente que el halo de privacidad con el que actúa e interactúa en su vida privada —y que es lo que le hace sentirse en libertad— está en peligro. Y ello condiciona posteriormente el cómo se relaciona en la sociedad. Respecto a esto, resulta especialmente relevante la advertencia que hizo el Tribunal de Justicia de la UE, en el asunto *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros* (2014)[200], de que la retención de esos datos puede generar en sus titulares "la idea de que sus vidas privadas están sujetas a una constante vigilancia" (apartado 37). Es en ese momento cuando la pretendida búsqueda de la seguridad nacional acaba erosionando la "seguridad" que uno tiene en que hay un espacio en el que puede actuar sin controles y que hay una información que corresponde a ese espacio privado y que no goza de mayor relevancia o de la que no se pueden derivar mayores consecuencias frente a terceros o frente a los poderes públicos. Se produce entonces el denominado *chilling effect*[201], esto es, el efecto desalentador por el miedo a estar siendo vigilado. Es un efecto inhibidor del comportamiento personal que la sobrevigilancia del Estado produce en el libre ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales. El saber que existe una posibilidad

---

197 GÓRRIZ ROYO, Elena (2013): "Investigaciones prospectivas y secreto de las comunicaciones: respuestas jurídicas", en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y CUERDA ARNAU, M. Luisa (Dir.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, *op. cit.*, p. 271.

198 *Asunto Zakharov c. Rusia*, de 4 de diciembre de 2015 (Gran Sala).

199 Traído a colación por Fernando FLORES GIMÉNEZ (2018) en: "La paranoia razonable: vigilancia masiva y derecho a la privacidad en la era digital", en MORTE, C. MOTOC, L., PASTOR, P. y RAIMONDI, G. (Eds.), *Human rights in a Global World: Essays in Honour of Luis López Guerra*, Oisterwijk, Willem-Jan van der Wolf, p. 180.

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

201 DE DOMINGO PÉREZ, T.: "La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado *chilling effect* o efecto desaliento", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 122, 2003, pp. 141-166.

de que nos monitoricen puede generar un efecto inhibitorio sobre otros derechos como la libertad de expresión, el derecho de reunión y de asociación e incluso a la vida familiar o al derecho a la salud[202].

No olvidemos que los servicios de inteligencia tienen como misión principal proporcionar a los Gobiernos la información necesaria para *prevenir y evitar* cualquier riesgo que amenace la seguridad, integridad o intereses del Estado[203]. La discusión se produce acerca de qué medios se pueden emplear para recabar información, concretamente la procedente de fuentes cerradas. Mucha de esa información se obtiene de internet y del tratamiento de los datos que circulan por sus páginas (fuentes abiertas[204]) y también del control y acceso a fuentes no abiertas. Porque es en ese ámbito electrónico donde las organizaciones terroristas internacionales recaudan fondos para realizar atentados, recaban adeptos, hacen apología de su causa, o coordinan sus grupos y/o ataques terroristas[205].

La realidad es que finalmente el conjunto de metadatos que los poderes públicos (o entes privados) pueden almacenar sobre los ciudadanos es incalculable y puede ir desde una información muy sensible (ej. datos sobre salud) hasta otros datos que aisladamente considerados pudieran parecer no tener gran valor, como por ejemplo quién es el titular de un determinado móvil o qué lugares decide un individuo visitar. Pero, incluso los datos

---

202 FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2018): "La paranoia razonable: vigilancia masiva y …", *op. cit.*, p. 169.

203 En este sentido, en el preámbulo de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, establece que "La principal misión del Centro Nacional de Inteligencia será la de proporcionar al Gobierno la información e inteligencia necesarias para prevenir y evitar cualquier riesgo o amenaza que afecte a la independencia e integridad de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones".

204 DELGADO, Juan José, PAYÁ, Claudio Augusto y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, Juan Carlos (2017): "Inteligencia estratégica basada en datos de fuentes abiertas como recurso ante el terrorismo internacional", en PAYÁ SANTOS, Claudio Augusto, TOMÉ BERMEJO, Fernando (Dirs.) y ABAD QUINTANAL, Gracia (Coord.), *El terrorismo como desafío a la seguridad global*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 197-209.

205 Sobre ello puede verse el trabajo de BROWN, Ian y KORFF, Douwe (2009): "Terrorism and the proportionality of Internet Surveillance", *European Journal of Criminology*, vol. 6 (2), pp. 119-134.

que pudieran no tener especial relevancia (considerados aisladamente), si los analizamos en su conjunto y son bien "tratados", pueden arrojar lo que se denomina una "información de calidad".

Cuando esto sucede cabe plantearse si se ha respetado el derecho a la autodeterminación informativa (como una manifestación de la propia libertad del individuo) y si del tratamiento de estos datos se puede producir una invasión en mi vida privada y mi libertad. Porque, con independencia de que se haya defendido y reconocido la existencia de un derecho autónomo a la autodeterminación informativa, la jurisprudencia y numerosos textos supranacionales han considerado el tratamiento de los datos de carácter personal como una cuestión en la que puede verse afectado el ámbito de la intimidad/privacidad[206] del individuo[207].

Si, además, se cruzan determinados datos de tráfico (identificación de llamadas, interlocutores en mensajes electrónicos…) y se tratan los mismos mediante determinados programas o técnicas informáticas que permiten conocer los interlocutores en una comunicación electrónica o incluso el contenido de la comunicación misma, podría quedar menoscabado el derecho a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones. Así, las modernas tecnologías permiten descifrar los números de identificación de los dispositivos móviles (IMSI y IMEI)[208] y, a partir de ahí, derivar un elenco considerable de datos relativos al titular del aparato móvil, localización de la llamada, interlocutores y otros aspectos más. Es indudable que, de un modo u otro, la recolección y almacenamiento de datos sobre comunicaciones —que se produce por los servicios de inteligencia—, puede ir más allá de la mera recolección de datos (como el IMEI) para pasar a un procesamiento analítico y estratégico de la información de tráfico de un calado

---

206 Sobre el ámbito de la privacidad o vida privada, como un concepto que tiene mayor capacidad que la intimidad puede verse, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (2005): *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Madrid, Civitas, pp. 35-44.

207 Un amplio desarrollo sobre esta cuestión puede verse en RUIZ MIGUEL, Carlos (2003): "El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea", *Revista de derecho Comunitario*, nº 14, pp. 7-43.

208 IMSI, *International Mobile Suscribe Identity*, y IMEI, *International Mobile Identity Module*.

mayor. O incluso tratarse de un control prospectivo del contenido mismo de las comunicaciones[209].

> Sin ir más lejos, el 31 de Julio de 2013, *The Guardian* publicaba información sobre un sistema utilizado por la NSA llamado *XKeyscore*. Esa tecnología, utilizando metadatos —quién, cuándo y dónde accede alguien a una cuenta o a quién envía un mensaje— extrae, filtra y clasifica la información que cualquier usuario ponga en correos electrónicos y conversaciones digitales, así como los historiales de los navegadores de internet[210]. Y el 28 de septiembre de 2013, el *The New York Times* reveló que, desde 2010, la NSA estaba utilizando el tipo de datos a los que nos estamos refiriendo para elaborar perfiles individuales y gráficos complejos donde se describen las interrelaciones entre distintos usuarios de redes sociales[211].
>
> De igual modo, puede traerse a colación, entre otros ejemplos, uno de los mayores sistemas de espionaje e interceptación de comunicaciones electrónicas de la historia —el sistema de interceptación Echelon—, que es controlado por EE.UU., Canadá, Gran Bretaña, Australia y Nueva Zelanda, y que puede capturar comunicaciones por radio y satélite, teléfono, faxes y e-mails en casi todo el mundo y clasificarlas por palabras clave u otros criterios.
>
> Similar inquietud generó en su día el sistema de escuchas telefónicas SITEL utilizadas por las fuerzas de seguridad del Estado y por los servicios del Centro Nacional de Inteligencia españoles. Es un avanzado sistema electrónico que permite interceptar y grabar en tiempo real cualquier conversación telefónica, correo electrónico o mensaje de móvil, además de almacenar en formato digital todos los datos de esas comunicaciones para su posterior análisis[212]. En todo caso, en principio, este sistema de vigilancia sólo puede ser utilizado con autorización judicial previa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos realizó tempranamente un loable trabajo de protección de los derechos humanos en el marco de la

---

209 En todo caso, la recopilación de datos que realizan los servicios de inteligencia procede no solo de fuentes propias (la inteligencia de señales, derivada de la interceptación de comunicaciones y emisiones electrónicas; la inteligencia de imágenes; y la inteligencia humana, la que recaban los agentes conocidos comúnmente como espías), sino también de fuentes abiertas, cuya información se recaba de fuentes públicas (internet, prensa…)

210 GREENWALD, Glenn: "XKeyscore: NSA tool collects 'nearly everything a user does on the internet'", *The Guardian*, 31 july 2013.

211 RISEN, James, y POITRAS, Laura: "N.S.A. Gathers Data on Social Networks of U.S. Citizens", *The New York Times*, 28 september 2013.

212 Una descripción técnica de este sistema pude encontrarse en la STS 250/2009, de 13 de marzo, F. J. 6º.

lucha contra el terrorismo[213] y, en concreto en lo que estamos hablando, en la protección de intimidad/privacidad cuando se llevan a cabo programas de vigilancia general o interceptaciones estratégicas, exigiendo no solo una habilitación legal, sino una previsión legal que sea precisa y respetuosa con los derechos fundamentales[214].

Un caso pertinente para el tema que nos ocupa es el que se resolvió por sentencia de 1 de julio de 2008, el asunto *Liberty y otros c. Reino Unido*. Se descubrió que los Servicios de Defensa británicos habían estado interceptando todas las telecomunicaciones entre las dos emisoras de British Telecom (Clwyd y Chester), conexión que soportaba la mayor parte del tráfico de comunicaciones con y desde Irlanda. Esas informaciones se almacenaban y se filtraban mediante palabras clave, perfiles, etc., antes de trasladarlas a los analistas de inteligencia. El Tribunal europeo entendió que esto suponía una injerencia en los derechos de la privacidad y secreto de las comunicaciones al no estar tales controles suficientemente previstos por la ley. Extendió las garantías que deben acompañar a estos derechos cuando se trata de interceptaciones de comunicaciones a individuos concretos a las interceptaciones estratégicas o generales, como era el caso, exigiendo que la Ley fijara las garantías y límites al poder que deben establecerse en esa vigilancia prospectiva. Advertía el Tribunal que, "además, como la aplicación

---

213 En el asunto *Kopp c. Switzerland*, 25 de marzo de 1998, para. 72. El Tribunal ya indicó: "La Corte, en primer lugar, reiterar su reconocimiento de que el uso de información confidencial es esencial en la lucha contra la violencia terrorista y la amenaza que el terrorismo organizado representa para la vida de los ciudadanos y para la sociedad democrática en su conjunto. Esto no significa, sin embargo, que las autoridades investigadoras tengan carta blanca…". Pues, "la grabación y otras formas de interceptación de conversaciones telefónicas constituyen una grave injerencia en la vida privada y la correspondencia y en consecuencia debe ser basada en una 'ley' que sea particularmente precisa. Es indispensable contar con reglas claras y detalladas sobre el tema, sobre todo porque la tecnología disponible para ello se está haciendo cada vez en más sofisticada."

214 SSTEDH asunto *Klass y otros c. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978; asunto *Malone c. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984; asunto *Huving c. Francia*, 24 de abril de 1990; *Koop c. Switzerland*, de 25 de marzo de 1998; Valenzuela Contreras c. España, de 30 de julio de 1998; *Padro Bugallo c. España*, de 18 de febrero de 2003; *Dulkarin Coban c. España*, de 26 de septiembre de 2006; *Weber y Saravia c. Alemania*, 26 de junio de 2006; Asunto *Kennedy c. Reino Unido*, de 18 de mayo de 2010; *Big brother watch and other c. Reino Unido,* de 13 de septiembre de 2018 y otras más.

de las medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones escapa tanto al control de los interesados como del público en general, la 'Ley' pugnaría con la supremacía del derecho de que se trata si la facultad discrecional concedida a la Administración no tuviera límites" (Para. 94).

En definitiva, aunque el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido que tal tipo de vigilancia prospectiva es a veces necesaria, ha exigido una previsión legal que la regule que sea precisa y respetuosa con los derechos fundamentales, que exista proporcionalidad en el ejercicio de tales prácticas y una autoridad externa independiente que las supervise (STEDH asunto *Rotaru c. Rumania*, de 4 de mayo de 2000)[215].

La jurisprudencia del TEDH de los últimos años sigue denunciando las injerencias desproporcionadas que la vigilancia masiva puede inferir en la intimidad de los particulares, y ha insistido en el daño que puede causar la hipemonitorización que es previsoria y abusiva [Asunto *Román Zakharov contra Rusia*, de 4 de diciembre de 2015 (Gran Sala)]. Asimismo, como destaca Fernando Flores al analizar esta sentencia, no puede aceptarse que el solo argumento o referencia a la "seguridad nacional" sirva como justificación al juez para permitir la medida policial, pues tal consideración deja desprotegido al ciudadano[216].

Una de las últimas ocasiones en que el Tribunal ha tenido la ocasión de pronunciarse ha sido en el asunto *Big brother watch and other c. Reino Unido,* de 13 de septiembre de 2018[217]. El Tribunal reiteró de nuevo

---

215 Sobre esta decisión y otra jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos en materia de vigilancia de comunicaciones y datos puede verse el valioso trabajo: GÓRRIZ ROYO, Elena M. (2013): "Investigaciones prospectivas y secreto de las comunicaciones: respuestas jurídicas", en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y CUERDA ARNAU, M. Luisa (Dir.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 243-283.

216 A este respecto véase FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2016): "La paranoia razonable: vigilancia masiva y derecho a la privacidad en la era digital", en *The European Convention on Human Rights in a Global World*, Strasbourg, 2017.

217 Tres organizaciones de periodistas y activistas por los derechos civiles presentaron una demanda tras las revelaciones de Snowden sobre la existencia de un sistema de control masivo de las comunicaciones por parte de los servicios de inteligencia del Reino Unido (GCHQ, Cuartel General de Comunicaciones del Gobierno británico). Para los recurrentes, ese control masivo suponía una vulneración de su derecho a la

que la vigilancia masiva, *per se*, no vulnera el convenio, entra dentro del margen de apreciación de cada Estado sobre la determinación de qué medidas son necesarias para proteger la seguridad nacional. Sin embargo, volvió a indicar que ese tipo de operaciones tienen que cumplir los requisitos que ya se establecieron en el asunto *Weber and Saravia c. Alemania*[218]: las injerencias tienen que estar "previstas por la ley", perseguir uno o más de los fines legítimos a los que hace referencia el apartado 8.2 del Convenio y ser "necesarias en una sociedad democrática" al objeto de lograr dichos fines.

También Naciones Unidas hizo un llamamiento a que los Estados examinasen sus procedimientos, prácticas y legislación relativos a la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones y la recopilación de datos personales, incluidas la vigilancia, interceptación y recopilación a gran escala, con vistas a proteger el derecho a la privacidad[219].

---

privacidad y al secreto de las comunicaciones, y su derecho a la libertad de expresión como periodistas (art. 10 CEDH).

El caso analiza tres cuestiones: a) El control masivo de comunicaciones, b) la cesión de inteligencia con terceros gobiernos y c) la obtención de información de los proveedores de servicios de comunicación e Internet.

Este asunto sigue la estela de un asunto previo resuelto por el TEDH *Centrum för rättvisa v Sweden*, de 19 de junio de 2018, donde también entendió que el control masivo de comunicaciones, regulado por la *Signals Intelligence Act* sueca no contradecía el art. 8 del Convenio.

En todo caso, ambas decisiones han sido recurridas ante la Gran Sala del Tribunal, que las ha admitido a trámite (4 de febrero de 2019).

218 En el asunto *Weber y Saravia c. Alemania*, el Tribunal se ocupa por primera vez de lo que denomina "vigilancia estratégica generalizada" (*strategic monitoring*), así como la obtención de datos personales y su transmisión a otras autoridades. Requisitos establecidos en aquella decisión del TEDH: La ley, dijo el TEDH, i) tiene que prever el tipo de conductas que pueden dar lugar a una orden de intervención; ii) debe definir las categorías de individuos cuyas comunicaciones pueden ser intervenidas; iii) ha de someter la intervención a límites temporales; iv) debe regular el procedimiento dirigido a almacenar, examinar, y usar la información obtenida mediante la intervención; v) tiene que adoptar precauciones relacionadas con la transmisión de los datos; y vi) tiene que prever el sistema dirigido al borrado o a la destrucción de los datos almacenados

Esto se reiteró posteriormente en el asunto *Liberty y otros c. Reino Unido.*

219 Resolución 68/167 de Naciones Unidas sobre "El derecho a la Privacidad en la Era Digital".

6.2. UN CONTROL DE COMUNICACIONES Y DATOS SUJETO A GARANTÍAS

Como se decía, la garantía de que lo que uno hace o comunica en un determinado ámbito va a quedar exento del conocimiento de terceros y del Estado proporciona un halo de libertad para los individuos de indiscutible valor. Pero, como otros derechos, esa libertad de actuar fuera de todo control no es absoluta y cabe la entrada en esa esfera de libertad/privacidad en ciertas ocasiones, aunque con garantías. El art. 8.2 del Convenio Europeo de derechos Humanos establece que no podrá haber injerencia de los poderes en el derecho a la vida privada, y en el secreto de la correspondencia y comunicaciones, en tanto en cuanto esta injerencia no esté prevista por la ley y constituya una medida que sea necesaria para el logro de alguno de los objetivos de interés general que enumera, entre los cuales se halla la seguridad nacional[220]. No obstante, aunque esté justificado que los servicios de inteligencia recaben datos de los ciudadanos o intercepten comunicaciones en esa lucha contra el terror, lo que sí tenemos derecho, como mínimo, es a que las actividades de vigilancia se realicen dentro del respeto a la legalidad vigente y a que el tratamiento de los datos goce de todas las garantías.

Por poner un sencillo ejemplo, recordemos que cuando se trata de recabar datos derivados de comunicaciones que puedan afectar al secreto de estas (escuchas telefónicas o electrónicas), el TEDH ha establecido la necesidad de que dicha actuación sea autorizada por un juez o por una comisión independiente[221].

La Constitución española exige la autorización de un juez, sin distinguir entre interceptaciones individuales de comunicaciones o vigilancia masiva de comunicaciones (art. 18.3 CE). Y cuando dichos controles tienen que ser realizados por los servicios de inteligencia en el marco de sus funciones, la Ley Orgánica 2/2002, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, indica que "el Secretario de Estado

---

220 Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos sobre esta cuestión y la aplicación del art. 8.2 del Convenio Europeo de derechos Humanos pueden verse las decisiones que se citan en el último punto de este trabajo en el texto y a pie de página.

221 TEDH n.° 5029/71, 6 septiembre 1978 (*Klass et autres c. Allemagne*).

Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro".

En la práctica mayoría de los Estados caben excepciones a las garantías generales que acompañan al secreto de las comunicaciones cuando concurren circunstancias excepcionales o cuando se investigan determinados delitos como es el de terrorismo. De hecho, como respuesta a los atentados yihadistas sufridos en países de la UE en estos últimos años, los Estados se han apresurado a modificar la normativa que regula el control de las comunicaciones precisamente en el marco de investigaciones terroristas.

Como he dicho anteriormente, la Constitución española se encuentra entre las pocas que ya preveía la suspensión individual de los derechos de las personas investigadas por pertenecer a organizaciones terroristas, permitiendo que la ley estableciera una limitación mayor a determinados derechos (entre ellos el secreto de las comunicaciones) cuando un individuo fuera investigado por terrorismo (artículo 55.2 CE). A este respecto, es principalmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) la que establece las potestades de las fuerzas policiales o judiciales en la investigación del delito de terrorismo y los límites a su actuación, al igual que incluye previsiones sobre los derechos de los sospechosos de terrorismo.

Precisamente por la necesidad de cumplir con los recientes acuerdos adoptados en la UE en materia de investigación y persecución del terrorismo, la LECrim fue modificada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para reforzar las medidas de procedimiento en las investigaciones tecnológicas. Aparte de las disposiciones legales especiales a aplicar a los individuos investigados por delitos de terrorismo, que ya se contemplaban con anterioridad, la novedad se encuentra fundamentalmente en la regulación detallada que se realiza del control de las comunicaciones telemáticas y otros dispositivos electrónicos en la persecución de ciertos delitos como el de terrorismo. Justamente, en el marco de una investigación contra este fenómeno, de nuevo, se otorgan unas capacidades mayores a los agentes públicos. Como regla general,

cuando se pretenda la intervención de dichas comunicaciones se precisa una autorización judicial. La cual permitirá el acceso al contenido de la comunicación, al igual que a los datos electrónicos o asociados de tráfico[222], así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación. Pero, aunque la regla general exige esa autorización judicial si nos encontramos ante una investigación sobre un presunto terrorista, "en caso de urgencia" cabe la posibilidad de que dicha autorización proceda del ministro del Interior, o en su defecto del secretario de Estado de Seguridad. Por lo tanto, se introducen unos límites mayores al libre disfrute de los derechos en dicho tipo de investigaciones. En todo caso, una vez autorizada la intervención por esta vía, la misma ha de comunicarse al juez inmediatamente, y, como máximo, en 24 horas, "haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado".

En Bélgica, la Ley de 20 de julio de 2015, para reforzar la lucha contra el terrorismo[223] ha extendido la posibilidad de que la policía practique los mismos controles de comunicaciones, no solo en el supuesto de delito en tentativa o consumado, sino a todo un conjunto de actuaciones relacionadas con el terrorismo, lo cual incluye, por ejemplo, la participación en una organización con vínculos terroristas, o la incitación al terrorismo, o la amenaza de terrorismo. Nos encontramos ante un nivel de abstracción en la norma mucho mayor, lo que amplía los supuestos donde cabrían las escuchas. Además, está previsto un procedimiento de extrema urgencia, que es más rápido, invocable por los servicios de inteligencia cuando necesitan intervenir comunicaciones en un supuesto de terrorismo. De hecho, por este procedimiento rápido cabe intervenirlas durante 48 h con el solo permiso del presidente de la citada Comisión administrativa a la que nos referíamos más arriba.

---

222 El art. 588 ter a LECrim indica que "se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga".

223 *Loi du 20 juillet 2015 visant á renforcer la lutte contre le terrorisme, M.B., 5 août 2015.*

En Reino Unido no está prevista la intervención de un juez en la interceptación de comunicaciones en una investigación de terrorismo, sino del ejecutivo, aunque sea la policía quien las lleve a cabo. La solicitud de autorización para interceptar comunicaciones está limitada a determinados jefes de las fuerzas policiales, que deben someterla ante el *Crown Prosecution Service* (CPS), que tiene una sección especializada en contraterrorismo y que decidirá sobre la oportunidad de la investigación. La autorización será librada por el *Secretary of State for the Home Department*, miembro del ejecutivo. Esa misma autorización es necesaria cuando las escuchas vayan a ser realizadas por los servicios de seguridad interior (MI5). Por lo tanto, en ambos casos las autorizaciones corren a cargo de órganos de naturaleza administrativa.

En la misma línea, la Ley francesa relativa a la lucha contra el terrorismo, de 23 de enero de 2006, ya estableció que para el acceso a los datos de comunicación por la policía no era necesaria autorización judicial en el caso de investigación de terrorismo, siendo simplemente necesaria la autorización por parte de un alto funcionario de la policía nombrado por la Comisión nacional de control de interceptaciones. Pero, la ley de inteligencia francesa de 2015[224] amplió los poderes del gobierno francés durante el estado de excepción para la vigilancia de personas que "presenten una amenaza, o en torno a una persona susceptible de estar relacionada con una amenaza". Esta ley, que fue impulsada a la luz del ataque terrorista en la sede de la Revista *Charlie Hebdo* en enero de ese mismo año, establece un marco legal para la actuación de los servicios de inteligencia. En líneas generales, subordina la puesta en marcha de actividades de inteligencia a una autorización del primer ministro, tras el informe de una autoridad administrativa independiente, la Comisión nacional de control de técnicas de inteligencia[225]. La ley permite la intervención de comunicaciones sin necesidad de autorización judicial, ni de informe previo de la Comisión nacional de control de técnicas de inteligencia, en

---

224 *Loi nº 2015-912 du 24 julliet 2015 relative au renseignement*. Esta ley modificó el art. 851.2 del Código de Seguridad Interior.

225 La Ley sustituyó la *Commission nationale de contrôle des interceptations de sécurité* (CNCIS) por una Commission nationale de contôle des techniques de renseignement (CNCTR). Ésta es una autoridad independiente, compuesta por 2 magistrados del Tribunal de Casación, 2 diputados y 2 senadores 2 miembros del Consejo de Estado y una persona especialista en comunicaciones electrónicas.

caso de "urgencia absoluta", aunque deberá ser informada inmediatamente con posterioridad. Pese a las críticas vertidas sobre esta ley por los defensores de la privacidad, fue declarada constitucional por el *Conseil Constitutionnel* de Francia el 23 de julio de 2015, salvo en 3 artículos, precisamente porque no estaban bien definidas las garantías de los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas[226]. Se ha criticado que su nueva redacción permite la vigilancia masiva, la vigilancia de cualquiera susceptible de ser considerado peligroso sin demasiada determinación de lo que eso significa. Igualmente se ha criticado de la ley que posibilita, entre otras medidas, la instalación en la red de los operadores de telefonía e internet de dispositivos (denominados cajas negras) que permiten a los servicios de inteligencia recabar en tiempo real los datos de conexión relativos a personas previamente identificadas como potencialmente peligrosas[227]. Asimismo, la ley permite la puesta en marcha de un algoritmo para tratar los datos de todos los intervinientes en las comunicaciones electrónicas con el fin de detectar amenazas terroristas, pero sin proceder a la identificación de las personas intervinientes en la comunicación distintas de los presuntos terroristas.

Por otro lado, se aprobó en Francia a finales de 2015 una ley para la vigilancia de comunicaciones internacionales[228] que, igualmente, utiliza conceptos vagos para justificar el posible control y tratamiento de datos obtenidos en comunicaciones electrónicas, conceptos como "la búsqueda de la defensa y la promoción de los intereses fundamentales del Estado", previsión que se recoge igualmente en la *LOI n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme* (art. 15).

Tal vez una de las cosas positivas de la Ley es que un ciudadano que se sienta infundadamente vigilado puede acudir al Consejo de Estado y solicitar de él que controle la motivación de esa vigilancia y, en su caso, ordene la supresión de los datos recabados. Sin embargo, pensemos que en la mayor parte de las ocasiones el ciudadano no podrá saber cómo le han vigilado ni quién lo ha hecho.

---

226 Decisión nº 2015-713 DC.

227 Como consecuencia de la introducción por esta ley del Art. 851.4 en el Código de la Seguridad Interior.

228 *LOI n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales.*

En conclusión, en muchos de los Estados de nuestro entorno, especialmente en aquellos que han sido objeto de recientes ataques terroristas, la tendencia es la de contemplar excepciones a la regla general del control judicial de las comunicaciones, cuando la causa es la investigación y persecución del terrorismo y la inclusión de nuevas herramientas en manos de los agentes de seguridad para llevar a cabo esta labor.

Por otro lado, los ciudadanos deberíamos estar seguros de que se cumplen determinadas garantías en el tratamiento de los datos personales o de tráfico recabados por los servicios de inteligencia. Pese a que los ficheros sometidos a la normativa sobre materias clasificadas o a los establecidos para la investigación del terrorismo quedan excepcionados generalmente de la normativa de protección de datos[229], los principios básicos que informan dicha normativa no dejan de tener pertinencia también en ese tipo de información recabada, almacenada y tratada por los servicios de inteligencia. Son principios que informan, entre otras cosas, cuándo se pueden recopilar datos, cuándo pueden cederse, o qué medidas de seguridad se adoptan para evitar el acceso de terceros. Estos principios son los de *consentimiento, necesidad/calidad, finalidad, información y seguridad*.

En cuanto a los principios de *consentimiento* e *información*, hay que reconocer que no podemos decir que exista un derecho a acceder a los ficheros producto de la vigilancia prospectiva para inteligencia, ni es necesario nuestro consentimiento para que se recaben esos datos, y difícil es pedir información al respecto. Cosa distinta es la necesidad de que se cumplan ciertos requisitos para poder recabar y tratar dicha información.

En cuanto al principio de *necesidad/calidad*, que exige que solo se puedan tratar datos cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos, habría que analizar en cada caso si estamos ante una actividad de recogida y tratamiento de datos que responda a un interés que justifique suficientemente la necesidad de llevarla a cabo. Es obligatoria la justificación porque, como he indicado, de tal vigilancia y tratamiento de datos pueden derivarse posibles daños para los derechos de los ciudadanos, fundamentalmente para la salvaguarda de la privacidad/intimidad, pero también para la libertad de

229 Así sucede, por ejemplo, en España.

expresión, el derecho a la autodeterminación personal u otros, y en ocasiones para el secreto de las comunicaciones.

Respecto del principio de *seguridad*, y teniendo en cuenta que la tecnología avanza a pasos agigantados, es necesario reflexionar sobre las medidas que han de adoptarse para evitar que esos datos caigan en manos de terceros, no sólo porque podrían utilizarlos para dañar los derechos de sus titulares, sino también para la comisión de delitos, para lucrarse con su uso o incluso para atentar contra la seguridad nacional o minorarla.

Por último, lo mismo cabe decir respecto de otras reglas de juego propias del tratamiento de datos, como el derecho a que nuestros datos sean usado únicamente con la finalidad para la que fueron recabados (*Principio de finalidad*). ¿Tenemos garantía de que ellos es así? ¿Acaso esa masiva recopilación de datos no puede estar sirviendo al tiempo a otros intereses distintos al de la salvaguarda de la seguridad?

La actuación proactiva y preventiva es necesaria. Cierto es que, puesto que los terroristas actúan en el ámbito electrónico, la captación de comunicaciones y la obtención y tratamiento de datos electrónicos tiene un valor incalculable[230]. Pero, todo ha de hacerse en el marco del Estado de derecho y del modo que sea menos invasivo para los derechos de los individuos.

6.3. LA CESIÓN DE DATOS POR LAS EMPRESAS PROVEEDORAS DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN Y TITULARES DE BASES DE DATOS PARA LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

En relación a todo esto, cobra también relevancia lo concerniente a la cesión de datos por parte de las empresas a las autoridades encargadas de perseguir el terrorismo global.

---

230 Los datos que obran en internet, transacciones bancarias, visitas a determinadas páginas web o a redes sociales, etc… son elementos muy valiosos para las empresas con fines publicitarios también, pero lo son igualmente para los servicios de inteligencia en la persecución del delito y prevención de ataques terroristas.

Sobre esta cuestión se pronunció hace unos pocos años el Tribunal de Justicia de la UE, en el asunto *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros* (2014)[231], caso que cité anteriormente en este trabajo.

En España, y precisamente a raíz del cumplimiento de las reglas de la UE a este respecto, la reforma de la LECrim (por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre) ha establecido que, cuando sean indispensables para la investigación, los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación pueden ser solicitados por la policía judicial o el Ministerio fiscal (art. 588 ter j LECrim), para que cedan los datos, incluso haciendo uso de búsquedas entrecruzadas o inteligentes. Estos estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia. Aunque dichos datos solo pueden ser cedidos si media orden judicial.

También en relación con la obligación de los prestadores de servicios de colaborar en la cesión de datos de comunicación, ha de recordarse que la misma LECrim, cuando se refiere a la investigación de delitos de terrorismo, establece que: "Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos… a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos", siempre que concurra alguno de los supuestos que enumera el mismo artículo (esto es, que la medida sea proporcionada, y que sea el canal único de difusión de dichos contenidos)[232].

---

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

232 Por otro lado, en la Ley de Seguridad Ciudadana de 2015 se establecen obligaciones de registro documental para actividades relevantes para la seguridad ciudadana, como el acceso comercial a servicios telefónicos o telemáticos de uso publico mediante establecimientos abiertos al público. Así se dice que "quedarán sujetas a las obligaciones de registro documental e información en los términos que establezcan las disposiciones aplicables" (art. 25.1 LSC). Ello permite el control de locutorios telefónicos y, con ello el control de las actividades que en ellos se realicen.

En la misma línea, el Código de Seguridad Interior francés prevé que se podrá imponer a los operadores de datos la puesta en marcha, en su red, de un tratamiento automatizado de datos para detectar conexiones que sean susceptibles de revelar una amenaza terrorista (art. 851.3)[233]. Lógicamente, con la obligación de ceder esos datos cuando les sean requeridos.

Esto abre un interrogante: ¿constituye todo ello una puerta que puede obligar a los grandes proveedores de telefonía e internet a colaborar con el Estado en la lucha antiterrorista? Esta cuestión volverá a surgir posteriormente cuando hablemos de las posibles limitaciones a la libertad de expresión en red, pero me gustaría hacer ahora una reflexión en relación con la obligación de ceder datos.

Este es el tema que se planteó en EE.UU. cuando una juez federal ordenó a la compañía Apple que ayudara al FBI a desbloquear y acceder al teléfono iPhone usado por uno de los dos autores del tiroteo de San Bernardino (California), en el que murieron 14 personas. Los investigadores consideraron que el iPhone contenía información que podía resultar crucial para la investigación. El FBI quería que la compañía le ayudara a crear un desbloqueador del sistema de seguridad para acceder a los datos. Apple se opuso a la orden judicial argumentando que ello no era posible y que si crease ese software estaría poniendo en riesgo la seguridad de millones de Iphones, y que si eso cayera en las manos equivocadas, el producto perdería el elemento de seguridad, que es una de sus características más preciadas.

Posiblemente, intentar rebajar la seguridad de cientos de millones de usuarios de móviles sobre sus datos con el objetivo de rebajarla para aquellos pocos que representan una amenaza parece desproporcionado.

Por otro lado, la cesión de datos no solo se puede producir entre empresas proveedoras de servicios y el Estado, sino también entre Estados. De hecho, como decíamos al comienzo, el intercambio de información se ha convertido en una de las principales herramientas de la lucha contra el terrorismo global.

---

233 Lo mismo se establece en el art. 6 de la *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*.

La nueva Directiva 2016/680 sobre tratamiento de datos en la prevención y persecución del crimen[234], abre un nuevo escenario más reforzado en el ámbito del intercambio de datos entre Estados de la Unión. Su aprobación se aceleró como consecuencia de la ola de atentados yihadistas que se sucedieron en París en noviembre de 2015 y Bruselas en 2016, al igual que precipitó la aprobación del nuevo Reglamento 2016/679, de Protección de Datos[235]. La Directiva hace hincapié en la creciente necesidad de intercambiar datos para la prevención y la lucha contra la delincuencia transnacional y el terrorismo. Pero, asimismo, subraya la obligación de garantizar el cumplimiento de los principios básicos que regulan la protección de datos personales (Considerando n.º 7). De hecho, establece normas mínimas que han de respetarse en el tratamiento de datos dentro de cada Estado miembro, se establecen derechos concretos y se fijan límites en el flujo de datos.

Igualmente, en el Consejo de Ministros de Interior de 4 de diciembre de 2015, se dio luz verde a la aprobación del Registro de pasajeros aéreos (*Personal Name Records*, o PNR), que quedó finalmente regulado por la Directiva reguladora del uso del PNR para la prevención, investigación y persecución del terrorismo y otros crímenes graves, aprobada el 21 de abril de 2016[236]. La Directiva se aplica a los vuelos que tienen origen o destino fuera de la UE, pero los Estados miembros también podría extenderlo a los domésticos ("dentro de la UE"). Ello obliga, a la transmisión a las autoridades de una serie de datos de los pasajeros de vuelos (nombre, dirección, itinerario, modo de pago, tarjetas bancarias utilizadas, números de teléfono, información sobre equipaje, fechas de viajes, frecuencia con que vuela…). La cuestión está en cómo se va a hacer con el máximo respe-

---

234 Entró en vigor el 5 de mayo de 2016, aunque los Estados miembros dispusieron hasta el 6 de mayo de 2018 para implementarla.

235 *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*. Entró en vigor el 24 de mayo 2016, y su implementación fue establecida para el 25 de mayo de 2018.

236 Directiva (EU) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.

to a la privacidad de los europeos. Con ese fin, entre otras previsiones, la Directiva establece que tales transferencias solo se harán "siguiendo la regla de caso por caso" y exclusivamente para los fines específicos de "prevenir, detectar, investigar y procesar los delitos de terrorismo o delitos graves".

A este respecto, el Tribunal de Luxemburgo dio un nuevo toque de atención fallando en el Dictamen 1/15, de 26 de julio de 2017, contra el registro de pasajeros firmado entre la Unión Europea y Canadá en 2014. Se había pactado inicialmente la trasferencia de datos de los pasajeros de vuelos que, tal como están descritos, podían afectar a la privacidad de estos: hábitos de viaje, relaciones existentes entre dos o varias personas, situación económica, hábitos alimentarios, estado de salud, e incluso otra información sensible. Como era de esperar, el Tribunal indicó que "no hay justificación concreta y particularmente sólida" para reclamar esos datos ni para retenerlos. El Alto Tribunal quiere asegurarse de que la norma precise de forma más garantista los supuestos en los que cabe un control de esos datos respecto de pasajeros que están siendo investigados por terrorismo. Pero trata de evitar que se generalice la transferencia de datos de todos los pasajeros de forma tan indeterminada e insegura. Para el TJUE, lo previsto en el Acuerdo sobre la transferencia de datos PNR entre UE y Canadá, en los términos establecidos, "es incompatible con los derechos fundamentales".

Asimismo, en relación con el intercambio de datos con terceros países, procede recordar que se produjo una renovación del Acuerdo entre la UE y Estados Unidos conocido como "*Safe Harbour*" por el "EU-US Privacy Shield" de febrero de 2016, precisamente por haber sido declarado inválido aquel marco previo por el Tribunal de Luxemburgo en el caso *Schrems*[237]. Lo que la Unión Europea quiere evitar es que los datos de sus ciudadanos puedan ser objeto de daños a su privacidad sin que exista una causa legítima que lo justifique. La lucha contra el terrorismo yihadista es una causa que podría respaldar ese intercambio de información entre Estados por la utilidad que esa inteligencia puede ofrecer en la persecución y prevención de nuevos ataques. Pero, esos canjes de datos deben producirse cuando se persiga un objetivo concreto y sea necesario para ello, y la actuación debe asegurar todas las garantías legalmente establecidas y ha de ser proporcional.

---

237 *Case C-362/14 Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner.*

7. DERECHO A INFORMAR Y A RECIBIR INFORMACIÓN EN DEMOCRACIA

"La democracia presupone una ciudadanía que comprende y observa críticamente la política. ¿Estamos en condiciones de hacerlo?"
(Daniel Innerarity: *Comprender la democracia*, 2018)

7.1. LA IMPORTANCIA DE UNA OPINIÓN PÚBLICA INFORMADA SOBRE LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

7.1.1. Maximizar la circulación de información

Maximizar la circulación de información y de opiniones debiera ser la prioridad en un Estado democrático, porque ello contribuye a que esa opinión pública sea plural, formada y libre. Para favorecer que ello sea así se precisa de unos poderes públicos que, entre otras cosas, no limiten el acceso a la información a aquellos que pudieran contribuir a difundirla (los periodistas) y propiciar ese debate público.

En democracia los ciudadanos queremos información para cubrir necesidades de naturaleza muy distinta, desde la defensa de nuestros propios intereses y la adopción de medidas de precaución ante los posibles peligros, —que conocemos que existen porque fluye la información—, hasta el poder ejercer un control-crítica sobre la respuesta de las instituciones públicas al delito o a las amenazas que se ciernen sobre el Estado, sus instituciones y sus ciudadanos.

Díez-Picazo Giménez explicaba que "la democracia no puede sobrevivir sin opinión pública; y opinión pública es tanto opinión del público como opinión sobre asuntos públicos. Ello se traduce en una innegable necesidad de información y crítica, sin las cuales resulta im-

posible la exigencia de responsabilidad, política y jurídica, a quienes desempeñan funciones públicas"[238].

Desafortunadamente, es complicado para la ciudadanía medir conceptos como "valores en juego", "peligro", "amenaza", o "daños". Incluso para los expertos resulta muy difícil dar una respuesta objetiva, clara y consistente. Innenarity advertía de que la creciente complejidad de lo político en nuestras democracias dificulta que haya una opinión pública competente a la hora de entender y juzgar lo que está pasando, algo que entra en plena contradicción con uno de los presupuestos normativos básicos de la democracia. Cuando los ciudadanos o electores no consiguen comprender lo que está en juego, entonces la libertad de opinión y decisión pueden ser consideradas un reconocimiento formal irrealizable[239].

Además, lo cierto es que, como veremos, no es sencillo conciliar los importantes intereses nacionales relativos a la seguridad, con los igualmente importantes intereses de una sociedad abierta e informada. Aún así, los ciudadanos queremos ser partícipes de ese debate. Los ciudadanos saben que existen amenazas sobre sus derechos, son testigos de la existencia de ataques terroristas en su entorno y son sabedores de que el Estado adopta medidas para luchar contra tal amenaza. Quiere conocer de todo ello, de los riesgos que se ciernen, del grado de probabilidad de que un atentando se materialice, qué prevenciones se están adoptando, qué implicaciones tienen las medidas adoptadas por el gobierno para sus derechos y su vida y un largo etcétera.

Y es que, principalmente desde que saltara a la luz la información sobre el espionaje masivo de datos, en la esfera pública, o al menos por parte de organizaciones o movimientos defensores de los derechos y *think tanks*, empezó a despertarse un interés público sobre cómo se están gestionando los riesgos o amenazas en nuestros días, y si las técnicas y medidas de lucha contra esos riesgos son proporcionales a los mismos.

---

238 DÍEZ PICAZO, Luis María (1997): "Publicidad y secreto en la Constitución", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 3.

239 INNERARITY, Daniel (2018): *Comprender la democracia*, Barcelona, Gedisa Editorial, p. 32.

Como advertía Innerarity[240], nuestras principales discusiones futuras van a girar en torno a la cuestión de cómo valoramos los riesgos y qué conductas recomendamos en consecuencia. Este autor apuesta por practicar toda la normalidad que sea posible en la gestión de las amenazas y por una gestión *democrática* de las actuales situaciones de riesgo[241]. Porque en la gestión de esos riesgos hay otros actores que también quieren expresar su parecer: los movimientos sociales, la sociedad civil[242].

En todo caso, como se verá posteriormente, esa opinión pública no puede versar sobre todo, porque no todo se puede saber o no a todo se puede acceder. En ocasiones hay derechos, bienes o intereses mayores que proteger, que justifican la excepción a la regla general de la publicidad que adjetiva a un Estado democrático. Como veremos, el secreto respecto de las actuaciones encaminadas a la salvaguarda de la seguridad del Estado es buen ejemplo de ello. Y comprobaremos que, indudablemente, la convivencia entre la libertad informativa y el secreto es difícil.

7.1.2. Una opinión ciudadana anestesiada por la seguridad

Hacía hincapié en el punto anterior en la importancia del libre acceso a la información para poder ejercer plenamente la libertad de pensamiento y expresión, porque la opinión no es absolutamente libre si no cuenta con el bagaje informativo necesario para poder discernir dónde nos posicionamos o qué opinamos. También citaba a Innenarity cuando ponía de manifiesto que a veces la calidad de la participación democrática se resiente por un exceso de información. Lo cierto es que la sociedad de la información en la que vivimos ofrece tantas fuentes de información por vía tradicional o telemática que hace difícil al ciudadano hacerse con la imagen completa de

---

240 INNERARITY, Daniel (2011): "Introducción: La humanidad amenazada..", *La humanidad amenazada: Gobernar los riesgos globales (Daniel Innerarity y Javier Solana, coord.)*, Paidós, p. 13.

241 Ibidem, p. 19.

242 En el mismo sentido, JÁUREGUI, Gurutz (2011): "La emergencia de un nuevo orden jurídico-institucional: el Estado y la Constitución de la era de la globalización", in *La humanidad amenazada, op. cit., p. 241.*

todos los datos como para tener una opinión verdaderamente contrastada y, por lo tanto, fundada. Más bien diríamos que esto es una quimera.

En este campo de la superinformación es donde determinados mensajes pueden acabar calando en la opinión pública frente a otros, cosa que puede suceder de manera fortuita o, en la mayor parte de las ocasiones, de una forma pretendida. De hecho, se habla del empleo de las emociones en las democracias actuales, de lo que ha venido a denominarse "*emocracia*"[243]. Consiste en propiciar la comunicación o trasmisión de emociones que acaban predominando sobre la razón; ello conduce a la formación de una voluntad colectiva, basada en las *emociones* mayoritariamente aceptadas de forma colectiva y exacerbadas por quien tiene la capacidad de hacerlo (los medios, los gobiernos, los movimientos populistas…) Lo cual supone reconocer que la soberanía individual acaba siendo menor de lo que creíamos. En todo caso, ya hablaba Aristóteles, en su *Retórica,* de las emociones[244] y explicaba cómo el buen orador conoce el arte de utilizarlas y provocarlas en el público para conseguir de él que haga lo que debe, en el mejor de los casos, o, en el peor de los casos, que haga lo que al orador o al político le interesa. Explicaba de qué forma el discurso público puede cambiar el estado de ánimo de quienes lo escuchan, gracias al uso de los tópicos, las figuras del lenguaje, y el poder de la elocuencia. Eso mismo es lo George Orwell parecía querer decir con aquello de que "*El lenguaje político está diseñado para hacer que las mentiras suenen confiables y el asesinato respetable; y para darle la apariencia de solidez al mero viento*"[245].

Sin querer decir en absoluto que no haya motivo para estar prevenidos contra la amenaza del terrorismo, sí es cierto que algo de lo que se recogía

---

243 ARIAS MALDONADO, M. (2016): *La democracia sentimental: política y emociones en el s. XXI*, Barcelona, Página indómita. CAMPS, Victoria (2012): El Gobierno de las emociones, Herder Editorial. FAJARDO FAJARDO, Carlos (2018): *La emocracia global y otros escritos*, Bogotá, ediciones Desde abajo. Término también empleado por Elena GÓRRIZ ROYO para referirse a las respuestas al terrorismo en "Contraterrorismo a raíz de la Directiva (UE) 2017/541 y europeización del derecho penal al enemigo: ¿necesidad de reformas en la legislación penal española?", en *GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (Coords.) Seguridad y Derechos…, op. cit.*, en pp. 553 y ss.

244 ARISTÓTELES (ed. 2014): *Retórica*, (Introducción y traducción de Alberto Bernabé), Madrid, Alianza editorial.

245 ORWELL, George: *1984*.

más arriba está sucediendo con el tema de la seguridad. Los mensajes alertando de los riesgos que para la seguridad existen por la amenaza terrorista son tantos, y posiblemente han sido tan sobredimensionados, que se ha creado una conciencia colectiva que asume que esta es una prioridad. El mensaje ha enraizado de tal modo que la mayoría de los ciudadanos están dispuestos a sufrir individualmente un nivel de merma en sus libertades ordinarias como nunca hubiese aceptado en el pasado. Y ello se hace sin una confrontación de criterios o posturas, que es lo propio de una democracia. Como recuerda Huster, en muchos aspectos, la sensación de inseguridad es más bien una construcción social que depende de nuestra percepción de la realidad[246].

Esa confrontación pública de opiniones sufrió una erosión especialmente tras los atentados del 11-S. Las contundentes respuestas adoptadas por el gobierno norteamericano no admitían crítica pública, pues como recuerda Ulrich Beck, en ese país se generó la idea de que cualquier crítica a la política antiterrorista era antipatriota[247].

A veces la libertad individual de opinar, de criticar, de expresar las propias ideas viene anestesiada por el discurso único que acaba generándose espontáneamente o potenciado desde el gobierno, o por grupos de interés. Frente a los ataques terroristas, la retórica de la seguridad parece haber seducido masivamente de la opinión mayoritaria, con un discurso que conduce a los ciudadanos a aceptar, con escaso recurso a la crítica, cualquier política que se adopte a favor de la misma. Aceptamos como normal y necesario, al menos sin demasiados aspavientos, que vigilen nuestros datos o comunicaciones, que nuestros aeropuertos puedan haber servido para el traslado de presuntos terroristas a cárceles ilegales donde se ha practicado la tortura, que debamos someternos a un control exhaustivo en los aeropuertos y que ese control se acreciente frente a determinadas personas que presentan un fenotipo distinto (por ejemplo, que puedan parecer que tienen un origen árabe), que se limite arbitrariamente la entrada de emigrantes, especialmente los provenientes de ciertas latitudes, o que se cierren mezquitas, por poner algunos ejemplos.

---

246 HUSTER, Stefan (2010): "Terrorismo y derechos fundamentales", en Stefan Huster, Ernesto GARZÓN VALDÉS y Fernando MOLINA, *Terrorismo y derechos fundamentales,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 30.

247 BECK, Ulrich (2002): "The terrorist threat. World Risk Society Revisited", *Theory, Culture & Society*, vol. 19 (4), p. 45.

Cada vez que se produce un atentado terrorista estamos más concienciados sobre la necesidad de renunciar a esferas de nuestra libertad y de la libertad de los otros y dispuestos a asumir las consecuencias de ello. Y lo hacemos sin demasiada respuesta crítica, más allá de la liderada por algunas organizaciones en defensa de los derechos humanos u otros centros de pensamiento, pero sin ser una prioridad en el debate social ciudadano.

Considero que, en este estado de las cosas, los ciudadanos están dejando de opinar o priorizar conforme a parámetros de valores colectivos, de los valores y principios que nos hemos dado en democracia, y han pasado a construir su pensamiento desde un prisma acrítico o, como mucho, focalizado exclusivamente en intereses personales. La aceptación individual por muchos ciudadanos de que la seguridad justifica la limitación de la esfera de sus libertades es paradigmático en este sentido. Las campañas de difusión del miedo ayudan a ese pensamiento acrítico. La libertad negativa de no recibir información manipulada o tendenciosa, o ser víctima de la desinformación, constituye un corolario de la libertad de conciencia y de pensamiento, esto es, de la primera libertad fundamental que se afirmó en la historia del liberalismo. Sin embargo, en tema de seguridad no parece estar respetándose. Más tarde me gustaría regresar sobre este tema con más detenimiento.

En el fondo, el problema es que, como decía Ferrajoli, "una democracia puede quebrar, aún sin golpes de estado en sentido propio, si sus principios son de hecho violados o contestados sin que sus violaciones susciten rebelión o, al menos, disenso"[248].

7.2. EL PAPEL DE LOS MEDIOS EN LA INFORMACIÓN SOBRE TERRORISMO

En los últimos tiempos, los periodistas y otros profesionales de los medios de comunicación se han enfrentado, y se enfrentan, a grandes desafíos a la hora de cubrir la información sobre ataques terroristas.

---

248 FERRAJOLI, Luigi (2011): *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional, Barcelona*, Paidós, p. 22.

Los periodistas y otros actores de los medios tienen la responsabilidad de facilitar información precisa y completa sobre los actos terroristas y las posibles amenazas y de evitar los informes sensacionalistas de los medios de comunicación que conducen a la propagación del terror público, el miedo y los sentimientos de caos. La cobertura de los medios de comunicación puede ser crucial para estimular el debate informado en situaciones de crisis. Los profesionales de la información también pueden hacer una contribución positiva a la prevención del terrorismo mostrando, en particular, cómo responden los Estados miembros y las organizaciones internacionales a estas amenazas.

Las normas generales establecidas por el Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos proporcionan principios rectores para los periodistas y otros actores de los medios de comunicación, pero también para las autoridades estatales, sobre cómo reaccionar en situaciones de crisis, aunque no existe demasiada concreción respecto a cómo hacerlo frente al fenómeno del terrorismo.

La UNESCO encargó la elaboración de un manual para periodistas relacionado con la cobertura del terrorismo, que se publicó en 2017 bajo el título *Los medios de comunicación y el terrorismo*[249]. El trabajo empieza planteando la siguiente cuestión: "El periodismo tiene la obligación de proporcionar información verificable en beneficio del interés público, y la audiencia tiene el derecho fundamental de acceder a información exacta y equilibrada, en particular cuando esta pueda tener repercusiones en su propia seguridad o libertad. Ahora bien, cabe preguntarse ¿se cumple este cometido mediante una cobertura ininterrumpida, alertas constantes de última hora y la repetición incesante de las mismas noticias cuando se trata de acontecimientos intrínsecamente concebidos para infundir miedo? (…) ¿En qué medida la cobertura mediática contribuye a los intereses de quienes pretenden generar miedo? ¿Y hasta qué punto esta se inclina hacia una narrativa existente o una idea generalizada de 'quién es un terrorista'?"[250].

---

249 MARTHOZ, Jean Paul (2017): Terrorism and the Media. Paris, UNESCO. http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002470/247074E.pdf (Fecha de consulta: 2 de mayo de 2019) La versión en castellano lleva por título: *Los medios de comunicación y el terrorismo. Manual para periodistas*.

250 Ibidem pp. 3-4.

De esto precisamente hablábamos más arriba en este trabajo, de la potenciación del miedo y la inseguridad.

Planteaba el citado manual que "Quizá no seamos capaces de prevenir cada atentado terrorista, pero sí podemos controlar nuestras reacciones. No podemos permitir que el terrorismo nos haga vivir con miedo, alimente nuestros propios prejuicios y nuestro odio o termine acallando las voces legítimas. En otras palabras, debemos evitar que el terror eche por tierra todos los progresos que hemos alcanzado en el avance de la democracia, la libertad de expresión y los derechos humanos en todo el mundo"[251].

El objetivo final del terrorismo es hacernos reaccionar de manera excesiva, los terroristas quieren crear miedo y generar un impacto emocional, lo que, a su vez, lleva a los ciudadanos a reclamar la adopción de medidas autoritarias o restrictivas de sus derechos y conduce a culpabilizar del atentado colectivamente a una comunidad específica. Por eso, en el manual que vengo citando, se dice que "cuando se realiza la cobertura periodística el tono es crucial para evitar que la población pierda su calma y que el temor separe a la sociedad (...) Los medios de comunicación deben recordar que, si bien el terrorismo es el único en su capacidad de conmocionar y atemorizar, el nivel actual de riesgo para un ciudadano es relativamente pequeño, especialmente comparado con otros incontables factores que, tal vez, no posean el mismo impacto emocional"[252].

El terrorismo sabe que causa eso, terror, y este siempre es noticia. Se decía que la información aparenta calmar ese miedo y, por tanto, el conocimiento de lo que sucede debería crear una vía de escape para esa incertidumbre. Pero se da la paradoja de que la información proporcionada por los medios muchas veces no despeja las dudas, y no elimina ese miedo, sino que lo potencia[253].

---

251 Ibidem p. 5.

252 Ibidem, p. 42.

253 VERES, Luis (2004): "Prensa, poder y terrorismo", *@mnis. Revue de Civilisation Contemporaine de l'Université de Bretagne Occidentale*, p. 4. En el mismo sentido, KORSTANJE, Maximiliano (2017): "Los medios masivos de comunicación y el terrorismo: entre la verdad y el miedo", *Estudios sobre el mensaje periodístico*, nº 23 (1), pp. 61-77.

Cuando se informa sobre terrorismo, al igual que cuando lo hacen los gobiernos, es muy importante también el uso de las palabras. Por ejemplo, no es lo mismo hablar de "guerra" contra el yihadismo que de "lucha" o "desafío". La palabra "guerra" fue utilizada tendenciosamente por EEUU para justificar las medidas extraordinarias que toda guerra permitiría (algo que fue desaconsejado posteriormente por el Presidente Barack Obama en 2009). Por otro lado, además, el término glorifica a los terroristas al convertirlos en soldados luchando por una causa. Que los medios utilicen unas palabras u otras también tiene consecuencias sobre la percepción que se tiene del fenómeno y sus protagonistas. Lo mismo sucede con el uso de expresiones como "terrorismo islámico", que puede acarrear rechazo para las comunidades musulmanas, creando menos riesgos de que ello suceda si se emplea la expresión "terrorismo yihadista"o "terrorismo global", por ejemplo.

Por último, en el citado manual, se insiste asimismo en la necesidad de brindar información clara, precisa y responsable, en la importancia de conocer las cuestiones sobre las que se informa, en respetar escrupulosamente la verdad, en tener en cuenta qué impacto provoca la información sobre la dignidad y la seguridad, en no olvidar el marco de los derechos humanos, en adoptar una visión plural, equilibrada e inclusiva de la información, en el respeto a las víctimas, y subraya que explicar, contextualizando los hechos y dando cobertura al derecho a informar y a ser informado, no significa "justificar".

7.3. EL SECRETO DE ESTADO COMO LÍMITE AL DERECHO A SER INFORMADO SOBRE ASUNTOS DE SEGURIDAD

7.3.1. El sentido del secreto de Estado

A pesar de que el derecho a ser informado sobre asuntos generales, como contenido del art. 20.1.d) CE, es un elemento sustancial a la democracia, no ha sido concebido como un derecho de carácter prestacional. Se dirige fundamentalmente a evitar la injerencia en el libre flujo de la

información[254]. Y no es un derecho ilimitado, ni incluye un derecho ilimitado de búsqueda y obtención de la información, solo cubre el derecho a recibir información sobre aquello que es de "interés público", y aún así, no siempre. Porque, la Constitución no impone la publicidad absoluta de toda actuación de los poderes públicos, —incluso en aspectos tan principales como el derecho a un proceso judicial público podemos encontrar excepciones a dicha publicidad—. Y si esta cuestión la referimos al tema que nos ocupa (la seguridad y defensa del Estado) encontraremos la primera gran excepción: la exclusión de las materias referidas a la inteligencia (las materias declaradas reservadas o secretas) del derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos y, por lo tanto, del debate público (art. 105.b CE)[255].

En esa misma línea, el art. 14 de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, indica que el derecho de acceso a la información podrá ser limitado cuando ello suponga un perjuicio, entre otras cosas, para la seguridad nacional o la defensa[256].

Si algo ha caracterizado a la labor de inteligencia es el carácter secreto de la misma. Es cierto que desde tiempos inmemoriales los Estados han procurado recabar información, dentro del propio ámbito territorial y fuera de él, para analizarla y utilizarla de la forma más conveniente para la defensa o protección de los intereses nacionales de cualquier naturaleza. Y esto se ha realizado bajo el manto del principio del secreto, exento a todo conocimiento público y con escaso o nulo control judicial. Ya en uno

---

254 Entre otras, SSTC 105/1990, de 6 de junio; 172/1990, de 5 de noviembre; 240/1992, de 21 de diciembre.

255 Igualmente, el art. 5 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, indica que toda la documentación y actividades que se realizan en el marco de sus funciones constituyen información clasificada, con el grado de secreto.

256 En este mismo sentido, el art. 3 de la Convención del Consejo de Europa sobre Acceso a los documentos públicos, de 18 de abril de 2009, dispone que: "Cada parte puede limitar el derecho de acceso a los documentos públicos. Los límites deberán estar previstos por una ley, ser necesarios en una sociedad democrática y tener como objetivo la protección de: a) la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales; b) la seguridad pública; c) la prevención la investigación y el procesamiento de actividades criminales…"

de los escritos más antiguos que existen sobre estrategia en momentos de confrontación —*El arte de la guerra*, de Sun Tzu[257], que data del siglo V a.C.—, se aleccionaba sobre lo esencial que es el espionaje para conocer la situación del enemigo y sacar ventaja de ello en el enfrentamiento. Pero, recordando al mismo tiempo que "no hay asunto más secreto que el espionaje" (Cap. 13).

En los Estados democráticos contemporáneos los denominados "servicios de inteligencia" han trabajado siempre en la obtención de información para analizarla, transformarla en conocimiento y ponerla a disposición de aquéllos que han de adoptar decisiones políticas, económicas, militares, etc. y para actuar frente a posibles futuras amenazas[258]. Porque, como indicaba De Vergottini, la lucha contra las mismas "debe consistir no solamente en el *afrontamiento* de los eventos en el momento en que se producen, sino, sobre todo, en su *prevención*"[259]. El propio Tribunal de Estrasburgo reconocía que:

> "el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática basada en el Estado de Derecho puede requerir la existencia de organismos como el BVD (servicio de seguridad interior holandés), los cuales deben trabajar en secreto y tener garantizada la máxima protección, para poder cumplir eficazmente sus misiones. Es así como el Estado puede defenderse de las actividades de individuos y grupos, cuyo objetivo no es otro que la destrucción de los valores básicos de la sociedad democrática[260]."

Todo este tipo de actuaciones de los servicios de inteligencia se hallan salvaguardas por la regla del secreto, porque, de conocerse, o si esa inteligencia se hiciera pública, casi la totalidad de sus armas de prevención quedarían inutilizadas y muchos intereses, incluso vidas, correrían serio riesgo. Como indicaban Esteban y Carvalho, "en general, impera la convicción de que el secreto es un elemento indisociable de la naturaleza de la inteligencia, tan esencial como la trasformación de la información en conocimiento útil y aplicado o la investi-

---

257 TZU, Sun (2008): *El arte de la Guerra* (versión de Thomas Cleary), Madrid, EDAF S.L., 35ª edición, pp. 121 y ss.

258 Sobre los servicios de inteligencia en sus múltiples facetas puede consultarse el excelente trabajo: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.) (2012): *Inteligencia*, Valencia, Tirant lo Blanch.

259 DE VERGOTTINI, Giuseppe (2004): "La difícil convivencia…", *op cit*, p. 15.

260 *Verreniging Weekblad Bluf! c. Holanda*, 9 febrero 1995 (parr. 35).

gación de las amenazas"[261]. El secreto es una forma de asegurar que determinadas fuentes, misiones, hechos, identidades, etc. no sean conocidos por quienes podrían valerse de esa información para actuar contra los intereses del país. La publicidad del objeto y de los métodos de investigación de los servicios secretos podría convertir en papel mojado su trabajo y ofrecer a terceros una información útil para atentar contra la seguridad nacional. Por lo tanto, si realmente está en juego esta, la existencia de esos programas de vigilancia y recopilación de datos, de control de grupos o individuos, o los detalles acerca de los mismos y las actividades que llevan a cabo los servicios de inteligencia debieran quedar sustraídos del público conocimiento.

En España, la Ley de Secretos Oficiales (Ley 9/1968)[262] establece que pueden ser declaradas "materias clasificadas"[263]: "los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por persona no autorizada pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado". Y añade que dichas materias no podrán ser comunicadas, difundidas, ni publicadas, ni utilizado su contenido fuera de los límites establecidos por la ley (arts. 2 y 13). Sí podrán, sin embargo, tener conocimiento de las materias "clasificadas" el Congreso de los Diputados y el Senado, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas, así como los órganos y las personas debidamente facultadas para

---

261 ESTEBAN NAVARRO, M. A. y CARVALHO, A. V. (2012): "Inteligencia: concepto y práctica", en González Cussac, J. L. (Coord.): *Inteligencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 43.

262 La normativa vigente en materia de secretos oficiales es el resultado de la ligera modificación de una ley preconstitucional (Ley 9/1968, de 5 de abril, desarrollada por Decreto 242/1969, de 20 de febrero, modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre). Esta normativa ha sido objeto de numerosas críticas por su absoluta generalidad e imprecisión: no se regula la duración del secreto, la determinación del objeto es ambigua y no se determina exactamente a quién se le permite conocer de esa materia ni a través de que procedimiento. ÁLVAREZ CONDE, Enrique (1997): "El temor del Príncipe o el temor al Príncipe. Secretos de Estado y Constitución", *Anuario Jurídico de La Rioja*, nº 3, pp. 349-364.
Un valioso comentario a la Ley de Secretos Oficiales puede verse en COUSIDO GONZÁLEZ, Pilar (1995): *Comentario a la Ley de Secretos Oficiales y su reglamento*, Barcelona, Bosch.

263 Ese "secreto" puede tener grados distintos y estar justificado su mantenimiento con carácter temporal (y decidirse su desclasificación) o con carácter indefinido. Grados de clasificación: secreto (S), reservado (R), confidencial (C), de difusión limitada (DL).

ello, con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen (arts. 8.a y 10.2)[264].

El Tribunal Supremo español ya abordó la cuestión de la justificación del secreto de Estado en el caso conocido como "los papeles del CESID"[265].

> El Alto Tribunal consideró la constitucionalidad de la declaración de secreto de un conjunto de información, estudios, medidas, o acciones dirigidas a que el Estado hiciera frente a una actividad terrorista. La información en cuestión estaba relacionada con la seguridad y la defensa del Estado, y ello justificaba su secreto. Pero, en el proceso se planteó también qué sucedía ante una colisión con otros intereses como el derecho a acceder a dicha información secreta para utilizarla como prueba en un proceso judicial. El Tribunal ponderó los beneficios del mantenimiento del secreto para la seguridad del Estado, con los derivados de la desclasificación de los mismos para la garantía de la defensa en el proceso y entendió que éstos últimos debían prevalecer, por lo que ordenó la desclasificación de aquella parte de los documentos que habían sido requeridos por el juez del proceso penal abierto. Aunque la decisión del tribunal no satisfizo a todos[266], se puso de manifiesto la necesidad

---

264 Sobre el carácter secreto de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia véase art. 5 de la Ley 11/2002, que regula el Centro Nacional de Inteligencia. Y sobre el control de éste, la Ley 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

265 SSTS de 4 de abril de 1997 (Rec. 726/1996; Rec. 602/1996 y Rec. 634/1996) En dichas sentencias se recogen los criterios jurídicos que el Consejo de Ministros tuvo en cuenta, atendiendo a un informe jurídico previo de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa y dictamen del Consejo de Estado, para denegar la desclasificación, y que son, sintéticamente, y en lo que ahora interesa, los siguientes:
a) Los documentos en cuestión afectan a la seguridad del Estado, que es la de todos los españoles.
b) La desclasificación implicaría un inadmisible deterioro del crédito de España en sus relaciones exteriores y, en particular, del intercambio de inteligencia o información clasificada con nuestros aliados y amigos.
c) La desclasificación pondría en peligro la eficacia, las fuentes de información, los medios y los procedimientos operativos del CESID, así como la integridad física y hasta la vida de quienes son o fueron agentes operativos del mismo, o de sus familiares o allegados.
Y d) La desclasificación se pide en el contexto de una investigación sumarial, por lo que, en caso de accederse a ella, no podría evitarse la divulgación fuera de la investigación criminal, al incorporarse los documentos a un proceso penal en el que rigen los principios de contradicción y publicidad.

266 Se ha defendido que debiera ser el legislador y no los tribunales quienes establecieran esas pautas. SÁNCHEZ FERRO, Susana (2006): *El secreto de Estado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 462.

> de establecer pautas que regulen debidamente las colisiones que pueden producirse entre la necesidad de mantener una materia como reservada para salvaguardar la seguridad nacional y el respeto a los derechos fundamentales. Y se afirmó que la constitucionalidad de la posible existencia de secretos de Estado no implica automáticamente que el régimen jurídico concreto de regulación de los mismos y el uso concreto del secreto de Estado deba quedar exento de control. En síntesis, por primera vez se dispuso que, frente a derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, no puede prevalecer ninguna "razón de Estado" y que las materias clasificas no pueden considerarse como una zona de inmunidad jurisdiccional.

Esta realidad es común en muchos países de nuestro entorno democrático. El recurso al secreto de Estado para impedir el acceso del público a determinadas informaciones es algo generalizado. Especialmente desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, el secreto y la seguridad nacional se han convertido en un argumento recurrente para reforzar los impedimentos en el acceso a la información sobre las pesquisas seguidas en la lucha antiterrorista. Estas limitaciones se han producido en general en todo Occidente, pero posiblemente su intensidad ha sido mayor en EE.UU., que venía haciendo de la seguridad nacional un pretexto desde el fin de la Segunda Guerra Mundial para ocultar aquellas actuaciones gubernamentales que querían sustraer del conocimiento público[267].

Como han traído a colación González Cussac y otros[268], en algunas ocasiones el Tribunal Supremo norteamericano ha reconocido la capacidad del Gobierno de utilizar el privilegio del secreto de Estado para negarse a descubrir cierta información que podría afectar de manera adversa a la seguridad nacional en caso de divulgación de la misma.

> Dos casos controvertidos fueron el de *Center for National Security Studies v. US Department of Justice* (2004), en el que la Corte Suprema apoyó la decisión gubernamental de no revelar los nombres, lugares, horas de detención, o abogados de detenidos en las horas y días posteriores al 11S, y el caso *North Jersey Media Group and Detroit Free Press*

---

267 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (1995): *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Barcelona, Ariel, p. 30.

268 GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; LARRIBA HINOJAR, Beatriz y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (2012): "Servicios de inteligencia y Estado de Derecho", en González Cussac (Coord.): *Inteligencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 296.

v. Ashcroft (2003) donde también avaló la negación del gobierno a revelar a los medios información sobre las medidas adoptadas inmediatamente tras los atentados.

Igualmente cabe citar la decisión del Tribunal Constitucional alemán en un supuesto de petición de acceso a información secreta por parte ciertos grupos parlamentarios. Éstos habían solicitado información sobre la supuesta colaboración producida entre los servicios de inteligencia alemanes y la CIA en materia de lucha contra el terrorismo tras el 11-S, pero el Gobierno se negó a conceder el acceso a parte de los documentos. El Tribunal Constitucional entendió que cierta información nuclear constituía competencia exclusiva del Gobierno y podía quedar exenta del conocimiento del Parlamento o de terceros[269].

En Italia la Corte Constitucional también ha avalado el privilegio del secreto de los servicios de inteligencia en casos similares[270].

Mayor controversia se produjo en Reino Unido en relación a las pruebas declaradas secretas que habían conducido a la detención de presuntos terroristas. Se estableció la prohibición de sus abogados de difundirlas e incluso de contactar con los propios detenidos tras acceder a los documentos secretos para evitar que pudieran transmitirles dicha información reservada[271].

En todo caso, ya puede intuir el lector que las previsiones legales sobre la potestad de clasificar una materia o una información como secreta son tan poco precisas que brindan a los Gobiernos amplísimas facultades de decisión sobre la exclusión de las mismas del general conocimiento.

---

269 BVerfg, 2 BvE 3/07, 17 de Junio de 2009, VASHAKMADZE, Mindia (2013). "Secrecy vs. Openness: counter-terrorism and the role of the German Federal Constitutional Court", en David Cole, Federico Fabbrini y Arianna Vedaschi (eds.), *Secrecy, national security and the vindication of Constitutional Law*, Cheltenham, Edwuard Elgar Publishing Limited, pp. 46-47.

270 VEDASCHI, Arianna (2013): "Arcana imperii and salus rei publicae: state secrets privilege and the Italian legal framework", en *Secrecy, national security…*, *op. cit.*, pp. 95-111.

271 ROACH, Kent (2013). "Managing secrecy and its migration in a post 9/11 world", en *Secrecy, national security…*, *op. cit.*, pp. 119-120.

7.3.2. La dificultad de definir qué puede afectar a la seguridad y defensa del Estado

La principal dificultad se encuentra en definir qué puede afectar a la seguridad y defensa del Estado y, en consecuencia, en ponderar cuándo el conocimiento público de determinadas actuaciones puede poner en riesgo dicha seguridad.

Como decía anteriormente, con los mimbres que ofrece la ley, es fácil para un gobierno encontrar elementos que justifiquen que determinadas actuaciones o cierta información puede poner en riesgo la seguridad nacional o que puede conducir a la revelación de información cedida por otros Estados o que se ha obtenido en cooperación con servicios de inteligencia extranjeros. Y, por lo tanto, puede hacer caer el peso de la balanza a favor de la seguridad y en perjuicio de una sociedad (una opinión pública) lo más informada posible. El hecho es que quien decide es el propio Gobierno y la discrecionalidad que le otorga la ley puede autorizarle a retener aquella información cuyo conocimiento pueda entender (desde su propio punto de mira) que pone en peligro la seguridad del Estado, permitiéndole actuar sin control alguno por parte de la ciudadanía y con escaso control judicial y democrático.

En este escenario de desinformación y falta de control que la seguridad del Estado a veces impone, lo que se guarda en democracia es la confianza de que se perciba una cierta "transparencia", en el sentido de que se genere la convicción de que la clasificación de determinadas materias como secretas se adopta respetando el marco del Estado de Derecho. Para ello, cuantos más parámetros o directrices incluya la ley en la potestad gubernamental de clasificación de la información, —tarea aún pendiente—, más garantías tendremos los ciudadanos de que la decisión del Gobierno de impedir el acceso del público a la misma responde a un interés público mayor y no se usa en provecho propio. Y más fácil será ejercer un control jurisdiccional sobre tales decisiones.

Por otro lado, no debemos olvidar que el secreto es una excepción constitucional. Como recordaba De Lucas, "lo que constituye el secreto es la

derogación del principio general de conocimiento"[272]. Por lo tanto, el recurso al mismo ha de producirse solo si es necesario e inevitable. En el mismo sentido defiende Revenga que "el secreto de Estado sólo es tolerable cuando se presenta en términos rigurosamente excepcionales y vinculados a la defensa de un manifiesto interés público"[273]. Así pues, solo debería caber el secreto cuando una materia así lo requiera, o cuando el conocimiento de determinadas actuaciones haga que las actuaciones de la administración pierdan eficacia[274], o cuando algún otro supuesto legal habilitante así lo permita porque haya intereses constitucionalmente amparables que salvaguardar. Eso implica, a su vez, que no se pueden permitir interpretaciones o aplicaciones extensivas en su uso. Y, como apuntaba Sánchez Ferro, refiriéndose al secreto administrativo, "el poder político está obligado a justificar el uso dado al secreto de Estado en tanto que excepción al principio de publicidad y al derecho de acceso a los archivos y registros administrativos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico"[275].

7.3.3. Una apuesta por una mayor transparencia también en cuestiones de seguridad

Donde hay secreto falta el control, y sin controles no hay garantías para la efectividad de los límites que también tiene un gobierno para hacer uso del secreto.

Por ello, pese a que sean amparables en nuestro ordenamiento el secreto y la discrecionalidad que acompañan a la actividad de inteligencia y política de defensa, nuevas voces han empezado a oírse apelando al principio de transparencia, interdicción de la arbitrariedad, prohibición de abuso

---

272 DE LUCAS, Javier (1990): "Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VII, p. 24.

273 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (1998): "Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 53, p. 60.

274 Indicaba Sánchez que en muchas ocasiones no es la materia el factor determinante para establecer el secreto, sino la protección del principio de eficacia de la actuación de la administración que viene reconocido en el art. 103 de la Constitución, SÁNCHEZ FERRO, Susana (2006): *El secreto de Estado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 13.

275 Ibidem, p. 156.

de poder y respeto a los derechos individuales[276]. Como recordaban Cole, Fabbrini y Vedaschi, el secreto se hace necesario para la gobernanza, especialmente en materia de seguridad nacional, pero, al mismo tiempo, la democracia representativa y el Estado de derecho exigen transparencia y responsabilidad, y el secreto ataca el núcleo de ambos valores[277].

Parece que, al menos en la intención, los poderes públicos empiezan a ser conscientes de esa necesidad, de una transparencia mayor en materia de seguridad y terrorismo. Ello puede observarse en el nuevo plan de estrategia nacional contra el terrorismo de 2019 que literalmente dice:

> "Esta es la primera Estrategia contra el Terrorismo que tiene un carácter eminentemente *público*, rompiendo una tradición enraizada en la singular historia de la lucha contra el terrorismo en nuestro país. Los cambios estratégicos producidos se unen al progreso social en el ámbito de la *transparencia de las actividades públicas*, así como a la demanda creciente de *rendición de cuentas por parte de la ciudadanía*. En los países de nuestro entorno se ha consolidado la caracterización pública de las estrategias de seguridad, y así sucede igualmente con la Estrategia de Seguridad Nacional".

Para el legislador, el carácter público de la Estrategia facilita su conocimiento y divulgación, contribuyendo así a la implicación de todos aquellos sectores sociales e institucionales que de una u otra forma participan en la puesta en práctica de las líneas de acción que abarca la Estrategia. Y añade que "una ciudadanía mejor informada de las amenazas es una pieza clave para el fomento de la resiliencia ante las consecuencias de eventuales atentados terroristas".

---

276 KEMPEN, Piet Hein van (2013): "Four concepts of Security-A Human Rights Perspective", *Human Rights Law Review*, nº 1, pp. 15-16; GUERRERO GUTIÉRREZ, Eduardo (2010): "Transparencia y seguridad nacional", *Cuadernos de Transparencia*, nº 18, Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de datos, pp. 9-54. SÁNCHEZ FERRO, Susana (2009): "Libertades informativas y poder ejecutivo: secretos oficiales", en Torres del Moral (Dir.), *Libertades informativas*, Madrid, Ed. Constitución y Leyes Colex, p. 1033. En el mismo sentido, FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2013): "Somos transparentes, son opacos", *Al Revés y al Derecho*, 2 de septiembre de 2013, versión digital: http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=1582

277 COLE, David Cole; FABBRINI, Federico y VEDASCHI, Arianna (eds.) (2013): "Introduction", en *Secrecy, national security and the vindication of Constitutional Law*, Cheltenham, Edwuard Elgar Publishing Limited, p. 1.

La dificultad estriba, por supuesto, en transformar esa palabras en hechos, pero ya es saludable que haya una intención de los poderes públicos de caminar en un loable sentido.

7.3.4. Cuando lo secreto se hace público

Posiblemente no seamos conscientes de la cantidad ingente de datos que manejan las fuerzas de seguridad sobre los ciudadanos: datos documentales, imágenes, grabaciones sonoras, transacciones bancarias, datos de comunicaciones realizadas, de contratos suscritos, de si se ha detenido ilegalmente a un sospechoso de terrorismo, de si se está sometiendo a vigilancia a ciudadanos que frecuentan determinadas mezquitas, o de mil y una actuaciones más. En la mayor parte de las ocasiones o no sabemos de su existencia, o solo nos lo imaginamos, o no podemos conocerlo porque todo ello se realiza en el marco del secreto de Estado. Lo que es palpable es que existe un déficit de información sobre todo ello. Por supuesto, muchas veces, justificado.

Pero, cuando la información que recaban los servicios de inteligencia no necesita seguir manteniéndose como reservada, porque su conocimiento ya no puede poner en peligro la seguridad nacional, o, simplemente, cuando ese secreto es desvelado por quien no debía hacerlo —como ha sucedido en varias ocasiones, siendo la más sonada la del caso Snowden—[278], lo que antes estaba fuera del alcance del público pasa a ser de general conocimiento. Es cuando la sociedad recobra los elementos necesarios para seguir ejerciendo su derecho a participar. Es cuando la opinión pública empieza a exigir su derecho a ser informado y a ejercer el poder de control. Es cuando en democracia los ciudadanos se convierten en participantes activos[279].

No sólo queremos saber, por ejemplo, si nos espían o no, queremos que los poderes públicos nos informen también de qué otras medidas se están

---

278 Sobre la dificultad de mantener en secreto muchas de las actividades y sus resultados llevadas a cabo por los servicios de inteligencia puede verse: FENSTER, Mark (2014): "The implausibility of Secrecy", *Hastings Law Journal*, nº 65, pp. 309-369.

279 En este sentido, la Convención del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos, de 18 de abril de 2009, indica en sus considerandos que la transparencia de las autoridades públicas "fomenta la integridad, la eficacia, la eficiencia y la responsabilidad de autoridades públicas, ayudando así a que se afirme su legitimidad".

adoptando para prevenir nuevos ataques terroristas o para perseguir a sus perpetradores.

En este sentido, recordemos las palabras que se recogen en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno:

> "La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que *los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos*".

En definitiva, se trata de una cuestión que interesa a la ciudadanía. Esperamos que nuestros gobernantes informen de todo aquello que nos interesa como ciudadanos, en la medida que ello sea posible. Y que cuando no sea así, se adopten los medios para conseguir un equilibrio entre la garantía de la seguridad y, al tiempo, la salvaguarda de unos estándares básicos de respeto de nuestros derechos. Por esa razón, cuando comprobamos que ello no ha sido así, se produce una lógica pérdida de confianza en los poderes públicos.

No olvidemos que la crítica sobre los asuntos públicos, el debate libre y la contraposición de ideas representan por sí mismos valores fundamentales para la democracia.

7.3.5. El deber de reserva en la difusión de información por razón de seguridad

Hemos estado defendiendo la difusión de la información en materia de contraterrorismo y de seguridad siempre que ello no cause un daño justificado a esta última. Igualmente, se han tratado de subrayar aquellos parámetros que podrían ayudar a determinar cuándo cierta información puede ser difundida y cuándo no por razones de secreto, que, a su vez, lo son por razón de seguridad. En este orden de cosas, cabría apuntar otro supuesto en el que la prohibición de difundir libremente determinada información por razones de seguridad estaría justificada, esto es, cuando existe un deber de reserva (que a su vez lo es por las razones arriba esgrimidas). Me refiero especialmente a aquellos ciudadanos que han trabajado para los servicios

de inteligencia o seguridad o cualquier otro servicio del Estado, motivo por el cual hayan tenido la ocasión de conocer información relacionada con seguridad, inteligencia y/o medidas antiterroristas. Para ellos pesa el deber de reserva que recae sobre todo funcionario y, por lo tanto, la obligación de guardar secreto. Obligación que se acrecienta cuando las materias sobre las que ha conocido tienen el carácter de reservadas o secretas.

Un caso conocido del pasado, en este sentido, fue el de Peter Wright. Este ciudadano británico estuvo trabajando durante años para el Servicio secreto de su país el MI-5, sujeto a un compromiso vitalicio de sigilo. Tras su retiro del servicio emigró a Australia donde comenzó a conceder entrevistas y publicar sobre sus experiencias como espía al servicio de la Corona. El gobierno británico reaccionó iniciando una acción civil contra el por abuso de confianza (*breach of conficence*), reclamando cuantos beneficios pudieran derivarse de la venta de uno de sus publicaciones (el libro *Spycatcher*). Se obtuvo una prohibición judicial temporal de publicación del libro, no obstante, algunos fragmentos salieron a la luz en la prensa, lo que conllevó la apertura de nuevos procesos judiciales por desacato y se prohibió la difusión de noticias sobre el libro. El libro fue finalmente publicado en EEUU y en otros países. Se fueron concatenando juicios hasta que finalmente la Cámara de lo Lores en 1988 acabó desestimando las pretensiones del gobierno, aunque impidiendo las ganancias por ventas del libro en el Reino Unido[280].

El caso acabo finalmente ante el Tribunal de Estrasburgo, quien en 1991 se decantó a favor de la libertad de prensa de los dos periódicos a los que se les había prohibido la publicación de información sobre el libro[281]. Es cierto que gran parte de los contenidos del libro ya habían sido revelados en una serie de monografías sobre el Servicio de Seguridad Británico por Chapman Pincher y se habían ido emitiendo varios trabajos sobre programas secretos de este Servicio. El Tribunal entendió que la prohibición temporal de publicación de noticias sobre el libro *Spycatcher* vulneró el art. 10 del Convenio. "Con mayor motivo, cuando se trata de la prensa: la información es un bien perecedero, y retardar su publicación, aunque

---

280 Un resumen sobre los hechos puede consultarse en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (2002): *Seguridad Nacional y Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 145 y ss.

281 TEDH *Asunto The Observer and Guardian v. United Kingdom*, 29 octubre 1991.

sea por poco tiempo, puede quitarle todo el valor y el interés" (parr. 60). El Tribunal ni siquiera se avino a decir que cabía una censura previa del manuscrito antes de su publicación. Por aquel entonces no se sabía lo que el libro podría narrar, pero era razonable pensar que existía un cierto riesgo de que el mismo incluyera información cuya publicación resultara dañina para el Servicio. Sin embargo, el Tribunal consideró que las cuestiones de las que hablaba el libro ya eran de público conocimiento y había perdido sentido hablar de su secreto. Según indicó, los secretos de Estado, una vez convertidos en secretos abiertos (desde que se habla de ellos parece que dejan de ser realmente secretos), difícilmente podían justificar barreras legítimas a la expresión.

En todo caso, es comprensible una mayor limitación al deber de cautela o sigilo, deber que debiera acompañar el comportamiento de aquellos que trabajan en o conocen de materias calificadas de secretas y trabajan en la lucha antiterrorista.

Mantener la debida cautela para que los datos y hechos sobre los que se operan los servicios de inteligencia no salgan a la luz es importante para los titulares de los datos y para la propia institución. Como se ha advertido, su conocimiento podría desvelar sus fuentes, modos de proceder o de encriptar, o simplemente desvelar cualquier aspecto de su forma de trabajar. Precisamente por ello se mantienen secretos. Y por el riesgo que su conocimiento puede producir para la seguridad del Estado, la revelación de secretos está perseguida penalmente en casi cualquier país.

El propio Reino Unido, a raíz de este caso, se apresuró a aprobar una nueva ley de Secretos Oficiales en 1989 que impuso un deber de reserva vitalicio de los empleados de los servicios secretos y se modificó el delito de revelación de informaciones dañinas[282].

El mismo TEDH ha conocido de casos posteriores al asunto *Spychatcher* y ha considerado en ellos que la sanción por revelación de secretos a quien debiera mantenerlos a buen recaudo no constituye vulneración del art. 10 del Convenio (*asunto Hadjianastassiou c. Grecia*, 23 noviembre 1992).

---

282 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (2002): *Seguridad Nacional y Derechos Humanos op. cit.*, pp. 152-3.

Por último, hay que indicar que la cautela debe ir acompañada de medidas de seguridad que impidan que un descuido o error de quien manipula la información o los datos (o la voluntad mal intencionada de terceros) pueda romper con ese secreto. La preocupación por la seguridad de las bases de datos sobre información clasificada ha estado presente en la UE desde hace años, en cuyo marco se han ido adoptando normas de seguridad para la protección de la información clasificada[283]. Igualmente, conscientes de la evolución de la sociedad y las tecnologías de la información, se aprobó en España, por Orden Ministerial 76/2006, de 19 de mayo, la política de seguridad de la información del Ministerio de Defensa, mejorando con ello las escasas previsiones anteriores que existían en cuestión de seguridad de la información[284]. Y en 2010 con el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, se entró a regular el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración electrónica, con el fin de genera confianza sobre los medios electrónicos en la relación entre el ciudadano y la Administración Pública. En todo caso, la tecnología mantiene un imparable progreso que exige, a su vez, de una respuesta en materia de seguridad de datos que siga idéntico ritmo.

7.4. OBSTÁCULOS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE INFORMACIÓN

7.4.1. El acceso a la información sobre seguridad nacional por los medios

Indudablemente, en ese proceso de información de la opinión pública, los medios de comunicación juegan un rol fundamental. Recordemos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado reiteradamente la imagen de la prensa como "perro guardián" (*watch*

---

283 Decisión del Consejo 2001/264/EC, sobre las normas de seguridad del Consejo. Estas normas fueron modificadas en 2011, Decisión del Consejo 2011/292/UE, de 31 de marzo de 2011, sobre las normas de seguridad para la protección de la información clasificada de la UE.

284 Entre otras, las que se contemplaban en el Decreto 242/1969, de desarrollo de la Ley de Secretos oficiales; Orden Ministerial 12/1982, de 21 de octubre, del manual de seguridad industrial de las Fuerzas Armadas; Ley 15/1999, de protección de datos,…

dog)[285]. La libertad de prensa constituye una libertad instrumental del propio derecho de los ciudadanos a ser informados en un estado democrático. Son esos medios los que actúan como correa de trasmisión de hechos noticiables y a través de ellos alcanzamos a saber en la mayor parte de las ocasiones lo que de otra manera escaparía a nuestros ojos. La satisfacción del interés informativo de los ciudadanos en cuestiones de seguridad pende casi por entero de la actividad de las fuentes de información: de los resultados alcanzados por los medios de comunicación tras sus pesquisas y de lo poco que quiera contar el gobierno. Por ello, es importante, por un lado, favorecer su acceso a la información y, por otro lado, salvaguardar su derecho a mantener el secreto sobre sus fuentes informativas.

Los medios de comunicación, por cumplir con una función social de gran valor en el seno de una sociedad democrática, deben ser amparados y protegidos por el derecho de la forma especial que exige el interés colectivo que implica su misión. Pero, en materias relacionadas con la seguridad del Estado, no parece que la facilitación de información a dichos medios para que éstos puedan transmitirla tenga una cabida muy amplia, incluso puede suceder todo lo contrario.

Desde luego, como recuerda Quill[286], es difícil para los profesionales de la noticia indagar e informar sobre lo que se supone que no se puede saber. Aquí se ha señalado que, en un Estado democrático los poderes públicos debieran colaborar y propiciar el flujo de información para promover una opinión pública lo más informada posible. Pero, no nos engañemos, ¿cómo vamos a esperar esa colaboración si precisamente esos poderes públicos son los primeros interesados en seguir manteniendo el secreto sobre muchas de esas actividades? Como mucho, y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos, lo que les queda a los profesionales de la información es el derecho a reclamar que no se impongan trabas artificiales a la libertad informativa y no se inmiscuyan en el proceso de búsqueda y trasmisión de la información, si no existe una necesidad social imperiosa para hacerlo.

---

285 Por todos, asuntos Üper and others v. Turkey, de 20 de octubre de 2009; *Turgay and Others v. Turkey*, de 15 de junio de 2010; *Aslan and Sezen v. Turkey*, de 17 junio de 2014.

286 Sobre ello véase, QUILL, Lawrence (2014): *Secrets and Democracy. From Arcana Imperii to Wikileaks*, New York, Palgrave Macmillan, p. 8.

A este respecto resulta ilustrativo el caso *Youth Initiativa for Human Rights c. Serbia*, que resolvió el Tribunal Europeo de derechos Humanos en su sentencia de 25 de junio de 2013. Una ONG, conocedora de que su Gobierno estaba llevando a cabo controles electrónicos de los ciudadanos, se dirigió a la Agencia de inteligencia solicitando información sobre cuánta gente había estado vigilada de este modo durante el año 2005. Dicha información le fue denegada y recurrieron al *Information Commisioner* (órgano interno encargado de asegurar la correcta aplicación de la Ley de información serbia) que les reconoció tal derecho, pero entonces la Agencia de inteligencia comunicó que ya no disponía de los datos que le solicitaban. La Corte de Estrasburgo emitió una loable sentencia reconociendo que la negativa de los servicios secretos a facilitar la información requerida vulneraba el derecho a recibir información y a difundirla posteriormente (art. 10 del Convenio), pues era obvio que el interés de la ONG en dicha información residía en la voluntad de difundirla y contribuir con ello al debate público.

7.4.2. La vigilancia de periodistas y la búsqueda de sus fuentes de información

Con los programas de espionaje masivo de datos la misma libertad de prensa y, por ende, la formación de una opinión pública libre también puede quedar dañada del modo que ahora explicaremos. Si lo que los programas de espionaje tratan de detectar es precisamente las comunicaciones que se mantienen con presuntos terroristas o países que han dado cobijo al terrorismo internacional (ej. Al-Qaeda), ese control va a terminar recayendo inevitablemente sobre las llamadas/correos de periodistas que cubren la información acerca de los países islámicos, o sobre el terrorismo, o tal vez, en su día, sobre las primaveras árabes o acerca de cualesquiera otras cuestiones conexas. Precisamente la vigilancia prospectiva conduce (consciente o inconscientemente) al escrutinio de los servicios de inteligencia sobre muchas de las comunicaciones que estos periodistas mantienen en esos ámbitos temáticos y sobre sus fuentes de información. Los profesionales que trabajan para esos medios de comunicación pueden acabar siendo deliberadamente espiados. Sin duda, ello supone una intromisión en el ejercicio de la libertad informativa, genera miedos en aquéllos que se saben posiblemente vigilados y con ello se ponen trabas a un flujo informativo que debiera ser libre.

En Europa se han dado casos de vigilancia electrónica y de comunicaciones de carácter prospectivo por parte de los servicios secretos sobre periodistas que trabajaban en materias que son competencia de los servicios de inteligencia. En un inicio, el TEDH no reconoció que tales vigilancias

fueran contrarias al Convenio Europeo de derechos Humanos por existir suficiente cobertura legal para tal tipo de actuaciones y por responder a un interés legítimo.

> Así sucedió en el asunto *Weber y Saravia c. Alemania*, de 26 de junio de 2006, donde una periodista alemana que investigaba cuestiones que estaban sujetas a la supervisión del Servicio Federal de Inteligencia, y que viajaba para ello a diferentes países de Europa, Sudamérica, y América Central, consideró que podía ser interceptada deliberadamente en sus comunicaciones en cualquiera de estos lugares tras la introducción por el Gobierno de un sistema de control prospectivo (*strategic monitoring*). Con este sistema, siguiendo determinadas palabras clave, se rastreaban las comunicaciones y los datos personales de cualquier ciudadano, estuvieran en Alemania o en el extranjero, todo ello con el fin de obtener información para prevenir ataques terroristas u otros riesgos. Para la demandante esos controles coartaban su labor periodística, pues al trabajar ella sobre ese tipo de materias (terrorismo, drogas, tráfico de armas....) podía ser espiada y ya no podía estar segura de que su información y fuentes periodísticas pudiesen seguir siendo confidenciales, lo cual era crucial para la libertad de prensa en un Estado democrático. La Corte, tras analizar la regulación legal de esos controles estratégicos, consideró que ésta era lo suficientemente garantista como para asegurar el no abuso de este instrumento por las autoridades y entendió que esa posible intromisión en las comunicaciones o el posible peligro para la libertad de prensa estaban suficientemente justificados por la salvaguarda de un interés legítimo, la seguridad nacional.

Afortunadamente, no tardaron en llegar decisiones del Tribunal de Estrasburgo donde se consideró este tipo de vigilancia contraria al derecho a la vida privada y al derecho a recibir y difundir información (art. 8 y 10 del Convenio).

> En el caso *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media y otros c. Netherlands* (22 de noviembre de 2011) unos periodistas habían difundido información relativa a actividades de la propia agencia de inteligencia y fueron sometidos a vigilancia con el fin de averiguar sus fuentes de información. El Tribunal no discutió que, efectivamente, detrás de la actuación de vigilancia operada por los servicios de inteligencia estaba el interés de salvaguardar la seguridad nacional, pero aplicó el test de "la necesidad en una sociedad democrática". Este test obliga a determinar si la "injerencia" se justificaba en una "necesidad social imperiosa", si era proporcionada al fin legítimo perseguido y si los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla eran pertinentes y suficientes. El Tribunal consideró que la legislación en los Países Bajos no había superado este test y no preveía la suficiente salvaguarda en relación con las facultades de vigilancia usados por el Estado en contra de los demandantes con el fin de descubrir sus fuentes periodísticas. Y terminó reiterando

> una vez más la importancia de la protección de estas fuentes para la prensa libre en cualquier sociedad[287].

Sin duda, todo este tipo de medidas de control que han puesto en marcha los poderes públicos para luchar contra el terrorismo puede generar un *chilling effect, un efecto disuasorio,* que daña gravemente la libertad de prensa y el derecho de la opinión púbica a ser informada y debatir sobre los asuntos públicos.

7.4.3. Censura a los medios por publicación de contenidos relacionados con el terrorismo

Conveníamos más arriba en que la pluralidad informativa es necesaria y solo si ello se produce, podemos empezar a hablar de opinión pública libre. Sin embargo, no son pocos los periodistas que, siendo trasmisores o informadores de hechos u opiniones relacionadas con el terrorismo han visto sus publicaciones censuradas e incluso han sido objeto de una sanción penal. Resulta interesante poner algunos ejemplos de casos conocidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que este ha subrayado el daño que determinadas prohibiciones sobre publicaciones pueden conllevar para el derecho a informar y a recibir información y el papel que la prensa desempeña como transmisor de ideas plurales en una sociedad democrática.

> En el asunto Ürper and Others v. Turkey, 20 de octubre de 2009, los demandantes eran los propietarios, directores ejecutivos, jefes de redacción, directores de noticias y periodistas de cuatro diarios cuya publicación y distribución se suspendió repetidamente en 2006 y 2007 por órdenes judiciales dictadas en virtud de la legislación antiterrorista turca. Los periódicos fueron acusados de publicar propaganda a favor de una organización terrorista, de justificar los delitos que la organización había cometido y de revelar la identidad de los funcionarios que participaban en la lucha contra el terrorismo, convirtiéndolos así en blanco de ataques terroristas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recordó que, aunque la prohibición a los medios de comunicación de publicar determinados contenidos no era en sí

---

287 La aplicación de este test en otros supuestos de vigilancia puede verse en los asuntos: *Savovi c. Bulgaria*, de 27 de febrero de 2013, o *Ungváry and Irodalom KFT. c. Hungría*, de 3 de diciembre de 2013.

misma incompatible con la Convención, las prohibiciones impuestas en el caso de los demandantes no se referían a concretos artículos, sino a todas las futuras publicaciones de los periódicos, cuyo contenido se desconocía en el momento en que se dictaron las órdenes judiciales. Al suspender la publicación y distribución de los periódicos, los tribunales nacionales se habían extralimitado en el estrecho margen de apreciación que se les concede y habían restringido injustificadamente el papel esencial de la prensa como organismo de control público (*watchdog*).

Para el Tribunal también es importante si el medio está transmitiendo los contenidos con una intención de promover la causa terrorista o si simplemente actúa como transmisor de contenidos informativos e ideas.

Así, en el asunto *Gözel and Özer v. Turkey*, de 6 de julio de 2010, los demandantes, que eran respectivamente propietarios y editores de dos periódicos, fueron multados, las publicaciones del primero de los medios fueron suspendidas durante una semana y el segundo cerrado durante quince días, debido a que habían publicado tres artículos que los tribunales nacionales calificaron como declaraciones de una organización terrorista. El Tribunal de Estrasburgo consideró que esa represión automática, sin tener en cuenta los objetivos de los profesionales de los medios de comunicación ni el derecho del público a ser informado de otros puntos de vista sobre una situación de conflicto, no puede conciliarse con la libertad de recibir o difundir información o ideas. El Tribunal entendió que esa interferencia en la libertad informativa no podía considerarse "necesaria en una sociedad democrática" ni estaba justificada por motivos de seguridad.

El mismo argumento fue utilizado por el Tribunal de Estrasburgo en el caso *Belek and Velioğlu v. Turkey*, de 6 de octubre de 2015.

Se refería a la condena de unos periodistas por publicar un artículo en un periódico que contenía una declaración de una organización armada ilegal (KADEK-Congreso para la Libertad y la Democracia del Kurdistán) cuyo lider estaba en prisión en ese momento. El artículo también criticaba las condiciones de detención de Abdullah Öcalan, jefe del KADEK. El Tribunal Estatal de Seguridad sancionó a los periodistas y prohibió la publicación del periódico por tres días. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, prestando especial atención al lenguaje utilizado en el artículo en cuestión y al contexto de su publicación, y teniendo en cuenta las dificultades relacionadas con la lucha contra el terrorismo, observó que el texto en su conjunto y consideró que no contenía ningún llamamiento a la violencia, la resistencia armada o la insurrección, ni equivalía a una incitación al odio, que era el principal factor que había que tener en cuenta para limitar la libertad informativa y de opinión.

Finalmente, en el asunto *Ali Gürbüz c. Turquía*, de 12 de marzo de 2019, uno de los más recientes, el Tribunal de Estrasburgo analizó siete procesos penales incoados contra el demandante por la publicación en su diario de declaraciones de los dirigentes de organizaciones calificadas de terroristas con arreglo al Derecho turco.

> El demandante fue absuelto tras un proceso que duró más de siete años. Pese a que nunca fue encarcelado, recurrió ante la Corte de Estrasburgo alegando que el procedimiento en cuestión le había presionado como profesional de los medios de comunicación debido a su duración, a pesar de su absolución al final. El Tribunal, aplicando el triple test que suele utilizar, dijo que el hecho de que los numerosos procesos penales contra el demandante se hubieran prolongado durante un período tan considerable, sobre la base de acusaciones penales graves, (a) no respondía a una necesidad social apremiante, (b) no había sido proporcional a los objetivos legítimos perseguidos (protección de la seguridad nacional y la integridad territorial) y (c) no era necesario en una sociedad democrática. La Corte volvió a reiterar que las medidas de ejecución adoptadas automáticamente contra un profesional de los medios de comunicación, sin tener en cuenta sus intenciones ni el derecho del público a ser informado de otras opiniones sobre una situación de conflicto, no pueden conciliarse con la libertad de recibir o difundir información o ideas.

8. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

"La democracia tiene que ver con la contingencia de las cosas, que siempre podrían ser de otra manera".
(Daniel Innerarity: *Comprender la democracia*, 2018, p. 46)

8.1. LA IMPORTANCIA DE LA LIBERTAD DE OPINIÓN EN DEMOCRACIA

Destacábamos ya al inicio de este trabajo la importancia que tienen para un Estado democrático la libertad de expresión/opinión y el acceso a la información. Al igual que el interés que muestra la ciudadanía, las agrupaciones, las ONGs, u otras organizaciones u asociaciones en saber y en ejercer su particular crítica sobre los medios utilizados por el Estado para prevenir posibles riesgos para la seguridad nacional.

Hagamos solo un leve recordatorio de las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto que, aún dictadas ya hace muchos años, siguen teniendo vigencia hoy en día. Decía en el asunto *Hadyside*, de 7 de diciembre de 1976: "La libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una (sociedad democrática), además de una de las condiciones básicas para el progreso de la sociedad y el desarrollo de la persona. Con sujeción a lo dispuesto en el art. 10, es aplicable no sólo a las informaciones o ideas recibidas favorablemente, o contempladas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas otras capaces de ofender, sacudir o molestar al Estado o a un sector de la población. Así lo reclama el pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras, sin las cuales no hay sociedad democrática" (par. 49).

Ciertamente, tanto la participación ciudadana como el flujo informativo contribuyen a construir la opinión pública sobre aquellas cuestiones que interesan a todos. Y una opinión pública libre y plural es esencial en un estado democrático. Como señalaba Revenga Sánchez, "la fortaleza del sistema democrático radica en admitir, más aún, en propiciar, el cuestionamiento permanente de las decisiones que adoptan y ejecutan quienes tienen legitimidad para hacerlo. En democracia

no hay verdades oficiales de naturaleza trascendente, ni ámbitos de decisión vedados a la confrontación pública"[288].

Es verdad que, como ya hemos indicado, no siempre se produce esa confrontación pública de opiniones. Decíamos que, a veces, la opinión pública parece anestesiada en temas de seguridad, o bien no se puede opinar, porque sobre lo que no se conoce, porque ha estado preservado por el secreto, es difícil adoptar una posición. Incluso la complejidad de los equilibrios entre terrorismo y medidas de seguridad hace que los ciudadanos no seamos capaces de adoptar una postura al respecto. Esto también es culpa de la despolitización masiva de la opinión pública propia de la crisis de la representación democrática de nuestros días. Se ha producido una despolitización de amplios sectores de la ciudadanía que se manifiesta, además de en la abstención, en el indiferentismo, en la falta de crítica, en la pérdida de fuerza del sentimiento cívico como colectivo, y, por lo tanto, en el debilitamiento de la opinión pública. Decía Ferrajoli que lo que se ha producido es una disolución de esa opinión pública en una suma de múltiples opiniones que cada uno tiene sobre sus propios intereses personales[289].

A pesar de todas estas realidades, la democracia sigue exigiendo información veraz, participación y debate. Es importante y sana la confrontación de opiniones sobre aquello que puede afectar a cuestiones tan cruciales como la seguridad y el resto de nuestros derechos.

8.2. LÍMITES A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y EXPRESIÓN EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

8.2.1. Evitar la apología y el enaltecimiento del terrorismo

Es una máxima en un Estado democrático que la libertad de expresión y la libertad ideológica no deben ser limitadas salvo que exista lo que se llama "un peligro claro y palpable" para determinados bienes

---

288 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (2002): *Seguridad Nacional y Derechos Humanos, op. cit.*, p. 127.

289 FERRAJOLI, Luigi (2011): *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional, Barcelona*, Paidós, p. 73.

que lo justifique[290]. Lo que puede hacer referencia a la existencia de un peligro real e inminente para los derechos de los ciudadanos o para la seguridad, siempre que tales limitaciones sean necesarias en una sociedad democrática"[291].

Es un hecho que muchos de los autores de ataques yihadistas han sido cometidos por individuos adoctrinados por líderes ideológicos o por familiares, y esa difusión del radicalismo yihadista se ha producido bien directamente o a través de las redes sociales y otros cales electrónicos. Ello ha fomentado también mediante la predicación en mezquitas y madrazas radicales dirigida a aumentar el número de adeptos. Esta estrategia está plenamente conectada con la violencia terrorista que los radicales islamistas consideran y definen como una *yihad* legítima, teológica y legalmente fundamentada. Así, los teóricos más importantes del islamismo radical se han dedicado a enseñar el odio, la violencia, y a justificar cualquier crimen que pudiese cometerse en el nombre del Islam.

La existencia de un aumento cada vez mayor de mensajes en red favorables o promotores de esta ideología hace que nos preguntemos dónde está la línea entre lo amparable dentro de la libertad de expresión y lo que queda fuera de ella. ¿Dónde está la frontera entre lo que son actividades de terrorismo, la solidaridad con estas o sus autores, y las meras opiniones sobre el yihadismo y sus promotores?

---

290 La teoría del peligro claro y evidente fue introducida por el Juez Holmes del Tribunal Supremo norteamericano en 1919 en un voto que presentó en el asunto *Schenck v. United States* (249 U.S. 47). En todo caso, no fue hasta el caso *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444) en 1969 donde se estableció en un asunto sobre un miembro del Ku Klux Klan el actual significado de "clear and present danger", indicando que el gobierno no podía penalizar expresiones incendiarias excepto que estas incitaran a una inminente actuación ilegal (*imminent lawless action*).

291 Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos establece en el art. 19 que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales y que podría restringirse para la protección de la seguridad nacional (entre otras causas). En el mismo sentido cita la seguridad nacional y la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito el art. 10 del Convenio Europeo de derechos Humanos. Véase también sentencias del TEDH en los casos *Zana c. Turquía*, de 25 de noviembre de 1997, *Surek c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, *Ceylan c. Turquía*, de julio de 1999, *Hogefeld c. Alemania*, de 20 de enero de 2000.

> Pongamos un ejemplo: existen muchos ideólogos radicales que mediante una aparente moderación hacen proselitismo del *yihadismo* difundiendo su mensaje. Uno de los ideólogos islamistas radicales más destacados y controvertidos, aún con su aparente moderación, es Tariq Ramadán. Como otros islamistas, Ramadán ha negado que haya "cualquier prueba concluyente" de que Bin Laden estuviera detrás del 11 de septiembre, y se refiere públicamente a muchos de los atentados yihadistas como "intervenciones", minimizándolas hasta un punto que roza la aprobación. ¿Queda ello amparado en la libertad de expresión? Posiblemente las opiniones estén divididas al respecto.
>
> De hecho, el Tribunal Supremo español (STS 618/2008, de 7 de octubre) afirmaba respecto de un caso de fundamentalismo islamista ("Operación nova") que la mera comunión ideológica con esas doctrinas, incluso la aprobación expresa de los métodos violentos de una organización terrorista, en si misma considerada, no es suficiente para integrar el delito de pertenencia a banda armada, sino ejercicio de la libertad ideológica y de expresión.
>
> Pero, cabría encontrar casos en los que se ha opinado lo contrario, entre otras cosas, porque las expresiones a favor del yihadismo han sido mucho más contundentes. Así, la Sección cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó el 13 de mayo de 2019 a ocho años de cárcel por participación en organización terrorista a un individuo (Yusuf Galán) que reiteradamente publicó en redes su adhesión a las acciones del DAESH, su alabanza permanente a la organización terrorista, realizó actividades de exaltación y propaganda que el Tribunal consideró que iban dirigidas a atraer nuevos partidarios de la yihad violenta, y expresó su pretensión de difundir sus presupuestos ideológicos y colaborar activamente con la causa violenta.

Lo cierto es que en esa lucha por evitar la difusión de las ideas o doctrinas que apoyan el terrorismo, desde antaño, también para combatir los terrorismos nacionales, se han incluido en la legislación penal delitos de apología del terrorismo, y frente al terrorismo global, la respuesta estatal no podía ser de otro modo.

Incluso aquellos Estados que no lo tenían contemplado, en cumplimiento de las exigencias supranacionales[292], se apresuraron a incluir en

---

292 Naciones Unidas es la organización internacional que probablemente ha elaborado un mayor número de documentos sobre radicalización violenta y apología de estas ideas. Véase la Estrategia Global de Naciones Unidas contra el terrorismo, de 8 de septiembre de 2006, Estrategia Global de Naciones Unidas contra el terrorismo, de 8 de septiembre de 2008, Resolución del Consejo de Derechos Humanos, de 2 de octubre de 2015 sobre los derechos humanos y las actividades de prevención y erradicación del extremismo violento, el Plan de acción para prevenir el extremismo violento del Secretario General de Naciones Unidas, de 24 de diciembre de 2015.

los códigos penales, como delitos, ciertas manifestaciones de la libertad de pensamiento cuando constituyan apología o enaltecimiento del terrorismo o adoctrinamiento en las teorías islamistas particularmente radicales que apoyan este fenómeno.

En España el enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución son considerados como delito en el Código Penal (art. 578)[293]. Una cosa es la provocación o incitación para la comisión de un delito (art. 579 CP) y otra el enaltecimiento terrorista, que es una manifestación de opinión (punible), y se ha considerado como una especie de provocación indirecta a la comisión de delitos. Esto segundo quedó incorporado en el Código Penal por Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre. Con la Reforma del Código Penal por Ley 2/2015, de 30 de marzo se modificaron los preceptos que regulan otras actividades tipificadas como delito. Así sucede con el adoctrinamiento y adiestramiento militar o de combate para cometer atentados terroristas (ej: hacer la *yihad* violenta), que ha de ser habitual para ser considerado delictivo, especialmente el que se realiza a través de internet o servicios de comunicación accesibles al público (art. 575 CP). Al igual que está sancionado penalmente en el art. 578 CP, la realización de actos de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de delitos terroristas o sus familiares, donde lo que se castiga es la ofensa a las mismas. De este artículo se ha objetado que podría servir de subterfugio para criminalizar delitos de opinión o de discrepancia política o ideológica. Piénsese en la inconcreción con que está redactado este delito al establecerse que la pena se impondrá en su mitad superior "cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente *la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor* a la sociedad o parte de ella". Es muy difícil determinar si el grado de temor o inseguridad que crea en la sociedad es grave o no. De hecho, de la Directiva Europea de 2017/541, sobre terrorismo, no parece desprenderse

---

Además de las Decisiones de Naciones Unidas, tener en cuenta lo derivado del cumplimiento de la Decisión Marco de la Unión Europea 2008/919/JAI.

293 Véase, entre otros, el trabajo de M. Luisa CUERDA ARNAU, *Terrorismo y libertades políticas,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

que la realización de actos de descrédito o humillación de las víctimas de terrorismo tenga que ser considerado como un delito terrorista[294].

Lo indicado respecto del sistema español contrasta con lo que se establecía en Francia, donde la prohibición de apología del terrorismo no se encontraba en el Código penal francés, sino en la Ley de libertad de prensa, lo que suponía una serie de garantías en cuanto a la proporcionalidad y respeto al derecho fundamental a la libertad de expresión superior al que se otorga cuando ello se regula en el marco de los delitos de terrorismo. Por lo tanto, las autoridades no podían someter estas acciones a técnicas especiales de investigación, como sí sucedía respecto de los delitos propiamente de terrorismo en sentido más estricto. En 2012, tras un atentado perpetrado por un individuo que dijo ser de al-Qaeda, el presidente Nicolás Sarkozy propuso nuevas medidas, entre las que cobraba un papel muy importante la criminalización de la propagación de "ideas extremistas", la apología del terrorismo o incluso la visita de sitios web donde se realizaba apología del terrorismo[295]. Y la sucesión de otros ataques terroristas en suelo francés condujo finalmente a un replanteamiento sobre su política antiterrorista también en esta cuestión. Como consecuencia, la apología y la provocación de terrorismo fueron suprimidos de la Ley de libertad de prensa e incluidos en el Código Penal en 2014[296]. Además, en 2016 se aumentó la pena por la comisión de tales delitos.

Los Estados han sido conscientes de la importancia que tiene erradicar la difusión de mensajes extremistas que buscan consolidar la ideología violenta y captar nuevos adeptos a la causa yihadista. En esa lucha por evitar el proselitismo yihadista, se han adoptado planes nacionales de lucha contra dicho fenómeno. Así, en 2015 en España se aprobó el Plan Estratégico Na-

---

294 En este sentido, GÓRRIZ ROYO, Elena (2018): "Contraterrorismo a raíz de la Directiva (UE) 2017/541 y europeización del derecho penal al enemigo: ¿necesidad de reformas en la legislación penal española?", en *GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (Coords.) Seguridad y Derechos, op. cit.*, pp. 597-8.

295 MIRA BENAVENT, Javier; GÓMIS FONS, Andrés; JURADO CEPAS, Juan y RIPOLLÉS PELLICER, Miriam: *Apología del terrorismo y libertad de expresión en España y Francia. Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH*, Valencia, Clínica Jurídica para la Justicia Social, 2013, p. 72.

296 LOI n.° 2014-1353 du 13 Novembre 2014, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

cional de lucha contra la radicalización violenta[297], donde se observa cómo la radicalización violenta se vincula, entre otros ámbitos, al terrorismo islamista. Textualmente se dice en este documento: "Sin perjuicio de que este Plan esté orientado hacia todo tipo de radicalización violenta, no cabe duda de que en la actualidad la principal amenaza procede del terrorismo yihadista". Entre los objetivos que recoge este plan se encuentran: dar una respuesta a una necesidad nacional de tratamiento del fenómeno de la radicalización violenta; dar cumplimiento a las Directrices de la UE sobre este fenómeno; e implicar a las diferentes administraciones y organizaciones de la sociedad civil en la lucha contra esa radicalización por el riesgo a que se haga global. En esta línea, la Estrategia de la Unión Europea contra el terrorismo, de 30 de noviembre de 2005, ya señalaba en el pilar dedicado a la prevención que las políticas de los países europeos no deben exacerbar la división y deben apoyarse en los grupos religiosos que rechazan las ideas de los terroristas y extremistas que incitan a la violencia. Y, entre las propuestas, incluía el fomento del debate intercultural.

Aunque podamos estar de acuerdo sobre la necesidad de erradicar la difusión de los mensajes del apologismo violento, debiéramos reflexionar sobre si las nuevas medidas establecidas para luchar contra el terrorismo pueden socavar o establecer en ocasiones excesivos límites a la libertad de expresión.

Tanto el Convenio nº 196 del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (2005), como Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, incluyen (y criminalizan) como incitación o provocación al terrorismo la difusión pública por cualquier medio de mensajes que, de forma directa *o indirecta*, promuevan la comisión de ataques terroristas, con independencia de que lleguen a producirse, basta con que conlleve riesgo para la comisión de un atentado. Asimismo, la nueva normativa permite también el cierre de páginas web que puedan servir de plataforma para la propaganda yihadista.

La cuestión está en determinar cuándo se produce esa incitación *directa* o, con mayor dificultad, la provocación *indirecta* para la comisión de

---

297 http://www.interior.gob.es/documents/10180/3066463/CM_mir_PEN-LCRV.pdf/b57166c1-aaaf-4c0d-84c7-b69bda6246f5 (Fecha de consulta: 20 de abril de 2019)

atentados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado de forma casuística[298] cuándo existe tal incitación al terrorismo en el pretendido ejercicio la libertad de expresión, teniendo en cuenta el contexto político social, el medio empleado para su difusión, el impacto del mensaje, la intencionalidad o la idoneidad de las expresiones. Entre ellos hay varios casos que ilustran de qué modo se ha perseguido la apología del terrorismo yihadista y cuál ha sido la postura del Tribunal al respecto.

> Uno de los más conocidos es el de un dibujante de la publicación *Ekaitza*, de nombre Denis Leroy, condenado en Francia por apología del terrorismo por un dibujo el 11 de septiembre de 2001 que simbolizaba el atentado a las Torres Gemelas con el escrito "Todos nosotros hemos soñado con ello… Jamás lo ha hecho". El demandante interpuso recurso de casación defendiendo el "derecho a difundir, mediante un dibujo, una opinión que no es compartida por la mayoría, o una opinión susceptible de ofender o conmocionar". Sin embargo, cuando esta demanda llegó ante el TEDH, este no lo amparó. Para el Tribunal el demandante expresó su apoyo y solidaridad moral de los presuntos autores y juzgó favorablemente la violencia perpetrada contra miles de civiles y entendió que ello atentaba contra la dignidad de las víctimas. El Tribunal consideró que el dibujo publicado el 13 de septiembre no tuvo precaución en el lenguaje y no era amparable dentro de la libertad de expresión. (Caso *Leroy c. Francia*, de 2 de octubre de 2008).
>
> En la misma línea, en el asunto *Belkacem c. Bélgica*, de 27 de junio de 2017, el Tribunal declaró que el líder de la organización salafista belga "Sharia4Belgium" no se beneficiaba de la protección de la libertad de expresión porque la defensa de un discurso que incita al odio y a la violencia no tiene la protección de la Convención Europea de Derechos Humanos[299].

---

298 VALERO HEREDIA (2018) analiza los casos *Zana c. Turquía*, de 25 de noviembre de 1997, *Sürek c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, *Arslan c. Turquía*, de 8 de julio 1999, *Karatas c. Turquía*, de 8 de julio 1999, *Erdogdu c. Turquía*, de 19 de junio de 2000, *Ceylan c. Turquía*, de 11 de octubre de 2005, Leroy c. Francia, de 6 de abril de 2009, *Yavuz y Yaylali c. Turquía*, de 17 de diciembre de 2013 o *Savva Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018 en el trabajo "Libertad de expresión e incitación al terrorismo. Los modelos europeo y norteamericano", en José Luis GONZÁLEZ CUSSAC y Fernando FLORES GIMÉNEZ, *Seguridad y derechos, op. cit.*, pp. 637-655.

299 En la misma línea, en el caso *Roi TV A/S c. Dinamarca*, de 17 de abril de 2018, el TEDH consideró que la realización de unos programas televisivos sobre el Partido de los Trabajadores de Kurdistan (PKK) entre 2006 y 2010, puesto que dicho partido podría considerarse terrorista conforme al derecho penal danés, no podían ampararse en la libertad de expresión reconocida en el Convenio, pues había tratado de utilizarla para una actividad que iba en contra de los valores del propio Convenio. Para el Tri-

Aunque la tendencia del Tribunal ha sido la de considerar que muchas de las expresiones que ha tenido que analizar no podían ser amparadas por el Convenio, recientemente ha condicionado la criminalización de la incitación a la violencia a la existencia de un riesgo "claro e inminente" de provocar con una manifestación de expresión una acción ilegal inminente y a la intención de causarla (caso *Savva Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018). La Corte afirma que solo en los casos en los que existe un contexto muy sensible de tensión, conflicto armado y lucha contra el terrorismo o disturbios letales, cabe estimar que las declaraciones relevantes pueden alentar a una violencia capaz de poner a los miembros de las fuerzas de seguridad en riesgo, y que sólo en tales casos cabe aceptar que la interferencia en la libertad de expresión, algo que no se daba en el caso analizado.

Es importante tener en cuenta estos nuevos planteamientos del Tribunal de Estrasburgo frente a la inercia jurisprudencial española más restrictiva en casos como Cassandra[300], Valtonyc[301] o Hásel[302]. De hecho, Amnis-

---

bunal, la realización de los programas podría considerarse apología de la violencia y enaltecimiento del terrorismo, lo cual era una violación del art. 17 de la Convención (prohibición del abuso de derechos).

300 Condenada tras publicar en Twitter unos chistes sobre el asesinato en 1973 de Carrero Blanco.

301 Sentencia de la Audiencia Nacional, 3/2018, de 3 de marzo. El rapero Pablo Hásel fue condenado a dos años y un día de cárcel y 24.300 euros de multa por delitos de enaltecimiento del terrorismo con agravante de reincidencia, injurias y calumnias contra la Corona y las instituciones del Estado por el contenido de 64 mensajes publicados en Twitter y una canción en YouTube.

302 Sentencia de la Audiencia Nacional, 5/2018, de 14 de septiembre. El rapero Valtonyc ha sido condenado por el Tribunal Supremo a tres años y medio de prisión por el contenido de sus canciones. A juicio de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, parte de las letras del cantante suponen los delitos de enaltecimiento del terrorismo, entre otros.

Ejemplo de fragmentos de la letra de su canción 'Deberían tener miedo'

– "Que tengan miedo joder. Que tengan miedo"

– "Que tengan miedo como un guardia civil en Euskadi"

– "Un pistoletazo en la frente de tu jefe está justificado o siempre queda esperar a que le secuestre algún GRAPO"

– "Dicen que pronto se traspasa la cloaca de Ortega Lara y muchos rumorean que Rubalcaba merece probarla, complejo de zulo mi casa a ver si un día secuestro alguno y le torturo mientras le leo al Argala"

– "Queremos que el miedo llame a sus puertas con llamas"

tía Internacional denunció en el *Informe anual 2017/18: "La situación de los derechos humanos en el mundo"*, que en España se está produciendo un uso abusivo de la acusación de enaltecimiento del terrorismo en las redes sociales. El documento indica que: "Las autoridades presentaron cargos contra personas que había expresado opiniones que se inscribían entre las formas de expresión permisibles con arreglo al Derecho internacional de los derechos humanos"[303].

A pesar de los dictados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la nueva Ley antiterrorista y de seguridad en fronteras británica (*Counter-terrorism and Border Security Act*, de 12 de febrero de 2019), continúa en la senda de limitar la libertad de expresión. La Ley criminaliza la expresión de una opinión o creencia que "apoye" a una organización prohibida (por terrorista), incluso si se hace de una manera "imprudente", desde el momento que pueda alentar a otra persona a apoyar a una organización prohibida. Se ha indicado que este es un paso legislativo muy peligroso en una sociedad democrática, al poder incluirse supuestos que anteriormente quedaban amparados en el ejercicio de la libertad de pensamiento en democracia.

La nueva Ley aclara, asimismo, como novedad, que el delito existente de mostrar en un lugar público una imagen que despierte sospechas razonables de que la persona es miembro o simpatizante de una organización

---

– "O que explote un bus del PP con nitroglicerina cargada"
– "Me cansa tanto silencio en medio de esta guerra"
– "Y mira yo no tengo huevos a pillar una metralleta, pero al menos no condeno al que se atreve y al que a la lucha se aferra, partidos revisionistas me la coméis entera, no resistiríais ni la mitad de cadenas que arrastra Arenas".
O en la canción "España y Goma2":
– "A ver si ETA pone una bomba y explota"
– "Para todos aquellos que tienen miedo cuando arrancan su coche, que sepan que cuando revienten sus costillas, brindaremos con champán"
O en la canción 'Microglicerina':
– "Quiero transmitir a los españoles un mensaje de esperanza, ETA es una gran nación"
– "Tu bandera española está más bonita en llamas, igual que un puto patrol de la guardia cuando estalla"

303 https://www.amnesty.org/download/Documents/POL1067002018SPANISH.PDF (Fecha de consulta: 21 de abril de 2019) p. 188.

prohibida abarca también la exhibición de imágenes en línea, lo cual incluye una fotografía o imágenes artísticas tomadas en un lugar privado.

Ese viraje hacia la limitación de la libertad de expresión y lo que se ha denominado como "criminalización del discurso político" se ha producido igualmente en Estados Unidos, a pesar de la longeva tradición jurisprudencial centrada en la protección del discurso político, arrancando desde la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Brandenburg v. Ohio* (1969)[304]. Así, en el asunto *Holder v. Humanitarian Law Project,* 561 U.S. 1 (2010), la mayoría de sus jueces decidieron declarar válida una ley que penalizaba el discurso político en defensa de organizaciones de apoyo al terrorismo.

> El Tribunal Supremo falló en contra del Proyecto de Derecho Humanitario, que pretendía ayudar al Partido de los Trabajadores del Kurdistán en Turquía y a los Tigres de Liberación del Ealam Tamil de Sri Lanka a aprender a resolver pacíficamente los conflictos y llegó a la conclusión de que el Congreso tenía la intención de impedir la ayuda a esos grupos, aunque tuvieran como intención el facilitar las negociaciones de paz o los procesos de las Naciones Unidas, ya que esa ayuda se ajustaba a la definición de la ley de la ayuda material como "formación", "asesoramiento o asistencia de expertos", "servicio", y "personal", que estaban prohibidas. La conclusión se basaba en el principio de que cualquier asistencia podía ayudar a "legitimar" a la organización terrorista y utilizarse esos recursos para actividades terroristas.

8.2.2. Las manifestaciones de la libertad de expresión en red

Precisamente la circulación de las doctrinas extremistas que están detrás del terrorismo yihadista y toda la labor de difusión de las mismas para captar nuevos adeptos se realiza en nuestros días, en gran parte, a través de Internet, incluyendo páginas web, redes sociales, o el correo electrónico. Por ello, una de las medidas que pueden servir para cortar el flujo de ese

---

304 *Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969),* fue un *leading case* en la Corte Suprema de los Estados Unidos, interpretando la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. La Corte sostuvo que el gobierno no puede castigar el discurso incendiario a menos que ese discurso esté "dirigido a incitar o producir una acción ilegal inminente y sea probable que la incitación produzca tal acción" Concretamente, en el caso, la Corte revocó el estatuto de sindicalismo criminal de Ohio, porque ese estatuto prohibía en general la mera defensa de la violencia.

tipo de información es la censura o cierre de determinadas páginas web o canales electrónicos.

España establece en el mismo Código Penal que la comisión del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo por vía telemática habilita al juez a acordar la destrucción o borrado del material u ordenar la retirada de contenidos o solicitar de los prestadores de servicios que supriman los enlaces o se impida el acceso a los contenidos o servicios ilícitos. Aunque, bien es cierto, la norma establece respeto al principio de proporcionalidad (art. 578 CP). Como tal, esta medida no está prevista para el caso del adoctrinamiento en el yihadismo a través de la red, sin menoscabo de que dentro del abanico amplio de medidas que puede adoptar, se ordene esta misma. Como tampoco cabe aplicar las medidas excepcionales del art. 55.2 CE en el caso de apología del terrorismo, solo podrá hacerlo en el supuesto de actividades terroristas en el sentido más estricto[305]. Con un carácter mucho más amplio, el Gobierno adoptó recientemente el Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materias de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, que permite a aquel la asunción directa e intervención de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en situaciones que puedan suponer una amenaza grave e inmediata para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Sin duda, con ello se deja abierta una vía de control de la libertad de expresión ejercida en la red, que genera dudas por los márgenes de discrecionalidad que ofrece al gobierno y las pocas previsiones de garantía judicial previa previstas.

Francia es poco garantista en la limitación de las libertades de opinión en red. Con la Ley relativa al Estado de emergencia, adoptada el 20 de noviembre de 2015, aumentó los poderes de las autoridades administrativas sobre el bloqueo de páginas web de internet que inciten a la comisión de actos de terrorismo o que hagan apología del mismo. La medida puede ser acordada por el Ministerio del Interior (art. 11.II de la Ley). La inquietud

305 STC 199/1987.

sobre esta medida fue puesta de manifiesto por los especialistas de Naciones Unidas por la ausencia de un control judicial sobre ella[306].

Otros países han emprendido el mismo camino. Austria aprobó el 16 de mayo de 2017 una ley que intenta vetar las actividades de proselitismo salafista, prohibiendo, entre otras cosas, las campañas de reparto del Corán por parte de representantes de esta corriente islamista ultraconservadora, que hace lectura literal del libro sagrado musulmán, en un intento de evitar la proliferación de ideas que se han vinculado al terrorismo yihadista. No obstante, esta medida viene unida a una campaña gubernamental que ha apostado por poner freno al aumento de la inmigración, mucha de ella procedente de Turquía. De hecho, es una ley que se enmarca dentro de un paquete de medidas legislativas denominadas (hipócritamente) "de integración", que endurecen considerablemente las condiciones en que son aceptados los refugiados e inmigrantes, muy especialmente los de religión islámica. Ni que decir tiene la brecha que ello abre con respecto a los derechos humanos.

En general, estas nuevas normas se enmarcan en la línea de lo acordado en el seno de Naciones Unidas y de la Unión Europea. En el marco europeo ello quedó finalmente reflejado en la Directiva relativa a la lucha contra el terrorismo de 2017, donde se establecía, para aquellos países que todavía no lo hubieran hecho, que antes del 8 de septiembre de 2018 debían sancionar en los códigos penales: "el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de delitos de terrorismo, siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo…" (art. 5), la captación para el terrorismo (art. 6), o el adiestramiento con tal fin (art. 7), entre otras actividades. Y ello puede conducir, como señalábamos, al cierre de determinadas páginas web que son gestionadas por compañías privadas para evitar que circule dicha información[307].

---

306 Véase la Comunicación reportada en el Comité de derechos Humanos de Naciones Unidas A/HRC/29/50, FRA 1/2015, 03/02/2015

307 Porque la Directiva obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar la rápida eliminación de los contenidos en línea albergados en su territorio que tengan las finalidades que arriba hemos expresado o a bloquear el acceso a dicho con-

Las cuestiones que debemos preguntarnos son: ¿quién va a actuar como censor de dichas páginas y en qué medida las empresas que gestionan esos chats (Ej.: Facebook), o son proveedoras de servicios de internet o constituyen canales a través de los cuales se difunden vídeos (ej. YouTube), están obligadas a vigilar y/o colaborar activamente con el Estado en la persecución de ese tipo de apología del yihadismo? ¿Tienen algún tipo de responsabilidad el administrador de una página web? A este respecto, hemos de recordar que en España el Tribunal Constitucional consideró que la reproducción en un periódico (que igual podría haber sido una página web hoy) de comunicados presuntamente "apologéticos" constituía ejercicio del derecho a informar y no podía ser constitutivo de infracción penal[308]. Esta cuestión abre un debate interesante que será analizado en el punto siguiente de este trabajo.

Por otro lado, y en la línea de lo que decíamos más arriba, no es lo mismo utilizar las redes para instar a la violencia contra Occidente en nombre de Alá, o publicar vídeos explicando cómo unirse a la *yihad* y actuar de kamikaze, que defender en un foro la idea de la creación de un nuevo califato en los territorios de determinados países o realizar una crítica a Estados Unidos y sus aliados por haberse inmiscuido en el gobierno de Irak o Afganistán, o incluso defender posiciones que nos puedan parecer deleznables, por poner unos ejemplos. ¿Hasta qué punto algunas limitaciones podrían ser más prohibiciones al razonable derecho democrático de disentir que a la generación de un evidente peligro para la seguridad? Esta es la perspectiva que nunca debemos perder de vista.

8.3. LAS EMPRESAS PROVEEDORAS DE INTERNET COMO CENSORAS DE LOS CONTENIDOS TERRORISTAS DIFUNDIDOS EN RED

Como venimos diciendo en este trabajo, la red es el medio donde hoy en día se produce el mayor intercambio de contenidos y opiniones entre

---

tenido por parte de los usuarios de internet dentro de su territorio (art. 21 Directiva lucha contra el terrorismo, 2017)

308 STC 159/1986. Recurso de amparo interpuesto por el director del diario vasco Egin que había sido condenado por reproducir comunicados de ETA.

los individuos. Pero, es también el lugar donde los defensores de la *yihad* violenta hacen proselitismo de su causa, difundiendo mensajes, adoctrinando en las ideas del yihadismo, reclutando seguidores para la causa o instruyendo sobre cómo cometer un atentado terrorista. Al final, el carácter global y descentralizado de Internet, exento de muchos controles, ha facilitado, como ha señalado el profesor Rafael Bustos, que Internet "no [sea] sólo el reino del pluralismo (que lo es); [sino que sea] también el reino del radicalismo más brutal, agresivo e irrespetuoso de los más mínimos valores de convivencia. Un caldo de cultivo perfecto para las organizaciones terroristas"[309].

Los Estados, siendo conocedores de esa realidad, y habida cuenta del papel central de las empresas proveedoras de internet y de los servicios que ofrecen, han considerado que estas tienen responsabilidades a efectos de contribuir a la lucha contra los contenidos ilícitos difundidos a través del uso de sus servicios, entre ellos los que están relacionados con el terrorismo. Esto se incluye en lo que se denomina *Corporate Social Responsability* (CSR) o responsabilidad social corporativa de las empresas, un concepto que emergió en los años cincuenta. Es una forma de dirigir las empresas basado en la gestión de los impactos que su actividad genera sobre sus clientes, empleados, accionistas, comunidades locales, medioambiente y sobre la sociedad en general.

En agosto de 2016 el Comité de Asuntos de interior del Reino Unido publicó un informe sobre el terrorismo y las políticas extremistas donde subrayaba el papel compartido que corresponde al gobierno, comunidades, medios de información y medios tecnológicos para frenar la radicalización y promover seguridad y tranquilidad[310]. El documento hacía una llamada a esa responsabilidad corporativa, a la cooperación. Y añadía textualmente estas duras palabras: "las compañías de redes sociales están conscientemente fallando en la lucha para que sus plataformas o sitios web no se utilicen

---

309 BUSTOS GISBERT, Rafael (2014): "Libertad de expresión y control de la Red", en REVENGA SÁNCHEZ, M. (ed.), *Terrorismo y Derecho bajo la estela…, op. cit.*, p. 166.

310 HOUSE OF COMMONS, HOMME AFFAIRS COMMITEE (2016): *Radicalisation. The counter-narrative and indentifiying the tipping point*, 19 de julio. https://publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmhaff/135/135.pdf (Fecha de consulta: 25 de abril de 2019)

para promover el terrorismo y los asesinatos. Redes como Facebook, Twitter y You Tube son el medio escogido para difundir propaganda y se han convertido en las plataformas de reclutamiento para el terrorismo. Deben aceptar que cientos de miles de beneficios generados por billones de personas que usan sus productos necesita acompañarse de un mayor sentido de la responsabilidad y de la propiedad por el impacto que está teniendo el material radical que se publica en sus sitios web" (p. 34). "Estas compañías están escondiendo, tras su estatus supranacional, su responsabilidad y rehuyendo a actuar responsablemente por si ello pudiera dañar su nombre. Si continúan fallando en la lucha contra este fenómeno y permiten que sus plataformas se conviertan en el *salvaje Oeste* de internet, entonces sí van a dañar a su reputación como operadores responsables" (p. 14).

Muchas de estas grandes compañías han querido mantener una actitud neutral respecto del uso de la libertad de expresión. Su argumento es que esta libertad es de crucial importancia en las sociedades democráticas y no quieren limitarla. Para ellos cualquier tipo de censura iría en contra de la libre circulación de información y opiniones. Además, consideran que no se les puede hacer responsables de controlar la ingente cantidad de información que circula por sus plataformas, ya que no disponen ni del personal ni de las herramientas necesarias para luchar contra las opiniones y para identificar que es "bad speech" frente al "good speach"[311]. Asimismo, influye también la cuestión económica; invertir en un sistema tecnológico que suponga poner en marcha un mayor control de contenidos implicaría para las empresas un desembolso muy importante de capital. Por lo tanto, en general, han mantenido una actitud no proactiva, y más bien de colaboración solo cuando han sido requeridos por los poderes públicos en la lucha contra el terrorismo y, en algún caso, con reticencias[312]. A ello me referí en el punto relativo a la cesión de datos de este trabajo cuando ponía el ejemplo de Apple en la investigación del atentado terrorista de San Bernardino.

---

311 COHEN-ALMAGOR, Raphael (2018): "The role of internet intermediaries in tackling terrorism online", *Fordham Law Review*, vol. 86, pp. 429-31.

312 Sí es cierto que algunas de estas compañías proveedoras de servicios de internet sí han establecido programas para detectar otros crímenes, como la pornografía infantil en internet.

Pero, frente a esta actitud, se han ido imponiendo argumentos, en la línea de los que recogía el informe de la Cámara de los Comunes, que exigen a las compañías proveedoras de servicios de internet una responsabilidad social corporativa distinta a la meramente colaborativa (pasiva)[313].

Así, en junio de 2017 el Reino Unido y Francia anunciaron que tenían la intención de lanzar una campaña conjunta para empujar a compañías como Facebook y Google a remover una mayor cantidad de los contenidos terroristas que pudieran circular a través de sus plataformas[314]. El mismo mes, el Consejo Europeo de los días 22 y 23 declaró que "espera que el sector… desarrolle nuevas tecnologías y herramientas para mejorar la detección automática de contenidos y eliminar aquellos que inciten a perpetrar actos de terrorismo". Igualmente, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 15 de junio de 2017, instó a las plataformas en línea a "reforzar las medidas para luchar contra los contenidos ilícitos y nocivos", algo que reiteraron los Ministros de los Estados miembros en el Foro de Internet de la UE. Posteriormente, se adoptó la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión Europea, de 1 de marzo sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, que invita a estos proveedores de servicios de la sociedad de la información y a los Estados miembros de la UE adoptar medidas eficaces, apropiadas y proporcionadas para combatir los contenidos ilícitos en línea. Entre ellos se invitaba a que los prestadores de servicios de alojamiento de datos, si consideran ilícitos determinados contenidos, por tratarse de contenidos terroristas, los retiren o bloqueen el acceso a los mismos[315]; y a que pongan en conocimiento de las autoridades competentes aquellos que pudieren ser constitutivos de delito.

---

313 De este parecer es COHEN-ALMAGOR, Raphael (2018): "The role of internet intermediaries …", *op. cit.*, pp. 425-453. Del mismo parecer es la organización *People for Internet Responsability* (PFIR), o el *Global Internet Forum to Counter Terrorism*.

314 "UK and France to work together to tackle online extremism", *BBC News*, 13 June 2017. https://www.bbc.com/news/uk-politics-40258799 (Fecha de consulta: 21 de abril de 2019)

315 La Recomendación indica que los prestadores de servicios deben publicar de forma clara su política con respecto a la retirada o el bloqueo de los contenidos que almacenan, en particular los considerados ilícitos y que se deben arbitrar soluciones extrajudiciales para los conflictos que surgirán como consecuencia de ello.

Una mención especial se recogía respecto de los contenidos terroristas[316], la Recomendación indicaba que las autoridades podrán requerir de las empresas proveedoras de servicios cualquier de esos contenidos y las empresas deberán retirar o bloquear el acceso de dichos contenidos identificados en los requerimientos en el plazo de una hora a partir del momento en que se haya recibido el requerimiento (punto 35), al igual que deben prestar información a la Comisión Europea cuando así lo solicite esta (punto 42). Pero, también establecía que los prestadores de servicios de alojamiento de datos deben adoptar *medidas activas,* proporcionadas y especificas, entre otras cosas mediante medios automatizados, con el fin de identificar y retirar o desactivar el acceso a esos contenidos terroristas (punto 36).

A esta Recomendación le ha seguido la presentación de una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea, presentada por la Comisión Europea en septiembre de 2018[317]. El borrador de Reglamento va en la línea de lo que ya recogía la Recomendación, reproduciendo muchos de las previsiones de aquella Recomendación, aunque focalizándose en los contenidos terroristas. Establece una serie de deberes de diligencia que recaen sobre los prestadores de servicio de alojamiento de datos (art. 3) y de medidas que podrán adoptar los Estados para identificar dichos contenidos terroristas y retirarlos de forma rápida. Especialmente, se prevén unas órdenes de retirada que deberá adoptar una autoridad pública (administrativa, policial o judicial) en virtud de las cuales los prestadores de servicio tendrán el plazo máximo de una hora para retirar o bloquear los contenidos terroristas a los que

316 La definición de "contenidos terroristas" y, por lo tanto, aquello sobre lo que se puede realizar el control en la red queda definido en la Recomendación como: "toda información cuya difusión puede ser tipificada como uno de los delitos contemplados en la Directiva (UE) 2017/541 o como un acto terrorista conforme a la legislación de un Estado miembro afectado, incluida la difusión de información relevante que haya sido elaborada por grupos terroristas o entidades incluidas en las listas pertinentes establecidas por la Unión o por las Naciones Unidas o que sea imputable a los mismos".

317 COM(2018) 640 final. El proyecto de Reglamento pasó la aprobación del Parlamento Europeo en su sesión de 17 de abril de 2019.

vayan referidas (art. 4)[318]; asimismo, las autoridades competentes podrán dirigir requerimientos a los prestadores de servicios para que éstos evalúen "con celeridad" si determinados contenidos señalados violan los términos y condiciones de su servicio y, en consecuencia, decidan si los retiran o bloquean (art. 5).

Por otro lado, al igual que se hiciera en la Recomendación arriba citada, la propuesta de Reglamento no solo contempla el deber de las empresas de colaborar con las autoridades, sino también de adoptar medidas proactivas, a través de instrumentos automatizados para detectar y bloquear o eliminar los contenidos terroristas *motu proprio* (art. 6).

La normativa especifica que será considerado contenido terrorista cualquier material (texto, imagen, sonido o vídeo) que incite o contribuya a cometer delitos terroristas, o a participar en las actividades de un grupo terrorista. Se incluirán el suministro de información, medios materiales o financiación, además de toda información sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego o sustancias nocivas que puedan usarse con ese fin. Ahora bien, como señalaba Teruel Lozano[319], las definiciones ofrecidas por la propuesta de Reglamento resultan muy amplias, con acciones poco definidas como "incitar", "fomentar", "promover" o "instruir" el tipo de actividades señaladas. Lo que sí es cierto es que, a la hora de evaluar si unos contenidos pueden calificarse como "contenidos terroristas", "las autoridades competentes y los prestadores de servicios de alojamiento de datos deben tener en cuenta los factores como la naturaleza y la literalidad de las declaraciones, el contexto en el que se realizaron y su potencial de

---

318 La propuesta de Reglamento ha previsto que para el caso de los requerimientos y de las medidas proactivas los prestadores de servicios tengan el deber de prever "mecanismos eficaces y accesibles que permitan a los proveedores de contenidos cuyos contenidos hayan sido retirados o hayan visto bloqueado su acceso [...] presentar una reclamación contra la actuación del prestador de servicios de alojamiento de datos en la que se solicite el restablecimiento del contenido", las cuales deberán ser examinadas "rápidamente" (art. 10).

319 TERUREL LOZANO, Germán (2019): "Una lectura garantista de las nuevas tendencias en la lucha europea contra la difusión de mensajes terroristas en Internet", en *XVII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Libertad y Seguridad en el Estado democrático*, Santiago de Compostela, 4-5 abril de 2019, p.

conllevar consecuencias nocivas que afecten a la seguridad y la integridad de las personas" (Considerando 9).

A mi parecer, el riesgo mayor de la propuesta de Reglamento es que despoja a los órganos tradicionales legitimados para determinar cuándo puede limitarse la libertad de expresión, —esto es, los jueces—, para confiarlo a las entidades que decidan los Estados. La propuesta de Reglamento deja esta cuestión abierta, de forma que los Estados miembros son "libres para designar las autoridades competentes para esas funciones, que pueden ser autoridades administrativas, policiales o judiciales" (Considerando 13). Al obligar a una actitud proactiva de filtrado de contenidos terroristas, ello supone habilitar a las empresas a ejercer una función que tradicionalmente ha correspondido a la autoridad judicial, como garantía máxima de la libertad de expresión y del derecho a la información. La propuesta de Reglamento parece otorgarles la capacidad de ejercer una especie de *censura privada*. Las importantes funciones que asumirán los proveedores de servicios para enjuiciar la "licitud" de los mensajes que se difundan a través de los mismos y para bloquearlos cuando concluyan que son "contenidos terroristas" los convierten en censores de la Red con potestades semi-públicas. Desde el punto de vista de las libertades y del pluralismo, esto debiera preocuparnos.

Por supuesto, los contenidos terroristas deben ser eliminados de internet. Pensemos, por ejemplo, en muchos de los discursos de los grandes líderes de Al-Qaeda o el Estado Islámico que continúan circulando por las redes, o en vídeos que instruyen sobre la confección de una bomba, y en la enorme influencia que han tenido y pueden seguir teniendo en la concreción de atentados. Se puede exigir a las compañías que elaboren programas que permitan, mediante el uso de algoritmos, la detección de aquellos contenidos presumiblemente ilícitos y peligrosos por estar vinculados con el terrorismo, pero no podemos dejar esta importante herramienta en las exclusivas manos de las grandes empresas privadas. Habría que adoptar mecanismos de supervisión, por parte de los poderes públicos (preferiblemente jueces), de los algoritmos que se usan y del escrutinio de contenidos que finalmente se ejecuta, fundamentalmente si ello conduce a la eliminación de los mismos o al cierre de páginas web. En definitiva, se abre el interrogante de: ¿quién debería decidir cómo deciden los algoritmos?

Hasta el momento, hemos venido funcionando, como hemos visto en el punto anterior de este trabajo, sobre las manifestaciones de la libertad de expresión en red, con una serie de garantías que no debiéramos perder de vista ante estas nuevas alternativas que se abren. También, la Directiva de 2017 sobre terrorismo indica, cuando se refiere a la posibilidad de cerrar páginas web porque en las mismas se lleven a cabo actuaciones susceptibles de ser considerados como apología o proselitismo del terrorismo, que "las medidas de eliminación y bloqueo deberán establecerse por procedimientos transparentes y ofrecer garantías adecuadas, sobre todo para garantizar que se limiten a lo necesario y proporcionado y que los usuarios estén informados de su justificación. Las garantías relativas a la eliminación o al bloqueo incluirán asimismo la posibilidad de recurso judicial" (art. 21.3). Esto último es fundamental.

En el fondo estamos volviendo al tradicional balance entre derechos e intereses, en este caso entre la libertad de expresión y la responsabilidad social de ayudar en la consecución de la seguridad, un balance que ha de seguir las tradicionales reglas de legalidad, finalidad, y proporcionalidad, y estar acompañado de las garantías adecuadas.

9. LIBERTAD RELIGIOSA

"La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los pilares de cualquier sociedad democrática, en el sentido del Convenio. En su dimensión religiosa figura entre los más esenciales elementos de identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. Es connatural al pluralismo, tan trabajosamente conquistado a través de los siglos, consustancial a dicha sociedad"
(TEDH, Asunto *Kokkinakis c. Grecia*, 1993)

9.1. CONVIVIR EN SOCIEDADES RELIGIOSAMENTE PLURALES. LA ISLAMOFOBIA

Un Estado democrático ha de dar respuesta a la pluralidad social y a la pluralidad de pensamiento existente en la sociedad. Y una de las expresiones de esa pluralidad se observa en el hecho religioso. Recordemos que el elemento religioso constituyó uno de los elementos decisivos del Constitucionalismo. Uno de los puntos de partida de este se encuentra en la Constitución norteamericana de 1787, en cuya primera enmienda se dispuso: "El Congreso no aprobarán ninguna Ley con respecto al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre ejercicio de la misma o que coarte la libertad de palabra o de prensa…". Con una orientación filosófica análoga, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) incorpora después un pronunciamiento asimismo "modélico" para futuros constituyentes y legisladores, al prohibir categóricamente la perturbación de cualquier ciudadano por la expresión de sus ideas religiosas. Así, el pluralismo religioso representó una de las conquistas simbólicas y el objetivo fundamental que pretendía el nuevo orden político y constitucional[320].

---

320 Sobre la recepción de la libertad religiosa en el el constitucionalismo puede verse: RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (2015): "La libertad religiosa como dimensión constitucional de la diversidad cultural", en RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo y RUIZ RUIZ, Juan José (Coords.), *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales. Las jurisprudencias nacional y europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 13-50.

Como indicó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una de sus primeras decisiones sobre la libertad religiosa, reflejando magníficamente la esencia de esta libertad, "(l)a libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, tal y como la protege el artículo 9, representa *uno de los pilares de cualquier sociedad democrática*, en el sentido del Convenio. En su dimensión religiosa figura entre los más esenciales elementos de identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. *Es connatural al pluralismo*, tan trabajosamente conquistado a través de los siglos, consustancial a dicha sociedad" *(asunto "Kokkinakis c. Grecia", 25 de mayo de 1993, p. 31).* Efectivamente, un factor muy importante de las democracias avanzadas es el otorgamiento de una amplia libertad individual para que se manifieste y actúe conforme a cualquiera de la amplia variedad de registros que alcanza el pensamiento, entre los cuales se encuentra el aspecto religioso. Porque, la libertad religiosa, junto a la libertad ideológica, u otras como la libertad de expresión, constituye una de las manifestaciones de la libertad de pensamiento. Supone el derecho a mantener las ideas sobre aspectos como el origen del hombre, la existencia o no de un Dios o de lo trascendente, el sentido del universo, etc.; a expresar esas ideas o a no hacerlo; a llevar una vida conforme a esas convicciones religiosas; y a participar en actos de culto. En definitiva, presenta una vertiente de vivencia interior y otra de exteriorización de la libertad religiosa.

La historia nos ha demostrado sobradamente como la cuestión religiosa, la imposición por la fuerza de una religión sobre otras creencias o las luchas de poder entre creyentes de diferentes religiones han sido causa de numerosos conflictos sociales o bélicos. Europa, que disfruta hoy de una paz religiosa sellada sobre el reconocimiento de la libertad religiosa, ha sido testigo de cruentas guerras en el pasado. Guerras parecidas siguen enfrentando hoy a las poblaciones de otros países por motivos religiosos. Pensemos en los conflictos entre judíos y palestino, o entre chiitas y suníes, por poner dos sencillos y conocidos ejemplos entre un panorama de tensiones y de enfrentamientos sangrientos, crueles, e inhumanos, que con estupor e indignación contemplamos casi cada día en diversas regiones del planeta, sin contar con el crecido número de estados que practican una intolerante religión de Estado.

No hace falta más que recordar que el yihadismo tiene un origen religioso. Este movimiento, que engloba a su vez a diversos grupos, trata de imponer sus creencias religiosas, o su particular y tergiversada forma de entender la religión musulmana, mediante la violencia y el terror, y busca hacerlo no solo en sus territorios de origen, sino en el resto del mundo. El terrorismo del que se viene hablando en este trabajo es de carácter religioso, o más bien cabe decir que las creencias religiosas son utilizadas como razón para alentar la comisión de atentados y para morir como mártires de la *yihad*.

Decía al comienzo de este trabajo que no debe confundirse yihadismo con islamismo y menos con islam. El islam constituye la base de la religión musulmana que, como otras religiones, se fundamenta sobre unos dogmas que siguen millones de ciudadanos en todo el mundo. Pero, no tiene nada que ver con la violencia o el terrorismo, con independencia de que determinados grupos se hayan querido aprehender de esos dogmas, interpretándolos a su manera, para justificar una violencia que no tiene ninguna justificación. A pesar de no ser lo mismo, se ha generado una confusión entre todos esos conceptos. Como consecuencia, desde que se desatase la ola de ataques terroristas, empezando por el 11-S y continuando hasta día de hoy, se ha agudizado el rechazo en las sociedades occidentales mayoritariamente cristinas hacia los individuos de creencias musulmanas que viven en ese territorio.

La tensión entre la mayoría establecida, inmersa en una situación arraigada y que se asume como inmutable, y la aparición progresiva de minorías como la musulmana, que reclaman su espacio, es un clásico. El rechazo en muchas ciudades española, por parte de vecinos, a la apertura de mezquitas en sus barrios es un ejemplo paradigmático de ello[321]. Aunque, podemos encontrar extremos de rechazo mucho más terribles como es el caso, geográficamente más lejano, del supremacista blanco que en marzo de 2019 disparó indiscriminadamente en Nueva Zelanda contra un numeroso grupo de musulmanes, causando un elevado número de muertes, tras confesar su odio hacia este colectivo.

---

321 Por poner un ejemplo, en el Informe sobre libertad religiosa en España, del año 2006, elaborado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, se relataban al menos ocho ataques a mezquitas en diferentes lugares de España: Gerona, Salt, Palafrugell, San Vicente de Castellet, Reus, Soria y Ceuta.

El incremento de la intolerancia ha convocado reiteradamente a los organismos internacionales, junto a las organizaciones de defensa de los derechos humanos, que no han cesado de realizar llamamientos para actuar y frenar su aumento. La denominada islamofobia fue denunciada por la Relatora Especial para la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa de Naciones Unidas, que criticó las medidas de lucha contra el terrorismo adoptadas sobre la base de la elaboración de perfiles discriminatorios y que se aplican teniendo en cuenta la presunta afiliación religiosa de las personas[322]. Ataques islamófobos quedan recogidos en el informe de la Plataforma Ciudadana contra la Islamofobia en España de 2015[323].

Cierto es que existen mecanismos para proteger legalmente los posibles ataques que pudieran producirse contra esta comunidad religiosa, aunque lo deseable sería que no fueran necesarios. Así, además del recurso a los mecanismos generales existentes para la protección al honor, la dignidad, o la igualdad, y los delitos comunes recogidos en los Códigos Penales, en España hay dos delitos que tienen una singularidad especial respecto de lo que venimos hablando: el delito de ofensa a los sentimientos religiosos[324] y los delitos de odio. Coincido con Rodríguez García en que si lo que finalmente se trata de proteger en el primero de los delitos es la convivencia democrática, no tiene justificación el sometimiento de esta materia a una

---

322 Informe del la Relatora Especial para la Eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa, de 17 de julio de 2009.

323 La Plataforma Ciudadana Contra la Islamofobia (PCCI) es una asociación ciudadana, independiente y plural, sin ánimo de lucro, cuyo objetivo es combatir la islamofobia, en todos los ámbitos, además de promover la participación de la ciudadanía en la consecución de una sociedad respetuosa, democrática, libre y plural.
De ello da noticia también Alejandro ROMERO (2018): "Los ataques islamófobos crecen en internet", *El País*, 2 de marzo de 2018.

324 Art. 524 y 525 Código Penal español. El art. 525.1 establece que "Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practica". Puede verse MORENO MOZOS, María del Mar (2018): "Delitos contra los sentimientos religiosos: un difícil equilibrio entre derechos fundamentales. Especial referencia a la legislación española", en MARTÍ SÁNCHEZ, José María y MORENO MOZOS, María del Mar (Coords.), *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*, Madrid, Dykinson, pp. 137-157.

regulación penal especial, pues la regulación del Derecho penal común sería suficiente, pudiendo encaminarse los posibles daños a la dignidad, la igualdad o el honor, en caso de que los hubiere (esta constituye otra cuestión controvertida), a través de ese Derecho común[325]. Respecto de los segundos, lo que se denomina "discurso del odio", abarca cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio hacia minorías, inmigrantes u otros colectivos[326]. La existencia de hechos delictivos de este tipo lamentablemente es una realidad. En España, según el Ministerio del Interior, la islamofobia constituyó el principal delito de odio en el año 2015, lo que corrobora el Informe anual sobre la islamofobia, 2015, de la plataforma ciudadana contra la islamofobia, y reiteraba el Informe de 2017, donde se recogen 547 incidentes islamófobos[327].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conocido de diversos casos sobre manifestaciones de opinión que no son amparables en el Convenio Europeo por constituir difusión del odio contra la comunidad islámica o un ataque a sus sentimientos religiosos.

> Tomemos como ejemplo de ataque contra la comunidad musulmana el asunto *Norwood c. Reino Unido* (2003). En el caso, un particular había expuesto un cartel en la ventana de su domicilio en el que se podían ver las Torres Gemelas de Nueva York en llamas y la mención "Islam fuera-Protegemos al pueblo británico", acompañado del símbolo de una media luna y una estrella con una señal de prohibición. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que esta imagen creaba un vínculo general entre un grupo religioso y un acto terrorista y los musulmanes, lo que resultaba contrario a los valores proclamados y garantizados por el Convenio, a saber, "la tolerancia, la paz social y la no discriminación". Constituía un ejemplo de discurso del odio dirigido contra la comunidad musulmana, por lo que el de-

---

325 RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio (2017): *Libertad religiosa y terrorismo islamista*, Madrid, Dykinson., p. 60.

326 Como señalaba el Tribunal Constitucional, "esos discursos quedan extramuros del ámbito de protección de la libertad de expresión y de la libertad religiosa, que no puede servir de cobertura porque suponen una incitación directa o indirecta a la violencia contra ciudadanos en general, o contra concretos ciudadanos que se hayan situados en determinadas situaciones" (STC 235/2007)

327 http://www.educatolerancia.com/wp-content/uploads/2018/03/Informe-Islamofobia-en-España.-PCCI-Informe-Anual-2018.pdf (Fecha de consulta: 19 de abril de 2019)

mandante no podía beneficiarse de la protección del artículo 10.1 del Convenio que reconoce la libertad de expresión.

Asimismo, en el *Caso I. A. c. Turquía* (2005), frente a la publicación de un libro ofensivo contra las creencias musulmanas, el TEDH entendió que la libertad de expresión encontraba sus límites cuando se ejercía mediante el uso de términos gratuitamente ofensivos o profanatorios por afectar el respeto por la libertad de conciencia, pensamiento y religión.

Sin embargo, en el caso *Aydin Tatlav c. Turquía*, de 2 de mayo de 2006, donde en un libro titulado *La realidad del Islam*, crítico con esta religión, apuntó que no veía un tono insultante en la presentación de ideas realizada por un no creyente ni para la persona de los creyentes, ni un ataque injurioso a los símbolos sagrados. Sostuvo que "aquellos que eligen ejercer la libertad de manifestar su religión, tanto si pertenecen a una mayoría como a una minoría religiosa, no pueden esperar hacerlo razonablemente al abrigo de toda crítica. Estas personas deben tolerar y aceptar el rechazo de sus creencias religiosas por parte de otras personas e incluso la propagación por otros de doctrinas hostiles a su fe".

El caso de las caricaturas de Mahoma podía haber sido otro ejemplo, pero el recurso fue declarado inadmisible por el Tribunal Europeo, por una razón procesal, y no hubo pronunciamiento sobre el fondo (Asunto *El Mahi y otros c. Dinamarca*, de 11 de diciembre de 2006).

La islamofobia, como el odio a otras comunidades religiosas, constituye una cuestión pendiente en muchos países europeos y un reto para nuestras sociedades democráticas. No podemos olvidar que esas sociedades son cada día más plurales, también religiosamente hablando. El mundo global en el que vivimos y los grandes movimientos migratorios conducen a la necesaria convivencia con las minorías que llegan para trabajar y vivir en Europa. Conseguir evitar el rechazo indiscriminado hacia los colectivos musulmanes, al tiempo que promover la integración en nuestra sociedad, ha de ser un objetivo prioritario también en la lucha contra el terrorismo. Ello es así, por un lado, por una cuestión de respeto a los derechos, entre ellos a la libertad religiosa y al valor de pluralismo que toda sociedad democrática debe servir. Como decía Martín-Retortillo, hoy "no queda más remedio que apostar de forma inexcusable, decidida y franca por la más abierta convivencia, desde el sentimiento de que ya no encuentra encaje en nuestro tiempo el desconocimiento del pluralismo y el cierre de fronteras ideológicas y de conciencia. ¡Quién pensaría poner hoy puertas al campo en un mundo que además está eliminando las fronteras! La responsabilidad del Estado a este respecto —comprendidas por supuesto todas sus organizaciones, todas sus autoridades y agentes—, resultará relevante, a

la par que debe ser asumida con entera normalidad"[328]. Una sociedad democrática quedaría desprovista de todo sentido si estuvieran ausentes el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura.

Además, por otro lado, la convivencia y la integración de las minorías musulmanas en Europa se ha convertido en una necesidad más acuciante al detectarse que muchos de los autores de los atentados yihadistas y de los denominados combatientes terroristas extranjeros son musulmanes que viven en Europa después de muchos años, incluso han nacido allí o poseen la nacionalidad de alguno de los países europeos, pero se sienten desarraigados, no integrados en la sociedad donde debieran sentirse acogidos, y muestran un odio y rechazo hacia la misma que canalizan a través del ideario propio del yihadismo. Estos individuos se convierten en las víctimas idóneas de los movimientos yihadistas y de su propaganda de captación y adoctrinamiento. Poner freno a esta falta de integración debiera constituir, entre otras muchas, por supuesto, una herramienta básica para atacar el problema del terrorismo yihadista desde la raíz.

El desafío se encuentra en alcanzar los objetivos que se incluían en las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas[329], a saber, luchar contra toda forma de discriminación en general, y la islamofobia en particular, mediante el reconocimiento, el respeto y la promoción de la multiculturalización, especialmente religiosa, de sus sociedades. Para ello recomienda dos medidas fundamentales: la educación y la información[330]. Como también reiteraba Gerardo Ruiz-Rico, "la

---

328 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (2006): *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, pp. 68-69.

329 Continuando con la línea de la Resolución 18 de la Comisión de Derechos Humanos de 1994 sobre "Aplicación de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones" y la Declaración de la Asamblea General sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, Resolución 36/55, de 25 de noviembre de 1981.

330 Es un prejuicio que no es combatido en la escuela, donde ni los profesores, ni los manuales escolares abordan adecuada y pedagógicamente el mundo árabe y el Islam. La necesidad de revisar los textos y formar al profesorado desde una perspectiva intercultural, de libertad religiosa y tolerancia, se ponen de manifiesto cotidianamente

diversidad cultural y religiosa plantea la exigencia de modificar —o por lo pronto ofrecer una lectura "adaptada" a la nueva realidad social —los patrones constitucionales y legislativos del viejo Estado liberal."[331]

9.2. LIMITACIONES A DETERMINADOS CÓDIGOS DE INDUMENTARIA RELIGIOSA O CULTURAL. EL CONFLICTO ENTRE LA EXPRESIÓN RELIGIOSA Y LA PRETENDIDA SEGURIDAD

Otra de las formas de manifestación de la libertad religiosa y de culto consiste en actuar o vestir conforme a esas convicciones religiosas. Un cierto interés viene suscitando desde hace años en algunos países europeos la presencia en ciertos lugares públicos de mujeres musulmanas tocadas con el velo tradicional (el denominado "foulard islamique" en Francia, o velo o pañuelo islámico en España) o el uso de otras indumentarias o la barba[332] como manifestaciones religiosas. La cuestión del uso público de esas prendas ha ido abriendo el debate, en la mayor parte de las ocasiones, al enfrentar estas prácticas al principio de laicidad del Estado, sin existir una solución legal homogénea en todos los países europeos, ni una línea jurisprudencial clara y uniforme al respecto[333]. En todo caso, el tema ha suscitado mayores discusiones cuando hablamos del uso del burka o velo integral[334].

---

y es prioritario si se quiere evitar que el prejuicio anide en la escuela. Los mensajes de muchos medios de comunicación son otro factor del crecimiento de la islamofobia.

331 RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (2015): "La libertad religiosa como dimensión constitucional…", *op. cit.*, pp. 22-23.

332 Piénsese en el caso de la circular de una universidad turca que prohibía el uso del velo por las mujeres o de la barba en las aulas (STEDH caso *Leyla Sahín c. Turquía*, de 10 de noviembre de 2005)

333 Ejs: Asuntos resueltos por el Tribunal de Estrasburgo *Lucia Dahlab c. Suiza*, de 15 de febrero de 2001; *Leyla Sahín c. Turquía*, de 10 de noviembre de 2005; *Kervanci y Dogru c. Francia*, de 4 de diciembre de 2008.

334 LASAGABASTER, Iñaki (2004): "El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 69; GARCÍA URETA, Agustín (2005): "El velo islámico ante los tribunales británicos", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* 666 (28 de abril); VALERO HEREDIA, Ana (2015):

Como ahora veremos, algunas de las medidas antiterroristas, *pretendidamente* amparadas en la salvaguarda de la seguridad nacional, han vuelto a poner la atención sobre este conflicto, pues algunas de dichas medidas han ido dirigidas a la limitación del uso de determinadas prendas (que son manifestación de las propias convicciones religiosas) en los espacios públicos o a la obligación de desposeerse de cierta indumentaria religiosa en puntos concretos de control de seguridad. Obviamente, en todos esos casos la limitación al ejercicio de la propia libertad personal es general, amparada en una pretendida salvaguarda de la seguridad, y no va dirigida a individuos concretos sobre los que recaiga una fundada sospecha de poder estar involucrados en actos contra tal seguridad.

El Tribunal Europeo de derechos Humanos ha señalado que "el Estado puede limitar la libertad de manifestar una religión, por ejemplo, el llevar el velo islámico, si el ejercicio de esta libertad choca con el objetivo de garantizar la protección de los derechos y libertades de otros, del orden y la seguridad públicas"[335]. Pensemos, entre otros asuntos, en la aceptación de la obligación de despojarse de determinadas prendas "religiosas" en los controles de seguridad impuestos en los aeropuertos (*Phull c. Francia*, 2005) o a la entrada de los consulados (*El Morsli c. Francia,* 2008). Tampoco consideró contrario a la libertad religiosa la obligación de un sikh de quitarse el turbante, que normalmente lucen recogiendo el pelo, para realizarse las fotos para el documento de identidad, imposición que igualmente se había fundado en medidas de seguridad (*Mann Singh c. Francia*, 2008). No obstante, estos mismos hechos fueron presentados para su análisis ante el Comité del Derechos Humanos de Naciones Unidas, donde sí se entendió que hubo vulneración del derecho a la libertad religiosa, pues los requerimientos que se exigían para un documento de identidad eran desproporcionados[336].

"Género y libertad de conciencia: el uso público del velo integral en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales", Vicente GIMENO SENDRA y M. Teresa REGUEIRO GARCÍA, Madrid, Universitas Editorial, pp. 193-204.

335 *DOGRU* c. Francia, 2008.

336 *Shingara Mann Singh v. France* (2013), UN Human Rights Committee CCPR/C/108/D/1928/2010

También como medida argüida en la lucha por salvaguardar la seguridad pública, algunos Estados[337] han adoptado normas prohibiendo el uso de ciertas prendas, que se usan en cumplimiento de las propias creencias, en los espacios públicos[338]. Este fue el argumento utilizado en Francia en la Ley sobre la ocultación del rostro en espacios públicos[339] que, entre otros, proscribe el *burka* (que tapa incluso los ojos con una rejilla) y el *niqab* (que oculta todo el cuerpo menos los ojos), que solo utilizan una mínima parte de las musulmanas pero que generan en Europa un evidente rechazo y un vivo debate. La razón alegada (entre otras) fue que bajo esas prendas podría ocultarse alguien para cometer un delito o incluso perpetrar un ataque terrorista.

La realidad que late en el fondo de la polémica es que en la mente de algunos ciudadanos se realiza un paralelismo imaginario con ataques con explosivos bajo el burka perpetrados en territorios de Oriente Medio. Y ese miedo (a mi entender infundado) es lo que Francia trató de utilizar solapadamente para justificar la prohibición. Lo que intento decir es que posiblemente el uso de la prenda no genere un riesgo, en el sentido de que puede ser utilizada para ocultar o facilitar la comisión de un atentado, aunque sí debiera ser removida para asegurar la identificación de una persona; O, si se quiere, se podría defender su no uso por la presunta posición en la que sitúa a la mujer, pero no por razón de seguridad, por riesgo a que ello pueda ser un elemento que ayude a la comisión de un atentado.

Más bien se trata de otro tipo de miedo, también infundado. Como acertadamente indicaba García Pascual, efectivamente, el debate se sitúa en el marco del discurso del miedo, "que tendría una dimensión global como

---

337 La prohibición general en cualquier espacio público y en todo el territorio se ha dado solo en algunos Estados, pero podemos encontrar dicha prohibición en determinados cantones en Suiza, en algunos municipios en Italia, Países Bajos o España (declarado no conforme a la ley), en el ámbito educativo (Alemania), etc.

338 MOTILLA, A.: "La prohibición del burka islámico en Europa y España: reflexiones de *iure condendo*", Anuario de derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXVIII, 2012, pp. 171-196.

339 Ley francesa nº 2010-1192 de 11 de octubre de 2010 sobre la prohibición de la ocultación del rostro en los espacios públicos.

tantos otros fenómenos de nuestros días y que explicaría el extendido sentimiento colectivo de vivir acuciados por múltiples peligros, por una constante sensación de inseguridad. El relativo bienestar alcanzado por los países del primer mundo no serviría para calmar las preocupaciones de sus poblaciones. Un malestar que sería aquí difícil de justificar, (a pesar de la alarma terrorista), teniendo en cuenta que se trata de sociedades extremadamente seguras, comparativamente y en términos históricos, pero el miedo no parece atender a cifras o datos se construye sobre generalizaciones, reduccionismos, sobre el pasado más inmediato, tal vez sobre los últimos atentados en Europa, reforzando siempre la visión del otro como una amenaza"[340].

La citada ley francesa fue recurrida ante el Tribunal de Estrasburgo por una mujer musulmana que consideró que el hecho de que deba descubrirse el rostro en los espacios públicos era un atentado a la vida privada y la libertad religiosa y de pensamiento. La respuesta del Tribunal, dictada en el asunto *S.A.S c. Francia* (2014), sin embargo, no le amparó en su posición. Entendió que ese era uno de los límites que podía imponer el Estado en la salvaguarda de la seguridad y para garantizar las condiciones necesarias de convivencia; argumentos, ambos dos y particularmente este segundo, poco convincentes. Como se recogió en los votos particulares, en la sentencia, en realidad, se sacrifican derechos individuales por principios abstractos como la convivencia, cuestión a la que hacíamos referencia precisamente en el punto anterior.

Bélgica, de igual modo, prohibió el uso de estas prendas, con la Ley de 1 de junio de 2011 de prohibición de atuendos que cubran el rostro[341]. Al igual que lo había hecho el Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal Constitucional belga consideró que ello no implicaba violación de la libertad religiosa por ser una prohibición necesaria para proteger el orden público y la seguridad pública[342].

---

340 GARCÍA PASCUAL, Cristina (2016): "Ciudadanía y vida social bajo el velo integral", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 33, p. 43.

341 *Loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage.*

342 Sentencia 145/2012, de 6 de diciembre. RELAÑO, Eugenia: "Las dos caras del Dr.Jekyll: las prohibiciones del velo integral a debate", Debates Jurídicos, n.º 5, 2015, pp. 3-33.

Austria aprobó posteriormente, el 16 de mayo de este 2017[343], una ley que también prohíbe el uso del velo integral o cualquier prenda que cubra el rostro en los espacios públicos, aunque la medida parece fundarse menos en la seguridad pública y más en la consideración de una prenda "antisocial", según su expresión, o poco integradora, precisamente el segundo de los argumentos utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para considerar legítima la prohibición del uso del velo integral en Francia en el asunto *S.A.S. c. Francia,* citado arriba.

9.3. EL CIERRE DE MEZQUITAS Y LUGARES DE CULTO

Decíamos que la libertad de culto constituye un contenido esencial de la libertad religiosa. La religión, junto a una vertiente individual (conciencia individual), se manifiesta indefectiblemente también como una realidad social[344]. Y esa vertiente colectiva de expresión externa, como la participación en las actividades de culto, conlleva en muchas ocasiones la necesidad de reunirse en lugares pensados para ello. Tan esencial es esta faceta de la libertad religiosa que cuentan que el César Galerio, próximo a la muerte, decidió proclamar un Edicto que vino a constituir el primer estatuto oficial de tolerancia frente a aquella que se preveía como nueva religión en el Imperio. El Edicto rezaba: "existan de nuevo los cristianos y celebren sus asambleas y cultos, con tal de que no hagan nada contra el orden público"[345].

En cierto modo, el ejercicio de la libertad de culto supone a su vez el ejercicio del derecho de reunión o manifestación al que haré alusión posteriormente. Se ha defendido que la participación en una celebración religiosa constituye ejercicio del derecho de reunión, incluso aunque no

---

343 *Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz-AGesVG, nr. 62/2017.*

344 MARTÍ SÁNCHEZ, José María (2003): "Derecho común de reunión y asociación y fenómeno religioso", Alberto de la Hera, Agustín Motilla y Rafael Palomino (Coords.), *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas*, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 17 y 18.

345 PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (2010): *Libertad religiosa y espacios públicos*, Madrid, Thomson Reuters, p. 137.

exista una convocatoria previa formal, como puede producirse en otras reuniones[346]. La Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa (LOLR) indica que esta libertad comprende el derecho de toda persona "a reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos". Bien es cierto que este contenido concreto no aparece en los textos supranacionales de reconocimiento de derechos humanos, tan solo se recoge expresamente en la Declaración de la ONU sobre la Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (25 de noviembre de 1981), que indica como uno de los contenidos de la libertad religiosa: "el practicar el culto *o celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones*, y de fundar y mantener lugares para estos fines" (art. 6.1 a).

El ejercicio de la libertad de culto se puede llevar a cabo en lugares públicos cerrados (ej. ceremonias en un templo), que se rigen por la LOLR[347] o en lugares de tránsito (ej. ceremonias en la vía pública o procesiones), que quedan bajo la regulación de la Ley Orgánica que regula el derecho de reunión.

Por lo tanto, a las reuniones de carácter religioso le asisten las mismas garantías que a la libertad de reunión y la libertad religiosa e igualmente las mismas limitaciones que el ordenamiento les reserva: derechos y libertades de los demás, la seguridad pública, la salud pública y la moralidad pública. No se recoge, sin embargo, expresamente en el ordenamiento que la seguridad nacional pueda ser un límite al ejercicio de la libertad religiosa.

Por lo que ahora nos interesa, lo cierto es que las medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo yihadista han afectado especialmente a esa

---

346 LÓPEZ ALARCÓN, M. (1996): "Tutela de la libertad religiosa", en J. Ferrer Ortiz (Coord.) *derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona, p. 172.

347 La ley Orgánica 9/1983 exime de su ámbito de aplicación las reuniones que se celebren en lugar cerrado "las entidades legalmente constituidas", esto es, la situación en la que se encuentran al menos, la Iglesia Católica y las confesiones musulmana, protestante y judía. En todo caso, las reuniones en lugares cerrados ni siquiera han de comunicar a la autoridad competente su celebración, excepto para solicitar presencia o colaboración de la misma.

faceta del derecho de reunión que confluye con el ejercicio de la libertad religiosa: la celebración de actos de culto.

En concreto, en España, los lugares donde se llevan a cabo las reuniones con carácter religioso y los actos de culto constituye un tema objeto de litigio en cuanto a su regulación. Las mayores dificultades las han encontrado las comunidades islámicas para hacer efectivo el art. 2 del Acuerdo firmado por esta Confesión con el Estado español aprobado por Ley 26/1992, de 10 de diciembre, que les reconoce el derecho a tener un lugar de culto. Más que con las autoridades, la oposición a la apertura de tales centros de culto (mezquitas y oratorios islámicos) ha venido, bastantes veces, de los vecinos próximos a tales lugares[348]. Disposiciones de los poderes públicos que ponen trabas a la construcción de mezquitas, por la tendencia a relacionarlas con un posible foco de islamismo radical y por la islamofobia que late en el fondo, pueden encontrarse igualmente en Francia, Italia[349] o Suiza[350].

En relación con los lugares de culto, después de los atentados del 11-M surgieron en España propuestas directamente relacionadas con la preservación de la seguridad pública y el ejercicio de la libertad religiosa, propuestas derivadas de algunas resoluciones judiciales. Se puso de manifiesto cómo las mezquitas, "practicando con libertad plena la religión musulmana, progresivamente empezaron a ser utilizadas para convencer a los que allí concurrían acerca de la imperiosa necesidad de defender a ultranza sus postulados religiosos e imponerlos a todo no creyente o infiel por cualquier medio, por coercitivo que fuera, incluyendo acabar con la vida de todo humano que, integrado en una sociedad democrática o no, se opusiera a la instauración de un Estado islámico bajo el imperio de la *sharia* o Ley islámica en su interpretación más radical, extrema y

---

348 MARTÍ SÁNCHEZ, José María (2003): "Derecho común de reunión…", *op. cit.*, p. 37. Los rechazos que genera la instalación de mezquitas llevó al Parlament de Catalunya a aprobar la Ley 16/2009, de 22 de julio, de centros de culto. Una Ley que fue desarrollada posteriormente por Decreto 94/2010. RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio (2017): *Libertad religiosa y terrorismo…*, *op. cit.*, p. 177.

349 MARCHEI, N. (2017): "Le nuove leggi regionali antimoschee", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, nº 25.

350 TEDH asuntos *Ouardini c. Suiza* y *Asociación "Liga de musulmanes de Suiza" c. Suiza*, de 26 de junio de 2011.

minoritaria. Para ello pretendían crear un profundo terror colectivo en dichas sociedades para conseguir por este medio doblegarlas y someterlas a sus postulados"[351].

El problema fundamental se sitúa en los oratorios o lugares de culto clandestinos vinculados a comunidades islámicas no inscritas que, al no poderse calificar jurídicamente de lugares de culto, quedan a salvo de la aplicación de la Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión[352] y donde las dificultades para suspender las actividades ilegales que en ellas pudieran realizarse son mucho mayores. Así sucedió, en cierto modo, con la denominada "mezquita" de Ripoll (Barcelona) donde, según el Auto de la Audiencia Nacional de 22 de agosto de 2017, predicaba Abdelbaki Es Satty, que se relacionó con los atentados de la Rambla de Barcelona (agosto 2017). Era un lugar que no cumplía con los requisitos exigidos por la normativa de centros de culto y que, sin embargo, seguía funcionando como lugar de reunión y culto religioso.

De igual modo, desde que comenzó la oleada de atentados en Francia en 2015, en las autoridades de este país, se despertó un particular interés por las reuniones en lugares de culto religioso, de nuevo las Mezquitas, por ser espacios donde se ha producido una radicalización de feligreses asistentes. Por dicha causa, con posterioridad a los atentados de 2015, se cerraron una treintena de ellas en Francia. La *Loi relative à l'état d'urgence* se modificó en 2016 incluyendo la potestad del Ministro del interior o el Prefecto de un Departamento de "ordenar el cierre provisional… de lugares de culto en el seno de los cuales se conoce del propósito de provocar el odio o la violencia o una incitación a la comisión de actos de terrorismo o que sean apología de tales actos" (art. 8)[353]. Esto mismo

---

351 José Antonio RODRÍGUEZ GARCÍA pone como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional 36/2005, de 26 de septiembre, en *Libertad religiosa y terrorismo islamista*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 50. Idem en STS 1064/2002; STS 556/2006, de 31 de mayo; STS 3691/2016, de 27 de julio; STS 1643/2017, de 26 de abril). RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio (2017): *Libertad religiosa y terrorismo islamista*, Madrid, Dykinson.

352 Ibidem, p. 175.

353 El periodo máximo de cierre está establecido en 6 meses. Cuando se decida dicho cierre se conceden a los responsables de dicho centro un periodo de 48 hs. para interponer un recurso administrativo ante los tribunales administrativos.

vino a consolidarse con la aprobación de la *LOI n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, cuyo art. 2 modificó el Código de seguridad interior francés y estableció que, "con el único fin de impedir la comisión de actos de terrorismo, el representante del Estado en el departamento o, en París, el Prefecto de Policía, podrá ordenar el cierre de los lugares de culto en los que las declaraciones, ideas o teorías difundidas o las actividades realizadas provoquen violencia, odio o discriminación, provoquen la comisión de actos de terrorismo o toleren tales actos". La medida, aun pudiendo estar justificada en el caso de difusión de ideas apologetas del terrorismo, *de facto*, impone un límite al ejercicio de la libertad religiosa al afectar al derecho de reunirse para practicar actos de culto o intercambiar opiniones, con dudosas garantías y cabe también por la difusión de teorías que difundan la discriminación, por ejemplo.

Tras las elecciones presidenciales de mayo de 2017 en Francia, se anunció la reapertura de la mezquita Al-Rawda[354], pero con grandes medidas de seguridad, entre ellas el establecimiento de un sistema de videovigilancia para "prevenir la constitución de grupos incontrolados, susceptibles de difundir mensajes radicales", o "comportamientos y expresiones contrarias a los valores de la República" en ese lugar de culto o en sus alrededores.

El establecimiento de la videovigilancia de los lugares de culto islámico también se planteó en España. Estamos de acuerdo con Rodríguez García[355] en que ello no haría más que criminalizar a la religión musulmana. Pero, conforme a la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, de utilización de video-cámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad, está permitido el uso de cámaras fijas en las vías y espacios públicos, y entre ellos cabría pensar en las inmediaciones de una mezquita, siempre

---

354 VICENT, Elise (2017): "Le ministère de l'intérieur autorise la réouverture de la mosquée de Stains", *Le Monde*, 11 de mayo de 2017. http://www.lemonde.fr/societe/article/2017/05/11/le-ministere-de-l-interieur-autorise-la-reouverture-de-la-mosquee-de-stains_5125784_3224.html#ma74qFvMi0QoDQWA.99

355 RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio (2017): *Libertad religiosa…, op. cit.,* p. 183.

que se dé la necesidad y publicidad sobre la presencia de dichas cámaras que exige la Ley.

Alguna decisión del TEDH también ha constatado como las mezquitas son utilizadas como lugares de reunión de fundamentalistas islámicos para difundir sus doctrinas y reclutar adeptos para la *yihad*[356].

En el pasado ya había acaecido en Europa algún caso que podría recordarnos a lo descrito. Uno de ellos fue conocido por la Corte de Estrasburgo en 2010.

> En el asunto *Ahmet Arslan y otros c. Turquía* (2010), los recurrentes, que pertenecían a un grupo religioso musulmán, participaron en una ceremonia religiosa junto a una mezquita llevando sus vestimentas religiosas. En el transcurso de dicha reunión pública se produjeron varios incidentes, muchos de los partícipes fueron arrestados ante el Tribunal de Seguridad Nacional por haber incumplido la legislación antiterrorista y poner en riesgo la seguridad pública. Luego fueron procesados por ello, negándose a quitarse su indumentaria religiosa, a pesar de haberlo solicitado el tribunal, y finalmente fueron condenados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que los condenados eran ciudadanos ordinarios y el modo en que vestían en ese acto religioso en un lugar público no pudo suponer en ningún caso una amenaza para el orden público o para terceros, ni ejercieron ningún tipo de presión a los viandantes, por lo que consideró que se habían vulnerado sus derechos fundamentales.

356 Asunto *Belkacem c. Bélgica*, de 27 de julio de 2017.

10. DERECHO DE REUNIÓN

"Los derechos fundamentales sólo pueden ser definidos como resultado del poder comunicativo de ciudadanos reunidos a tal fin en la public realm"
(Hannah Arendt: *La condición humana*, 1993)

10.1. DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN COMO ALGO ESENCIAL AL ESTADO DEMOCRÁTICO

El derecho de reunión y manifestación constituye uno de los pilares básicos de cualquier Estado democrático, sin ellas no es posible una de las facetas más importantes de la libertad de pensamiento y conciencia cual es la libre expresión de las mismas de una forma colectiva[357]. Un Estado democrático se fundamenta en la pluralidad política e ideológica y en la libertad para manifestarla de modo individual o colectivo y de muy diversas maneras. El Estado no solo debe proteger tales derechos, sino que está obligado a fomentar dicha participación, como se desprende del art. 9.2 de la Constitución española. El derecho de reunión forma parte de lo que se califican como derechos políticos, que son el corolario de los de libertad personal, pues los complementan, proyectando el ejercicio de las libertades individuales sobre la libertad colectiva. Constituye un instrumento fundamental para la formación de la opinión pública, alcanzando a la preformación de la voluntad política. Es más, estamos hablando de un derecho que en muy buena medida puede compensar las oportunidades de influencia en la formación de la opinión de ciertos sectores o grupos sociales con menor capacidad de estar representados y hacerlo de una manera directa e inmediata[358]. Resaltar todas las virtualidades del derecho de reunión y subrayar ahora su valía es importante para entender posteriormente como las limitaciones que puedan imponerse a su ejercicio han de constituir siempre la excepción.

---

357 TORRES MURO, Ignacio (1991): *Derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2002): *Derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas.

358 SOLOZABAL ECHEVARRÍA, Juan José (2001): "La configuración constitucional del derecho de reunión", *Parlamento y Constitución*, nº 5, p. 107.

A pesar de la centralidad de este derecho en democracia, y al igual que otros derechos fundamentales que en este trabajo se han analizado, los derechos son realidades limitadas. No hay derechos absolutos o ilimitados. Su ejercicio puede verse restringido por la protección de otros intereses o para la salvaguarda de determinados valores. Y esto es lo que ha venido sucediendo también respecto del derecho de reunión en el intento de salvaguardar la seguridad frente a los ataques terroristas.

Desde luego, en todo Estado, la salvaguarda de la seguridad, el orden público y la persecución del delito (entre ellos, la lucha contra el terrorismo), constituyen una constante. Ahora me interesa especialmente determinar qué puede afectar al orden público y a la seguridad de tal modo que justifique una limitación en el ejercicio del derecho de reunión tal como reconoce el art. 21.2 CE, u otras Constituciones o textos supranacionales. Todo ello sin olvidar que pueden plantearse diversos escenarios: Uno es aquel en el que se adoptan medidas prospectivas ante la sospecha de que la reunión pudiera ser ilegal; otra posible es que los propios participantes en una reunión puedan estar llevando a cabo un acto ilícito en la celebración de la misma o quebrar el orden público con su actuación; y otra distinta es la prohibición de reuniones en determinados lugares para salvaguardar la seguridad. En este último caso estaríamos hablando de que, para evitar un riesgo para la seguridad de los ciudadanos, se prohíbe la celebración de una reunión porque la aglomeración de individuos pueda ser objetivo de un posible ataque terrorista. Asimismo, conviene pensar si en esa lucha contra el terrorismo cabe, y de qué modo, limitar el ejercicio del derecho de reunión en un lugar cerrado. Lo cual ha cobrado notoriedad en relación a las mezquitas, donde las reuniones de carácter presuntamente religioso han sido utilizadas para adoctrinar en la lucha yihadista, cuestión a la que me he referido anteriormente y a lo expuesto allí me remito.

10.2. EL DERECHO DE REUNIÓN PACÍFICA Y SUS LIMITACIONES: LA SEGURIDAD Y EL ORDEN PÚBLICO

El derecho de reunión constituye la más elemental de las libertades individuales de ejercicio concertado[359]. Es un derecho de libertad o de autono-

[359] En este sentido, véase STC 85/1988, de 28 de abril.

mía referido a un ámbito de autodeterminación de la conducta de la persona, consistente precisamente en su libertad para congregarse con otras según sus propias preferencias. En todo caso, nuestra Constitución, tal y como sucede con otros derechos y libertades, no define lo que deba entenderse por reunión. Tampoco lo hace la Ley L.O. 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, aunque sí establece una delimitación de las reuniones sujetas a sus prescripciones. En realidad, el hecho de que no exista una definición legal de reunión resulta razonable si se parte del carácter omnicomprensivo que se pretende dar a la protección que otorga el derecho constitucional de reunión[360].

El derecho de reunión es un único derecho que encierra diversas modalidades de ejercicio: puede tratarse de reuniones en lugares cerrados o en lugares de tránsito público, pudiendo ser estas últimas estáticas o dinámicas como las manifestaciones.

Las reuniones requieren de un concierto previo[361], esto es, de un conocimiento previo de la convocatoria de la reunión a la que posteriormente se asiste con carácter voluntario y con un fin determinado, que ha de ser lícito. Y es que, el derecho de reunión amparable en nuestro texto constitucional, al igual que en otros textos constitucionales de nuestro entorno y en el Convenio Europeo de derechos Humanos (art. 11)[362], es el derecho a una reunión pacífica (art. 21 CE)[363]. Así pues, el carácter *pacífico* es un

---

360 El Tribunal Constitucional definió el derecho de reunión como un derecho autónomo intermedio entre la libertad de expresión y el derecho de asociación, de titularidad individual y ejercicio colectivo para la exposición y debate de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas (STC 85/1988, de 28 de abril)

361 En consecuencia, se inclina por desestimar la existencia de una reunión en lugar de tránsito público cuando en dicha reunión no se aprecia con claridad el elemento de la concertación previa. La reunión conlleva una concurrencia concertada —y no una mera aglomeración o confluencia casual de transeúntes —con un propósito lícito (STC 85/1988, de 28 de abril)

362 Véase también el art. 20.1 de la Declaración Universal de derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; en el art. 21 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; art. 12 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000.

363 El que la reunión sea pacífica y sin armas, es recogido por todos los textos constitucionales modernos que lo toman a su vez de la Constitución francesa de 1791. TORRES DEL MORAL en GIMENO SENDRA et al. (2007), *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, 1a ed. Madrid, Edisofer, p. 194.

elemento constitutivo del contenido esencial del derecho de reunión, no se trata realmente de un límite. Cuando la reunión no es pacífica no se está ejercitando el derecho de reunión protegido por nuestra Constitución. Ello excluye cualquier tipo de violencia sea física o moral sobre terceros de carácter intimidatorio o sobre la propiedad.

De esta naturaleza pacífica que ha de tener el derecho de reunión y de la necesidad de salvaguardar el ejercicio de los derechos de terceros o bienes individuales o generales cabe derivar limitaciones a su ejercicio. Como decíamos más arriba, al igual que muchos otros derechos, el derecho de reunión no es un derecho absoluto y caben restricciones en su ejercicio[364]. Posiblemente el Convenio Europeo de derechos Humanos sea el que recoja un listado más amplio de limitaciones al ejercicio de la libertad de reunirse, lo cual puede comprobarse, si se atiende al tenor literal de su art. 11: "El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos". Nos iremos deteniendo más abajo en gran parte de estos elementos limitadores.

El modelo constitucional español opta por el ejercicio del derecho de reunión como una libertad que solo requiere de comunicación a la autoridad gubernativa cuando se vaya a desarrollar en un lugar de tránsito público. El art. 21.2 CE indica que, en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes. Así, la autoridad gubernativa tiene la facultad de prohibir una manifestación si estima *razonadamente* que concurren indicios de que ello pueda producirse (STC 66/1995, de 8 de mayo; STS de 4 de marzo de 2002, Sala Tercera). La alteración del orden público como causa de suspensión o disolución de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se encuentra

364 Probablemente la sentencia que de forma abordó de forma más clara por primera vez las limitaciones al derecho de reunión y manifestación fue la STC 66/1995, de 8 de mayo.

estrechamente ligada al carácter pacífico como constitutivo del derecho de reunión constitucionalmente protegido. La expresión "orden público" tiene aquí un sentido material al imbricarse expresamente con el peligro para las personas y los bienes. Se refiere a una situación de hecho concreta: se transgrede el orden público cuando el desorden externo en la calle pone en peligro la integridad de personas o bienes. En todo caso, las razones han de ser fundadas y ha de respetarse el principio de proporcionalidad[365] a la hora de tomar la decisión prohibitiva.

Por otro lado, hay reuniones que, por contrariar ese fin pacífico que deben tener las reuniones, son consideradas ilícitas. Así, volviendo al ejemplo de España, la L.O. 9/1983, de 15 de julio, establece también que "son reuniones ilícitas las así tipificadas por las leyes penales" (art. 1.3). En efecto, el art. 513 del Código Penal contempla dos supuestos de ilicitud. En primer lugar, "las reuniones que se celebren con el fin de cometer algún delito". Y en segundo lugar, "aquellas a las que concurran personas con armas, artefactos o explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos"; estas serían constitutivas de un delito de los que se denomina de peligro abstracto. De forma similar, serán suspendidas y disueltas las reuniones en las que los asistentes hagan uso de uniformes paramilitares (art. 5.c de la Ley Orgánica que regula el derecho de Reunión), en la presunción de que las reuniones en las que la mayor parte de los asistentes aparezcan ataviados con uniformes paramilitares tendrán por objeto la comisión de actos violentos.

Otra ley que vino a establecer de forma más determinada y restrictiva el ejercicio de la libertad de reunión es la Ley 4/2015, de protección de segu-

---

365 Por ello advierte el Tribunal Constitucional que, incluso en los supuestos en los que existan razones fundadas de que una concentración puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes, la autoridad gubernativa, aplicando criterios de proporcionalidad, antes de prohibirla deberá utilizar, si ello es posible, la facultad que le reconoce el citado artículo 10 LO derecho reunión (STC 66/1995), por lo que sólo podrá prohibirse la concentración en el supuesto de que, por las circunstancias del caso, estas facultades de introducir modificaciones no puedan ejercitarse.

ridad ciudadana (ese y otros motivos llevaron a conocerla por el calificativo popular de "Ley mordaza"[366]).

Por último, debemos recordar que el derecho de reunión, como otros, es uno de los que cabe limitar en caso de declararse el estado de excepción o el de sitio. Es interesante subrayar esto pues, precisamente, los ataques terrorista yihadistas han obligado a algunos Estados al uso de instrumentos de excepcionalidad para hacer frente a dicha situación, trayendo como consecuencia una minoración de las garantías del derecho de reunión (entre otros).

10.3. PROHIBICIÓN DE CELEBRACIÓN DE UNA REUNIÓN POR ENALTECIMIENTO O APOLOGÍA DEL TERRORISMO

Una cuestión sobre la que se debe reflexionar es sobre cuándo podemos considerar que una reunión se va a celebrar para la comisión de un delito y por lo tanto prohibirla, porque, si la comisión del delito se produce durante la celebración de la misma, la respuesta parece más sencilla. En todo caso, en el análisis posterior una cosa nos llevará a la otra. Cuando nos planteamos la posibilidad de impedir preventivamente la celebración de una reunión, de lo que hablamos es de la licitud de la finalidad de la reunión. Ahora bien, como recordaba Solozabal, "el examen del objeto de las reuniones a celebrar no permite otra cosa que el excluir la celebración de reuniones ilícitas desde un punto de vista penal, y no las in-

366 Dicha Ley prohíbe las reuniones/manifestaciones en las que se causa violencia sobre las personas, los agentes de autoridad, destrozos en el mobiliario público, se escalan edificios o monumentos, se tratan de remover vallas de seguridad, las que se realizan frente a las cámaras parlamentarias nacionales o regionales, o junto a infraestructuras críticas como centrales nucleares. Pero, a su vez, se limitan otro tipo de reuniones, lo que ha causado mayores críticas, como las que pudieran llevarse a cabo delante de una asamblea parlamentaria o los denominados escraches. Un estudio crítico de dicha ley puede encontrarse en SÁNCHEZ DÍEZ, Ingrid Estíbaliz (2016): *Evolución de la concepción de la seguridad. Contribución de la Estrategia de Seguridad Nacional 2013 y las Reformas Legislativas de la X Legislatura*, Lisboa, Editorial Juruá, pp. 200-234.

convenientes o nocivas, inadecuadas o *incorrectas* desde un punto de vista constitucional"[367].

Por acercar la cuestión a nuestro tema de estudio, la pregunta sería si una reunión es ilícita, por ejemplo, por el mero hecho de haber sido convocada por personas relacionadas con organizaciones terroristas y que tienen suspendidas sus actividades por ello. Como señalan Martínez Garay y Mira Benavent[368], para que ello sea así, es necesario que la convocatoria suponga la realización de una conducta prevista en el Código Penal como ilícita. Esta es una cuestión que se ha suscitado en el pasado respecto de manifestaciones convocadas por partidos políticos cercanos al entorno de ETA. Así, por plantear una hipótesis, si un grupo de personas cercanas al entorno de Al-Qaeda o que hayan sido condenados por actividades terroristas convocase una manifestación, ¿sería esta penalmente ilícita? Cabría plantearse si ello supone un delito de pertenencia a banda armada (516 CP), lo cual queda descartado, pues la mera actividad de convocar o asistir a una reunión, incluso aunque se vitorease a Bin Laden, no podría nunca significar pertenencia a grupo terrorista, pues no supone ningún tipo de ayuda o soporte material a la actividad delictiva del grupo terrorista.

Por las mismas razones, la convocatoria de una manifestación o reunión por personas cercanas a un grupo terrorista no puede constituir delito de colaboración con banda armada, que precisaría de un favorecimiento material y apoyo, que vaya más allá de lo meramente ideológico, a ese grupo terrorista.

Mayores dificultades tiene la determinación de si una reunión o manifestación es punible por ilícita (art. 513 del CP) si tuviera como fin la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP).

---

367 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (2001): "La configuración constitucional…", *op. cit.*, p. 106.

368 MARTÍNEZ GARAY, Lucía y MIRA BENAVENT, Javier (2009): "Ámbito de aplicación del art. 129 del Código Penal y anulación de derechos fundamentales en procedimientos penales por integración en organización terrorista: el caso del derecho de reunión y manifestación", en J.C. CARBONELL MATEU, J. L. GONZÁLEZ CUSSAC Y E. ORTS BERENGUER (Dir.) y M. L. CUERDA ARNAU (Coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1261-1313.

El código penal español castiga en el art. 578 el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Lo veíamos más arriba. La pena será mayor cuando los hechos, a la vista de las circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad. Igualmente, el art. 579.2 CP castiga al que, públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de alguno de los delitos de terrorismo. Este tipo de actuaciones delictivas pueden cometerse durante la celebración de una reunión o manifestación, e incluso convocar la reunión para realizar alguna de ellas, como el enaltecimiento público del terrorismo o de quienes hayan participado en el mismo. Al igual que ilícito sería cualquier tipo de reunión concertada para captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos (art. 577.2 CP), con las consiguientes responsabilidades para los convocantes de la misma.

Obviamente, para considerarla ilícita no bastaría con la expresión de exclamaciones aisladas a favor del ISIS o, como en el pasado, vitoreando a ETA, al IRA o cualquier otro grupo terrorista. Ello no puede convertir a toda la reunión o manifestación en ilícita y generar responsabilidad penal para sus convocantes. Como recuerdan Martínez Garay y Mira Benavent, lo que se exige es que desde antes de la celebración los convocantes hayan decidido, y así se haya asumido, que la finalidad global de la entera manifestación sea la comisión de un delito[369]. Podría considerarse enaltecimiento del terrorismo, por ejemplo, el homenaje a una persona condenada por delitos de terrorismo, o el encabezamiento de una manifestación con una pancarta con un lema apologético del terrorismo, pero no lo serían manifestaciones del tipo "fuera de aquí fuerzas opresoras" o, si fuese el caso, "Al-Andalus es nuestro". Sin ir más lejos, en Alemania en mayo de 2012 se llevaron a cabo protestas de Salafistas alemanes en las calles de Bonn y Solingen. Las manifestaciones violentas se produjeron como reacción a las

369 Ibidem, p. 1301.

imágenes del profeta Mahoma difundidas por el *Pro Nordrhein-Westfalen (Pro-NRW) citizens' movement* y dejaron 29 policías heridos. Obviamente, un ejercicio de la libertad de manifestación con estos elementos, concurriendo violencia, constituye un ilícito y no puede ampararse en el derecho de reunión. Por otro lado, en enero de 2017 Hamas lanzó una campaña en las redes sociales conmemorando el 21 aniversario del asesinato de Yahya Ayyash, un ingeniero que diseñó bombas para Hammas usadas para ataques suicidas que causaron cientos de muertes, una campaña que llevaba el eslogan "Be like Ayyash" (Sé como Ayyash)[370]. En caso de convocarse una reunión con este eslogan, posiblemente sería prohibida.

En España no son pocos los casos que ha instruido la fiscalía ante la Audiencia Nacional tras las decenas de homenajes celebrados en honor de miembros de la banda terrorista ETA. Muchos de ellos han sido archivados cuando los participantes no han ido más allá de manifestaciones de júbilo por la excarcelación de sus compañeros o similares, pero, igualmente, otros casos han acabado con resoluciones condenatorias por enaltecimiento del terrorismo.

Podemos encontrar supuestos de similar naturaleza en otros puntos de Europa, el TEDH ha tenido que pronunciarse en más de una ocasión sobre ellos.

> El caso *Güler y Uqur c. Turquía*, de 2 de diciembre de 2014, se refería a la condena de los demandantes por su participación en una reunión de carácter religioso organizada en los locales de un partido político en memoria de tres miembros de una organización ilegal (el PKK) que habían sido asesinados por las fuerzas de seguridad. Turquía consideraba que ello suponía homenajear a terroristas y, por lo tanto, hacer apología o propaganda de dicho movimiento terrorista. Los demandantes alegaron que su condena se había basado en su participación en un servicio religioso que había consistido en una simple manifestación pública de una práctica religiosa. También sostuvieron que su condena no había sido suficientemente previsible, habida cuenta de la imprecisa redacción de la Ley turca contra el terrorismo. La Corte entendió que la pena de prisión impuesta a los demandantes equivalía a una injerencia en su derecho a la libertad de manifestar su religión

370 SCHMEMANN, Serge (1996): "Killing of Bomb 'Engineer' Unites Palestinian Factions", *The New York Times*, 10 January 1996. https://www.nytimes.com/1996/01/10/world/killing-of-bomb-engineer-unites-palestinian-factions.html (Fecha de consulta: 10 de abril de 2019)

junto con otros derechos, y ello a pesar de que las personas en memoria de las que se hubiese prestado el servicio fueran miembros de una organización ilícita o que el servicio se hubiese celebrado en los locales de un partido político en el que se habían expuesto símbolos de la organización ilegal.

10.4. LA PROHIBICIÓN DE UNA REUNIÓN POR RIESGO PARA EL ORDEN PÚBLICO O LA SEGURIDAD PÚBLICA

La posibilidad de prohibir la celebración de una reunión u obligar a disolver la que se está celebrando se puede dar siempre que ello responda a las razones fijadas en el ordenamiento, fundamentalmente, porque sea una reunión con armas, o celebrada para cometer un delito, o altere el orden público. A las dos primeras nos hemos referido más arriba, por lo que ahora nos centraremos en la posible amenaza de una reunión para el orden público[371].

Ridaura Martínez[372] recordaba que el orden público constituye, al mismo tiempo, una garantía para el ejercicio de los derechos de unos y un límite en el ejercicio del derecho de otros. Así sucede con el derecho de reunión o con la expresión de la libertad ideológica, religiosa y de culto.

De todos modos, cuando hablamos del orden público como límite del ejercicio de tales derechos, nos estamos refiriendo, como decía el Tribunal Constitucional, al mantenimiento del orden "en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político" (STC 66/1995, F.J. 3, idem STC 193/2011, F.J. 8). Y no olvidemos que, en todo caso, cualquier limitación al derecho de reunión por razón de orden público debiera ceñirse a las causas legítimamente justificadas (STC 193/2011).

---

371 SERRA CRISTÓBAL, Rosario (2018): "La afección de las medidas antiterroristas al derecho de reunión", José Luis GONZÁLEZ CUSSAC y Fernando FLORES GIMÉNEZ (Coords.), *Seguridad y derechos…*, op.cit, pp. 609-656.

372 RIDAURA MARTÍNEZ, M. Josefa (2014): "La seguridad ciudadana como función del Estado", *Estudios Deusto*, vol. 62, p. 330.

Directamente relacionada con el orden público y muy difícil de diferenciar del mismo se encuentra, como se ha señalado[373], la seguridad pública[374]. Ésta es otra razón que puede delimitar el ejercicio del derecho de reunión. La noción de seguridad pública hace referencia a la necesidad de protección de los bienes jurídicos colectivos y la vigilancia frente a los peligros que acechan a esos bienes como podrían ser todas aquellos que puedan acarrear un daño grave para un sector de la sociedad. De ahí que la prohibición de la celebración de determinadas reuniones en ciertos lugares puede responder más bien a una razón de seguridad en el sentido que indicábamos. Este es el caso, por ejemplo, de la prohibición de manifestaciones ante una central nuclear.

Igualmente, cabe platearse la posibilidad de prohibir o limitar el ejercicio del derecho de reunión, por razones de "seguridad ciudadana" (que se refiere más a la protección de personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas), porque la aglomeración de gente pueda ser objetivo de un ataque terrorista. Como sabemos, los lugares donde se aglutina mucha gente han sido especial objetivo de los ataques yihadistas que se han vivido en Europa en los últimos años. También dice la Ley de Seguridad Ciudadana que los agentes de las

---

373 IZQUIERDO CARRASCO, M. (2015): *La seguridad privada. Régimen jurídico-administrativo*, Valladolid, Lex Nova, 2004, pp. 41-43; CASINO RUBIO, Miguel: *Seguridad Pública y Constitución*, Madrid, Tecnos, p. 44.

374 Seguridad pública que ha de diferenciarse a su vez de otros conceptos de seguridad como la seguridad nacional, identificada inicialmente con la preservación de la unidad y la integridad territorial del Estado, la defensa, el ejercicio de la disuasión y la subordinación de la política exterior, y relacionada, con el tiempo, con la capacidad de un Estado de proseguir con el desarrollo de su vida interna sin interferencias serias, o amenazas de interferencia, de potencias extranjeras, una seguridad centrada en la prevención de riesgos y amenazas. O diferenciarse de otro concepto como la seguridad humana, una idea muy relacionada con los derechos de las personas y su garantía como una prioridad básica y superior a los intereses de índole estatal y más relacionado con la promoción de políticas de desarrollo que con el empleo de herramientas militares o de defensa. Junto a ello vamos a encontrar otros conceptos de seguridad como seguridad global, seguridad europea, etc…a los que aludíamos en los primeros epígrafes de este trabajo. Vid. DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis y BLANCO NAVARRO, José María (2014): *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*, Madrid, Biblioteca ICFS, pp. 25 y 26. PÉREZ DE ARMIÑO, Karlos y MENDIA AZKUE, Irantzu (2013): *Seguridad humana. Aportes críticos al debate teórico y político*, Madrid, Tecnos.

fuerzas y cuerpos de seguridad pueden limitar o restringir la circulación y permanencia en vía y lugares públicos y establecer zonas de seguridad cuando existan indicios racionales de que pueda producirse una alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia (art. 17.1). Esa noción de seguridad ciudadana se identifica en realidad con la de seguridad pública, de modo tal modo que nuestra Constitución emplea ambas con el mismo sentido[375].

En relación con esos riesgos para los bienes y los derechos y libertades de terceros, el Tribunal Constitucional español ha construido en su doctrina la noción de "peligros indirectos para el orden público", sosteniendo que los mismos justifican medidas prohibitorias de celebración de manifestaciones. Ello incluye los peligros para personas o bienes consecuencia de las acciones violentas que pudieran derivarse de la celebración inicialmente pacífica de la concentración, ya sea porque la misma cree situaciones que provoquen directamente esos peligros, ya porque imposibilite la realización de actividades tendentes a evitar o paliar los citados peligros (STC 66/1995, de 8 de mayo). Esto sucedería si, por ejemplo, resulta imposibilitada la prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de las personas o bienes. Obviamente, ello solo debiera ser permitido cuando estas medidas preventivas resulten imposibles de adoptar, o sean infructuosas para alcanzar el fin propuesto, o tuvieran que adoptarse medidas desproporcionadas. Por lo tanto, han de existir graves y demostradas razones para prohibir la manifestación. Como indicaba Torres Muro, siempre que haya una medida alternativa, aunque sea más difícil y costosa, ha de emplearse para garantizar los derechos y bienes que pudieran estar en peligro, pues el funcionamiento de un Estado democrático tiene su precio, "precio que seguro que todos pagamos con gusto con sólo recordar las

375 M. Josefa RIDAURA precisa, sin embargo, que la seguridad pública es un concepto amplio que abarca no sólo la seguridad en la calle, sino que incluye peligros o amenazas contra el medio ambiente, o la salud pública; mientras que la noción de seguridad ciudadana que utiliza el artículo 104 de la Constitución abarca las medidas de actuación policial, tanto de prevención como de reparación, que tienen como finalidad garantizar el desarrollo libre de la convivencia y del ejercicio de los derechos fundamentales. "La seguridad ciudadana…", *op. cit.*, pp. 336 y 337

alternativas"[376] que beben de la prohibición y la represión. La doctrina del peligro indirecto, por otro lado, puede conducir a que un excesivo y restrictivo uso de las facultades gubernativas prohibitivas cercene una de las libertades fundamentales de nuestra democracia, pues con una interpretación restrictiva siempre cabe pensar que cualquier reunión potencialmente puede poner en riesgo el orden público. Esta posibilidad obviamente no constituye una simple reflexión hipotética, pues ello se ha ejemplificado en Francia.

En este país, la declaración del estado de emergencia tras los atentados yihadistas de 2015 implicó la limitación temporal del ejercicio del derecho de reunión y manifestación, (y de circulación en determinadas zonas, "a toda persona susceptible de obstaculizar o suponer una amenaza para la seguridad y el orden público", art. 5 *Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*). El *Code de la Securité interieur* en su art. 211 regulaba el derecho de reunión y manifestación en Francia, inicialmente, en términos bastante similares a como se hace en España. Pero, la *Loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme* vino a consolidar las previsiones de la Ley que regulaba la situación de excepcionalidad (état d'urgence) y a dar más cobertura a las fuerzas de seguridad para prohibir la celebración de manifestaciones por motivos de seguridad en la lucha contra la amenaza terrorista, fundamentalmente, por el amplio margen de apreciación y de disponibilidad de sus facultades prohibitivas.

Desde los inicios se denunció que esas facultades que brinda la Ley francesa en el estado de excepción, especialmente desde 2016, podían ser utilizadas, sin demasiada justificación, por los poderes públicos para prohibir la participación en manifestaciones de cualquier naturaleza. Por ejemplo, el art. 8 establece que "las marchas, desfiles y reuniones de personas en la vía pública pueden ser prohibidas cuando la autoridad administrativa justifique que no hay modo de garantizar la seguridad, con los medios de que dispone". Así, entre noviembre de 2015 y el 5 de mayo de 2017, se dictaron 155 órdenes que prohibían las reuniones públicas, especialmente

---

376 TORRES MURO, Ignacio (1995): "Limitando del derecho de reunión", *Revista Española de derecho Administrativo*, nº 98, p. 590.

debido a la falta de medios necesarios para garantizar el mantenimiento del orden. Subrayando estos datos, Amnistía Internacional ha venido denunciando que las medidas previstas en el estado de emergencia francés han estado siendo utilizadas de forma abusiva por limitar las manifestaciones pacíficas comunes[377].

Un ciudadano, al que se le negó la posibilidad de participar en una gran manifestación contra la Ley del trabajo, planteó una cuestión ante el Consejo Constitucional francés. Este órgano consideró finalmente inconstitucional el art. 5 de dicha Ley, precepto citado más arriba, por desproporcionado. Según la decisión, la redacción del mismo permitiría a la policía prohibir la permanencia o circulación en cualquier zona sin ninguna relación con el orden público y menos con la existencia de una amenaza terrorista[378]. En definitiva, se han estado prohibiendo determinadas manifestaciones al amparo de la emergencia terrorista, en un nuevo claro e injustificado desequilibrio entre seguridad y derechos de los ciudadanos.

Este mismo tipo de denuncias se han producido en informes elaborados en otros países, como el elaborado por el Comité de derechos humanos del parlamento británico que denunciaba cómo la policía amparándose en leyes antiterroristas ha abusado de su poder para limitar el pacífico ejercicio del derecho de reunión en Reino Unido[379].

Lo cierto es que hoy la seguridad pública/ciudadana representa una de las principales preocupaciones de la ciudadanía. Vivimos en sociedades intranquilas por los riesgos que las amenazan. Por ello no es de extrañar las cada vez más frecuentes reivindicaciones ciudadanas que reclaman una mayor eficacia policial y judicial, y la mayor aceptación de limitaciones a nuestros derechos en pro de la seguridad. Lo cierto es que la expansión de las responsabilidades del Estado en aras a la seguridad

---

377 AMNISTÍA INTERNACIONAL (2017): "France: un droit, pas une menace: restrictions disproportionnées à la liberté de réunion pacifique sous couvert de l'état d'urgence en France", Rapport du 31 mai 2017, nº d'index. EUR 21/6104/2017.

378 Décision nº 2017-635 QPC du 9 juin 2017.

379 Parliamentary report HL37/HC282, joint committee on human rights, "Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Fourteenth Report): Annual Renewal of Control Orders Legislation 2009", 27 february 2009.

pública está adquiriendo una nueva dimensión en los últimos tiempos. Decía Huster que el término riesgo se está convirtiendo en un concepto clave, mientras que el concepto de "precaución" o "prevención" determina la responsabilidad del Estado con respecto a la seguridad de sus ciudadanos[380]. Y en esos riesgos, la amenaza terrorista ha pasado a ocupar un papel protagónico, un terrorismo que además presenta un carácter difuso y sistémico.

Hay que subrayar además que, como recuerda Huster, en muchos aspectos, este concepto de riesgo es más bien una construcción social que depende de nuestra percepción de la realidad[381]. Y el terrorismo yihadista ha creado una percepción de amenaza muy elevada (o así nos lo han hecho percibir). Señalaban González y Flores que "da la impresión de que en relación con algunos fenómenos (el terrorismo especialmente, pero no solo, …), la imagen de la percepción que se ofrece (o que se favorece) aparece en ocasiones desenfocada. Podría sospecharse que, incluso, interesadamente desenfocada"[382]. Y la percepción y el sentimiento de inseguridad de la gente son bazas en favor del Estado que nos hace admitir como justificado o normal la adopción de medidas preventivas que vienen a constituir limitaciones a nuestra libertad, y asumir que es mejor no celebrar una manifestación para evitar el riesgo de convertirse en el objeto de un ataque terrorista.

De todos modos, no debemos olvidar que incluso en los supuestos en los que existan razones fundadas de que durante una concentración se pueden producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes, la autoridad gubernativa, aplicando criterios de proporcionalidad, antes de prohibirla, debería utilizar mecanismos de salvaguarda, reforzando la seguridad con agentes del orden público, o proponer las modificaciones de fecha, lugar o duración al objeto de que la reunión pueda celebrarse. Cierto es que el riesgo o peligro de la ruptura de la

---

380 HUSTER, Stefan (2010): "Terrorismo y derechos fundamentales", en Stefan HUSTER, Ernesto GARZÓN VALDÉS y Fernando MOLINA, *Terrorismo y derechos fundamentales, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo*, p. 15.

381 Ibidem, p. 30.

382 GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2018): "Seguridad global y derechos fundamentales. Una propuesta metodológica", *op. cit.*, p. 37.

normalidad protegida por el ordenamiento, con posibles daños para personas y bienes, habilitan la acción de los agentes de seguridad, que consiste prioritariamente en medidas de prevención dirigidas a evitar que ese riesgo pueda actualizarse. Pero, ha de recordarse, de nuevo, la necesidad de llevar a cabo una ponderación sosegada de los intereses en juego, observar si hay alternativas menos gravosas para evitar la limitación del derecho de reunión y, sobre todo, recordar que cualquier prohibición de celebración de una de ellas debe ser la excepción y, como tal, ha de estar muy justificada.

11. PARTICIPACIÓN SOCIAL Y POLÍTICA

"En cuanto los hombres se reúnen en sociedad
pierden la sensación de su debilidad"
(Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Libro I, Capítulo III)

La sociedad democrática es una sociedad donde se dan elementos esenciales como el pluralismo, la libre participación y la tolerancia. Un espacio de acción en el que debe respetarse del derecho de las mayorías, sino también el de las minorías. La definición de un Estado como democrático tiene como consecuencia obligada el reconocimiento, no sólo de derechos de libertad, a los que antes me he referido, que garanticen una esfera de autonomía frente a los poderes públicos, sino también el derecho a participar en la formación de la voluntad común.

La participación en democracia puede darse más allá de la forma tradicional del ejercicio del derecho a elegir y a ser elegido, comprende asimismo la participación a través de otros cauces que ofrece cualquier sociedad democrática avanzada como la canalización de esta participación a través de las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales o cualquier tipo de asociacionismo. Así, participar en democracia implica no solo la participación política, sino además la participación libre y eficaz en el desarrollo social, económico y cultural.

Sin duda, esta libertad asociativa, de carácter político o de otro tenor, guarda una directa conexión con las libertades que más arriba se han analizado como la libertad ideológica o religiosa, la libertad de expresión o el derecho de reunión. Y al igual que aquellas libertades, la libertad asociativa, de carácter político o social, tiene sus limitaciones en el marco del respeto a valores fundamentales y a los derechos de los otros.

La libertad asociativa supone el derecho a constituir asociaciones o adherirse libremente a las ya existentes, a desarrollar libremente sus actividades y realizar todo tipo de manifestaciones públicas tendentes a alcanzar los fines de la propia asociación. No obstante, como decía, esta

libertad ha de ejercerse dentro el marco de la legalidad y puede ser limitada por la ley.

Así, sin ir más lejos tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Convenio Europeo de Derechos del Humanos y Libertades Fundamentales recogen el derecho de asociación como una libertad que constituye la base misma de la justicia y la democracia, pero señalan que puede ser restringida cuando sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional de la seguridad pública o el orden público, o para la prevención del delito, entre otros motivos.

Además, en el caso de España, y al igual que sucede en otros países de nuestro entorno, no caben las asociaciones tipificadas en el Código Penal como ilegales, esto es, aquellas que tengan por objeto cometer algún delito, las que aun teniendo un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad, a las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas o grupos por razón de su ideología, religión, creencias, la pertenencia de sus miembros a un etnia, raza o nación su sexo u orientación sexual y a las organizaciones de carácter paramilitar.

En lo que al tema que nos ocupa se refiere, —el terrorismo global—, cobra especial protagonismo, por un lado, el asociacionismo que pueda buscar la promoción de la causa yihadista y, por otro lado, el asociacionismo que promueva la discriminación o el odio hacia colectivos islámicos por el vínculo que puedan atribuirles con la yihad violenta. A esto segundo ya nos hemos referido con anterioridad al hablar de la islamofobia, por lo que me remito a lo allí indicado.

Respecto al primero de los temas, la cuestión estriba en qué tipo de asociaciones o partidos políticos relacionados con dogmas islamistas serían amparables dentro de un Estado democrático y cuáles no. Recordemos que los movimientos islamistas son los que tratan de alcanzar el poder para defender el establecimiento de un Estado islámico, lo cual se puede lograr de una forma pacífica o de un modo violento (yihadismo).

Obviamente, el asociacionismo promotor de las corrientes islámicas radicales y violentas sería incompatible con el Estado democrático. Hay que recordar que el proselitismo del radicalismo, que tienen como objetivo aumentar el número de simpatizantes, se ha llevado a cabo promovien-

do asociaciones, organizaciones o partidos políticos de carácter islamista. Constituye a veces también un modo de recolectar dinero mediante la limosna y asimismo para el blanqueo de dinero.

Existe nutrida jurisprudencia[383], —que ahora no corresponde analizar con detenimiento por no referirse al fenómeno del terrorismo de corte islamista violento—, sobre la disolución de asociaciones o partidos políticos vinculados al terrorismo nacional. No obstante, el sentido de esta jurisprudencia sería trasladable al supuesto de asociaciones con vínculos con movimientos yihadistas. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos siempre ha reconocido las dificultades que conlleva el combatir el terrorismo[384] y ha declarado que "la victoria sobre el terrorismo es un interés público de primera magnitud en una sociedad democrática" (*Asunto Petty Purcell et al v. Ireland*, de 16 de abril de 1991). Por ello, ha entendido en ciertos casos que la prohibición de un partido político por vinculación con el terrorismo estaba justificada, y no suponía vulneración del derecho de reunión y asociación, porque las actividades del partido en cuestión entraban en contradicción con "una sociedad democrática" y suponían una considerable amenaza para la democracia de ese Estado (asunto *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, 30 junio de 2009).

En la misma línea, en España, la aplicación de la Ley de partidos políticos frente a movimientos vinculados de algún modo a ETA generó una interesante jurisprudencia del Tribunal Constitucional[385] y del TEDH[386] sobre la disolución de movimientos o partidos políticos por presentar vínculos con el terrorismo.

---

383 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asuntos *United Communist Party and Others v. Turkey*, de 30 de enero de 1998; *Socialist Party and Others v. turkey*, de 25 de mayo de 1998; *Case of Freedom and Democracy Party v. Turkey*, de 8 de diciembre de 1999; *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, de 30 de junio de 2009.

384 *Alcoy v. Tukey*, de 18 de diciembre de 1996; *United Communist Party of Turkey et al v. Turkey,* de 30 de enero de 1998; *Refah Partisi the Welfare Party et al v. Turkey*, de 31 de julio de 2001.

385 STC 112/2007 (caso Batasuna), STC 62/2011 (caso Bildu), STC 138/2012 (caso Sortu)

386 Además del caso conocido por el TEDH citado anteriormente, *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, cabe recordar los casos: *Etxebarría y otros c. España* y *Herritarren Zerrenda c. España*, de 30 de junio de 2009.

Todo ello es importante subrayarlo para el supuesto de asociaciones o partidos políticos que se alzasen en defensa de los ideales yihadistas o de promoción o ayuda de cualquier tipo de las acciones terroristas de análoga naturaleza o fin. Como decía, los códigos penales consideran ilegales tal tipo de asociaciones y la nueva era del terrorismo global ha venido a reforzar esa previsión legal para luchar contra ese fenómeno internacional. Por poner algún ejemplo, entre las modificaciones legales que se produjeron del Código Penal alemán en 2002, tras los atentados del 11-S, se encuentra el tipo delictivo de asociación terrorista en el extranjero[387]. Al tiempo se aprobó la ley para combatir el terrorismo internacional de 9 de enero de 2002, que ha previó la extensión de los casos de disolución de asociaciones formadas por extranjeros vinculadas con el terrorismo.

En Alemania, no concretamente partidos políticos, pero sí asociaciones políticas salifistas han sido declaradas ilegales. A mediados de junio de 2012, la primera asociación salafista, Millatu Ibrahim, fue prohibida por las autoridades germánicas porque la misma incitaba a los musulmanes a luchar activamente contra el orden constitucional del país[388]; entre otras cosas, sus miembros participaron en manifestaciones violentas en Soligen y Bonn en mayo de 2012. Igualmente, otras asociaciones salafistas, como la *Einladung zum Paradies* (Invitación al paraíso), por ejemplo, han sido investigadas por ser consideradas plataforma de difusión del pensamiento salafista a través de la realización de seminarios, videos, cursos, publicaciones u otro tipo de actividades[389].

Rodríguez García[390] planteaba si partidos políticos islamistas podrían actuar dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuestión que él mismo resuelve acudiendo a la Ley de Partidos Políticos y a la jurisprudencia existente al

---

387 De ello nos da nota DE VERGOTTINI, Giuseppe (2004): "La difícil convivencia …", *op. cit.*, p. 26.

388 En Alemania, la libertad de asociación está reconocida por el art. 9 de la Ley Fundamental de Bonn, pero prohíbe aquellas asociaciones que tengan como fin o realicen actividades contrarias a las leyes penales o que estén dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos. Se opta por un sistema de democracia militante.

389 HELLMUTH, Dorle (2013): "Countering Islamist Radicalization in Germany", *Combating Terrorism Center. Sentinel*, vol. 6, issue 1.

390 RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio (2017): *Libertad religiosa y terrorismo…, op. cit.*, pp. 206 y ss.

respecto. Recordemos que dicha Ley establece que "un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma se persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave: a) vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o integridad de las personas…; b) fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades públicas…(art. 9). Para responder a la pregunta que se hacía más arriba, podemos traer a colación la STC 48/2003, de 12 de marzo, del Tribunal Constitucional, que concretó que "cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos humanos", por lo que el partido incurriría en una causa de disolución solo cuando en su actividad persiguiera *efectiva y actualmente* "deteriorar o destruir el régimen de libertades", no cuando solo se defienda ideológicamente. Aún así, sigue abierto el interrogante de si cabe defender de forma asociativa cualquier tipo de ideas.

A este respecto, el Tribunal de Estrasburgo ha señalado que no toda manifestación asociacionista o partidista, incluso aunque esté amparada en creencias religiosas, puede permitirse en una sociedad democrática. Resulta paradigmática al respecto la sentencia del asunto *Partido de la Prosperidad c. Turquía (2001)*[391]. La sociedad democrática caracterizada por el pluralismo, en casos extremos, no puede ni siquiera permitir lo que, aunque se caracterice como opciones religiosas, implique y represente, ya sea como doctrina, ya como prácticas, una clara negación de los valores esenciales en esa sociedad democrática. Decía el Tribunal en esta sentencia que un partido político puede hacer campaña a favor de un cambio de un Estado, su legislación o las estructuras legales, siempre que: a) los medios utilizados a este efecto sean de todo punto de vista legales y democráticos y b) el cambio propuesto debe ser él mismo compatible con los principios democráticos fundamentales. Recordemos que el *Partido de la Prosperidad* defendía, entre otras cosas, la instau-

391 TEDH asunto *Partido de la Prosperidad c. Turquía, de 31 de julio de 2001.*

ración de la *Sharia* o ley islámica, ante lo que el Tribunal Europeo subrayó que ello es difícilmente compatible con los principios fundamentales de la democracia, como resultan del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, el partido no renunciaba explícitamente al uso de la violencia, el llamamiento a la *Yihad*, pues públicamente no se amonestaron a los miembros del partido que se manifestaron favorables al uso de la violencia.

Otro asunto interesante es el de *Kalifatstaat c. Alemania,* de 11 de diciembre de 2006. En este caso se trataba de una asociación con tintes religiosos islámicos que pretendía restaurar el Califato abolido por Kemal Atatürk en 1924 en Turquía y extenderlo a varias partes de Europa. Según sus ideas, el Estado no debía existir al margen de la religión islámica, siendo la democracia incompatible con el Islam, incluso defendían la necesidad en su caso de llegar a la violencia para conseguir sus objetivos. Las autoridades alemanas dado su claro obrar antidemocrático suspendieron la asociación y el Tribunal Europeo consideró que con ello no se había vulnerado ningún derecho del Convenio.

Sin embargo, por otro lado, cabría entender que determinadas grupos o asociaciones islámicas podrían defender un Estado islámico, o presentarse como partido político para alcanzar tal fin[392], siendo ello perfectamente legal, por mucho que la idea en sí misma, pueda parecer intolerable para la mayoría de la población. Como ha indicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pueden existir obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la libertad de asociación. Decía: "El Tribunal considera que invocar la conciencia de pertenecer a una minoría lo mismo que la defensa y el desarrollo de la cultura de una minoría no puede ser tomado en absoluto como una amenaza a la 'sociedad democrática', aunque pueda provocar tensiones. Y es que la aparición de tensiones es una consecuencia inevitable del pluralismo, es decir, del debate libre sobre cualquier idea

---

392 En España, el único partido político que incluye la palabra musulmán (no la palabra islámico), es la *Unión de musulmanes de Ceuta*, aunque nunca se ha presentado a un proceso electoral. Aunque *Coalición de Melilla*, sin llevar el nombre, se creó a partir de la estructura organizativa de la Comisión Islámica de Melilla que aglutinó a cuatro asociaciones islámicas. Por otro lado, el *Partido Renacimiento y Unión de España* establece entre sus fines específicos la consideración del Islam como fuente de sus principios y señala que el partido tendrá en cuenta al Islam en su actuación política. RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio (2017): *Libertad religiosa y terrorismo…, op. cit.,* pp. 211-12.

política. En este caso, el papel de las autoridades en circunstancias similares no consiste en eliminar la causa de las tensiones suprimiendo el pluralismo sino en procurar que los grupos políticos enfrentados se toleren unos a otros" (Asunto *Ouranio Toxo y otros c. Grecia*, 20 de mayo de 2005, p. 40).

Porque, es cierto que, en algunas latitudes europeas, se ha utilizado la normativa antiterrorista para limitar el derecho a fundar una asociación o un partido por individuos pertenecientes a minorías. Podemos traer a colación el asunto "Müslüm Gündüz c. Turquía", decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 12 de julio de 2005.

> El demandante fundó en 1993 una comunidad religiosa, calificada de secta islamista, denominada "Aczmendi". Se decretó la disolución de dicha secta, así como el cierre de sus instalaciones, en aplicación de la ley sobre disolución de los grupos sectarios y posteriormente se aludirá al grupo como grupo terrorista. Se inculpó al demandante por haber fundado y dirigido una organización cuyo objeto era destruir el régimen republicano laico. Lo cierto es que el Tribunal de Estrasburgo amparó al demandante, pero fundamentalmente porque el caso había sido conocido por un tribunal no imparcial, esto es, por una cuestión procesal.

Lo que no debe olvidarse es que en el contexto de un Estado democrático las medidas para prevenir y sancionar el terrorismo deben ser cuidadosamente formuladas para reconocer y garantizar el debido respeto de los derechos de participación, al igual que del resto de derechos. Ello, en general, supondría la prohibición de limitar el ejercicio de los mismos, de no mediar pruebas que claramente indiquen que representan una amenaza para la seguridad pública suficiente como para justificar una medida extrema de esta naturaleza. Es más, las previsiones legales o los métodos de investigación y persecución deben estar diseñadas, o no deben implementarse deliberadamente, de manera que establezcan una distinción que vaya en detrimento de los miembros de un grupo sobre la base de motivos como las creencias religiosas, por ejemplo, y garanticen que los métodos de esta naturaleza puedan ser controlados judicialmente para asegurar que no se violan los derechos humanos.

Asimismo, el sistema debe protegerse contra la posibilidad de que la interferencia de las instituciones del Estado y las acciones de sus cuerpos de seguridad puedan dar lugar a un efecto disuasorio por el cual las personas se sientan desalentadas para ejercer sus derechos en el terreno de la participación asociativa o de otro tipo.

12. EL DEBIDO CONTROL DE LA ADECUACIÓN DE LAS MEDIDAS ANTITERRORISTAS AL MARCO CONSTITUCIONAL

"Más vale consolidar los puntos fuertes que querer controlarlo todo"
(Bernard Werber*: Las hormigas,* 1991).

12.1. LA ACTUACIÓN EN EL MARCO DE LA LEGALIDAD. UN CONTROL JUDICIAL Y POLÍTICO DE LAS MEDIDAS ANTITERRORISTAS

El respeto por el Estado de derecho constituye otra lección nuclear extraída del constitucionalismo y compartida por el ordenamiento de la UE. Y, por supuesto, es un principio básico para la garantía de los derechos fundamentales. Cualquier acción en materia de derechos debe ser ejecutada al amparo de la ley. Eso implica que toda actuación contra el terrorismo que afecte a los derechos humanos tiene que ser adoptada de conformidad con la misma. El imperio de la ley debe servir para evaluar la legitimidad de determinadas medidas adoptadas ante la amenaza real de ataques terroristas y para observar si en su ejecución se han respetado los requisitos legales.

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

En la lucha contra el terrorismo participan tanto las fuerzas de orden público, como las de defensa o los servicios de inteligencia. Todos ellos están sometidos al escrutinio judicial, pero, sin duda, la actuación de los servicios de inteligencia, en general, y las actuaciones de defensa o de los

servicios de seguridad, en muchas ocasiones, puede verse dificultado por razón del secreto. Así lo hemos podido comprobar en este trabajo. Los servicios de inteligencia y otros instrumentos antiterroristas utilizados requieren del secreto. Las Constituciones no obligan a que las cuestiones de seguridad nacional deban ser publicitadas, por lo que suelen escapar al escrutinio público. De hecho, el secreto permite que ciertas fuentes, misiones, eventos o identidades no sean dados a conocer a los que podrían hacer uso de esa información con el fin de actuar en contra de los intereses y la seguridad del Estado. El problema es que, si no se nos informa, es difícil supervisar la actividad del Estado y exigir a los funcionarios el rendimiento de cuentas. Lo que no se sabe, difícilmente es denunciable ante los tribunales, pudiendo escapar de la revisión judicial. Encontrar una manera de hacer que estas actividades queden sujetas a controles democráticos ordinarios constituye un reto.

En términos generales, existen algunos mecanismos de control judicial previo de la actuación de los agentes de seguridad o los servicios de inteligencia, que supone la necesidad de autorización para poder llevar a cabo investigaciones o actuaciones que afecten a ciertos derechos fundamentales en el marco de una investigación sobre terrorismo. Pero, los controles posteriores sobre la actuación de dichos servicios acaban recayendo normalmente en manos de comisiones especiales de los parlamentos.

Respecto al control previo, en España, el apartado primero del artículo único de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, establece que para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro, deberá solicitarse autorización judicial al magistrado competente del Tribunal Supremo. Petición que sólo puede cursar el secretario de estado director del CNI. No obstante, como acertadamente explica González Cussac[393], se trata de un

---

393 GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2014): "Intromisión en la intimidad y CNI. Crítica al modelo español de control judicial previo", *Inteligencia y seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, nº 15, pp. 154-155.

sistema de autorización previo, pero no de un control judicial propiamente dicho, pues, el control del resultado de las actuaciones correspondientes se confiere al Secretario de Estado Director del CNI, y no a un órgano jurisdiccional[394]. En todo caso, la preceptiva autorización del Magistrado del TS designado al efecto, cuando hablamos de interceptación de comunicaciones, solo se prevé para las que son temporalmente breves (pudiendo ser prorrogadas) y lo son con identificación de la persona o personas afectadas por las medidas. Pero, esta intervención judicial no parece estar pensada para interceptaciones de comunicaciones con carácter masivo o prospectivo. Resulta difícil conocer si para esos controles prospectivos, que parece ser que sí se realizan, se solicita previamente una autorización o quién es finalmente quien decide llevarlas a cabo.

También a las fuerzas de seguridad se les requiere de esa autorización previa del juez cuando, al hilo de una investigación judicial sobre terrorismo, tengan que intervenir comunicaciones electrónicas. Recordemos de nuevo que lo que prevé el artículo 55.2 Constitución Española. Aunque, es principalmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), la que establece, tras su reforma de 2015, las potestades de las fuerzas policiales o judiciales en la investigación del delito de terrorismo y los límites a su actuación, al igual que incluye previsiones sobre los derechos de los sospechosos de este tipo de actividad.

En cuanto al control posterior de las actuaciones llevadas a cabo en la lucha contra el terrorismo por los servicios de inteligencia, como decía, suele residenciarse en comisiones especiales de los parlamentos. La olea-

---

394 Pese a que se ha querido alegar la inconstitucionalidad de dicho sistema, GONZÁLEZ CUSSAC señala que, "como quiera que las actuaciones de los servicios de inteligencia no van dirigidas a enervar válidamente la presunción de inocencia en un proceso judicial, esto es, a obtener pruebas incriminatorias, la LO 2/2002 limita sus efectos y los acomoda a las finalidades constitucionales y legales atribuidos a las agencias de inteligencia: prevenir y neutralizar amenazas a la defensa y seguridad nacional". En consecuencia, "el examen sobre la posible inconstitucionalidad de la LO 2/2002 debe hacerse partiendo de la diferente finalidad perseguida por los distintos servicios de investigación del Estado, y desde ahí, evaluar si el singular objetivo de las agencias de inteligencia, justifica —en el marco de nuestra ley fundamental y de su desarrollo jurisprudencial— un régimen jurídico propio, autónomo y más flexible, que el establecido para las actuaciones enmarcadas en un proceso criminal". *Ibidem*, p. 158.

da de atentados ha conducido a la reforma de la legislación de muchos Estados en este aspecto. Unas reformas tendentes, por un lado, a dar más capacidades a los servicios de inteligencia en la prevención del terrorismo, pero, al mismo tiempo, orientada al establecimiento de mecanismos de control (más o menos criticables) de dichos agentes.

Así, por ejemplo, en Alemania[395], en desarrollo de una previsión constitucional, se aprobó en 2009 la Ley sobre el control parlamentario de la actividad de Inteligencia de la Federación (*Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes-Kontrollgremiumgesetz*), que en esencia amplió las competencias del Comité Parlamentario de control, previendo la realización de al menos dos Informes a lo largo de cada legislatura, el acceso a las fuentes de información en manos de los Servicios, y configurando un deber de colaboración por parte del Gobierno federal jurídicamente exigible[396].

En Italia, por Ley 133/2012, se modificó la Ley reguladora de los servicios de seguridad de este país (la Ley 801/1977), donde se establecieron mayores posibilidades de control de los mismos por parte del Comité parlamentario de control.

En Reino Unido, se aprobó la *Justice and Security Act en 2013*, y Francia aprobó su *Loi 2015-912 du renseignement* en 2015. En estos últimos casos, la normativa prevé un escrutinio menor de los servicios de inteligencia y una posibilidad de actuación de los servicios de seguridad menos sujeta a rigorismos legislativos, lo cual deja un margen de actuación y, por lo tanto, de control mucho más amplio.

Dejar la supervisión de las actuaciones de los servicios de inteligencia en manos de las asambleas parlamentarias supone "democratizar" el con-

---

395 Obtengo la información sobre estas novedades legislativas de un trabajo del profesor Miguel REVENGA SÁNCHEZ (2018): "El control del centro nacional de inteligencia. Una perspectiva comparada", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 116, pp. 13-44.

396 En 2016 se llevó a cabo una reforma sobre el servicio alemán de Inteligencia exterior, donde las competencias de espionaje que realiza en colaboración con otros servicios de inteligencia quedan ampliadas, aunque, a su vez, dicho servicio queda controlado por otro organismo independiente de control (de nueva creación).

trol. Ahora bien, no olvidemos que los informes parlamentarios que se generan en dichas comisiones sobre las actividades de inteligencia tienen carácter secreto en la mayor parte de las ocasiones, o bien sólo se hacen públicos una vez que han sido eliminados los contenidos que puedan resultar dañinos para la seguridad nacional[397].

En última instancia, no hay mejor parámetro para medir la adecuación de las respuestas que dan los Estados al terrorismo que escrutar su adecuación al ordenamiento y exigir responsabilidades ante un juez cuando este no se respete. En este sentido, resultan pertinentes las palabras recogidas en el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2015 de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, que dicen: "Estas nuevas amenazas deben, por tanto, ser combatidas con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley".

12.2. *MONITORY DEMOCRACY*. EL DEBATE PÚBLICO SOBRE LAS MEDIDAS ANTITERRORISTAS EN DEMOCRACIA

Ambos tipos de rendición de cuentas, la judicial y la política son, a veces, difíciles de garantizar en lo que se refiere a las actuaciones de prevención del terrorismo debido a la opacidad de las acciones de los servicios de inteligencia. Hemos visto como el secreto dificulta el escrutinio público de esas actuaciones.

Pero, como apuntaba más arriba en este trabajo, cuando la información que recaban los servicios de inteligencia no necesita seguir mante-

---

397 La ley francesa de 2015 crea un organismo de nueva planta denominado *Comisión Nacional de Control sobre las Técnicas de Inteligencia* que se yuxtapone a la Comisión parlamentaria de control (*Délegation Parlementaire au Renseignement*) que fue creada en 2007. Las funciones de dicho organismo se concentran en el control preventivo sobre las acciones de Inteligencia mediante la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a los que la ley se refiere expresamente, para lo cual ha de entrar a conocer de los motivos aducidos por el Primer Ministro para avalar la autorización de la acción.

niéndose como reservada, porque su conocimiento ya no puede poner en peligro la seguridad nacional, o, simplemente, cuando ese secreto es desvelado por quien no debía hacerlo, lo que antes estaba fuera del alcance del público pasa a ser de general conocimiento. Como decía Miguel Revenga, la defensa del secreto dilata en el tiempo las cuestiones a debatir, pero "una vez derribado el muro del secreto, no hay actuación judicial capaz de restablecer la ley del silencio"[398], ni mecanismo para acallar el escrutinio ciudadano.

Es cuando la sociedad puede recobrar los elementos necesarios para seguir ejerciendo su derecho a participar: su derecho a exigir explicaciones, a analizar si la acción estatal constituía la única alternativa, si fue proporcionada y si se respetaron las reglas del Derecho. Y es que, desde que saltara a la luz la información sobre el espionaje masivo de datos, han empezado a exigirse explicaciones sobre muchas cosas, en el debate público ha surgido una inquietud sobre cómo se están gestionando los riesgos o amenazas en nuestros días, y se discute si las técnicas y medidas de lucha contra esos riesgos son proporcionales a los mismos.

Es en ese momento de control por la ciudadanía cuando las instituciones reafirman su legitimidad o se deslegitiman ante ella. Innenarity, siguiendo a Keane[399], hacía referencia a que vivimos en lo que se denomina una "*monitory democracy*", una democracia que dispone de "mecanismos para monitorizar al poder". Porque, no hay democracia sin una opinión pública que ejerce un control efectivo sobre el poder, formula sus críticas y hace valer fundadamente sus exigencias. Aunque, también advertía Innenarity que lo cierto es que tenemos una ciudadanía que carece de esa capacidad por falta de conocimiento político, por estar sobrecargada, mal informada o ser incapaz de procesar la información[400].

---

398 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (2002): *Seguridad Nacional y Derechos Humanos, op. cit.*, p. 130.

399 KEANE, John (2009): *The life and death of democracy*, Londres, Simon and Schuster, p. 688.

400 INNERARITY, Daniel (2018): *Comprender la democracia*, Barcelona Gedisa Editorial, p. 31.

Además, muchas veces ni siquiera podemos saber *a priori* qué es lo que nos interesa saber como ciudadanos y, por lo tanto, tampoco podemos demandar en términos absolutos un conocimiento genérico de algo que desconocemos. De lo que no se sabe, no se puede opinar, por lo tanto, esa información quedará fuera del debate público. Como mucho, queda el acceso de la Comisión parlamentaria del órgano que nos representa, que puede llevar a cabo una deficitaria labor de control, y que, en todo caso, se realiza en sesiones que se rigen también por el principio del secreto[401].

En materia de lucha antiterrorista, tal vez no tengamos derecho a conocer de la existencia de determinadas investigaciones y actuaciones que llevan a cabo los servicios de inteligencia, porque ello podría poner en riesgo la defensa y seguridad del Estado, pero no se nos puede excluir de un debate más amplio sobre una cuestión que afecta a todos. En democracia, los ciudadanos tienen derecho a recibir explicaciones sobre las actuaciones públicas que les conciernen cuando no está justificada su ocultación, a que exista una cierta transparencia sobre los principios o reglas que se utilizan para clasificar una materia como secreta (ello podría llevarnos a hablar aquí del secreto "legítimo" y secreto "ilegítimo, como lo hiciera Fenster[402]), a realizar un escrutinio de las actividades llevadas a cabo por el Gobierno una vez se hacen públicas, a criticar los excesos en la respuesta estatal ante los posibles riesgos, a exigir una redición de cuentas, y a un sinfín de cosas más. Porque, para hacer frente a la amenaza del terrorismo, como a cualesquiera otras, habrá que barajar principios como los de prevención, precaución y anticipación, pero también los de proporcionalidad, justificación, respeto al Estado de Derecho y responsabilidad frente a los ciudadanos y ante los tribunales.

La opinión pública tiene derecho a exigir todo ello porque la política de seguridad nacional ha de diseñarse e implementarse también bajo el enfoque de los derechos fundamentales. Recordemos de nuevo, como advertía Torres del Moral, que no puede olvidarse que la seguridad no es un fin en sí misma, sino un instrumento o, si se quiere, un fin instrumental al servicio

---

401 Art. 11 Ley 11/2002, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

402 FENSTER, Mark (2014): "The implausibility of Secrecy", *op. cit.*, p. 360.

de la libertad, de la justicia y de la dignidad humana. Por ello se alude a la seguridad de los derechos, la seguridad de las libertades o la seguridad de las instituciones[403].

La seguridad nacional no puede justificar cualquier intromisión o limitación de las libertades. En un Estado de Derecho sólo se pueden aceptar injerencias en los derechos fundamentales por parte de los servicios de inteligencia cuando estos ejerzan sus atribuciones dentro de la legalidad. Pero, además, la ley no puede acomodar cualquier excepción empleando la seguridad como pretexto.

En definitiva, la necesidad de no excluir del control las actuaciones de prevención y persecución del terrorismo, cuando tales actuaciones requieren, en muchas ocasiones, de secreto o cuando su conocimiento es complejo, constituye otro de los debates claves sobre la lucha antiterrorista del constitucionalismo de nuestros días. Porque, lamentablemente, como indicaba Sansó-Rubert, parece que las actividades de los servicios de inteligencia "que puedan vulnerar los derechos y libertades, en la práctica, únicamente son controladas por el poder judicial, el político y la opinión pública cuando llegan a cierto nivel de penetración, sea esta cualitativa o cuantitativa. En los restantes casos, la impunidad de estas organizaciones de seguridad está casi garantizada"[404].

---

403 TORRES DEL MORAL, Antonio (2010): "Terrorismo y principio democrático", *Revista de Derecho Político*, nº 78, pp. 106-107.

404 SANSÓ-RUBERT, Daniel (2006): "El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada", *UNISCI Discussion Papers*, nº 18, pp. 218-19.

13. REFLEXIÓN FINAL
Una democracia puede derrotar incluso a la más peligrosa de las amenazas externas sin poner en riesgo sus valores más preciados

"*Una democracia puede quebrar si sus principios son violados o contestados sin que sus violaciones susciten rebelión o, al menos disenso*"
(Luigi Ferrajoli (2011): *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional,* Madrid, Trotta)

El fenómeno del terrorismo global constituye una de las "amenazas ideológicas" que han adquirido mayor protagonismo en los últimos años, junto a la radicalización ideológica y extremismos violentos. Ese protagonismo se ha visto favorecido por una importante capacidad de transformación y adaptación de los nuevos actores terroristas al mundo globalizado e interconectado por internet[405].

El terrorismo global es una realidad, es un peligro que está ahí y necesita ser combatido, pues constituye una amenaza para los derechos de muchos ciudadanos y el *status quo* de los Estados. Estaremos de acuerdo en que, para un efectivo y pleno disfrute de las libertades en democracia, es imprescindible una base previa: unas condiciones mínimas para ejercicio de los derechos de todos y para la pacífica convivencia ciudadana. Obviamente, un atentado terrorista o la amenaza de que pueda producirse perturban gravemente el orden público, que es el requisito para el disfrute seguro de nuestros derechos.

En todo caso, los atentados no pueden medirse solo en términos materiales, aunque ello no pueda olvidarse porque causa daños humanos y materiales, sino también en términos de impacto psicológico primero y político después. El terrorismo ataca al sistema de valores de la sociedad, trata de

---

405 En este campo, la tecnología cada día ofrece más y mejores instrumentos a los unos para delinquir y a los Estados para intentar evitar dichas actuaciones.

subvertir el orden constitucional, su objetivo es crear miedo para obligar a cambiar las conciencias haciéndolas más vulnerables. Es una violencia simbólica que, aunque cause un número pequeño de muertes en comparación a los que se producen en un mismo periodo de tiempo por otro tipo de violencias o por accidentes de tráfico (por poner algún ejemplo), su impacto social es desproporcionadamente alto. Por lo tanto, la legislación y las políticas antiterroristas deben orientarse a evitar que esa amenaza terrorista se convierta en un daño concreto, y a garantizar la seguridad y salvaguardar el libre y pacífico disfrute de los derechos y libertades[406], pero también a controlar el impacto social de amenaza que los terroristas pretenden crear.

Esto, que en teoría resulta tan sencillo de defender, tiene muchas aristas y zonas grises, porque, en esa búsqueda de la seguridad, las medidas antiterroristas pueden acabar limitando el normal ejercicio de los derechos. La realidad nos ha demostrado que, en demasiadas ocasiones, la cuestión se ha saldado con un desequilibrio en favor de la seguridad y en detrimento de las libertades.

El argumento de la seguridad pública o la seguridad nacional puede constituir una razón justificada para el Estado para imponer límites a derechos como el de reunión, privacidad, libertad de información, u otros, pero, en demasiados ordenamientos jurídicos, las previsiones legales lo han convertido en un argumento de fácil recurso. En este punto resulta interesante no olvidar cómo en la Primera sesión de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, cuando se estaba elaborando el texto del Convenio Europeo de derechos Humanos, el francés Pierre Henry Teigten afirmaba: "(…) en el origen de nuestra unión se encuentra inscrita esta afirmación fundamental: toda persona, por su origen, su naturaleza y su destino, es titular de unos derechos imprescriptibles frente a los que no puede valer

406 Artículo 3 de la Ley española 36/2015, de Seguridad Nacional: A los efectos de esta ley se entenderá por Seguridad Nacional la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos.

ninguna razón de Estado"[407]. En aquel momento, no se hacía más que advertir del daño que el abuso de esa razón de Estado puede suponer para el ejercicio de los derechos fundamentales. En definitiva, si trasladamos este pensamiento al tema que nos ocupa, podríamos afirmar que la seguridad no lo puede justificar todo.

En la lucha contra el terrorismo hay que sopesar reflexivamente qué herramientas deben emplearse para erradicarlo, sin **renunciar a las recetas clásicas de nuestro ordenamiento jurídico, basadas, entre otras cosas, en la existencia de unas garantías y valores que son ingredientes imprescindibles del Estado democrático de derecho** (los derechos fundamentales y los valores democráticos). Porque, como recordaba Dworkin: "lo que nuestros enemigos, principalmente, esperan lograr a través de su terror es la destrucción de los valores que ellos odian y nosotros veneramos. Debemos proteger esos valores lo mejor que podamos, incluso mientras luchamos contra los terroristas. Eso es difícil: requiere discernimiento, imaginación y franqueza"[408].

Resulta cierto que el terrorismo que está causando ahora más atentados, el de corte yihadista, está enfrentando al Estado Constitucional a sus propios principios y la respuesta a dicho fenómeno constituye un desafío para el Estado democrático: el desafío de no acabar minorando el marco de libertades y participación que la democracia requiere. El reto es mayúsculo, pues nos exponemos al riesgo de caer en un "estado de la seguridad" que coarte todas esas libertades por las que tanto hemos luchado. Corremos el peligro de que la seguridad acabe convirtiéndose en una amenaza para las propias libertades democráticas. Como indicaban González y Flores al hablar de las medidas adoptadas para garantizar la seguridad, "hemos de

---

407 Así lo recuerda Miguel REVENGA SÁNCHEZ en *Seguridad Nacional y derechos Humanos…, op. cit.*, p. 23.

408 "But what our enemies mainly hope to achieve through their terror is the destruction of the values they hate and we cherish. We must protect those values as well as we can, even as we fight the terrorists. That is difficult: it requires discrimination, imagination, and candor" (DWORKIN, Ronald (2002), "The treath to patriotism", *op. cit.*, p. 11).

ser conscientes, por lo tanto, de que, con el motivo o excusa de defenderla, la democracia puede ser destruida"[409].

Por ello, surge la pregunta de cuáles son los propios límites del Estado al establecer límites a las libertades cuando se pretende salvaguardar el orden público o la seguridad. La cuestión que late en el fondo es siempre la misma: cómo lograr un equilibrio entre seguridad y libertad.

El Estado democrático de derecho debe escoger la vía que implica velar por la seguridad de los ciudadanos perturbando lo menos posible sus derechos. De ahí la obligación de acudir a principios como los de justificación, necesidad o proporcionalidad. Desde esa perspectiva, se han ido planteando cuestiones en este trabajo: ¿Hay una sobrevaloración del principio de seguridad? ¿de verdad nos sentimos tan inseguros? ¿hay una contribución apreciable de mayor seguridad que justifique las limitaciones de derechos que se han producido? ¿tiene sentido que, para la persecución de presuntos terroristas o la probabilidad de un abstracto, pero posible, atentado yihadista se almacenen de forma masiva datos de millones de ciudadanos? ¿está justificado que en algunos países se hayan limitado de forma tan extraordinaria las manifestaciones por el riesgo que la mera aglomeración de gente puede suponer ante un hipotético ataque terrorista?

El problema es que cada vez que se produce un nuevo atentado se desencadena una necesidad mayor de garantizar la seguridad y los ciudadanos parecen estar más dispuestos a sacrificar su esfera de libertad y la libertad de los otros. **La opinión pública parece estar anestesiada por los mensajes de peligro que recibe y la sensación de riesgo que percibe.** Hemos subrayado en este trabajo la responsabilidad que tienen en ello no solo los gobiernos, sino también los medios de comunicación.

En este estado de las cosas, parece necesario replantearnos algunas cosas.

En primer lugar, es preciso **reivindicar la intangibilidad de las garantías constitucionales básicas**, esto es, de las libertades y derechos fundamentales que, a modo de límites, restringen la intervención estatal —

---

409 GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2018): "Seguridad global y derechos fundamentales. Una propuesta metodológica", *op. cit.*, p. 92.

sancionadora y penal—, incluso ante hechos tan execrables como los que caracterizan a cualquier acto terrorista.

Se ha planteado optar por un modelo de *contraterrorismo justo*. Un contraterrorismo cargado de ética e inspirado en el concepto de *justicia como equidad* de Rawls, un tipo de justicia que, como afirmara este autor, "está pensada para la sociedad democrática"[410]. Ideas como la sociedad como un sistema equitativo de cooperación, una sociedad bien ordenada; la asignación a todos los ciudadanos de sus derechos y sus deberes básicos; las personas como individuos libres e iguales; y la apuesta por un consenso entrecruzado de visiones religiosas, filosóficas y morales que no solo no son idénticas, sino que pueden ser opuestas, constituyen el conjunto de presupuestos conceptuales para comprender la perspectiva de la justicia como equidad de Rawls. Trayéndola al ámbito que nos interesa ahora, se trataría de un contraterrorismo pensado conjuntamente para la ciudadanía objeto de los ataques terroristas, para los perpetradores y para la comunidad de donde provienen estos últimos, con una justicia aplicada a cada uno de ellos[411]. Porque lo cierto es que afrontar el terrorismo yihadista supone hacerlo desde una visión integral que involucre a todos los partícipes y afronte el desafío del fenómeno desde la raíz a sus consecuencias.

En segundo lugar, en este trabajo también se ha defendido que ese equilibrio entre seguridad y libertades **ha de mantenerse incluso en situaciones de excepcionalidad.** Es ahí donde el Estado democrático demuestra su madurez. Por lo tanto, habría que reaccionar frente al terrorismo desde la misma normalidad, haciendo con ello alusión a la dialéctica que planteaba Rosenfeld entre *tiempos normales*, *tiempos de crisis* y *tiempos de tensión*, postulando afrontar la tensión desde los parámetros de la normalidad y haciendo uso de criterios de proporcionalidad en el balance libertad-seguridad[412].

---

410 RAWLS, John (2002): *La justicia como equidad*, Barcelona, Paidós, p. 69. Señala que su teoría de la justicia parte de la idea de un acuerdo mutuo entre participantes que interactúan bajo condiciones equitativas de orden constitucional y político.

411 CLIFFORD, George M. (2017): "Just counterterrorism", *Critical Studies on Terrorism*, nº 10:1, pp. 67-92.

412 ROSENFELD, Michael (2005): "¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión", *Análisis del Real Instituto Elcano*, *ARI.*, n. 109.

En tercer lugar, no podemos olvidar que nos encontramos ante **un fenómeno que es global**, que la era digital ha ayudado a hacerlo transnacional y, por lo tanto, singular. Como consecuencia, la respuesta al terrorismo yihadista no puede darse exclusivamente en clave interna. Frente a este fenómeno, la cooperación entre países se ha convertido en algo imprescindible y la normativa supranacional, que obliga a legislar en un determinado sentido o a poner en práctica políticas en materias que antes eran soberanas de los Estados, se ha hecho una realidad. No olvidemos que esto podría ser controvertido en un momento dado, porque, aunque son los Estados los que conforman esos entes supranacionales que forjan la respuesta supraestatal al fenómeno terrorista, una mayoría de Estados, empujada por la respuesta urgente y no reflexiva frente a la aparente inseguridad, podría acabar diseñando un marco supranacional de lucha antiterrorista que olvidara esos estándares básicos por los que tanto se ha luchado y que definen al Estado constitucional (a los Estados constitucionales). Este constituye otro desafío más que no debemos descuidar.

En cuarto lugar, hay que ahondar en la raíz de la violencia yihadista, especialmente cuando en Europa muchos atentados han sido perpetrados por personas que llevaban mucho tiempo viviendo en nuestro territorio e incluso gozaban de la nacionalidad de uno de los Estados europeos. Así, en materia de seguridad pública, por un lado, son necesarias medidas que **atajen la difusión del discurso yihadista**. Es imprescindible poner freno a la captación de adeptos a la retórica de la yihad violenta. Ello exige controlar los centros principales de difusión: las mezquitas u oratorios y las redes. Pero estas medidas tampoco son inocuas, pues muchas de ellas pueden terminar generando una limitación generalizada de derechos para toda la población o para un determinado colectivo. Pensemos en los controles masivos de contenidos en redes o en el cierre de mezquitas. A lo que se añaden nuevas dudas, como el papel que en ese control de las redes corresponde a los grandes servidores de internet, con los peligros que esto también puede generar. Y, por otro lado, son indispensables también políticas públicas de prevención, que deben **abarcar políticas educativas, antidiscriminatorias, sociales y otras, dirigidas a la integración de las minorías.** Esas políticas han de prestar especial atención al componente de diversidad social, cultural y religiosa como estrategia para facilitar la integración social y evitar la radicalización violenta. Precisamente el ejercicio del derecho de manifestación ha sido utilizado por

los propios ciudadanos musulmanes como muestra de voluntad y mecanismo de integración a través de su participación en manifestaciones en las que han mostrado su solidaridad y absoluto rechazo a los atentados yihadistas y han querido romper toda imagen que pueda relacionar al terrorismo yihadista con cualquier feligrés musulmán.

Europa se ha convertido en una sociedad de acogida como consecuencia de la inmigración masiva y, por tanto, hablamos de una sociedad multicultural en la que conviven diversas confesiones religiosas. Las medidas de prevención en materia de seguridad pública deben ir dirigidas a la integración de las minorías o al menos no generar segregación o discriminación. Esas políticas deben prestar especial atención al componente de la diversidad social, cultural y religiosa como estrategia para facilitar la integración social, que reduce la criminalidad y evita la radicalización violenta[413]. Es importante ayudar a difundir un discurso vinculado a un islam de estos tiempos, democrático y respetuoso de los derechos humanos.

En quinto lugar, **en un Estado democrático no podemos excluir a la ciudadanía**. Cuando la ciudadanía se siente coartada en sus derechos es cuando mayor **necesidad tiene de exigir una justificación.** Porque podemos entender la importancia de prevenir los riesgos que amenazan la seguridad nacional, pues sin seguridad no nos sentimos libres, pero si se coartan nuestras libertades, de nada nos sirve sentirnos seguros. Se ha subrayado que el Estado democrático requiere transparencia en la actuación de las instituciones públicas que permita el acceso de los ciudadanos a la información y garantice la ausencia de arbitrariedad en el ejercicio del poder público[414]. Queremos información para cubrir necesidades de naturaleza muy distinta, desde la defensa de nuestros propios intereses y la

---

413 RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio (2017): *Libertad religiosa y terrorismo…,* op. cit, p. 234.

414 El Tribunal Constitucional español desde sus primeras decisiones ha reconocido en la formación de una opinión pública libre uno de los requisitos esenciales de una democracia (entre esa primera jurisprudencia recuérdense las sentencias: SSTC 6/1981, de 6 de marzo; 12/1982, de 31 de marzo; 56/1983, de 28 de junio…). En el mismo sentido, Troncoso defiende que La transparencia es un requisito necesario para el ejercicio del derecho fundamental a la participación en asuntos públicos y facilita el control social de la actividad de los poderes públicos, TRONCOSO REIGADA, Antonio (2008): "Acceso a la información administrativa y protección de datos perso-

adopción de medidas de precaución ante los posibles peligros, —que conocemos que existen porque fluye la información—, hasta el poder ejercer un control-crítica sobre la respuesta de las instituciones públicas al delito o a las amenazas que se ciernen sobre el Estado, sus instituciones y sus ciudadanos. No debemos olvidar que los principios democráticos comunes al Constitucionalismo europeo y al Derecho de la UE, como la transparencia y la rendición de cuentas, deben ponerse efectivamente en práctica también en la lucha contra el terrorismo[415]. Y, en ese control, ha de incluirse no solo la adecuación en la aplicación de las previsiones legales contra el terrorismo por parte de los cuerpos de seguridad o defensa, sino también el control de los servicios de inteligencia, cuyo examen históricamente ha sido escaso por las razones que más arriba se han indicado. La democracia exige la exposición de los poderes públicos a la sana crítica, pues "la democracia tiene que ver con la contingencia de las cosas, que siempre podrían ser de otra manera"[416].

Para Beck, en la sociedad moderna, no basta con definir un riesgo, sino que es necesario escenificarlo en los medios de comunicación para las masas en aras de convertirlo en un tema capaz de motivar la movilización política. La emergencia de esta "subpolítica" hace que los ámbitos extraparlamentarios adquieran una gran relevancia.

En síntesis, no hemos de olvidar lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos subrayaba en el asunto *Trabelsi c. Bélgica* (2014)[417], decía: **"la fuerza de la democracia se mide precisamente cuando, incluso en presencia de un peligro inminente, se sigue actuando de acuerdo con la ley"**.

Que la ley defina con la mayor precisión posible la seguridad que se quiere garantizar, las potestades de los poderes públicos para asegurarla, los límites y las responsabilidades en su actuación es una garantía de los propios derechos. El problema deviene cuando la seguridad se convierte en un

---

nales", en Troncoso (Dir.): *Transparencia administrativa y protección de datos*, Madrid, Thomson-Civitas, especialmente pp. 35 a 39.

415 COLE, D., FABBRINI, F., and VERDASCHI, A. (eds.) (2013), *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*, *op. cit.*

416 INNENARITY, Daniel Innerarity (2018): *Comprender la democracia*, *op. cit.*, p. 46)

417 TEDH caso *Trabelsi c. Bélgica*, de 4 de septiembre de 2014.

concepto vago y acaba siendo paraguas de muchas limitaciones. Porque, en ese caso, incluso asegurando la intervención de un juez, la laxitud legal puede conducir a los jueces a dejarse llevar por el fantasma de la seguridad, colaborando en esa minoración injustificada de derechos.

Si se ubica en el legislador el protagonismo principal (que no único) en la regulación de las medidas de garantía de la seguridad, ello sería coherente con la defensa de la teoría del minimalismo sobre la decisión judicial según la cual los jueces deben decidir los casos recurriendo a los fundamentos más limitados que estén a su disposición (Cass Sunstein, *One case at a time* o caso por caso). Para Sustein los jueces minimalistas promueven valores democráticos, cuando confinan su análisis jurídico a los rasgos singulares del caso que tienen que resolver, reservando de esa manera al legislador, al órgano en el que estamos representados los ciudadanos, el tratamiento de las cuestiones más amplias. El minimalismo exige que sea el legislador quien tome las decisiones cruciales, espoleando los procesos de decisión democrática[418].

Sin embargo, esta teoría minimalista (que, en todo caso, habría que plantearse si tiene ventajas cuando va referida a los tribunales ordinarios) no tiene cabida cuando hablamos de los Tribunales supremos y en concreto del Tribunal Constitucional o los Tribunales Supranacionales, pues, en este caso, estos Tribunales no están llamados a resolver la cuestión concreta o el conflicto concreto que se le plantea, sino a nutrir y garantizar los valores y derechos básicos de la Constitución, o de los textos internacionales, en el caso de los últimos. Decía Owen Fiss, refiriéndose a la Corte Suprema estadounidense que el deber de esta "es actuar —ni minimalistamente ni maximalistamente, sino de modo responsable —de modo tal que muestre conciencia de su papel dentro del sistema político como guardiana de la Constitución"[419]. En estos órganos jurisdiccionales debiéramos encontrar siempre la garantía última de la adecuación de todos los poderes del Estado a lo que establecen la Constitución y los textos internacionales. Tienen una responsabilidad especial como guardianes de los mismos, incluso para estar a la altura cuando mayorías parlamentarias transitorias puedan querer im-

---

418 SUTTON, Trevor (2017), "Prólogo a Los peligros del minimalismo" en FISS, Owen M. (Coord.): *Una guerra sin igual…, op. cit.*, p. 73.

419 FISS, Owen M. (2017): *Una guerra sin igual…, op. cit.*, p. 78.

poner leyes que contravengan los valores y derechos que han sido durante mucho tiempo la fuente de la identidad y de la cohesión interior de nuestras democracias[420]. No olvidemos como Ronald Dworkin explicaba que son los jueces los encargados de velar por las pre-condiciones de la democracia, o recordemos la teoría de Ferrajoli sobre la esfera de lo indecidible y el papel que los derechos fundamentales juegan en ella.

Tener en cuenta los límites del legislador no es cuestión baladí, pues las transgresiones que sufrimos hoy necesariamente determinarán lo que será permisible en el futuro, pueden servir de precedente a gobiernos o mayorías parlamentarias menos renuentes a limitar derechos. Con razón decía J. Stuart Mill que "debe haber en toda Constitución un centro de resistencia contra el poder predominante y, por consecuencia, en una Constitución democrática un centro de resistencia contra la democracia"[421].

Porque, en la elaboración de esa normativa han de calcularse los costes, en términos de credibilidad y coherencia democráticas, de la reacción frente al terrorismo yihadista, evitando las respuestas irreflexivas, desmesuradas o injustificadamente prolongadas en el tiempo. Resulta muy acertada la propuesta de González y Flores cuando subrayan que una de las cuestiones principales hoy es "cuánto riesgo razonable debe aceptarse en una sociedad avanzada"[422].

En definitiva, **hay que evitar que la sobrevaloración de los riesgos y de la seguridad no nos conduzcan a una *deconstrucción democrática***,

---

420 Desde luego, no quiero entrar aquí en el ya viejo dilema de la legitimidad de la revisión judicial contramayoritaria, esto es, cuando los jueces (no siendo elegidos) acaban actuando contra la voluntad mayoritaria expresada por las instituciones representativas. Esta es una teoría que partió de los trabajos de Alexander Bickel en los años setenta en Estados Unidos. Sin embargo, se ha producido con los años una paulatina suavización de la crítica contramayoritaria, cosa que se debe, entre otras cosas, a una cultura jurídica en incremento que toma a la jurisdicción constitucional como parte fundamental del estado de derecho y como natural e inherente a la democracia. Véanse las críticas vertidas al argumento contramayoritario por Dworkin, Garzón Valdés o Ferrajoli, entre otros. Puede verse el trabajo LINARES, Sebastián (2008): *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons.

421 MILL, John Stuart (1985): "Del gobierno representativo", en *Libertad. Gobierno representativo. Esclavitud femenina*, Madrid, Tecnos, p. 296.

422 GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2018): "Seguridad global y derechos fundamentales. Una propuesta metodológica", *op. cit.*, p. 54.

donde la libertad de hacer, la libertad de expresión, la libertad informativa, la libertad religiosa, la opinión pública informada y libre, o los derechos de participación pierdan el valor que hasta ahora han tenido.

En esto, la resiliencia es crucial en la lucha contra el terrorismo, pues está asociada a la entereza, a la persistencia estratégica y a la firmeza de convicciones en los propios valores democráticos. Los ciudadanos necesitamos confiar en que las actuaciones que llevan a cabo nuestros poderes se rigen por principios como la necesidad, justificación y proporcionalidad, y sobre todo, por el respeto a nuestras libertades. Y queremos ser partícipes de ello.

NORMATIVA CITADA

NACIONES UNIDAS

- Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1948).
- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1961).
- Declaración de la Asamblea General sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (Res. 36/55, de 25 de noviembre de 1981).
- Resolución 18 de la Comisión de Derechos Humanos de sobre la Aplicación de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones" (1994).
- Estrategia Global de Naciones Unidas contra el terrorismo, de 8 de septiembre de 2006.
- Estrategia Global de Naciones Unidas contra el terrorismo, de 8 de septiembre de 2008.
- Resolución 2178 (2014) del consejo de Seguridad de naciones Unidas sobre combatientes terroristas extranjeros.
- Resolución del Consejo de Derechos Humanos, de 2 de octubre de 2015, sobre los derechos humanos y las actividades de prevención y erradicación del extremismo violento.
- Plan de acción para prevenir el extremismo violento del Secretario General de Naciones Unidas, de 24 de diciembre de 2015.
- Resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre retorno de combatientes terroristas extranjeros.
- Resolución 2462 (2019) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas invitando a combatir y criminalizar la financiación de los terroristas y sus actividades.

UNIÓN EUROPEA

2001

- Plan de acción en la lucha contra el terrorismo en el Consejo Europeo, de 21 de septiembre de 2001.
- Posición Común 2001/931/PESC del Consejo Europeo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo.

2002

- Decisión Marco del Consejo 2002/584/JHA, de 13 de junio de 2002, sobre la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros.
- Decisión marco 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por Decisión marco 2008/919/JAI.
- Decisión del Consejo 2002/996/JHA, de 28 de noviembre de 2002, que establece un mecanismo para evaluar los sistemas legales y su implementación a nivel nacional en la lucha contra el terrorismo.
- Decisión del Consejo 2003/48/JHA, de 19 de diciembre de 2002, sobre la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial en materia de lucha contra el terrorismo, de conformidad con el artículo 4 de la Posición Común 2001/931/CFSP.

2003

- Estrategia Europea de Seguridad 2003. Consejo Europeo de 12 de diciembre de 2003.

2004

- Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea sobre la lucha contra el terrorismo, 2004.
- Acuerdo del Consejo y el Parlamento Europeo, de 20 de abril de 2004, sobre nuevas normas destinadas a prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

2005

- Resolución del Parlamento, de 15 de diciembre de 2005, sobre la presunta utilización de países europeos, por parte de la CIA, para el transporte y la detención ilegal de presos, (DO C 286 E de 23.11.2006, p. 509).

2006

- Decisión del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2006, por la que se constituye una comisión temporal sobre la presunta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (DO C 287 E de 24.11.2006, p. 159).
- Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2006, sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos.

2008

- Decisión Marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2008, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros.

- Decisión 2008/633/JAI, del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados (VIS) por las autoridades designadas de los Estados miembros y por Europol, con fines de prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo y otros delitos graves.
- Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.

2010

- Estrategia de Seguridad Interior de la UE. Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, de 23 de febrero de 2010.

2012

- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

2014

- Directiva 2014/41/CE del Parlamento y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.
- Decisión del Consejo 2014/415/UE, de 24 de junio de 2014, relativa a las modalidades de aplicación por la Unión de la cláusula de solidaridad.

2015

- Reglamento (UE) 2015/847 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos.
- Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.
- Estrategia Europea de Seguridad Interior de 2015.
- Estrategia Renovada de Seguridad Interior 2015-2020, adoptada por el Consejo JAI de los días 15 y 16 de junio de 2015 y revisado el 15 de diciembre de 2015.

2016

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al

tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)
- Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, sobre el tratamiento de datos por las autoridades en el ámbito de la prevención y persecución del crimen.
- Directiva (UE) 2016/681/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.
- Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea 2016.
- Plan de la Comisión, de 2 de febrero de 2016, para reforzar la lucha contra la financiación del terrorismo (Doc. 5782/16 + ADD1)

2017
- Directiva (UE) 2017/433 de la Comisión, de 7 de marzo de 2017 que modifica la Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la lista de productos relacionados con la defensa.
- Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.
- Reglamento (UE) 2017/458 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, para reforzar los controles en las fronteras exteriores mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores.
- Reglamento (UE) 2017/458 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores.
- Directiva (UE) 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo.
- Directiva (UE) 2017/853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, sobre el control de la adquisición y tenencia de armas.
- Reglamento (UE) 2017/2226 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2017, para el establecimiento de un Sistema de Entradas y Salidas (SES)

2018
- Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión Europea, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea.
- Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a

la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138 y 2013/36.
- Reglamento (UE) 2018/1240 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de septiembre de 2018, por el que se establece un Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV).
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea, presentada por la Comisión Europea en septiembre de 2018, COM(2018) 640 final.

CONSEJO DE EUROPA

- Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)
- Convenio nº 196 del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, Varsovia, 16 de mayo de 2005.
- Protocolo adicional al Convenio para la Prevención del Terrorismo, de 22 de octubre de 2015, que tiene como finalidad la instalación de una respuesta penal para perseguir a los llamados combatientes terroristas extranjeros.
- Estrategia Contra el terrorismo del Consejo de Europa para el periodo 2018-2022) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808afc96#_ftn1

ESPAÑA

- Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.
- Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, de utilización de video-cámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad.
- Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos.
- Orden Ministerial 76/2006, de 19 de mayo, en la que se adopta la política de seguridad de la información del Ministerio de Defensa.
- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y la financiación al terrorismo.
- Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo.
- Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de seguridad ciudadana.
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.
- Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional.
- Ley Orgánica 7/2014, sobre intercambio de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales en la Unión Europea.

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.
- Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.
- Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materias de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.
- Estrategia de Seguridad Nacional de 2011.
- Estrategia de Seguridad Nacional de 2013.
- Estrategia de Seguridad Nacional de 2017.
- Estrategia contra el terrorismo 2019.

AUSTRIA

- Ley de 16 de mayo de 2017 sobre la prohición del burka (*Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz-AgesVG, nr. 62/20179*).

ALEMANIA

- Ley de lucha contra el terrorismo, de 4 de enero de 2002, (*Terrorismusbekampfungsgesetz*).
- Ley antiterrorista, 22 de diciembre de 2006 (enmendada en 2017) (*Antiterrordateigesetz*).
- Ley de la BKA (policía criminal), de 19 de diciembre de 2008 (*BKA-Gesetz*).
- Ley sobre el control parlamentario de la actividad de Inteligencia de la Federación 2009 (*Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes-Kontrollgremiumgesetz*).
- Ley para la persecución de la preparación de crímenes graves contra la seguridad del Estado, de 30 de julio de 2009 (*Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewal*).
- Ley sobre la prohibición del burka, de 16 de mayo de 2017 (*Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz-AGesVG, nr. 62/2017*).

BÉLGICA

- Ley relativa a la prohibición de toda vestimenta ocultando totalmente o de manera principal el rostro, de 1 de junio de 2011 (*Loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage.*)

- Ley para reforzar la lucha contra el terrorismo, de 20 de julio de 2015 (*Loi du 20 juillet 2015 visant á renforcer la lutte contre le terrorisme*)
- Ley sobre disposiciones diversas en materia de lucha contra el terrorismo, de 3 de agosto de 2016 *(Loi du 3 aôut 2016 portant des dispositions diverses en matiére de lutte contre le terrorismo)*

CANADÁ

- Ley Antiterrorista 2001 (*Antiterrorist Act*)
- Ley canadiense de ciudadanía, 2014 *(Strengthening Canadian Citizenship Act)*

EEUU

- Ley de Emergencias Nacionales, de 14 de septiembre de 1976, *(National Emergencies Act*)
- USA Patriot Act, 26 de octubre de 2001*(Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* Act)
- Ley de Tratamiento del Detenido, 30 de diciembre de 2005 *(Detainee Treatment Act)*
- Ley de Protección para América, de 5 de agosto de 2007, Reforma de la *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978* (*Protect America Act*)
- Ley de Reforma de la Ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera, de 10 de julio de 2008 *(Reforma de la Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978)*
- Decreto ejecutivo nº 13, 491, 74 Reg. Fe. 4,893 (22 enero 2009)

FRANCIA

- Código de Seguridad Interior *(Code de la sécurité intérieure)*
- Ley de estado de emergencia *[Loi n° 55-385, du 3 avril 1955, sur l'état d'urgence (se incluye en el Código de Seguridad Interior)]*
- Ley de Fortalecimiento de la Lucha Antiterrorista, (*Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*)
- Ley de Seguridad ciudadana (*Loi n° 2001-1062 de Sécurité quotidienne du 15 novembre 2001*)
- Ley de Seguridad Interior (*Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure*)

- Ley de Adaptación de la Administración de Justicia a la Evolución de la Criminalidad Organizada (*Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*)
- Ley sobre la confianza en la economía digital *(Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*)
- Ley de Lucha contra el Terrorismo, (Loi nº 2006-64, du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant diverses dispositions relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers)
- Ley de vigilancia/inteligencia francesa (*Loi* n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement)
- Ley sobre medidas de vigilancia de comunicaciones electrónicas internacionales *(LOI n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales)*
- Ley de refuerzo de la seguridad interior y lucha contra el terrorismo *(Loi 2017-1510, du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorismo)*

ITALIA

- Ley 15/1980 de medidas urgentes para la protección del orden democrático y la seguridad pública.
- Ley 155/2005 de medidas urgentes para combatir el terrorismo internacional.
- Ley 133/2012, que modifica la Ley reguladora de los servicios de seguridad (la Ley 801/1977)
- Ley 7/2015 de legislación antiterrorista.
- Ley 43/2015 de medidas urgentes en la lucha contra el terrorismo.
- Decreto de Seguridad, aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de septiembre de 2018 *(Decreto sicurezza*)

REINO UNIDO

- Ley de Nacionalidad británica, 1981 (*British Nationality Act*)
- Ley de los Servicios de Inteligencia, *1994 (Intelligence Services Act)*
- Ley de antiterrorismo, crimen y seguridad, 2001 (*Antiterrorism, Crime and Security Act)*
- Ley de prevención del terrorismo*, de 11 de marzo de 2005 (Prevention Terrorism Act)*
- Ley de Justicia y Seguridad, *2013 (Justice and Security Act)*
- Ley de contraterrorismo y fronteras, de 12 de febrero de 2019 (*Counter-Terrorism and Border Security Act*)
- Ley de Inmigración, 2014 (*Immigration Act*)

JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Lawless c. Irlanda, de 1 de julio de 1961
Hadyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976
Irlanda c. Reino Unido, de 18 de enero de 1978
Klass y otros c. Alemania, de 6 de septiembre de 1978
Malone c. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984
Leander c. Suecia, de 26 de marzo de 1987
Hadjianastassiou c. Grecia, de 23 de noviembre de 1992
Brannigan and McBride c. Reino Unido, de 26 de mayo de 1993
Huving c. Francia, 24 de abril de 1990
The Observer and Guardian v. United Kingdom (asunto Spychatcher), 29 octubre 1991
Kokkinakis c. Grecia, de 25 de mayo de 1993
Aksoy c. Turquía, de 18 de diciembre de 1996
Alcoy v. Tukey, de 18 de diciembre de 1996
Zana c. Turquía, de 25 de noviembre de 1997
United Communist Party and Others v. Turkey, de 30 de enero de 1998
Koop c. Switzerland, de 25 de marzo de 1998
Partido Socialista y otros c. Turquía, de 25 de mayo de 1998
Valenzuela Contreras c. España, de 30 de julio de 1998
Surek c. Turquía, de 8 de julio de 1999
Arslan c. Turquía, de 8 de julio 1999
Ceylan c. Turquía, 8 de julio de 1999
Karatas c. Turquía, de 8 de julio 1999
Freedom and Democracy Party c. Turquía, de 8 de diciembre de 1999
Hogefeld c. Alemania, de 20 de enero de 2000
Lucia Dahlab c. Suiza, de 15 de febrero de 2001
Partido de la Prosperidad c. Turquía, de 31 de julio de 2001
Padro Bugallo c. España, de 18 de febrero de 2003
Norwood c. Reino Unido, de 16 de noviembre 2004
Phull c. Francia, 11 de enero de 2005
I. A. c. Turquía, de 13 de septiembre de 2005
Ouranio Toxo y otros c. Grecia, 20 de mayo de 2005
Müslüm Gündüz c. Turquía, 12 de julio de 2005
Ceylan c. Turquía, de 11 de octubre de 2005
Leyla Sahín c. Turquía, de 10 de noviembre de 2005

Aydin Tatlav c. Turquía, de 2 de mayo de 2006
Weber y Saravia c. Alemania, 26 de junio de 2006
Dulkarin Coban c. España, de 26 de septiembre de 2006
El Mahi y otros c. Dinamarca, 11 de diciembre de 2006
Kalifatstaat c. Alemania, de 11 de diciembre de 2006
El Morsli c. Francia, de 4 de marzo de 2008
Liberty y otros c. Reino Unido, de 1 de julio de 2008
Leroy c. Francia, de 2 de octubre de 2008
Mann Singh c. Francia, de 13 de noviembre de 2008
DOGRU c. Francia, de 4 de diciembre de 2008
Kervanci y Dogru c. Francia, de 4 de diciembre de 2008
A. y Otros c. Reino Unido, de 19 de febrero de 2009
Herri Batasuna and Batasuna c. España, de 30 de junio de 2009
Üper *y otros c. Turquía*, de 20 de octubre de 2009
Ahmet Arslan y otros c. Turquía, de 23 de febrero de 2010
Kennedy c. Reino Unido, de 18 de mayo de 2010
Turgay and Others c. Turquía, de 15 de junio de 2010
Gözel and Özer c. Turquía, de 6 de julio de 2010
Ouardini c. Suiza, de 26 de junio de 2011
Asociación "Liga de musulmanes de Suiza" c. Suiza, de 26 de junio de 2011
Telegraaf Media Nederland Landelijke Media y otros c. Países Bajos, de 22 de noviembre de 2011
Youth Initiative for Human Rights c. Serbia, de 25 de junio de 2013
Yavuz y Yaylali c. Turquía, de 17 de diciembre de 2013
Aslan and Sezen c. Turquía, de 17 junio de 2014
S.A.S c. Francia, de 1 de julio de 2014
Güler y Uqur c. Turquía, de 2 de diciembre de 2014
Belek and Velioğlu c. Turquía, de 6 de octubre de 2015
Zakharov c. Rusia, de 4 de diciembre de 2015
K2 c. Reino Unido, de 7 de febrero de 2017
Belkacem c. Bélgica, de 27 de junio de 2017
Belkacem c. Bélgica, de 27 de julio de 2017
Roi TV A/S c. Dinamarca, de 17 de abril de 2018
Centrum för rättvisa c. Suecia, de 19 de junio de 2018
Savva Terentyev c. Rusia, de 28 de agosto de 2018
Big brother watch and other c. Reino Unido, de 13 de septiembre de 2018
Ali Gürbüz c. Turquía, de 12 de marzo de 2019
Asuntos pendientes de resolución:
Ghoumid c. Francia
Charouali c. Francia

Turk c. Francia
Aberbri c. Francia
Ait El Haj c. Francia

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia de 8 de abril de 2014, Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 (*Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros)*
Sentencia de 6 de octubre de 2015, Asunto C-362/14 (*Maximillian Schrems)*
Dictamen 1/15, de 26 de julio de 2017, (*Acuerdo PNR UE/Canadá*)
Sentencia de 19 de marzo de 2019, Asunto C-444/17 (*Préfet des Pyrénées-Orientales/Abdelaziz Arib*)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

STC 33/1982, de 8 de junio
STC 159/1986, de 16 de diciembre
STC 199/1987, de 16 de diciembre
STC 85/1988, de 28 de abril
STC 105/1990, de 6 de junio
STC 172/1990, de 5 de noviembre
STC 240/1992, de 21 de diciembre
STC 66/1995, de 8 de mayo
STC 48/2003, de 12 de marzo
STC 112/2007, de 10 de mayo
STC 235/2007, de 7 de noviembre
STC 62/2011, de 5 de mayo
STC 193/2011, de 12 de diciembre
STC 138/2012, de 20 de junio

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA

STS de 4 de abril de 1997, Sala Tercera
STS 618/2008, de 7 de octubre, Sala Segunda
STS 1064/2002, de 7 de junio, Sala Segunda
STS 361/2002 de 4 de marzo, Sala Tercera
STS 556/2006, de 31 de mayo, Sala Segunda

STS 3691/2016, de 27 de julio, Sala Segunda
STS 1643/2017, de 26 de abril, Sala Segunda

AUDIENCIA NACIONAL DE ESPAÑA

Sentencia de la Audiencia Nacional 36/2005, de 26 de septiembre (Asunto Hassan Al Hussein)
Sentencia de la Audiencia Nacional, 3/2018, de 3 de marzo (Asunto Hásel)
Sentencia de la Audiencia Nacional, 5/2018, de 14 de septiembre (Asunto Valtonyc)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ALEMANIA

BVerfg, 2 BvE 3/07, 17 de Junio de 2009

CORTE DE ARBITRAJE DE BÉLGICA

Sentencia 145/2012, de 6 de diciembre

TRIBUNAL SUPREMO DE EEUU

Schenck v. United States (249 U.S. 47), (1919)
Dennis v. United States (341 U.S. 494) (1951)
Brandenburg v. Ohio (395 U.S. 444) (1969)
North Jersey Media Group v. Ashcroft (205 F.Supp 2d 288) (2002)
Detroit Free Press v. Ashcroft (303 F.3d 198) (2002)
Center for National Security Studies v. US Department of Justice (Denegación del Certiorari por el Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2004)
Holder v. Humanitarian Law Project, 561 U.S. 1 (2010)

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA

Decisión nº 2015-713, DC, de 23 de julio de 2015
Decisión nº 2017-635 QPC, de 9 de junio de 2017

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Bruce (2004): "The Emergency Constitution", *Yale Law Journal*, vol. 113, pp. 1029-1091.

ACKERMAN, Spencer y BALL, James (2014): "Optic Nerve: millions of Yahoo webcam images intercepted by GCHQ", *The Guardian*, 28 febrero de 2014.

AGAMBEN, G. (2015): "De l'État de droit à létat de sécurité", *Le Monde*, 23 de diciembre de 2015.

Agencias (2008): "El PP reclama al Gobierno que explique todo lo que sabe de los vuelos de la CIA", *El Mundo*, 1 de diciembre de 2008.

ALONSO RIMO, Alberto, CUERDA ARNAU, M. Luisa y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (2018): *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

ALONSO RIMO, Alberto (2018): "La criminalización de la preparación delictiva a través de la Parte Especial del Código Penal. Especial referencia a los delitos de terrorismo", en ALONSO RIMO, Alberto, CUERDA ARNAU, M. Luisa y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 215-259.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique (1997): "El temor del Príncipe o el temor al Príncipe. Secretos de Estado y Constitución", *Anuario Jurídico de La Rioja*, nº 3, pp. 349-364.

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2017): "France: un droit, pas une menace: restrictions disproportionnée à la liberté de réunion pacifique sous couvert de l'état d'urgence en France", *Rapport du 31 mai 2017*, nº d'index. EUR 21/6104/2017.

ANGLET LLOVÍ, M. (2015): "¿Terrorismo o terrorismos?: sujetos peligrosos, malvados y enemigos", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, n. 31-1/2015, p. 230.

ARENDT, Hannah (2012): *Eichmann en Jerusalén, Barcelona, Lumen.*

ARENDT, Hannah (2013): *Los orígenes del totalitarismo,* Madrid, Alianza Editorial.

ARIAS MALDONADO, M. (2016): *La democracia sentimental: política y emociones en el s. XXI*, Barcelona, Página indómita.

ARISTÓTELES (ed. 2014): *Retórica*, (Introducción y traducción de Alberto Bernabé), Madrid, Alianza editorial.

AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, Federico (2017): "Terrorismo y contraterrorismo", *Seguridad Global y Derechos Fundamentales*. Cuadernos de Estrategia 188, Madrid, IEEE-Ministerio de Defensa, pp. 65-120.

AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, Federico (2018): "Responder a las amenazas del S. XXI", en *GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (Coords.) Seguridad y Derechos. Análisis de las amenazas, evaluación de las respuestas y valoración del impacto en los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 99-119.

BALLESTEROS, Miguel Ángel (2016): *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, Madrid, IEEE-Ministerio de Defensa.

BALLESTEROS, Miguel Ángel (2016): *Yihadismo*, Madrid, La Huerta Grande.

BARRERO ORTEGA, Abraham (2010): "La legislación antiterrorista tras el 11-S: la experiencia francesa", *Revista de derecho Político*, nº 78, pp. 299-316.

BEA PÉREZ, Emilia (2018): "La medida de privación de la nacionalidad a los terroristas", en ALONSO RIMO, Alberto, CUERDA ARNAU, M. Luisa y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 579-613.

BECK, Ulrich (2002): "The terrorist threat. World Risk Society Revisited", *Theory, Culture & Society*, vol. 19 (4), pp. 39-55.

BECK, Ulrich (2002): *Sobre el terrorismo y la guerra*, Barcelona, Paidós Ibérica.

BECK, Ulrich (2006): *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica.

BECK, Ulrich (2008): *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica.

BECK, Ulrich (2011): "Convivir con el riesgo global", en INNERARITY, Daniel y SOLANA, Javier (Coords.), *La humanidad amenazada: Gobernar los riesgos globales*, Barcelona, Paidós, pp. 25 y ss.

BOGAIN, Ariane (2017): "Security in the name of human rights: the discursive legitimation strategies of the war on terror in France", *Critical Studies on Terrorism*, n. 10:3, pp. 476-500.

BOUROUIS, khaddouj (2017): "Daesh un lobo salvaje y estratégico: Nueva taxonomía de *wilayat* como *daula islamiya* basada bajo la *sharia*", en PAYÁ SANTOS, Claudio Augusto, TOMÉ BERMEJO, Fernando (Dirs.) y ABAD QUINTANAL, Gracia (Coord.), *El terrorismo como desafío a la seguridad global*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 51-68.

BROWN, Ian y KORFF, Douwe (2009): "Terrorism and the proportionality of Internet Surveillance", *European Journal of Criminology*, vol. 6 (2), pp. 119-134.

BUSTOS GISBERT, Rafael (2014): "Libertad de expresión y control de la Red", en REVENGA SÁNCHEZ, M. (ed.), *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CAAMAÑO, Franciso (2019): "¿Existe un derecho constitucional del enemigo? Mirando tras la cortina", Obra colectiva, *La Constitución española en su 40 aniversario*, Santiago, Ed. Escola Galega de Administración Pública (en prensa).

CANCIO MELIÁ, Manuel (2018): "El concepto jurídico-penal de terrorismo entre la negación y la resignación", en ALONSO RIMO, Alberto, CUERDA ARNAU, M. Luisa y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 97-134.

CAPONE, Francesca (2017): "An overview of the UN Anti-Terrorism Sanctions Regimes: Stregths, Limitations and Ways forward", en PAYÁ SANTOS, Claudio Augusto, TOMÉ BERMEJO, Fernando (Dirs.) y ABAD QUINTANAL, Gracia (Coord.), *El terrorismo como desafío a la seguridad global*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 139-160.

CARMONA CONTRERAS, Ana M. (Dir.) (2018): *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales*, Madrid, Aranzadi.

CARRASCO DURÁN, Manuel (2010): "Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de septiembre de 2001", en PÉREZ ROYO (Dir.) y CARRASCO DURÁN (Coord.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Barcelona: Marcial Pons, pp. 13-56.

CARVAJAL MARTÍNEZ, Jorge Enrique (2010): "Seguridad global y lucha contra el terrorismo", *Revista Diálogos de Saberes*, nº jul-dic, pp. 93-108.

CASINO RUBIO, Miguel (2015): *Seguridad Pública y Constitución*, Madrid, Tecnos.

CLIFFORD, George M. (2017): "Just counterterrorism", *Critical Studies on Terrorism*, nº 10:1, pp. 67-92.

COHEN-ALMAGOR, Raphael (2018): "The role of internet intermediaries in tackling terrorism online", *Fordham Law Review*, vol. 86, pp. 425-453.

COLE, David Cole; FABBRINI, Federico y VEDASCHI, Arianna (eds.) (2013). *Secrecy, national security and the vindication of Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited.

COLOMER BEA, David (2018): "La incriminación del terrorismo individual en la reforma penal de 2015: ¿violencia política organizada?", ALONSO RIMO, Alberto, CUERDA ARNAU, M. Luisa y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 135-155.

COUSIDO GONZÁLEZ, Pilar (1995): *Comentario a la Ley de Secretos Oficiales y su reglamento*, Barcelona, Bosch.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (1984): *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos.

CUERDA ARNAU, M. Luisa (2013): "Intervenciones prospectivas y secreto de las comunicaciones. Cuestiones pendientes", en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y CUERDA, ARNAU, M. Luisa (Dir.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 103-143.

DE ASÍS, Rafael (2000): *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid.

DE DOMINGO PÉREZ, T.: "La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado *chilling effect* o efecto desaliento", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 122, 2003, pp. 141-166.

DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis y BLANCO NAVARRO, José María (2014): *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*, Madrid, Biblioteca ICFS.

DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis (2014): "Terrorismo", en DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis y BLANCO NAVARRO, José María (Dirs.), *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*, Madrid, LID Ed., pp. 95-113.

DE LUCAS, Javier (1990): "Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VII, pp. 131-145.

DE VERGOTTINI, Giuseppe (2004): "La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuestas de las democracias al terrorismo", *Revista de Derecho Político*, nº 61.

DEL PINO, Daniel: "Londres también espía las comunicaciones españolas", *publico.es*, 4 de septiembre de 2013.

DELGADO AGUADO, Julián (2011): "El orden público: proceso evolutivo", en AAVV., *La noción de orden público en el constitucionalismo español,* Madrid, Dykinson, pp. 17-70.

DELGADO, Juan José, PAYÁ, Claudio Augusto y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, Juan Carlos (2017): "Inteligencia estratégica basada en datos de fuentes abiertas como recurso ante el terrorismo internacional", en PAYÁ SANTOS, Claudio Augusto, TOMÉ BERMEJO, Fernando (Dirs.) y ABAD QUINTANAL, Gracia (Coord.), *El terrorismo como desafío a la seguridad global*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 197-209.

DÍAZ MATEY, Gustavo (2016): "El papel de la inteligencia en la lucha contra el terrorismo yihadista salafista", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, nº 116, pp. 207-228.

DÍEZ PICAZO, Luis María (1997): "Publicidad y secreto en la Constitución", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

DWORKIN, Ronald (2002), "The treat to patriotism", *The New York Review of Books,* 28 febrero 2002.

ENZENSBERGER, Hans Magnus (ed. 2015): *El perdedor radical. Ensayo sobre los hombres del terror*, Barcelona, Anagrama.

ESPLUGAS-LABATUT, Pierre (2018): "Pour la constitutionnalisation de l'État d'urgence", *Revue française de droit constitutionnel*, nº 115, pp. 485-496.

ESTEBAN NAVARRO, M. A. y CARVALHO, A. V. (2012): "Inteligencia: concepto y práctica", en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.): *Inteligencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 17-71.

EUROPA PRESS (2014): "El CNI colaboró con Reino Unido en operaciones encubiertas de vigilancia masiva en internet", *Público.es*, 17 de febrero de 2014.

EUROPOL (2018): "European Union terrorism situation and trend report 2018 (TESAT 2018)", Bruselas, 2018.

FAJARDO FAJARDO, Carlos (2018): *La emocracia global y otros escritos*, Bogotá, ediciones Desde abajo.

FELDMAN, David (2005): "Terrorism, human rights and their Constitutional implications", *European Constitutional Law Review*, Vol. 1 (3), pp. 531-552.

FENSTER, Mark (2014): "The implausibility of Secrecy", *Hastings Law Journal*, nº 65, pp. 309-369.

FEREJOHN, John y PASQUINO, Pasquale (2004): "The law of the exception: a typology of emergency powers", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, nº 2, pp. 210-239.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (2008): "Derechos fundamentales, internet y construcción de la seguridad futura", en José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Javier JORDÁN ENAMORADO y Daniel SANSÓ-RUBERT PASCUAL (eds.), *Seguridad y Defensa hoy. Construyendo el futuro*, Madrid Plaza y Valdés Editores, pp. 15-28.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (2010): "Seguridad y Libertad: ¿equilibrio imposible? Un análisis ante la realidad de Internet", en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. y SANSÓ RUPERT, D. (eds.), *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (2016): "Los datos de tráfico de comunicaciones: en la búsqueda de un adecuado régimen jurídico que elimine el riesgo de control permanente", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n. 108, pp. 93-122.

FERRAJOLI, Luigi (2011): *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional, Barcelona*, Paidós.

FISS, Owen M. (2013): "El mundo en el que vivimos", *El Cronista del Estado social*, nº 37, pp. 20-31.

FISS, Owen M. (2017): *Una guerra sin igual. La Constitución en los tiempos de terrorismo*, Madrid, Marcial Pons.

FLETCHER, George P. (2006): "The indefinable concept of terrorism", *Journal of International Justice*, nº 4, pp. 894-911.

FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2013): "Somos transparentes, son opacos", *Al Revés y al Derecho*, 2 de septiembre de 2013, versión digital: http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=1582 (Fecha de consulta: 12 febrero 2019).

FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2018): "La paranoia razonable: vigilancia masiva y derecho a la privacidad en la era digital", en MORTE, C. MOTOC, L., PASTOR, P. y RAIMONDI, G. (Eds.), *Human rights in a Global World: Essays in Honour of Luis López Guerra*, Oisterwijk, Willem-Jan van der Wolf, pp. 167-182.

FLORES GIMÉNEZ, Fernando y RAMÓN CHORNET, Consuelo (Dirs.) (2017): *Análisis de los riesgos y amenazas para la seguridad*, Valencia, Tirant lo Blanch.

FOLLOROU, J. Y JOHANNÈS, F.: "Révélations sur le Big Brother français", *Le Monde*, 4 de julio de 2013.

FRÍAS SALINAS, Ana M. (2012): *Counter-terrorism and Human Rights in the Case Law of the European Court of Human Rights, Strasbourg*, Council of Europe.

FUENTE COBO, Ignacio (2015): "Historical approach to the Yihadist phenomenon", *Cuadernos del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 29/2015, pp. 1-14.

GALDÓN CLAVELL, Gemma: "Espionaje y derechos humanos: los límites a la intromisión de la intimidad", *eldiario.es*, 4 de agosto de 2013. Versión electrónica: http://www.eldiario.es/turing/Espionaje-derechos-humanos_0_159934512.html (Fecha consulta: 13 febrero 2019)

GALINDO, Jorge (2015): "El concepto del riesgo en las teorías de Ulrich Beck y Niklas Luhmann", *Acta Sociológica*, vol. 67, pp. 141-164.

GARCÍA PASCUAL, Cristina (2016): "Ciudadanía y vida social bajo el velo integral", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 33, pp. 42-67.

GARCÍA ROCA, Javier (2012): "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, pp. 183-224.

GOLDSMITH, Jack (2012): "Power and Constraint: National Security Law After the 2012 Election", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 45, pp. 11-22.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus (2003): *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Elcano, Thomson-Aranzadi.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.) (2012): *Inteligencia*, Valencia, Tirant lo Blanch.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2014): "Intromisión en la intimidad y CNI. Crítica al modelo español de control judicial previo", *Inteligencia y seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, nº 15, pp. 154-155.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2018): "Servicios de inteligencia y contraterrorismo", en ALONSO RIMO, Alberto, CUERDA ARNAU, M. Luisa y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 35-62.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (2008): "Sobre el concepto jurídico-penal de terrorismo", *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, nº 3, 2008, pp. 35-58.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2017): *"Una metodología para el análisis de las amenazas a la seguridad y su impacto sobre los derechos fundamentales", en Seguridad Global y Derechos Fundamentales, Cuadernos de Estrategia 188.* Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2018): "Seguridad global y derechos fundamentales. Una propuesta metodológica", en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (Coords.), *Seguridad y Derechos. Análisis de las amenazas, evaluación de las respuestas y valoración del impacto en los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; LARRIBA HINOJAR, Beatriz y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (2012): "Servicios de inteligencia y Estado de Derecho", en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.): *Inteligencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 281-311.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2002): *Derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas.

GONZÁLEZ, Miguel: "Aznar dio vía libre al paso por España de presos hacia Guantánamo y lo ocultó", *El País*, 1 de diciembre de 2008.

GÓRRIZ ROYO, Elena (2013): "Investigaciones prospectivas y secreto de las comunicaciones: respuestas jurídicas", en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y CUERDA ARNAU, M. Luisa (Dir.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 243-283.

GÓRRIZ ROYO, Elena (2018): "Contraterrorismo a raíz de la Directiva (UE) 2017/541 y europeización del derecho penal al enemigo: ¿necesidad de reformas en la legislación penal española?", en *GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y FLORES GIMÉNEZ, Fernando (Coords.) Seguridad y Derechos. Análisis de las amenazas, evaluación de las respuestas y valoración del impacto en los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 551-608.

GREENWALD, Glenn: "XKeyscore: NSA tool collects 'nearly everything a user does on the internet'", *The Guardian*, 31 July 2013.

GROPPI, Tania (2013): "El papel de los tribunales en el control de las medidas contra el terrorismo internacional: ¿hacia un diálogo jurisprudencial", *Revista de Derecho Político*, nº 86, pp. 309-356.

GROSS, Emanuel (2004): "The struggle of a Democracy Against terrorismo — Protection of Human Rights: The Right to Privacy versus the National Interest— The Proper Balance", *Cornell International Law Journal*, Vol. 37, pp. 27-93.

GUERRERO GUTIÉRREZ, Eduardo (2010): "Transparencia y seguridad nacional", *Cuadernos de Transparencia*, nº 18, Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de datos, pp. 9-54.

GUIDIN, F. (2006): *La lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, Edisofer, Madrid.

GUNARATNA, Rohan (2002): *Inside Al Qaeda: global network of terror*, Columbia University Press.

HELLMUTH, Dorle (2013): "Countering Islamist Radicalization in Germany", *Combating Terrorism Center. Sentinel*, vol. 6, issue 1.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier (2018): "Artículo 17. El derecho a la libertad personal", PÉREZ TREMPS, Pablo y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Dirs.), MONTESINOS PADILLA, Carmen (Coord.), *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Libro homenaje a Luis López Guerra*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 389-403.

HOUSE OF COMMONS, HOMME AFFAIRS COMMITEE (2016): *Radicalisation. The counter-narrative and indentifiying the tipping point.* 19 de julio. https://publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmhaff/135/135.pdf (Fecha de consulta: 25 de abril de 2019)

HUMBOLDT, Wilhem von (1988): "El fin último del Estado", en *Los límites a la acción de Estado*, Madrid, Tecnos.

HUSTER, Stefan (2010): "Terrorismo y derechos fundamentales", en Stefan HUSTER, Ernesto GARZÓN VALDÉS y Fernando MOLINA, *Terrorismo y derechos fundamentales, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.*

INNERARITY, Daniel (2011): "Introducción: La humanidad amenazada", en INNERARITY, Daniel y SOLANA, Javier (Coords.), *La humanidad amenazada: Gobernar los riesgos globales*, Barcelona, Paidós.

INNERARITY, Daniel (2018): *Comprender la democracia*, Barcelona Gedisa Editorial.

IZQUIERDO CARRASCO, M. (2015): *La seguridad privada. Régimen jurídico-administrativo*, Valladolid, Lex Nova, 2004, pp. 41-43.

JAKOBS, Günter y CANCIÓ MELIÁ, M. (2006): *El Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas.

JÁUREGUI, Gurutz (2011): "La emergencia de un nuevo orden jurídico-institucional: el Estado y la Constitución de la era de la globalización", en INNERARITY, Daniel y SOLANA, Javier (Coords.), *La humanidad amenazada: Gobernar los riesgos globales*, Barcelona, Paidós, *pp. 241 y ss.*

JORDÁN ENAMORADO, Javier (2008): "Elementos estructurales del terrorismo yihadista", en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, JORDÁN ENAMORADO, Javier y SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel (eds.), *Seguridad y Defensa hoy. Construyendo el futuro*, Madrid, Plaza y Valdés Editores, pp. 53-70.

KEANE, John (2009): *The life and death of democracy*, Londres, Simon and Schuster.

KEMPEN, Piet Hein van (2013): "Four concepts of Security-A Human Rights Perspective", *Human Rights Law Review*, nº 1, pp. 1-23.

KORSTANJE, Maximiliano (2017): "Los medios masivos de comunicación y el terrorismo: entre la verdad y el miedo", *Estudios sobre el mensaje periodístico*, nº 23 (1), pp. 61-77.

KRUGMAN, Paul (2011): "Oligarchy, Americna Style", *New York Times*, 4 de noviembre de 2011.

LASAGABASTER, Iñaki (2004): "El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 69.

LINARES, Sebastián (2008): *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons.

LÓPEZ ALARCÓN, M. (1996): "Tutela de la libertad religiosa", en J. Ferrer Ortiz (Coord.) *derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona.

LÓPEZ GUERRA, Luis (2015): "Libertad de expresión y libertad de pensamiento, conciencia y religión, en la jurisprudencia de Estrasburgo", en *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales*, Gerardo RUIZ-RICO y Juan José RUIZ RUIZ (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 111-118.

LOZANO MIRALLES, Jorge (2019): "Seguridad común e integración europea en la lucha contra el terrorismo en la Unión Europea", *Federalismi.it*, nº 1, pp. 60-89.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (2004): "Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del progreso", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 109, pp. 71-110.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (2007): "Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa. Revista Internet", *Dret i Política*, [on line], n. 5, pp. 18-32.

LUIZARD, Pierre-Jean (2016): *La trampa DAESH. El Estado Islámico o el retorno de la historia*, Madrid, Editorial Popular.

LUHMANN, Niklas (1991): *Soziologie des Risikos*, De Gruyter, Berlín.
MARCHEI, N. (2017): "Le nuove leggi regionali antimoschee", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, nº 25.
MARIANI, Lorenzo (2019): "Rapporto tra terrorismo e stato di emergenza", *Cammino Diritto. Rivista di informazione giuridica*, nº 2, pp. 1-35.
MARRERO ROCHA, Inmaculada (2016): "Los combatientes terroristas extranjeros de la Unión Europea a la luz de la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *Revista de Derechos Comunitario Europeo*, nº 54, p. 567.
MARTHOZ, Jean Paul (2017): *Terrorism and the Media*, París, UNESCO.
MARTÍ SÁNCHEZ, José María (2003): "Derecho común de reunión y asociación y fenómeno religioso", Alberto de la Hera, Agustín MOTILLA y Rafael PALOMINO (Coords.), *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas*, Madrid, Ministerio de Justicia.
MARTÍ SÁNCHEZ, José María y MORENO MOZOS, María del Mar (Coords.) (2018): *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*, Madrid, Dykinson.
MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (2006): *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid.
MARTÍNEZ GARAY, Lucía y MIRA BENAVENT, Javier (2009): "Ámbito de aplicación del art. 129 del Código Penal y anulación de derechos fundamentales en procedimientos penales por integración en organización terrorista: el caso del derecho de reunión y manifestación", en J.C. CARBONELL MATEU, J. L. GONZÁLEZ CUSSAC Y E. ORTS BERENGUER (Dir.) y M. L. CUERDA ARNAU (Coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1261-1313.
MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. M. (2009): "Terrorismo y derechos humanos en la Unión Europea y en el Consejo de Europa: ¿marcos de referencia mundial?", *Curso de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, n. 1/2009 p. 400.
MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (2005): *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Madrid, Civitas.
MASFERRER, Aniceto y WALKER, Clive (Eds.), *Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law, Crossing Legal Boundaries in Defence of the State*, Elgar, 2013.
MILL, John Stuart (1985): "Del gobierno representativo", en *Libertad. Gobierno representativo. Esclavitud femenina*, Madrid, Tecnos.
MIRA BENAVENT, Javier; GÓMIS FONS, Andrés; JURADO CEPAS, Juan y RIPOLLÉS PELLICER, Miriam: *Apología del terrorismo y libertad de expresión*

en España y Francia. Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH, Valencia, Clínica Jurídica para la Justicia Social, 2013.

MORENO MOZOS, María del Mar (2018): "Delitos contra los sentimientos religiosos: un difícil equilibrio entre derechos fundamentales. Especial referencia a la legislación española", en MARTÍ SÁNCHEZ, José María y MORENO MOZOS, María del Mar (Coords.), *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*, Madrid, Dykinson, pp. 137-157.

MOTILLA DE LA CALLE, Agustín (2012): "La prohibición del burqa islámico en Europa y España: reflexiones de *iure condendo*", *Anuario de derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, pp. 171-196.

NAPOLEONI, Loreta (2015): "Así se financia el terror yihadista", *El País*, 16 de noviembre de 2015.

OPEN SOCIETY JUSTICE INICIATIVE (2013): *Globalizing torture CIA Secret Detention and Extraordinary rendition*, New York, Open Society Foundations.

PAREJO ALFONSO, Luciano (2008): *Seguridad Pública y policía administrativa de seguridad. Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch.

PAYÁ SANTOS, Claudio Augusto y TOMÉ BERMEJO, Fernando (Dirs.), ABAD QUINTANAL, Gracia (Coord.) (2017): *El terrorismo como desafío a la seguridad global*, Pamplona, Aranzadi.

PÉREZ DE ARMIÑO, Karlos y MENDIA AZKUE, Irantzu (Eds.) (2013): *Seguridad humana. Aportes críticos al debate teórico y político*, Madrid, Tecnos.

PÉREZ ROYO, J. (2010): "La democracia frente al terrorismo global", en PÉREZ ROYO (Dir.) y CARRASCO DURÁN (Coord.) *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Barcelona: Marcial Pons.

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

PIERNAS LÓPEZ, J. J. (2017): *Respuestas normativas de la Unión Europea a la amenaza del Estado Islámico (DAESH)*, Granada, Ed. Comares.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (2010): *Libertad religiosa y espacios públicos*, Madrid, Thomson Reuters.

QUILL, Lawrence (2014): *Secrets and Democracy. From Arcana Imperii to Wikileaks*, New York, Palgrave Macmillan.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Definiendo el terrorismo: normatividad y materialidad" en M. REVENGA SÁNCHEZ, Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

RALLO LOMBARTE, Artemi (2002): "Medios de comunicación y democracia. Apuntes para una reforma", en *Estudios de Derecho Constitucional homena-*