
REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

EUROPÄISCHES VERFASSUNGSRECHT ZEITSCHRIFT
RIVISTA DI DIRITTO COSTITUZIONALE EUROPEO
REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL EUROPEU
EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW
REVUE DU DROIT CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN
REVISTA DE DRET CONSTITUCIONAL EUROPEU
EUROPAKO KONSTITUZIO ZUZENBIDEAREN ALDIZKARIA
REVISTA DE DEREITO CONSTITUCIONAL EUROPEO

27

Año 14, número 27, Enero-Junio de 2017

Seguridad y Derecho europeo

THOMSON REUTERS
ARANZADI

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, José A. Montilla Martos, Ricardo Martín Morales, Miguel Azpitarte Sánchez, Enrique Guillén López y Juan Francisco Sánchez Barrilao

DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

SECRETARIO

Miguel Azpitarte Sánchez

SECRETARIOS ADJUNTOS

Enrique Guillén López
Ricardo Martín Morales
Juan F. Sánchez Barrilao

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámara Villar

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

Ángel Rodríguez
Antonio de Cabo de la Vega
Baldomero Oliver León
María Dolores Martínez Cuevas
Augusto Aguilar Calahorra

José María Porras Ramírez
José Manuel Martínez Sierra
Concepción Pérez Villalobos
Adoración Galera Victoria
Susana Ruiz Tarrías

Agustín Ruiz Robledo
José A. Marín Gámez
Ramón Orza Linares
Francisco Javier Durán Ruiz
Juan Ignacio Signes de Mesa
Valentina Faggiani

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

VOCALES

Ricardo Alonso García
José Asensi Sabater
Paola Bilancia
A. Antonio Cervati
Lorenzo Chieffi
Francesc de Carreras Serra
Miguel Ángel García Herrera
Tania Groppi
Fulco Lanchester
Antonio López Castillo
Gonzalo Maestro Buelga
Gilmar Ferreira Mendes
Martin Morlok
Alessandro Pizzorusso (1931/2015)
Gil C. Rodríguez Iglesias
Modesto Saavedra López
Antonio Torres del Moral
Gustavo Zagrebelsky

Miguel Ángel Aparicio Pérez
Mercé Barceló Serramallera
Roberto Blanco Valdés
Manuel Contreras Casado
José Francisco Chofre Sirvent
Francisco del Río Muñoz
Manuel Gerpe Landín
Christian Hillgruber
Diego J. Liñán Nogueiras
Francisco López Menuedo
Stelio Mangiameli
Roberto Miccù
Alessandro Pace
José Antonio Portero Molina
Giancarlo Rolla
Remedio Sánchez Férriz
Alejandro del Valle Gálvez

Xavier Arbós Marín
Javier Barnés Vázquez
Carmen Calvo Poyato
Javier Corcuera Atienza
Ricardo Chueca Rodríguez
Jacqueline Dutheil de la Rochère
José Joaquim Gomes Canotilho
Javier Jiménez Campo
Juan Fernando López Aguilar
Antonio López Pina
Miguel Martínez Cuadrado
Lothar Michael
Miguel Pascuau Liaño
José Carlos Remotti Carbonell
Roberto Romboli
Sixto Sánchez Lorenzo
Jaume Vernet i Llobet

Rainer Arnold
Rafael Barranco Vela (1959/2013)
Antonio Cántaro
Pedro Cruz Villalón
Antonio D'Atena
Teresa Freixes Sanjuán
Yolanda Gómez Sánchez
Markus Kotzur
Alberto López Basaguren
Jörg Luther
Didier Maus
Lucía Millán Moro
Ingolf Pernice
Paolo Ridola
Francisco Rubio Llorente (1930/2016)
Helmuth Schulze-Fieltz
Eduardo Virgala Foruria



Gestión de Publicaciones en materia de Administraciones Públicas

Dirección postal y electrónica

Revista de Derecho Constitucional Europeo. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.

Plz. de la Universidad, s/n. 18001 Granada.

redce@ugr.es - Telfs.: 958 24 34 51 - 958 24 34 55 - 958 24 62 92

ISSN: 1697-7890. DL: GR-1316/2004 · Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL
Editorial Aranzadi, S.A.U.
31190 Cizur Menor (Navarra)

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 14, número 27, Enero-Junio de 2017

Seguridad y Derecho europeo

SUMARIO

PRESENTACIÓN	7
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
ESTUDIOS	
Las garantías procesales en caso de terrorismo: distintos modelos, en perspectiva comparada	15
MANUEL CARRASCO DURÁN	
Los derechos fundamentales y la lucha contra el terrorismo: Francia bajo estado de emergencia.....	49
CAROLINA CERDÁ GUZMÁN	
El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo.....	81
GERMÁN M. TERUEL LOZANO	
ARTÍCULOS	
La ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura.....	109
PETER HÄBERLE	
El referéndum constitucional y la saga de las reformas institucionales en Italia: «much ado about nothing».....	123
ALBERTO VESPAZIANI	
La devaluación del dinero como problema constitucional. El ejemplo histórico de la libra esterlina	143
MIGUEL JOSÉ ARJONA SÁNCHEZ	

PERFILES/NOTICIAS

- Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo. Congreso internacional en honor de Peter Häberle, Granada, 11 de mayo de 2017..... 187
MARKUS KOTZUR

TEXTOS CLÁSICOS

- El estado de excepción no tiene nada de excepcional 193
MICHEL TROPER

JURISPRUDENCIA

- La nueva amenaza terrorista y sus (negativas) repercusiones en el ordenamiento penal y constitucional 207
MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS

LEGISLACIÓN

- Crónica de legislación europea 249
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

FORO

- Entre proporcionalidad e identidad: las claves de la excepcionalidad en el momento actual 261
PEDRO CRUZ VILLALÓN

NOTICIAS DE LIBROS

- «Common European Legal Thinking. Essays in Honour of Albrecht Weber», eds. Blanke, H.-J., Cruz Villalón, P., Klein, T., Ziller, J., Springer, 2016..... 275
JOSÉ M^a PORRAS RAMÍREZ
- «La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes», edición a cargo de F. Rubio Llorente, Javier J. Campo, Juan J. Solozábal Echavarría, P. Biglino Campos y A. Gómez Montoro, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016 279
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

Presentación

El proyecto de integración europea se enfrenta actualmente a la crisis más grave de su historia. Han sido muchos los factores que han contribuido a esta encrucijada en la que vive actualmente la Unión Europea. Algunos tienen que ver con la inadecuación del modelo seguido para hacer frente a las necesidades de la integración europea en el siglo XXI. Otras con una crisis económica que se ha afrontado de una manera excesivamente rígida, provocando un desgaste terrible de la imagen de Europa y afectando negativamente a los sistemas constitucionales internos y a los derechos y libertades de la ciudadanía.

Sin embargo, podríamos decir que el factor que está generando un desafío mayor a la integración europea tiene que ver con el cambio en las condiciones de la globalización que estamos experimentando desde hace años y, muy especialmente, en el siglo XXI. El ritmo del tiempo histórico se ha acelerado y no es posible ya responder a los problemas con la relativa tranquilidad con la que estos se podían afrontar en un mundo más pausado durante la segunda mitad del siglo XX. Esta aceleración se evidencia en todos los ámbitos, desde los avances científicos hasta la distribución del poder económico a nivel global.

Este último aspecto resulta especialmente relevante porque está provocando un cambio de paradigma, enterrando definitivamente las claves del mundo que heredamos después de la Segunda Guerra Mundial, y lo está haciendo de una manera vertiginosa, sin que los líderes europeos hayan sido capaces de reaccionar, hasta ahora, para hacer frente de una manera eficaz a los nuevos desafíos que la globalización plantea. El avance de los países emergentes en el nuevo orden global y particularmente de China e India, evidencia la impresionante transformación a la que estamos asistiendo en los últimos años.

China no solo se ha convertido en la primera potencia mundial superando a Estados Unidos desde 2014 (si medimos su PIB en términos de Paridad de Poder

Adquisitivo) sino que supera también al conjunto de la Unión Europea. En las previsiones del FMI para 2017 tiene todavía mayor importancia la cada vez más frágil posición de los distintos países europeos en la economía global: tan sólo Alemania sigue ocupando un lugar destacado, el quinto puesto, si bien pasará previsiblemente pronto al octavo puesto si siguen avanzando posiciones Rusia, Indonesia y Brasil. En la posición 9 y 10 (por tanto fuera de las reuniones del G8 si estas se acomodaran al peso económico real de los países) están ahora el Reino Unido y Francia, que posiblemente sean superadas en un futuro más o menos próximo por México, Turquía y Corea del Sur, dejando de estar entre las 10 primeras economías del mundo. Por lo que se refiere a España e Italia ya hemos dejado de estar en esas posiciones: España ocupa el puesto 16 e Italia el 12 y también en ambos casos, las previsiones son descensos sucesivos frente a Turquía y Corea del Sur (en el caso de Italia) o frente a Canadá y otros países en el caso de España.

La paradoja que hemos vivido con el Brexit es que países que son cada vez más débiles y que representan cada vez menos en el contexto global pretendan «recuperar» su soberanía perdida como si esa pérdida fuera imputable a la Unión Europea y no a la globalización. La respuesta la vimos justamente unos días después del referéndum sobre el Brexit en el Reino Unido, cuando la nueva Primera Ministra decidió paralizar el proyecto de construcción de una central nuclear con parte de capital chino, como manifestación de ese nuevo espíritu de «recuperación» de la soberanía. Dos meses después, tuvo que ceder y autorizar el proyecto, evidenciando así que los países europeos no pueden volver al Estado nacional soberano sino que tienen que asumir su destino común y compartir la «soberanía» en el marco de la integración europea. La alternativa a la Unión Europea no es recuperar el poder político perdido sino perder el poco poder político que les queda frente a los grandes agentes globales.

Han sido precisamente el Brexit y el resultado de las últimas elecciones presidenciales norteamericanas los que han marcado un cambio de paradigma a nivel global, que afecta especialmente a la Unión Europea. Si bien la caída del muro de Berlín en 1989 definió un nuevo contexto global, lo hizo dentro del ámbito europeo, modificando las condiciones del orden mundial resultante del final de la Segunda Guerra Mundial, pero todavía con el patronazgo de Estados Unidos (en permanente sintonía con el Reino Unido para modular el alcance del proceso de integración) sobre las instituciones europeas. Las recientes declaraciones de la Canciller Merkel en sentido de que Europa tiene que asumir su destino y no puede descansar ya sobre sus aliados atlánticos no son sino la consecuencia lógica de los acontecimientos

que hemos vivido en los últimos meses y que redefinirán la posición futura de los distintos agentes globales.

Si queremos saber qué existe fuera de la Unión Europea, no tenemos más que mirar al Reino Unido: desconcierto, confusión, debilidad, riesgo de división interna, pérdida de relevancia en el ámbito global, entre otros efectos negativos del Brexit. Por más que, como indica Peter Häberle en el artículo que publicamos en este número, para Europa también «el Brexit es algo más que un accidente, es un desastre, una pérdida cultural de primer rango». Desde esa perspectiva, Europa debe ser consciente de lo que pierde con la salida del Reino Unido y debe asumir que no puede ofrecer solamente una imagen en negativo de lo que supone como proyecto político. No se trata de que fuera de la Unión Europea se esté peor que dentro sino de generar las condiciones para que el proyecto de integración vuelva a ser de nuevo un proyecto atractivo para la ciudadanía europea. Eso exige un cambio de modelo y un avance decidido hacia la Europa democrática, social y constitucional.

La parte monográfica de este número de la Revista se centra en las cuestiones relacionadas con la Seguridad en perspectiva europea. En concreto, los trabajos de Manuel Carrasco Durán sobre «Las garantías procesales en caso de terrorismo: distintos modelos, en perspectiva comparada», el de Carolina Cerdá Guzmán, que lleva por título «Los derechos fundamentales y la lucha contra el terrorismo: Francia bajo el estado de emergencia» y el de Germán Teruel sobre «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo».

La Sección de Artículos está encabezada por un texto de Peter Häberle titulado «La ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura», que recoge la Conferencia Inaugural que impartió en el Congreso que celebramos en su Honor en Granada en mayo de este año, bajo el título de *Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo*. Está prevista su publicación simultánea este mismo año en Italia por Fulco Lanchester, en Perú por Domingo García Belaunde y en nuestra Revista. Le sigue un trabajo de Alberto Vespaziani sobre «El referéndum constitucional y la saga de las reformas institucionales en Italia: much ado about nothing». Cierra esta Sección un artículo de Miguel José Arjona Sánchez acerca de «La devaluación del dinero como problema constitucional. El ejemplo histórico de la libra esterlina».

La Sección dedicada a Perfiles y Noticias, incluye en esta ocasión una referencia al Congreso celebrado en Granada en Honor a Peter Häberle sobre *Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo*. El *Tagungsbericht*, que se publicará también en Alemania, ha sido elaborado por Markus Kotzur y da cuenta con gran acierto de la consolidación de esta comunidad häberliana que se ha ido formando a lo largo de los años en todo el mundo y que se reúne periódicamente en España,

Italia, Francia, Alemania o Portugal (cuando no fuera de Europa, en México, Perú o Brasil) en torno a la figura de Peter Häberle. Una comunidad que se basa también en la amistad, como bien indica Markus Kotzur, y que integra a varias generaciones de constitucionalistas de muy diferentes países.

La Sección de Textos Clásicos incorpora un trabajo del ilustre constitucionalista francés Michel Troper, titulado «El estado de excepción no tiene nada de excepcional», en el que rechaza la idea schmittiana de que quien decide sobre el estado de excepción puede considerarse soberano, entendiéndolo, por el contrario, acertadamente, que el estado de excepción no debe concebirse como «una suspensión del Derecho sino que está siempre definido y configurado por el derecho, que siempre supone la aplicación de un marco jurídico que sustituye a otro conforme a lo establecido en una norma jurídica superior».

En el Foro publicamos la Conferencia Inaugural de Pedro Cruz Villalón en el coloquio interdisciplinar celebrado en la Universidad de Toulouse en los días 30 y 31 de marzo de 2017, que lleva por título: «Entre proporcionalidad e identidad: las claves de la excepcionalidad en el momento actual». Compartimos plenamente la preocupación del Profesor Cruz Villalón manifestada en ese texto, así como su propuesta sobre la necesidad de apelar al concepto de identidad constitucional como límite material a la excepcionalidad y, por tanto, de «construir un arsenal identitario, esto es, un núcleo último de convicciones que no deberían ceder ante las contingencias, por difíciles que puedan ser».

También en línea con la orientación de la parte monográfica de este número, la Sección de Jurisprudencia contiene un trabajo de Miguel Ángel Cano sobre «La nueva amenaza terrorista y sus (negativas) repercusiones en el ordenamiento penal y constitucional. Comentarios a la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 39/2016, de 30 de noviembre». Por último, en la Sección de Legislación, María Luisa Balaguer Callejón recoge diversas Directivas relacionadas con temáticas muy diversas, desde la lucha contra el terrorismo y el control de armas a la regulación de instrumentos financieros, pasando por normativas de carácter laboral.

La Sección de Noticias de Libros se dedica a dos obras colectivas, ambas en honor de grandes juristas europeos. Por un lado, *Common European Legal Thinking. Essays in Honour of Albrecht Weber*, eds. Blanke, H.-J., Cruz Villalón, P., Klein, T., Ziller, J, Springer, 2016, que es objeto de comentario por parte de José María Porras Ramírez. Se trata de una obra sobre la que tuvimos ocasión de realizar una Presentación en Granada en fecha reciente, con participación de los Profesores Albrecht Weber y Hermann-Josef Blanke, en el curso de un Seminario de gran interés. En su momento, cuando se organizó el Congreso que le dio origen, en Osnabrück, algu-

nos de los invitados españoles no pudimos participar por motivos ajenos a nuestra voluntad. Recuerdo que tanto el Profesor Rubio Llorente como yo estuvimos esperando dentro de un avión la autorización para despegar que no llegó debido a una huelga de controladores aéreos en Francia. Nos es ahora muy grato poder acoger la espléndida recensión preparada por el Profesor Porrás Ramírez que recoge también un recuerdo para el Profesor Rubio Llorente, gran amigo de Albrecht Weber, y califica con razón a este libro como «una obra de referencia en el estudio del Derecho de la Unión Europea».

Por otro lado, Miguel Azpitarte Sánchez comenta el libro *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, edición a cargo de F. Rubio Llorente, Javier J. Campo, Juan J. Solozábal Echavarría, P. Biglino Campos y A. Gómez Montoro, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016. Como se puede ver, el Profesor Rubio Llorente sigue estando presente en nuestra revista y así seguirá siendo en el futuro. En este caso, como coeditor del Libro Homenaje dedicado a su primer discípulo, el Profesor Aragón Reyes. En este caso, sí me fue posible participar con uno de los trabajos que se incluyen en la obra, sin que eso me suponga impedimento para valorarla objetivamente, como hace el Profesor Miguel Azpitarte, por referencia a la figura del Profesor Aragón, indicando que «la temática se ensambla a la perfección con los temas que el homenajeado ha tratado durante su extensa labor académica y que hasta cierto punto, dada su presencia en los momentos germinales de nuestra disciplina, conforman los asuntos estándar del derecho constitucional, aquellos en los que nos reconocemos».

Este número 27 de la Revista es, para todo su equipo, una edición muy especial. No porque celebremos ningún aniversario nuevo, más allá del que suponga el relato cronológico de su numeración, sino porque, en el curso de este primer semestre de 2017, se ha producido el nombramiento como Magistrada del Tribunal Constitucional de nuestra Directora de la Sección de Legislación, la Profesora María Luisa Balaguer Callejón. Para nosotros es un motivo de especial alegría porque se trata de una de las fundadoras de la Revista, que ha dirigido desde el primer número esa Sección, acreditando su compromiso con el Derecho Europeo y con el Derecho Constitucional. Hemos compartido siempre con ella una misma visión de la labor académica, y una metodología inspirada en las enseñanzas de Juan José Ruiz-Rico, nuestro añorado maestro, con el que comenzamos la andadura universitaria, así como de nuestro maestro alemán, Peter Häberle, del que seguimos aprendiendo cada día. Su incorporación al Tribunal Constitucional es una magnífica noticia para quienes conocemos su sensibilidad como jurista y su sentido de la Justicia. Es la

persona adecuada en el momento adecuado, por su valentía e integridad, que ha demostrado siempre.

En el apartado de agradecimientos, reiteramos nuestra gratitud a la editorial Thomson Reuters, por el excelente trabajo que realiza en la edición impresa y en e-Book de la ReDCE. También a la Fundación Peter Häberle, directamente y a través del Centro de Investigación de Derecho Constitucional «Peter Häberle» de la Universidad de Granada por su apoyo a la Revista. Por último, en el ámbito nacional, al Proyecto de Investigación DER2016-77924-P, «Los Derechos Fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado» y en el europeo, a la Cátedra Jean Monnet «ad personam» de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Catedrático de Derecho Constitucional.
Catedrático Jean Monnet ad personam.
Director del Centre of Excellence on European Integration and Globalization (Ei&G).

Estudios

LAS GARANTÍAS PROCESALES EN CASO DE TERRORISMO: DISTINTOS MODELOS, EN PERSPECTIVA COMPARADA

MANUEL CARRASCO DURÁN

Profesor titular de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. LOS MODELOS DE RESPUESTA AL TERRORISMO, EN EL MARCO DE LA DICOTOMÍA ENTRE LIBERTAD Y SEGURIDAD.
2. EL MODELO DEL ESTADO DE GUERRA: ESTADOS UNIDOS.
3. EL MODELO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN: REINO UNIDO Y OTROS PAÍSES DEL ÁMBITO ANGLOSAJÓN.
4. EL MODELO DE LOS PODERES POLICIALES.
5. CONCLUSIONES Y CRÍTICAS.

1. LOS MODELOS DE RESPUESTA AL TERRORISMO, EN EL MARCO DE LA DICOTOMÍA ENTRE LIBERTAD Y SEGURIDAD

Como es conocido, las características singulares del terrorismo han llevado a los Estados de nuestro entorno político y jurídico a prever medidas específicas dirigidas a evitar la realización de acciones terroristas, facilitar la investigación de cualquier conducta tendente a llevar a cabo tales tipos de acciones o a cooperar con tal fin, a sancionar de forma agravada a sus responsables y a calmar la alarma que el riesgo de que se produzcan acciones terroristas despierta en la población. Tales medidas, a partir de los atentados contra las Torres Gemelas del 11 de septiembre, se han acentuado, para adaptarlas a la forma específica de actuar del terrorismo yihadista¹.

¹ Sobre la novedad que plantea el terrorismo yihadista, F. REINARES, «España, Al Qaeda y terrorismo global», *Claves de Razón Práctica*, n.º 141, 2004, p. 25, y J. DEZCALLAR, «Libertad y seguridad», *Política Exterior*, n.º 102, 2004, p. 34, y, más en general, F. REINARES, *Terrorismo global*, Taurus, Madrid, 2003, y «Terrorismo internacional: ¿qué es y qué no es?», *Política Exterior*, n.º 106, 2005, pp. 115 y ss. El efecto que produce la actuación de los grupos característicos del terrorismo yihadista ha sido calificado como «peligro difuso» por W. HOFFMANN-RIEM, «Libertad y seguridad

Las medidas antiterroristas suponen habitualmente un límite a derechos fundamentales tales como los relativos a las garantías de la detención preventiva, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio y la protección de datos. La gran pregunta que suele plantearse es hasta qué punto es admisible sacrificar una parte de nuestros derechos para ganar un mayor margen de seguridad, frente al riesgo que supone la actividad terrorista.

Con respecto al tratamiento jurídico del terrorismo, la relación entre los valores de libertad y seguridad se plantea de una forma diferente a la que se daba en el pasado. En los autores clásicos, los valores de libertad y seguridad no aparecen enfrentados, sino, al contrario, vinculados, de manera que los derechos se conciben como un medio para garantizar a la persona su seguridad frente a acciones arbitrarias del poder. Significativa es la opinión de Montesquieu, para quien «la libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad²». La Constitución española, por su parte, vincula gráficamente libertad y seguridad en el primer apartado de su artículo 17.

Sin embargo, cuando tratamos del terrorismo, el planteamiento es distinto, ya que se trata de acciones violentas programadas y realizadas por un grupo que la mayoría de la sociedad percibe como segregado de ella, por defender unos valores o unos medios de realización de ellos ajenos a los compartidos de forma generalizada y amparados por el ordenamiento. Por tanto, para entender por qué los valores de libertad y seguridad aparecen como dicotómicos en el contexto de la lucha contra el terrorismo hay que partir de una preconcepción de oposición entre grupos sociales, en la cual la mayoría social percibe sus derechos y su seguridad amenazados y reacciona, a través de las instituciones del Estado, mediante normas y actuaciones que, a su vez, limitan los derechos y la seguridad de los individuos que organizan, cometen o apoyan tales acciones. En este contexto, la mayoría de la sociedad percibe los límites a los derechos de las personas implicadas en acciones de terrorismo como límites a los derechos «del otro», lo cual explica que en algunos países las medidas antiterroristas más drásticas tengan como destinatarios a los extranjeros, envueltos en un halo de sospecha legalizado por la correspondiente normativa. Ello es así por más que dicha percepción pueda ser engañosa, ya que en muchos casos las medidas antiterroristas terminan siendo aplicadas a todas las personas y en contextos que rebasan el riesgo de acción terrorista.

en la estela de los atentados terroristas», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 12-13, 2003-2004, pp. 475 y 477.

2 MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Libro XI, Capítulo VI, trad. M. Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1972, p. 151.

De esta forma, las medidas antiterroristas llevan en sí una cierta concepción de «democracia militante», en el sentido de que se defiende la limitación de los derechos de determinados individuos (los implicados en acciones terroristas) con el objetivo de defender los derechos y la seguridad de la mayoría de la sociedad, que se siente potencial víctima de dichas acciones.

De este modo, las medidas antiterroristas dependen, en primer lugar, de la concepción ética que tenga una sociedad acerca de cómo tratar a personas que cometen actuaciones capaces de afectar a la vida, a la integridad y a la libertad de sus miembros³. Esa concepción ética es la que se convierte en derecho, en forma de derechos fundamentales y límites a ellos. Aunque, en un segundo plano, también influye la estimación que la sociedad tenga de su propia libertad, puesto que, sin duda, las medidas antiterroristas, finalmente, implican el riesgo de que acaben aplicándose de modo general. En este sentido, las medidas antiterroristas dependen del concepto ético que tenga una sociedad de sí misma.

El terrorismo genera una situación de inseguridad y amenaza en la sociedad, pero, habitualmente, no ocasiona un riesgo para la estabilidad de las instituciones o para la subsistencia del Estado como los que son característicos de los estados de excepción⁴. Esta situación, que Rosenfeld denomina acertadamente como «tiempos de tensión⁵», para contraponerla a los tiempos de normalidad y a los tiempos de crisis, ha dado lugar a un régimen jurídico intermedio integrado por medidas dirigidas específicamente a facilitar la lucha contra el peligro terrorista.

Sobre esta base, pueden distinguirse en el derecho comparado varios modelos de tratamiento jurídico de la lucha contra el terrorismo⁶.

3 Dworkin propone abandonar el empeño de alcanzar un equilibrio entre libertad y seguridad y, en su lugar, preguntarse sobre aquello que exige la justicia, incluso al precio de nuestros intereses, para tratar correctamente a los otros. Véase R. DWORKIN, «The Threat to Patriotism», *The New York Review of Books*, vol. 49, n.º 3, 2002.

4 B. ACKERMAN, «The Emergency Constitution», *The Yale Law Journal*, n.º 113, 2004, p. 1.039. En este sentido, la famosa argumentación de Lord Hoffman en la sentencia del caso Blemarsh, 2004, UKHL 56, pp. 91 y ss.

5 M. ROSENFELD, «¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión», *ARI*, n.º 109, 2005. También, sobre la identificación de situaciones híbridas entre el derecho normal y el derecho excepcional, G. VERGOTTINI, «La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuestas de las democracias al terrorismo», *RDPol*, n.º 61, 2004, p. 14.

6 En nuestra clasificación se advierte el eco de las categorías que utiliza Rosenfeld para criticar la forma como el principio de proporcionalidad ha sido utilizada por los órganos judiciales al revisar la

El primero es el modelo de los poderes policiales, que va inserto en un paradigma de la prevención, y que viene integrado por medidas que extienden el margen de actuación de las autoridades con la finalidad predominante de prevenir acciones terroristas, unidas a la ampliación de los tipos penales y el agravamiento de las penas⁷.

Las medidas integrantes de este modelo suelen limitar, especialmente, las garantías de la detención preventiva y los derechos a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos, sin perjuicio de que puedan verse afectados otros derechos. Este modelo afecta también a las garantías anejas al proceso, pero respeta, al menos, el núcleo de los derechos a la tutela judicial, a aportar pruebas y a discutir las existentes en su contra y a la presunción de inocencia⁸. Se mantiene, en esencia, el control judicial sobre las actuaciones de la autoridad.

aplicación de medidas contra el terrorismo. Nosotros emplearemos algunas de las categorías empleadas por este autor para definir distintos modelos de normativa antiterrorista. En este contexto, las citadas categorías adquieren otro significado y dan lugar, asimismo, a resultados diferentes. Véase M. ROSENFELD, *op. cit.* Sobre modelos de normativa antiterrorista, véase F. THUILLIER, «La menace terroriste: essai de typologie», *Revue politique et parlementaire*, n.º 1.028, 2004, pp. 37 y ss., G. VERGOTTINI, *op. cit.*, pp. 11-36, A. BENNAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Turín, 2004.

7 Registra el uso del Derecho penal con efecto preventivo en materia de terrorismo E. NÚÑEZ CASTAÑO, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 298.

8 Para una revisión general de la forma en que las medidas antiterroristas afectan a distintos derechos fundamentales, véase M. CARRASCO DURÁN, «Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de septiembre de 2001», en PÉREZ ROYO (Dir.) y M. CARRASCO DURÁN (Coord.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 13-56, M. A. CATALINA BENAVENTE, «La restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo», *Fundación Alternativas*, EP 21/2006, pp. 28 y ss., P. TENORIO SÁNCHEZ, *Constitución, derechos fundamentales y seguridad: panorama comparativo*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, M. REGENGA SÁNCHEZ (Dir.), *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, y E. ÁLVAREZ CONDE, y H. GONZÁLEZ, «Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales», *ARI*, n.º 7, 2006, disponible en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/!ut/p/a0/04_Sj9CPyky0xPLMnMz0vMAfGjzOKNg318fEKcHX1NT-Zz9QgKNXI0NDSBAvyDbUREAbg0Kqw!!/?WCM_PORTLET=PC_Z7_3SLLTCAM54CNTQ27F3000000000000_WCM&WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/elcano/elcano_es/zonas_es/ari+7-2006 (visitado en mayo de 2017). Un interesante, y actual, estudio de derecho comparado, con amplias referencias jurisprudenciales, puede encontrarse en A. PERTICI, «Terrorismo e diritti della persona», *Gli Speciali di Questione Giustizia. Terrorismo internazionale. Politica della*

El anterior es el modelo básico de respuesta jurídica al terrorismo en los Estados de nuestro entorno político y jurídico. Los otros dos modelos van incardinados en lo que podemos denominar como un «paradigma de la sospecha». Se caracterizan por ampliar de modo drástico el ámbito de actuación discrecional de las autoridades hasta permitirles la detención y otras medidas limitativas de derechos sobre la base de meras sospechas, especialmente cuando se trata de extranjeros, y por limitar tanto el derecho a instar la revisión de la aplicación de tales medidas por órganos judiciales independientes, como las posibilidades de defensa de quienes sufren tales medidas. Esta tendencia es característica del tratamiento de la lucha antiterrorista mediante medidas propias del estado de excepción, y llega a su culminación en el estado de guerra, en el cual las posibilidades de revisión judicial, de aportar y discutir la prueba en el seno de un proceso y de elección de abogado pueden llegar a desaparecer.

Mientras que los Estados europeos continentales han previsto sus medidas antiterroristas tras el 11 de septiembre de 2001 en el marco del modelo de los poderes policiales, el Reino Unido y otros países de tradición política, jurídica y cultural anglosajona se han decantado por el modelo del estado de excepción. Finalmente, Estados Unidos ha empleado el modelo del estado de guerra. Examinaremos a continuación en detalle estos tres modelos, comenzando por el último de los señalados, si bien es necesario añadir previamente dos apreciaciones. La primera, que cuando hablamos de medidas antiterroristas es necesario apartarse de los modelos clásicos de estados de excepción. La segunda, que, al encuadrar a cada país en un determinado modelo, nos guiaremos por la impresión general que deja la normativa y la práctica de su acción antiterrorista, sin perjuicio de que sea posible encontrar combinadas en determinados países características de modelos diferentes. Como siempre, la realidad escapa de categorizaciones abstractas, y más aún en un ámbito como el de la acción antiterrorista, que pretende, sobre todo, ser eficaz, aunque no siempre el camino seguido para alcanzar tal objetivo sea el más apropiado.

2. EL MODELO DEL ESTADO DE GUERRA: ESTADOS UNIDOS

Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, Estados Unidos quiso mostrar al mundo que estaba dispuesto a liderar la lucha contra el terrorismo a escala global y que ningún obstáculo se interpondría delante de este objetivo. Se formuló la doctrina

sicurezza. Diritti fondamentali, sept. 2016, disponible en http://questionegiustizia.it/speciale/2016/11/terrorismo-e-diritti-della-persona_4.php (visitado en mayo de 2017).

según la cual el país estaba en *guerra contra el terrorismo*⁹, y este estado de guerra cristalizó en una serie de normas que, en la práctica, dejaban un gran margen de discrecionalidad a la Administración a la hora de adoptar medidas para prevenir la comisión de acciones terroristas¹⁰.

No puede extrañar que esta línea de actuación se dejara sentir de manera especialmente clara en forma de privación de las garantías procesales clásicas, las cuales suponen, de modo ordinario, el control más poderoso frente a actuaciones arbitrarias de la Administración. De hecho, es característica de la reacción que tuvo lugar en Estados Unidos a partir de 2001 la derogación fáctica de las garantías procesales en relación con las personas sobre las que recayera la sospecha de estar involucradas, de cualquier manera, en la organización o la comisión de acciones terroristas.

Ya la *USA PATRIOT Act*¹¹ previó la posibilidad de detener a una persona extranjera hasta que sea expulsada, si se considera que aquél está implicado en acciones terroristas o en cualquier otra actividad que ponga en peligro la seguridad nacional. La detención puede ser prolongada por tiempo indefinido en caso de que su liberación amenazara la seguridad de los Estados Unidos o la seguridad de la comunidad o de cualquier persona. Esta medida queda sometida a revisión por el Fiscal General cada seis meses, si bien se admite la posibilidad de la persona de instar el *habeas corpus*.

Pero fueron las condiciones de la reclusión de los llamados combatientes enemigos en Guantánamo las que mostraron las medidas más incisivas en derechos básicos de los afectados¹². De esta forma, la *Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, de 13 de noviembre de 2001, atribuía al Presidente de Estados Unidos la calificación de una persona como «combatiente enemigo¹³», sobre la base de unas circunstancias extremadamente vagas y apli-

9 Debe recordarse el discurso del presidente George W. Bush ante las dos cámaras del Congreso de Estados Unidos el 20 de septiembre de 2001, en el que anunció la guerra al terrorismo (*«war on terror»*) como respuesta al acto de guerra (*«act of war»*) que habrían significado los atentados contra las Torres Gemelas.

10 E. GÓMEZ CORONA, «Estados Unidos: política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes», en PÉREZ ROYO (Dir.) y M. CARRASCO DURÁN (Coord.), *op. cit.*, p. 95.

11 *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*.

12 Sobre el tema, en general, T. E. FROSINI, «El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 76, 2006, pp. 33 y ss.; E. GÓMEZ CORONA, «Guantánamo y los tribunales militares de excepción diez años después del 11-S», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 93, 2011, pp. 377 y ss.

13 El origen de esta expresión está en una resolución del Tribunal Supremo de 1942, mediante

cables solamente a personas de nacionalidad no estadounidense¹⁴. La revisión de dicha condición se sometía a unas comisiones militares que debían seguir un procedimiento elaborado por el secretario de Defensa y que, en la práctica, significó la limitación del estándar habitual para la admisión de pruebas y una limitación en las posibilidades de actuación de abogados de libre elección.

Es conocido que la situación fue evolucionando con el paso del tiempo, a raíz del progresivo cuestionamiento de la citada normativa que llevó a cabo el Tribunal Supremo¹⁵. En *Hamdi v. Rumsfeld*¹⁶, de 28 de junio de 2004, el Tribunal Supremo señaló que la calificación de un ciudadano estadounidense como combatiente enemigo, y su consiguiente detención indefinida, solo resulta legítima si es adoptada por un tribunal, y, por tanto, que en el caso se trataba de una medida contraria a la cláusula del *due process of law*. En *Rumsfeld v. Padilla*¹⁷, el Tribunal Supremo admitió tácitamente la posibilidad de que los ciudadanos estadounidenses detenidos como *enemy combatant* presentaran un *habeas corpus* ante un juez ordinario¹⁸. La decisión de mayor alcance

la cual aquél se declaró incompetente para juzgar acerca de la legitimidad de un proceso especial seguido en Comisiones militares contra algunos saboteadores militares, respecto a los cuales se entendió que no podían ser considerados prisioneros de guerra. Véase T. E. FROSINI, *op. cit.*, p. 39.

14 E. GÓMEZ CORONA, *op. cit.*, p. 69.

15 El papel del Tribunal Supremo en la revisión de la normativa antiterrorista posterior al 11 de septiembre de 2001 es controvertido. Una parte de la doctrina señala el papel clave que desarrollan los jueces en el control de la constitucionalidad de estas medidas, como es el caso de R. DWORKIN, «Guantánamo y la Corte Suprema de Estados Unidos», *Claves de Razón Práctica*, n.º 146, 2004, pp. 4-11; D. FRANKLIN, «Enemy Combatants and the Jurisdictional Fact Doctrine», *Cardozo Law Review*, n.º 29/3, 2008, pp. 1.001 y ss.; R. H. FALLON, y D. MELTZER, «Habeas Corpus Jurisdiction Substantive Rights and the War on Terror», *Harvard Law Review*, n.º 120/8, 2007, pp. 2.029-2.112; G. VERGOTTINI, *op. cit.*, p. 36, y R. BIN, «Democrazia e terrorismo», en www.forumcostituzionale.it. En sentido crítico, resaltando el limitado alcance de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, M. OWEN FISS, «The War against Terrorism and the Rule of Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 26/2, 2006, p. 256, E. GÓMEZ CORONA, *op. cit.*, pp. 75-80; CERDÁ-GUZMÁN, «La Constitución: une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme?», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 73, 2008, p. 58; y P. TENORIO SÁNCHEZ, «Constitución y legislación antiterrorista», *RDPol*, n.º 71-72, 2008, p. 580. Sobre el tema, resulta especialmente interesante M. REVENGA SÁNCHEZ, «Tipos de discurso judicial en la guerra contra el terrorismo. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Boumediene contra Bush», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 4, 2008, pp. 228-242.

16 *Hamdi v. Rumsfeld*, 541 U.S. (2004).

17 *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004).

18 Dworkin critica que el Tribunal Supremo afirmara que el tribunal competente sería aquel en

del Tribunal Supremo, en esta primera etapa, es la dictada en *Rasul v. Bush*, donde considera que los detenidos en Guantánamo quedan sujetos a las leyes y la jurisdicción federales y que aquéllos tienen derecho a presentar un *habeas corpus* ante un tribunal federal, con independencia de su nacionalidad¹⁹.

Las sentencias de los casos Hamdi y Rasul provocaron la reacción del Gobierno estadounidense. En este sentido, el 7 de julio de 2004 se dictó, por parte del Departamento de Defensa, la *Order Establishing Combatant Status Review Tribunal*, conocida como el Memorándum Wolfowitz, que sería posteriormente completada por el Memorándum Gordon England, de 29 de julio. De esta forma, se establecieron unas comisiones para la revisión de la condición de combatiente enemigo formadas por tres oficiales «neutrales» del Ejército. Los detenidos no tenían garantizado el derecho a un abogado de su confianza, de manera que su asistencia se preveía a través de un personal *representatives* designados por el Gobierno, que tendrían acceso a toda la información relevante en posesión del Departamento de Defensa, pero no podrían compartir con el detenido la información clasificada. Los detenidos podían instar la práctica de prueba, si bien esta solamente se admitía si la comisión la considerara razonablemente disponible. Finalmente, la Orden establecía que las comisiones no estaban sometidas a las reglas ordinarias sobre la prueba y que podían decidir, incluso, sobre la base de simples rumores²⁰. Por otra parte, la Orden amplió el ámbito de la noción de combatientes enemigos, permitiendo aplicarla a personas que no hubieran participado en ninguna acción de guerra²¹.

La *Detainee Treatment Act* de 2005 confirmó el sistema de revisión por parte de comisiones militares, si bien introdujo normas complementarias. Por un lado, estableció unos «estándares uniformes para el interrogatorio de personas detenidas por el Departamento de Defensa», lo cual significaría, en la práctica, privar a partir de la

que el detenido estuviera recluido, lo cual permitía al Gobierno trasladar a los detenidos a lugares en los cuales existieran tribunales de línea más conservadora. Cfr. R. DWORKIN, «What the Court Really Said», *The New York Review of Books*, 12 de agosto de 2004. Disponible en: <http://www.nybooks.com/articles/2004/08/12/what-the-court-really-said/>

19 Revirtiendo el precedente sentado en el caso *Johnson v. Eisentrager*, de 1950. La referencia es *Rasul v. Bush*, 542 U. S. 466 (2004).

20 J. BLOCHER, «Combatant Status Review Tribunals: flawed answers to the wrong question», *The Yale Law Journal*, n.º 116/3, 2003. Es significativo del resultado que arroja la regulación de estos tribunales el título del artículo de J. A. GOLDSTEIN, «Habeas without Rights», *Wisconsin Law Review*, 1165, *Roger Williams Univ. Legal Studies Paper*, n.º 47, 2007.

21 Algo discutible ya en el momento de la aprobación de la Orden, a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdi. Véase D. FRANKLIN, *op. cit.*, p. 1.006.

entrada en vigor de la ley de valor probatorio a los testimonios conseguidos mediante interrogatorios «coercitivos», denominación bajo la que se habían amparado prácticas de tortura. Por otro lado, se estableció un procedimiento de revisión anual, mediante el cual tres oficiales comprobaban si el detenido continuaba suponiendo un riesgo para la seguridad de Estados Unidos y sus aliados, y, en consecuencia, debía seguir retenido, en un procedimiento que hacía recaer la decisión final en un civil designado por el Presidente y confirmado por el Senado. Finalmente, se confirmaba que los retenidos en Guantánamo no podían presentar un *habeas corpus*, pero se atribuía competencia al Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia para determinar la validez de cualquier decisión de un tribunal de revisión que considerara que un extranjero es un enemigo combatiente.

La sentencia del caso *Hamdan v. Rumsfeld*, de 29 de junio de 2006²², resolvió que la regulación de las comisiones militares era contraria a la Constitución porque no contaba con la autorización del Congreso, además de considerar aplicable el artículo 3 de la Convención de Ginebra a los detenidos en Guantánamo²³.

Finalmente, el escollo de la falta de autorización del Congreso fue salvado mediante la *Military Commission Act*, aprobada en 2006²⁴. La norma, por un lado, regula los Tribunales de Revisión del Estatuto del Combatiente, formados por tres oficiales que deliberan a puerta cerrada sobre las solicitudes de revisión de la consideración de una persona retenida como combatiente enemigo²⁵. Por otro lado, autoriza al Presidente la creación de las Comisiones encargadas de juzgar a los combatientes enemigos.

Las comisiones son presididas por un juez militar, y formadas por cinco miembros, salvo el caso en que el acusado se enfrente a la pena capital, en que se prevé que se formen, como mínimo, por doce miembros, si bien el número de componentes puede verse reducido a cinco «a causa de circunstancias físicas o exigencias militares». El Juez encargado de presidir una comisión puede cerrar al público todo o parte del juicio, en caso de confidencialidad de la información.

22 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

23 Un comentario específico en español a esta sentencia se encuentra en M. D. BOLLO ARACENA, «Hamdan v. Rumsfeld. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 12, 2006.

24 M. COSTAS TRASCASAS, «La nueva ley estadounidense de Comisiones Militares: elementos para un análisis crítico desde la perspectiva del Derecho Internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 14, 2007.

25 Blocher pone de relieve cómo Estados Unidos habría invertido la regla según la cual los combatientes capturados de cuyo *status* se duda, deben ser tratados como prisioneros de guerra hasta que un tribunal competente determine lo contrario; J. BLOCHER, *op. cit.*

Se establece con carácter general la elección de un abogado defensor militar. La Ley permite la elección de un abogado civil, pero éste debe haber sido calificado previamente como elegible para tener acceso a la información secreta o haber firmado un acuerdo en el que se comprometa a guardar confidencialidad. El Juez, con todo, puede acordar la ocultación de datos y pruebas e, incluso, impedir asistir al abogado por motivos de seguridad.

Respecto a la prueba, la Ley concede al abogado una «posibilidad razonable» de obtener testigos y pruebas y de examinar a los testigos llamados a declarar por la Comisión, pero el Juez puede impedir la revelación de información cuya ocultación se considere necesaria para salvaguardar la seguridad nacional. La acusación puede objetar las preguntas o pruebas de la defensa basándose en el mismo motivo.

Se excluyen las declaraciones que sean resultado de actos de tortura, pero se admiten las obtenidas mediante actos de coacción, otorgando valor incluso a la autoincriminación en algunos casos²⁶. Las pruebas obtenidas mediante coacción antes de la *Detainee Treatment Act* se admiten si el juez entiende que el resultado de las medidas de coacción resulta fiable y con valor probatorio, mientras que para las obtenidas posteriormente se exige, además, que no se hayan obtenidas mediante métodos que constituyan tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Las decisiones se adoptan por voto secreto y por mayoría de dos tercios de los miembros presentes, la cual se eleva a tres cuartos si se trata de pena de privación de libertad de diez años o más, o de pena capital. En este último caso, se exige el voto de todos los miembros presentes, con un mínimo de nueve.

Se admite la revisión de las decisiones, tras un complicado procedimiento, ante el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia, pero solo por cuestiones de Derecho. Se admite también el recurso ante el Tribunal Supremo²⁷. Por lo demás, se niega a los tribunales la competencia para atender cualquier acción relacionada con la acusación, el proceso de enjuiciamiento o las sentencias de las Comisiones militares, incluyendo las demandas sobre la legalidad de los procedimientos.

Finalmente, en el caso *Boumediene v. Bush*, el Tribunal Supremo resolvió que el derecho al *habeas corpus* puede ser ejercitado por todos los detenidos de Guantánamo y que, en todo caso, la ley, al suspender tal derecho, debía ofrecer a aquéllos un instrumento sustitutivo que les permitiera someter a discusión las pruebas aportadas por el Gobierno y la propia detención²⁸.

26 M. COSTAS TRASCASAS, *op. cit.*, p. 8.

27 M. COSTAS TRASCASAS, *op. cit.*, p. 11.

28 *Boumediene v. Bush* 553 U.S. 723 (2008). *Vid.* comentarios a esta sentencia en M. REVEN-

La práctica muestra la excepcional capacidad de persistencia de este régimen excepcional. Ya con el presidente Obama, la Orden Ejecutiva *Review and disposition of individuals detained at the Guantanamo Bay Naval and closure of detention facilities*, de 22 de enero de 2009, además de prever el cierre del centro de detención de Guantánamo y el traslado de los detenidos a centros penitenciarios situados en el territorio de Estados Unidos, reconoció el derecho de *habeas corpus* a los detenidos en Guantánamo y la necesidad de revisar la situación de todos ellos, para determinar cuáles debían ser procesados por tribunales ordinarios y cuáles por Comisiones militares. En el mismo sentido, la Orden *Review of detention policy options* previó un estudio de las opciones disponibles sobre la captura, detención, juicio, traslado o puesta en libertad de personas detenidas y la Orden *Ensuring lawful interrogations* derogó la Orden de 20 de julio de 2007, que había hecho una reinterpretación del artículo 3 de los Convenios de Ginebra, con vistas a los programas de detención e interrogatorio llevados a cabo por la CIA²⁹.

Sin embargo, como es conocido, el intento en los tiempos del presidente Obama de cerrar el centro de detención de Guantánamo fracasó, así como los posteriores intentos de trasladar a los allí detenidos a prisiones en el territorio continental de Estados Unidos. El propio presidente Obama decretó el 15 de mayo de 2009 el restablecimiento de las Comisiones militares de Guantánamo. Con todo, la *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2010* modificó los procedimientos regulados en la *Military Commissions Act*, para incluir, entre otros aspectos, el rechazo a las declaraciones obtenidas mediante torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho del encausado a no declarar contra sí mismo, la autorización a que el preso elija su abogado militar, la restricción de los testimonios indirectos que pueden presentarse contra los acusados, un listado de derechos del acusado, determinadas reglas en materia de prueba y la facultad de las Comisiones de examinar su propia competencia en cada asunto³⁰.

Ahora bien, se ha mantenido la detención indefinida y sin juicio para un grupo de presos recluidos en Guantánamo considerados muy peligrosos, pero contra los cuales no existen pruebas válidas, debido a que los indicios que sostienen su internamiento

GA SÁNCHEZ, M, *op. cit.*, pp. 229 y ss., y R. DWORKIN, «Why It Was a Great Victory», *The New York Review of Books*, n.º 55/12, 2008.

29 E. GÓMEZ CORONA, *op. cit.*, pp. 93-95.

30 M. CARRASCO DURÁN, *op. cit.*, pp. 45-47, y, más por extenso, M. LOREDO COLUNGA, «El cierre de Guantánamo: el difícil equilibrio entre voluntad política, legalidad y opinión pública», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º2, 2011.

se han obtenido bajo tortura o debido al trabajo de agentes secretos. Igualmente, se autorizó a la CIA para continuar con las detenciones e interrogatorios a sospechosos en terceros países y sin control judicial, aunque, formalmente, se hiciera responsable al Departamento de Estado de que no se torture a los detenidos.

Como se ve, en Estados Unidos, la elección del paradigma de la guerra describe una situación en la que el riesgo terrorista se pretendió tratar asignando al Ejecutivo la responsabilidad de la aplicación de las medidas dispuestas³¹ y excluyendo dichas medidas de cualquier control efectivo, creando una situación de «ausencia de derecho» o, dicho de otro modo, de total discrecionalidad³². Esta normativa tuvo como objetivo prioritario a los extranjeros, pero también fue aplicada a ciudadanos estadounidenses. Aunque, con el paso del tiempo, se produjo una rectificación, nunca se llegó a producir la total recuperación de las garantías procesales de los detenidos en virtud de la normativa antiterrorista aprobada a partir de 2001.

3. EL MODELO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN: REINO UNIDO Y OTROS PAÍSES DEL ÁMBITO ANGLOSAJÓN

Reino Unido tiene una larga tradición en la aplicación de medidas antiterroristas, en el marco de la cuestión de Irlanda del Norte. Ya en 1922 fue aprobada la *Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland)*, conocida como Ley de Poderes Especiales. Prevista inicialmente como provisional, su vigencia fue renovada anualmente hasta 1933, cuando se aprobó su vigencia definitiva. Tras ser reformada en 1943, fue mantenida en vigor hasta 1973³³.

Esta Ley supuso una restricción general de derechos y una supresión de garantías judiciales, que conllevaba especialmente la autorización para proceder, igualmente sin

31 Sobre este tema, D. L. FRANKLIN, «Enemy Combatants and the Jurisdictional Fact Doctrine», *Cardozo Law Review*, n.º 29/3, 2008, A. J. MENÉNDEZ, «Bush II's Constitutional and Legal Theory. The Constitution of Emergency between Law and Propaganda», *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Papeles de trabajo*, n.º 3, 2008, E. ÁLVAREZ CONDE, y H. GONZÁLEZ, *op. cit.*

32 Como es conocido, la elección de la base de Guantánamo como centro de reclusión se produjo por el intento de evitar la aplicación, a un tiempo, del derecho vigente en los Estados Unidos y del Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra, para crear una suerte de vacío jurídico.

33 Para un examen de la normativa antiterrorista británica anterior a 2001, B. RODRÍGUEZ RUIZ, «Entre la soberanía parlamentaria y los derechos humanos: seguridad y política antiterrorista en el Reino Unido», en J. PÉREZ ROYO (Dir.) y M. CARRASCO DURÁN (Coord.), *op. cit.*, pp. 100-106.

garantías judiciales, a la detención indefinida y al interrogatorio de personas consideradas como peligro público. El resultado, en la práctica, era el equivalente a instaurar un estado de excepción en Irlanda del Norte, confirmado y ampliado por la *Prevention of Violence (Temporary Provisions) Act*, de 1939, que otorgaba a la policía amplios poderes para proceder a la detención y arresto, y cuya vigencia, prevista también como provisional, fue prolongándose anualmente hasta 1954³⁴.

En 1973 fue aprobada la *Northern Ireland Emergency Provisions Act*, que derogó la Ley de Poderes Especiales. En la práctica, esta norma recogió la mayoría de las medidas previstas en la segunda, pero introdujo, como novedad relevante, los polémicos tribunales Diplock (*Diplock courts*), que eran órganos uninominales encargados de juzgar determinados delitos graves sin la intervención de un jurado, con lo que se pretendió neutralizar las campañas de intimidación a los miembros de los jurados que solían darse en procesos por terrorismo³⁵.

De hecho, estos tribunales fueron concebidos como un instrumento más del Estado para la persecución de los implicados en acciones terroristas. Los tribunales citados fueron abolidos por la *Justice and Security (Northern Ireland) Act 2007*, aunque esta norma mantuvo los juicios sin jurado en un formato similar. Por otra parte, en 2005 se produjo el primer juicio en el cual un tribunal de este tipo procesó a un simpatizante de Al Qaeda.

Por su parte, la *Prevention of Terrorism (Temporary Provision) Act*, de 1974, previó la posibilidad de detenciones sin control judicial por un período de 48 horas, prorrogables por cinco días más, por orden del Ministerio del Interior³⁶.

Las leyes de 1973 y 1974 fueron previstas como provisionales, pero su vigencia fue prolongándose hasta que se aprobó la *Terrorism Act 2000*, primera ley antiterrorista en el ámbito británico concebida con vocación expresa de permanencia, cuyo contenido muestra la influencia de la *Human Rights Act*, de 1998. Esta ley dio mayor protagonismo al proceso y a las garantías judiciales. En especial, introdujo la intervención

34 Irlanda del Norte quedó sometida, así, a un régimen que ha sido denominado como «exilio interno», propia de un territorio extranjero. Véase D. BONNER, *Executive Measures, Terrorism and National Security: Have the Rules of the Game Changed?*, Ashgate, Hampshire, 2007, p. 82.

35 La denominación de estos tribunales está tomada de Lord Diplock, que los propuso en un informe presentado al Parlamento en diciembre de 1972. Los delitos sometidos a su enjuiciamiento lo eran con independencia de la finalidad, terrorista o no, con que hubieran sido cometidos, pero el fiscal general del Estado (*Attorney General*) podía remitir a juicio ordinario con jurado los casos que, en su opinión, no tuvieran relación con el terrorismo.

36 Esta norma sufrió reformas en 1976, 1984 y 1989. Sobre su evolución hasta 1984, véase C. WALKER, *The Prevention of Terrorism in British Rule*, Manchester University Press, 1986, pp. 22 y ss.

judicial, como muy tarde, en el cuarto día de la detención, si bien el órgano judicial podía ampliar la detención hasta un período máximo de siete días, que fue incrementado a catorce por la *Criminal Justice Act* de 2003 y a veintiocho por la *Terrorism Act* de 2006³⁷, para volver al tope de los catorce días el 25 de enero de 2011. Este último tope es el que establece la *Protection of Freedoms Act 2012*.

La influencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001 dio lugar, sin embargo, a un retroceso, que se refleja en la *Anti-terrorism Crime and Security Act (ATCSA)*, de 14 de diciembre de 2001³⁸. Esta ley, en su Parte 4, previó la posibilidad de someter a detención indefinida, sin garantías judiciales, a aquellas personas no nacionales sobre las que el Ministerio de Asuntos Exteriores tuviera sospechas razonables de su conexión con el terrorismo nacional, o cuya presencia en el Reino Unido «suponga un riesgo para la seguridad nacional» (sección 21³⁹). Esta detención podía tener lugar no solo en el período previo a la expulsión del extranjero a su país de origen, sino también en los supuestos en que los compromisos jurídicos internacionales del Reino Unido o razones políticas impidieran temporal o indefinidamente su repatriación. La detención podía ser objeto de recurso ante una comisión especial (*Special Immigration Appeals Commission*), en un marco en que no se contemplaba proporcionar a los detenidos información sobre su detención, debido a la naturaleza sensible de dicha información.

Las previsiones anteriores fueron derogadas por la *Prevention of Terrorism Act 2005 (PTA)*, que supone una reacción a la sentencia de la Cámara de los Lores de 2004 que citamos más abajo. La nueva norma establecía un sistema de órdenes de control destinadas a las personas, tanto de nacionalidad británica como extranjeras, sospechosas de estar implicadas en actividades terroristas y consideradas como un peligro para la seguridad pública, y que suponían determinados límites en el ejercicio de derechos, que, en

37 El proyecto de ley preveía extender la detención hasta noventa días. Un intento de establecer el período máximo de detención en 42 días fracasó al hilo de la discusión parlamentaria del proyecto de *Counter-Terrorism Act 2008*.

38 Sobre la repercusión procesal de las medidas antiterroristas aprobadas en el Reino Unido tras los atentados contra las Torres Gemelas, véase A. M. SANZ HERMIDA, «Medidas procesales contra el terrorismo en el Reino Unido y limitación de derechos fundamentales: aspectos conflictivos», en J. R. SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, y E. DEMETRIO CRESPO (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 499-514. Más en general, sobre la normativa antiterrorista, B. RODRÍGUEZ RUIZ, *op. cit.*, pp. 110-122. Desde una perspectiva más cercana a la ciencia política, F. GREGORY, «Policía y estrategia contra el terrorismo global en el Reino Unido», en Ch. T. POWELL, y F. REINARES, *Las democracias occidentales frente al terrorismo global*, Ariel, Madrid, 2008, pp. 151 y ss.

39 Esta figura dio lugar a una nueva derogación del CEDH conforme a su artículo 15.

el supuesto más extremo, podía llegar al arresto domiciliario⁴⁰. Las órdenes debían ser emitidas por un juez, a solicitud del ministro del Interior (*Home Secretary*), si bien en caso de urgencia podían ser emitidas por el ministro y sujetas a revisión judicial, para su confirmación o revocación en el plazo de siete días. La posibilidad de revocación se ceñía al caso de que la orden resultara manifiestamente defectuosa⁴¹.

Asimismo, el Reino Unido registra un particular uso de la excepción contemplada en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En 1966, el Reino Unido se acogió al artículo 15 del CEDH. En agosto de 1984 dejó de acogerse a dicho artículo y esto dio lugar a varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la aplicación de la normativa antiterrorista británica. La más significativa de ellas es la relativa al caso *Brogan y otros c. Reino Unido*, de 1988, por la que el TEDH declaró que la detención por un período de siete días prevista en la Ley de Prevención del Terrorismo vulneraba el artículo 5.3 del CEDH, ya que no aseguraba el derecho de la persona detenida a ser conducida sin dilación a presencia de un juez o autoridad judicial. Esta sentencia provocó que el Reino Unido volviera a acogerse a la excepción del artículo 15 del CEDH en diciembre de 1988⁴².

En el Reino Unido, los órganos judiciales han mantenido tradicionalmente un escrutinio muy laxo de la aplicación de la normativa antiterrorista. No obstante, el control empezó a hacerse más rígido a partir de la entrada en vigor de la *Human Rights Act* de 1998⁴³. De hecho, esta tendencia encontró su punto de inflexión en la sentencia de la Cámara los Lores de 12 de noviembre de 2004 en el caso *A (FC) and others (FC)*

40 Las órdenes de control se clasificaban en derogatorias y no derogatorias. Las primeras requerían la derogación del artículo 5 del CEDH e implicaban la posibilidad de privación de libertad mediante arresto domiciliario, y debían ser emitidas por orden judicial, a solicitud del Ministro del Interior. Las órdenes no derogatorias implicaban otro tipo de medidas, pero lo cierto es que la diferencia con las órdenes no derogatorias, cuando estas conllevaban el arresto domiciliario, era difícil de establecer. También en Australia se previeron las órdenes de detención sobre circunstancias muy vagas. Véase D. WRIGHT-NEVILLE, «La política del miedo: antiterrorismo y democracia australiana», en Ch. T. POWELL, y F. REINARES, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

41 Sobre la regulación de estas órdenes de control, su aplicación y la jurisprudencia a la que han dado lugar, B. RODRÍGUEZ RUIZ, *op. cit.*, pp. 119-120.

42 S. MARKS, «Civil Liberties at the Margin: The UK Derogation and the European Court of Human Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, 1995, pp. 69-95.

43 Sobre la importancia que la aplicación de la *Human Rights Act* ha tenido en la normativa antiterrorista británica y en su aplicación, antes y después del 11 de septiembre de 2001, B. RODRÍGUEZ RUIZ, *op. cit.*, pp. 106-117, y C. GEARTY, «11 September 2001, Counter-terrorism and the Human Rights Act», *Journal of Law and Society*, vol. 32, 2005, pp. 18-33.

(*Appellants*) v. *Secretary of State for the Home Department (Respondent)*⁴⁴. Esta sentencia⁴⁵ consideró discriminatoria y desproporcionada la previsión de la Parte 4 de la ATCSA que permitía la detención gubernativa indefinida de extranjeros sin intervención judicial, por contraria a los artículos 5 y 14 del CEDH. Asimismo, resulta importante la sentencia del caso *A (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department*, de 8 de diciembre de 2005⁴⁶, que excluyó la posibilidad de admitir instrumentos de prueba obtenidos bajo tortura en terceros países por ser contraria al artículo 3 del CEDH. De igual manera, la Cámara de los Lores decidió en varias sentencias que el parámetro de enjuiciamiento de las medidas de control debía ser el artículo 5 del CEDH⁴⁷.

Por su parte, el TEDH, en su sentencia del caso *A and others v United Kingdom*, de 19 de febrero de 2009, decidió que los procedimientos ante la *Special Immigration Appeals Commission* deben estar sometidos a garantías procesales y que, si bien éstas no tenían por qué ser las propias de los procesos civiles y penales, sí debían ser proporcionales a la privación de libertad sufrida, con aplicación de las garantías del artículo 6 del CEDH⁴⁸.

Finalmente, las órdenes de control fueron derogadas mediante la *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011 (TPIM)*, que las sustituyó por las llamadas *TPIM notice*. Éstas siguen manteniendo la naturaleza preventiva del control, ya que van dirigidas a personas a las que no se puede perseguir penalmente o expulsar el país,

44 Véase B. RODRÍGUEZ RUIZ, *op. cit.*, p. 113, C. GEARTY, «Civil Liberties and Human Rights», en BAMFORTH y LEYLAND (Eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, hart, 2003, pp. 385-387, y S. SHAH, «The UK's Anti-Terror Legislation and the House of Lords: The First Skirmish», *Human Rights Law Review*, 2005, pp. 416-421.

45 (2004) UKHL 56. Comentarios a esta sentencia en A. TOMKINS, «Readings of *A v Secretary of State for the Home Department*», *Public Law*, n.º 259, 2005, pp. 259 y ss., y C. BASSU, «La Camera dei Lords giudica illegittima la legislazione britannica anti-terrorismo», en http://archivio.rivistaaic.it/cronache/estero/lords_terrorismo/index.html Para la comparación entre la jurisprudencia estadounidense y la británica, S. PAPAPOLYCHRONIOU, «Le juge constitutionnel, garant de la liberté individuelle dans le contexte de la lutte contre le terrorisme», en www.droitconstitutionnel.org/congresmp/textes5/PAPAPOLY.pdf (visitado en mayo de 2017).

46 (2005) UKHL 71.

47 *Secretary of State for the Home Department v. JJ and others* (2007) UKHL 45; *Secretary of State for the Home Department v. MB (FC)* (2007) UKHL 46; y *Secretary of State for the Home Department Respondent v. E and another* (2007) UKHL 47. Igualmente, la sentencia en el caso *Secretary of State for the Home Department v AF and another* (2009) UKHL 28.

48 En el mismo sentido, la sentencia de la Cámara de los Lores en el caso *Secretary of State for the Home Department v. MB and AF* (2007) UKHL, 46, si bien esta sentencia se pronuncia en términos más genéricos.

pero que suponen una amenaza terrorista. Sin embargo, el objetivo de la nueva regulación es limitar, conforme al principio de proporcionalidad, el impacto en los derechos de las personas sometidas a este tipo de medidas. De forma destacada, las *TPIM notice* deben ser acordadas por un tribunal, o bien confirmadas por un tribunal, en caso de que sean impuestas con carácter de urgencia. La norma pretende garantizar, asimismo, la revisión de cada caso en que las medidas sean impuestas, así como el derecho a recurrir en apelación.

Con posterioridad, la ley de mayor interés para la materia que venimos examinando ha sido la *Justice and Security Act 2013*, que regula los llamados *closed material procedures*, es decir, procesos civiles relevantes⁴⁹ en los cuales el órgano judicial declara que se puede hacer una solicitud para no dar publicidad a material considerado sensible, por dañar los intereses de la seguridad nacional. Para estos casos, el órgano judicial puede prever la intervención de un *special advocate*⁵⁰ nombrado por el *Attorney General*⁵¹, que asume la representación de la parte en estos procesos y que puede tener acceso a la prueba declarada secreta, si bien no es responsable hacia la parte a la cual representa. Estas previsiones han extendido la práctica de las llamadas *secret courts*, que pueden dar lugar, incluso, a *secret judgments*.

La misma tendencia se ha dado en Canadá. La *Anti-terrorism Act (ATA)*, que entró en vigor el 15 de octubre de 2001, instauró, por una parte, las *investigative hearing*, por las que una persona podía ser obligada a comparecer ante un juez en el curso de una investigación de un delito de terrorismo para proporcionar información sensible, si bien las pruebas obtenidas mediante este instrumento no podían ser utilizadas en procesos posteriores contra la persona conminada a comparecer. Por otra parte, estableció la *recognizance with conditions*, que permitían la detención durante veinticuatro horas, período tras el cual el juez podía iniciar una audiencia, que significaba la prolongación de la detención durante cuarenta y ocho horas adicionales. Al terminar dicha audiencia, el juez podía poner en libertad bajo fianza y con condiciones a la persona durante un período máximo de doce meses, o bien ordenar su encarcelamiento en caso de no constituir la fianza. Estas normas tenían una vigencia de cinco años y su vigencia

49 Son aquellos seguidos en materia no penal ante *High Court*, *Court of Appeals*, *Court of Session* o la *Supreme Court*.

50 La figura del *special advocate* surgió en el Reino Unido para actuar en algunos procedimientos secretos en materia de inmigración, asociaciones prohibidas o empleo, o en asuntos relativos a Irlanda del Norte. También ha sido utilizada en Canadá y Nueva Zelanda.

51 En los procesos que se desarrollen en Inglaterra y en Gales. En los desarrollados en Escocia, corresponderá dicha función al *Advocate General for Scotland*, y en los que se desarrollen en Irlanda del Norte, al *Advocate General for Northern Ireland*.

no fue prorrogada por el Parlamento en febrero de 2007⁵², pero en abril de 2013 se aprobó la *Combating Terrorism Act*, que dio nueva vigencia a las previsiones relativa a las *investigative hearings* y la *recognizance with conditions* por un plazo adicional de cinco años.

El otro pilar de la normativa antiterrorista canadiense tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 fue la *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*, aprobada en noviembre del mismo año y dirigida a las personas que no fueran nacionales de Canadá. Piezas importantes de esta normativa fueron la detención preventiva y los *security certificate*. La detención podía ser potencialmente indefinida, y solamente se garantizaba una revisión cada treinta días⁵³. Frente a las decisiones del Departamento de Inmigración, la persona afectada podía interponer recurso ante el Tribunal Federal, que debía darle audiencia en un plazo no inferior a treinta días, ni superior a noventa desde la admisión a trámite de su solicitud. Los *security certificate*⁵⁴ eran una medida prevista para los *non-citizen* declarados inadmisibles en territorio de Canadá y, por tanto, expuestos a la deportación por motivos de seguridad, violación de derechos humanos, delincuencia grave o delincuencia organizada. La Ley establecía, para la ratificación judicial de estos certificados, un procedimiento en el que el magistrado del Tribunal federal encargado debía asegurar la confidencialidad de la información en la que se basaba el certificado y de cualesquiera otras pruebas que le pareciera oportuno no revelar por razones de seguridad. Asimismo, recogía la posibilidad de, a instancias del *minister of Immigration* o del *solicitor general*, celebrar el trámite probatorio en ausencia de la persona designada en el certificado seguridad y/o de su representante legal. En tales casos, la persona afectada mantenía el derecho a recibir un sumario, o resumen de las actuaciones realizadas en su ausencia. Como resultado, la ratificación judicial del certificado podía hacerse teniendo como base la versión de una sola de las partes y pruebas a las que no hubiera tenido acceso la persona afectada⁵⁵. La persona detenida en virtud de un certificado de seguridad podía solicitar la revisión judicial de

52 M. NOVO FONCUBIERTA, «La respuesta de Canadá al terrorismo transnacional: una opción jurisprudencialmente corregida», en PÉREZ ROYO (Dir.) y M. CARRASCO DURÁN (Coord.), *op. cit.*, pp. 139-142. Más por extenso, K. ROACH; «The 9/11 effect in comparative perspective: some thoughts on terrorism law in Canada, Spain and the United States», en M. REVENGA SÁNCHEZ (Dir.), *op. cit.*, pp. 21-60.

53 M. NOVO FONCUBIERTA, *op. cit.*, p. 150.

54 M. NOVO FONCUBIERTA, *op. cit.*, pp. 151-154. Este instrumento había sido incorporado a la anterior *Immigration Act* a principios de la década de los noventa. La *IRPA* supone un endurecimiento del régimen anterior.

55 M. NOVO FONCUBIERTA, *op. cit.*, p. 168.

su situación en un plazo de ciento veinte días desde la eficacia de la ratificación judicial del certificado, pero no se preveía en la norma el plazo en el que el órgano judicial debiera responder a esta solicitud.

Esta normativa fue objeto de revisión por el Tribunal Supremo en la sentencia del caso Adil Charkaoui, dictada en 2008⁵⁶, que estableció que las limitaciones procesales previstas en la IRPA no eran proporcionadas y que el período de ciento veinte días del afectado para instar la revisión de su situación, posteriores a la ratificación judicial del certificado de seguridad, no garantizaba el «*right to prompt review of detention*», previsto en el artículo 10 de la Carta de Derechos y Libertades⁵⁷.

Como consecuencia, el 22 de febrero de 2008 fue aprobada una nueva redacción de la IRPA. Esta incluyó una primera revisión de la detención asociada a los certificados de seguridad en las primeras cuarenta y ocho horas, y previó revisiones judiciales cada seis meses.

En especial, esta reforma previó la figura del *special advocate*, configurado como un abogado incluido en un listado elaborado por el Ministerio de Justicia y cuya función es, ante todo, representar los intereses del *non-citizen* en los trámites judiciales relativos al certificado y a la detención derivada de aquél, aunque también puede representarlo en los procesos que regula la *Canadian Evidence Act*. El *special advocate* tiene acceso a la información que no se ponga a disposición del extranjero sometido a una medida de las previstas en la *IRPA*.

El abogado especial puede realizar mociones orales o escritas referentes a la información declarada confidencial y ser parte activa del trámite procesal, si bien este *special advocate* se sitúa fuera del proceso y no mantiene con el afectado la típica relación entre abogado y cliente. Las comunicaciones entre el *special advocate* y la persona ausente del proceso y/o su abogado son confidenciales.

Por otra parte, la norma traspasa al Ministerio del Interior la elaboración del sumario, aunque se encomienda al juez velar por que aquél contenga la información pertinente y suficiente, con lo cual el *special advocate* no tiene siquiera la posibilidad de intervenir en la confección de dicho sumario.

Finalmente, la *Anti-terrorism Act 2015* ha incluido nuevas reglas especiales en relación con la capacidad de los órganos judiciales de revisar las detenciones de personas en casos relacionados con el terrorismo y del Ministerio de Inmigración de mantener

56 *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)* 2008 SCC 38.

57 Véase el examen de esta sentencia realizado por M. NOVO FONCUBIERTA, *op. cit.*, pp. 158-163. Asimismo, M. NOVO FONCUBIERTA, «Canadá responde al terrorismo: los “security certificates” y el “Caso Charkaoui”», en M. REVENGA SÁNCHEZ (Dir.), *op. cit.*, pp. 175-215.

secretos elementos de pruebas relativos a la admisión de extranjeros y refugiados. Así, ha modificado la *IRPA* para prever que el recurso ante la *Federal Court of Appeal* solo es posible si el tribunal considera que aquél envuelve «*a serious question of general importance*» y concreta la cuestión. La ley prevé que los procedimientos relativos a inmigración previstos en la ley, si se dicta un certificado, no podrán ser tramitados hasta que el Juez determine si el certificado es razonable. Por otra parte, el Ministro tiene la posibilidad de apelar cualquier decisión por la que se requiera la publicidad de información si, en su opinión, aquella pudiera ser dañina para la seguridad nacional o peligrosa para la seguridad de cualquier persona. Asimismo, permite al Juez exceptuación al Ministro de la obligación de proporcionar información al *special advocate*, si bien dicha información no podrá servir de base para la decisión judicial.

Medidas que, en la misma línea, suponen la instauración de tribunales especiales y una limitación o privación del derecho a no declarar contra sí mismo, a aportar y a discutir la prueba y, en general, a la presunción de inocencia, han sido previstas en otros países del ámbito anglosajón, como India y Australia⁵⁸.

4. EL MODELO DE LOS PODERES POLICIALES

En los demás Estados europeos, las medidas antiterroristas han ido dirigidas, fundamentalmente, a limitar las garantías de la detención preventiva y a dar a los agentes de policía mayor margen para decidir sobre la intercepción de comunicaciones, los registros domiciliarios y el tratamiento de datos, sin perjuicio de casos singulares, como el de Alemania, donde se ha registrado también una limitación del derecho de asociación que ha conllevado la eliminación del llamado «privilegio religioso⁵⁹».

Este paquete normativo ha tenido también, sin duda, repercusión en el proceso. En Francia, la Ley n.º 86-1020, de 9 de septiembre de 1986, relativa a la lucha contra el terrorismo, ya había extendido el plazo máximo de la detención a cuatro días. La prórroga de la detención tras el período máximo ordinario de cuarenta y ocho horas debe ser autorizada por el Juez de las libertades y de la detención. La asistencia de abogado solamente se prevé en dicha ley a partir de las primeras 72 horas.

Asimismo, la ley de 1986 previó que los delitos de terrorismo serían juzgados por un tribunal penal situado en París compuesto por jueces profesionales (un presidente

58 Véase, para India, M. CARRASCO DURÁN, *op. cit.*, p. 34, y para Australia, D. WRIGHT-NEVILLE, «La política del miedo: antiterrorismo y democracia australiana», en Ch. T. POWELL, y F. REINARES, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

59 Leyes de 4 de diciembre de 2001 y 22 de agosto de 2002. Véase M. CARRASCO DURÁN, *op. cit.*, p. 35.

y seis jueces auxiliares, y ocho en apelación), lo cual, además, suponía una excepción al juicio por jurado⁶⁰. El Consejo Constitucional entendió que estos tribunales penales eran conformes con la Constitución. En el año 2006, la competencia de estos órganos judiciales se extendió a la jurisdicción de menores⁶¹.

Posteriormente, la Ley n.º 2001-1062, de 15 de noviembre de 2001, de Seguridad Cotidiana, admitió la figura del testigo protegido, si bien el uso de esta figura se encuentra sujeto a control judicial, y se prevé que la condena no puede ser basada solamente en sus declaraciones⁶². Asimismo, la Ley n.º 2006-64, de 23 de enero de 2006, relativa a la lucha contra el terrorismo y diversas disposiciones relativas a la seguridad y a los controles fronterizos, permitió la posibilidad de adoptar dos prórrogas adicionales de veinticuatro horas en la detención, hasta totalizar 144 horas⁶³. Fue elemento fundamental para que el Consejo Constitucional entendiera como conforme con la Constitución esta medida el hecho de que dichas ampliaciones son competencia del juez de las libertades y deben adoptarse en auto motivado⁶⁴. Por otra parte, la regulación de la detención se ha visto confirmada, en sus líneas generales, por la Ley n.º 2011-392, de 14 de abril de 2011, relativa a la detención preventiva, que permite una regulación escalonada de las prórrogas de la detención, la cual puede alcanzar un máximo de 144 horas en caso de riesgo serio de la inminencia de una acción terrorista en Francia o en el extranjero, o si las necesidades de la cooperación internacional lo requieren imperativamente.

Asimismo, a partir de la ley de 2006, se ha permitido el acceso a los datos de conexión a Internet con la autorización, no de un juez, sino de una autoridad administrativa, previsión que se ha confirmado a través de sucesivas reformas legales⁶⁵.

60 Una Ley de 29 de diciembre de 1997 permitía trasladar estos tribunales a otros sitios distintos de París.

61 A. BARRERO ORTEGA, «El control de constitucionalidad de la más reciente legislación antiterrorista francesa», PÉREZ ROYO (Dir.) y M. CARRASCO DURÁN (Coord.), *op. cit.*, p. 182.

62 Arts. 706-58 a 706-62 del Código de procedimiento penal reformado. En realidad, un antecedente de esta figura se encuentra en la Ley de 1986, que permitía evitar la pena al testigo cuyas declaraciones impidieran la comisión de un acto terrorista, lo que en otros países se ha llamado *Crown teste* o «testigo principal».

63 Art. 706-88 del Código de procedimiento penal reformado.

64 DCC 2005-532, de 19 de enero de 2006. A. BARRERO ORTEGA, *op. cit.*, p. 183.

65 Esta previsión ha sido confirmada por el Consejo Constitucional. Un detallado resumen de la normativa antiterrorista francesa se puede encontrar en <http://www.vie-publique.fr/chronologie/chronos-thematiques/trente-ans-legislation-antiterroriste.html> Se puede decir que Francia se ha dotado de un auténtico «arsenal legislativo antiterrorista», como lo denomina O. LECUCQ, «La Consti-

En España, la legislación antiterrorista es, en esencia, la que venía aplicándose como reacción al terrorismo tradicional⁶⁶. Así, como es conocido, la legislación permite, sobre la base del artículo 55.2 de la Constitución, la extensión del período máximo ordinario de detención a cuarenta y ocho horas adicionales, pero siempre previa intervención judicial. Además, en la intervención de las comunicaciones y los registros domiciliarios, la legislación permite que la intervención del órgano judicial se haga *a posteriori*, con lo cual se deja la iniciativa a la hora de adoptar tales medidas a la autoridad. La situación de incomunicación, que, nuevamente, debe ser acordada por un Juez, contempla la limitación de algunas de las garantías dispuestas legalmente para la detención preventiva, marco en el cual destaca la supresión del derecho a la designación de Abogado, de manera que la garantía de los derechos del detenido en dicha fase se hace recaer sobre un Abogado designado de oficio⁶⁷. La STC 199/1987 hizo del mantenimiento de la garantía judicial, siquiera *a posteriori*, el eje para decidir sobre la constitucionalidad de la intervención de las comunicaciones y los registros domiciliarios, mientras que declaró contraria al artículo 17.2 de la Constitución la prolongación de la detención más allá del máximo de setenta y dos horas sin la previa intervención judicial.

tution à l'épreuve du contre-terrorisme», Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, Atenas, junio de 2007.

66 España no ha aprobado una normativa en el marco de la lucha contra el terrorismo yihadista que amplíe los poderes policiales en sentido similar a la alemana, la francesa o la italiana. El tratamiento que el legislador ha dado al terrorismo en España, hasta fecha reciente, ha estado más atento al fenómeno de ETA, que a la finalidad de tratar específicamente el terrorismo yihadista. Con todo, puede citarse la ampliación de los tipos penales y el endurecimiento de las condenas que se deriva de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, las Leyes Orgánicas 13/2003, de 24 de octubre, y 15/2003, de 25 de noviembre, que han introducido la figura de la prisión provisional incomunicada (arts. 509 y 510 LECrim), y la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos de comunicaciones electrónicas y de redes de comunicación, dirigida a transponer Directivas de la Unión Europea, y que ha sido modificada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones.

67 Arts. 520.bis, 527, 553 y 579.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducidos por las Leyes Orgánicas 14/1983, de 12 de diciembre, y 4/1988, de 25 de mayo. Por otra parte, la legislación admite el uso del agente encubierto (art. 282 bis LECrim), del testigo protegido (Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre) y de la figura del «arrepentido» (arts. 376, 570 quáter 4.º y 579.4 CP). Por otra parte, Damián Moreno muestra una tendencia expansiva a la preconstitución de los distintos medios de prueba y a la utilización de la inferencia probatoria a partir de indicios. Véase J. DAMIÁN MORENO, «¿Un derecho procesal para enemigos?», *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 2005, p. 113.

Por otra parte, debe señalarse la controvertida figura de la Audiencia Nacional, que centraliza la instrucción y el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo a través de los Juzgados Centrales de Instrucción y las Salas de lo Penal de la propia Audiencia.

En Italia, se han aprobado varias normas con posterioridad a los atentados del 11 de septiembre de 2001 que, entre otras cosas, amplían, dentro de una filosofía preventiva, el margen para llevar a cabo la interceptación de comunicaciones y registros domiciliarios, si bien asegurando el control judicial. De especial interés para el tema que venimos tratando resulta la Ley de 31 de julio de 2005, n. 155, relativa a medidas urgentes con respecto al terrorismo internacional, que convierte en ley el Decreto ley de 27 de julio del mismo año, n. 144. La ley citada permite la obtención de material biológico de la persona sin su consentimiento y las interceptaciones preventivas con autorización del Ministerio Fiscal, lo que plantea, de forma inevitable, la duda de su compatibilidad con el control judicial previsto por el artículo 15 de la Constitución italiana⁶⁸. Además, la ley permite la expulsión del extranjero, acordada por el Ministro del Interior o el prefecto, sobre el que hubiera motivos fundados para mantener que su permanencia en el territorio del Estado pudiera facilitar «de cualquier modo» organizaciones o actividades terroristas, incluidas las internacionales. Esta expulsión solamente puede ser recurrida al tribunal administrativo, si bien el recurso no tiene efectos suspensivos⁶⁹.

La última norma de importancia ha sido la Ley de 17 de abril de 2015, n. 43, de medidas urgentes con respecto al terrorismo, también de carácter internacional, que convierte el Decreto ley de 18 de febrero del mismo año, n. 7. Esta norma endurece el tratamiento penal del terrorismo y refuerza los poderes preventivos de los agentes de la autoridad, especialmente en lo relativo al uso de Internet. Para el objeto de nuestro interés, tiene relevancia la posibilidad de que los directores de los servicios de información para la seguridad, o delegados suyos, sean autorizados a mantener entrevistas con detenidos y presos al efecto de prevenir delitos terroristas de carácter internacional y la autorización para el uso en los procesos penales del agente encubierto y del testigo secreto, siempre previa autorización judicial.

68 Desde 2001, el art. 226 del Código de Procedimiento Penal permitía la interceptación preventiva con autorización del Fiscal General del Estado, si bien estaba prohibido hacer uso de los resultados de tales interceptaciones en el proceso penal. Para más detalle sobre el marco normativo italiano, A. PERTICI, *op. cit.*, y P. TENORIO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 154-165, esp. pp. 163-165.

69 Para un sector de la doctrina, estas previsiones instauran un paradigma de la sospecha y resultan contrarias al derecho de defensa. Véase A. PERTICI, *op. cit.*

Con todo, este modelo mantiene la garantía de la revisión por parte de órganos judiciales de la aplicación de las medidas dispuestas en la legislación antiterrorista, el enjuiciamiento también por parte de órganos judiciales, la posibilidad de designar Abogado defensor en el proceso y la plena capacidad de aportar prueba y discutir la prueba presentada por la acusación. En definitiva, el núcleo, al menos, del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso con todas las garantías.

Alemania y Francia, tras la instauración del estado de urgencia vigente en la actualidad, constituyen casos particulares. Alemania, en las décadas de los años setenta y ochenta, y en el contexto de la lucha contra el terrorismo de la RAF, se dotó de un régimen que, también en el marco del proceso, integra algunos elementos propios del modelo del estado de excepción. Así, se prevé, la exclusión del abogado defensor en determinados casos, o bien la fijación de un número máximo de abogados defensores y la prohibición de la defensa múltiple, la posibilidad de llevar a cabo la vista oral sin presencia de abogado, la limitación del derecho a declarar, la extensión de la detención preventiva, la previsión del «testigo principal», la intervención de la correspondencia entre el abogado defensor y el sujeto imputado por delitos de terrorismo y la designación del Fiscal Federal General y de los Tribunales Superiores de Justicia (*Oberlandsgericht*) como órganos para la investigación y enjuiciamiento de las causas por delitos de terrorismo⁷⁰. La normativa más reciente ha ido dirigida a reforzar las facultades de los servicios de inteligencia para compartir información en la lucha contra el terrorismo internacional^{71 y 72}.

70 T. WEIGEND, «Combatiendo el terrorismo en Alemania», en J. R. SERRANO-PIEDE-CASAS FERNÁNDEZ, y E. DEMETRIO CRESPO, E. (Dirs.), *op. cit.*, pp. 541-556; M. A. CANO PAÑOS, «Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania. Análisis de la legislación penal y procesal en las décadas de 1970-1980», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 10, 2008, y «El rasterfahndung en el derecho procesal penal alemán y su aplicación práctica en la lucha antiterrorista», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 5, 2003. La figura del testigo especial (*Kronzeuge*) fue suprimida en 1999.

71 Ley para mejorar el intercambio de información en la lucha contra el terrorismo internacional, de 26 de julio de 2016. Además, se ha endurecido el tratamiento penal del terrorismo y se han añadido nuevas medidas de control de extranjeros mediante la Ley de 12 de junio de 2015, para modificar el delito de preparación de delitos violentos graves que pongan en peligro al Estado, y la Ley de 20 de junio de 2015, para modificar la Ley sobre tarjetas de identidad e introducir una tarjeta de identidad sustitutoria y modificar la Ley de Pasaportes.

72 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han aceptado la conformidad de dicha normativa con los derechos reconocidos. El Tribunal Constitucional, sin embargo, desde una sentencia de 15 de diciembre de 1970, ha considerado nulas

En la Unión Europea, las normas aprobadas van dirigidas a instar a los Estados la tipificación del delito de terrorismo, facilitar el intercambio de información, obstaculizar la financiación de grupos terroristas y la agilización de la entrega de detenidos mediante la euroorden⁷³. En relación con este último instrumento⁷⁴, debe destacarse la Decisión 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, que concreta los supuestos en que no podrá denegarse el reconocimiento ni la ejecución de resoluciones dictadas en juicios celebrados sin la comparecencia del imputado.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha perfilado la interpretación de la normativa relativa a la euroorden reforzando, por un lado, la obligación de proceder a la entrega incluso cuando aquélla pudiera contradecir los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito nacional, en el caso de que fueran interpretados para dotarlos de un canon de protección superior al garantizado por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derecho Humanos (sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto Melloni⁷⁵) y,

varias normas relativas a la intervención de las comunicaciones y manejo de datos por las autoridades, normalmente mediante el uso del juicio de proporcionalidad. La última sentencia, en esta línea, es de 20 de abril de 2016. Para sentencias anteriores, véase M. CARRASCO DURÁN, *op. cit.*, pp. 40-41.

73 En el paquete normativo de la Unión Europea en torno a medidas antiterroristas asumen un papel especial las directivas, las decisiones marco e instrumentos de *soft law*. Se opta, por tanto, como señala Tinoco Pastrana, por la aproximación de legislaciones internas, más que por su armonización. Para un detalle de estas normas, A. TINOCO PASTRANA, «La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal», *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, n.º 36, 2016, pp. 439-463, esp. p. 440; F. J. JIMÉNEZ FORTEA, «La respuesta procesal penal al terrorismo en el marco de la Unión Europea: un ejemplo de cooperación judicial penal y policial», en M. P. CALDERÓN CUADRADO, y J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Thomson, Madrid, 2009, pp. 63-98; M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, «Las líneas de acción contra el terrorismo de la Unión Europea y sus condiciones de constitucionalidad», en PÉREZ ROYO (Dir.) y M. CARRASCO DURÁN (Coord.), *op. cit.*, pp. 228-235. Sobre los problemas que estas medidas aprobadas en el ámbito de la Unión Europea pueden suponer, confrontadas con los estándares nacionales de los derechos reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros, M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, *op. cit.*, p. 236.

74 La euroorden está regulada en la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Sobre este tema existe gran volumen de doctrina, pero destacamos, por su tratamiento desde la perspectiva de las medidas antiterroristas, A. TINOCO PASTRANA, *op. cit.*, pp. 454-461.

75 Para un examen de los problemas jurídicos planteados por este asunto, véase M. CARRAS-

por otro, afirmando la posibilidad excepcional de denegar la entrega en el caso de que hubiera datos para afirmar la posibilidad de que la persona objeto de entrega pudiera ser objeto de tortura o tratos inhumanos y degradantes en el país emisor (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016, C-404/15, asunto Aranyosi y Caldaru⁷⁶).

Posteriormente, la Unión Europea ha entrado en el ámbito estrictamente procesal mediante la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. El artículo 3.6

CO DURÁN, «Relaciones entre la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y la declaración de derechos contenida en la Constitución», ponencia presentada en el XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, disponible en <http://congresoace.deusto.es/ponencias-y-comunicaciones/>, esp. págs. 15-19; E. VAN RICKEVORSEL, «Droits fondamentaux (arrêt “Akerberg Fransson”; arrêt “Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal”)», *Revue du droit de l’Union Européenne*, n.º 1, 2013, p. 187; L. F. M. BESSELINK, *European Law Review*, n.º 4, 2014, p. 550; J. I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, «La Euroorden ante la tutela de los Derechos Fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)», *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 46, 2013, p. 179; P. J. MARTÍN RODRÍGUEZ, «Tribunal Constitucional – Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 48, 2014, p. 610; T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, «El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 53, 2015, pp. 44 y ss.; «The Spanish Constitutional Court and Fundamental Rights Adjudication After the First Preliminary Reference», *German Law Journal*, n.º 6 2015, p. 1.526, y A. FIGUERUELO BURRIEZA, «El diálogo “aparente” entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo. Comentarios a propósito de la STC que resuelve el recurso de amparo núm. 6922-2008 (Caso Melloni)», en A. FIGUERUELO BURRIEZA (Dir.) y A. LEÓN ALONSO (Coord.), *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Comares, 2014, pp. 1-20.

76 S. GÁSPÁR-SZILÁGY, «Joined Cases Aranyosi and Caldaru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 24, n.º 2-3, 2016, pp. 197-219; P. J. MARTÍN RODRÍGUEZ, «La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia Aranyosi y Caldaru», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 55, 2016, pp. 855-900; R. BUSTOS GISBERT, «¿Un insuficiente paso en la dirección correcta?: Comentario a la sentencia del TJUE (gran sala), de 5 de abril de 2016, en los casos acumulados Pal Aranyosi (C-404/15) y Robert Caldaru (C-659/15 PPU)», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 40, 2016, pp. 138-155.

de la Directiva permite que «en circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción», los Estados dejen de aplicar el derecho a la asistencia de letrado «en la medida en que esté justificado, en vista de las circunstancias específicas del caso, sobre la base de alguna o varias de las razones imperiosas siguientes: a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona; b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal⁷⁷».

Mención especial debe hacerse al hecho de que en Francia, tras los atentados terroristas de París y Saint Denis de 13 de noviembre de 2015, el Gobierno decidió declarar el estado de urgencia durante tres meses, el cual ha sido sucesivamente prorrogado, al hilo de diversos atentados cometidos tanto en Francia como fuera de ella. El 24 de noviembre de 2015, Francia anunció que se acogía a la excepción prevista en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el estado de urgencia⁷⁸, se traspasan al Ministro del Interior o al prefecto facultades que ordinariamente corresponden a los jueces. Pueden, así, dichas autoridades, entre otras medidas, restringir la libre circulación, asignar residencia, disolver asociaciones, ordenar registros domiciliarios y disponer las medidas necesarias para asegurar el bloqueo de páginas de Internet. Estas medidas están sometidas al control de los órganos judiciales del ámbito administrativo.

Por otra parte, en el marco del estado de urgencia se ha aprobado una variada legislación, dentro de la cual destaca la Ley n.º 2016-731, de 3 de junio de 2016, reforzando la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y su financiación, y mejorando la eficacia y las garantías del procedimiento penal. Esta norma ha expandido las facultades preventivas de los agentes de la autoridad, especialmente en lo relativo a la captación de datos almacenados en sistemas informáticos, y ha instaurado un caso de retención para el examen de la situación administrativa de personas sobre las que

77 Además, el artículo 3.5 de la Directiva recoge que «en circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción», los Estados miembros podrán dejar de aplicar «temporalmente» el derecho a la asistencia de letrado, «en caso de que la lejanía geográfica de un sospechoso o acusado imposibilite el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado sin demora injustificada tras la privación de libertad.» Recientemente, debe destacarse la 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, que prevé normas para asegurar el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo en el ámbito de la Unión.

78 Regulado por la Ley n.º 55-385, de 3 de abril de 1955, relativa al estado de urgencia, modificada, entre otras, por la Ley n.º 2015-1501, de 20 de noviembre de 2015, y la Ley n.º 2016-987, de 21 de julio de 2016.

existen razones serias para pensar que representan una amenaza para la seguridad del Estado o que están en relación directa, y no fortuita, con tales personas. No obstante, la ley no ha modificado los términos del control judicial respecto a los existentes previamente⁷⁹.

5. CONCLUSIONES Y CRÍTICAS

Como conclusión de cuanto hemos expuesto puede afirmarse que se ha consolidado en Derecho comparado un estándar de respuesta jurídica al terrorismo consistente en un conjunto de medidas preventivas que suponen una ampliación del margen de actuación de las autoridades y que conllevan limitaciones en derechos tales como los relativos a las garantías del período de detención preventiva, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio y la protección de datos, sin perjuicio de que ocasionalmente puedan verse afectados otros derechos y de que se dé también un agravamiento del tratamiento penal de los delitos conexos con el terrorismo. Hemos denominado el citado estándar como modelo de los poderes policiales.

En este modelo también sufren adaptaciones y limitaciones las garantías inherentes al proceso. Por ejemplo, hemos visto que existe una tendencia a la centralización de los órganos judiciales competentes para investigar y enjuiciar a las personas implicadas en actos de terrorismo. Asimismo, son posibles otras limitaciones, como las que difieren el control judicial de determinadas actuaciones de los agentes de la autoridad a un momento posterior a su realización o limitan el derecho a la libre elección de abogado en la fase de la detención. Sin embargo, se mantiene el núcleo del derecho a la tutela judicial y de las garantías procesales. En especial, se atribuye la investigación y enjuiciamiento de las personas envueltas en actos terroristas a órganos judiciales de naturaleza ordinaria y se respetan garantías tales como el derecho a aportar prueba, a la presunción de inocencia y a la libre elección de abogado en el marco del proceso. De hecho, el mantenimiento del control judicial ha sido un elemento de importancia trascendental para que órganos como el Consejo Constitucional francés o el Tribunal Constitucional español hayan aceptado algunas de las medidas previstas en la legislación antiterrorista.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 13 de septiembre de 2016, asunto Ibrahim y otros c. Reino Unido, ha aceptado la limitación del derecho a la asistencia de abogado durante la detención y la admisión en el juicio

⁷⁹ Para Garapon, en Francia el terrorismo se enfoca como un problema de seguridad interna y de naturaleza predominantemente judicial; cfr. A. GARAPON, «¿Tiene Francia una ventaja en la lucha antiterrorista?», *ARI*, n.º 110, 2005.

de declaraciones de los detenidos hechas sin asistencia letrada, debido, entre otras razones, al interés público en prevenir y sancionar ataques terroristas de gran magnitud que se daba en el caso y a que el proceso, en su conjunto, no podía considerarse injusto, a pesar de tales circunstancias⁸⁰.

Particularmente, debe señalarse que las medidas antiterroristas escapan de la clásica categorización entre estado de normalidad y estados de excepción. El estándar descrito configura un modelo intermedio entre el régimen jurídico aplicable en condiciones de normalidad y el de los estados de excepción que, salvo el caso de España, no encuentra acogida expresa en las Constituciones.

Es necesario tener en cuenta lo anterior, también, porque el uso de las categorías tradicionales puede llevar a confusiones cuando tratamos de la lucha contra el terrorismo. Por ejemplo, el estado de urgencia declarado en Francia viene siendo aplicado con unas medidas que podemos encuadrar en el que hemos denominado modelo de los poderes policiales. Por otra parte, resulta inevitable reconocer la existencia de distintos grados de severidad de las medidas dentro de este modelo. Francia marca, por ejemplo, un grado de máximo reconocimiento a los agentes de la autoridad de capacidad para adoptar medidas de carácter preventivo. El caso de Alemania muestra la posibilidad de que algunas medidas propias del modelo del estado de excepción se incrusten en el marco del modelo de los poderes policiales. A la hora de encuadrar a estos países en el modelo de los poderes policiales nos hemos guiado por la impresión de conjunto que se extrae de su normativa, resultando determinante que se respete, de forma general, el núcleo esencial de las garantías clásicas del proceso, y, dentro de estas, especialmente, el enjuiciamiento por parte de tribunales independientes encuadrados en el poder judicial.

De hecho, este estándar normativo se ha consolidado como permanente e, incluso, la práctica muestra un agravamiento de algunas medidas propias del modelo de los poderes policiales, especialmente en lo relativo a acceso y registro de datos personales.

80 Se aplicó a los afectados legislación anterior a la reforma de 2001. Se denegó la demanda de tres de los demandantes, pero se estimó la de uno que había sido citado como testigo y que, durante su testimonio, comenzó a autoincriminarse, sin que los agentes de la policía lo advirtieran de sus derechos. La práctica de la policía británica se confronta, en la sentencia, con el test sobre acceso a asistencia letrada establecido en la sentencia de 27 de noviembre de 2008, asunto *Salduz c. Turquía*. En el caso, se trataba de tres detenidos por haber intentado llevar a cabo un atentado en tres vagones de metro y la principal estación de autobús de Londres dos semanas después de los atentados de 7 de julio de 2005. El cuarto demandante fue llamado a declarar, en principio, como testigo, aunque posteriormente resultó inculcado en virtud de sus propias declaraciones.

La intención del presidente Macron de incorporar a la legislación ordinaria francesa las medidas derivadas del estado de urgencia es significativa de esta tendencia.

Por su parte, Estados Unidos, Reino Unido y otros países del ámbito anglosajón han ido más allá, al enmarcar su respuesta jurídica al terrorismo en un paradigma de la sospecha⁸¹ que gira en torno a varios ejes: elevar de modo general la mera sospecha a categoría que habilita para llevar a cabo la detención o para acordar otras medidas limitativas de derechos fundamentales; extremar el rigor de las medidas previstas para combatir el terrorismo; legalizar la consideración de las personas de nacionalidad extranjera como sospechosas⁸², mediante el establecimiento de medidas de detención o de limitación de la libertad de circulación previstas especialmente para ellas; incrementar de manera extraordinaria el margen de discrecionalidad del Gobierno y de los agentes de la autoridad a la hora de aplicar dichas medidas; paralelamente, rebajar las garantías procesales de las personas afectadas, lo que conlleva la previsión de tribunales especiales, la disminución de las posibilidades de aportar prueba y de conocer la prueba aportada por las autoridades para sostener la aplicación de las medidas de seguridad, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia y la limitación del derecho a la elección de abogado en el proceso.

Mientras en el que hemos denominado como modelo del estado de excepción, al menos, se mantiene, siquiera sea disminuida, la garantía de la intervención judicial para la adopción o la revisión de la aplicación de las medidas previstas en la legislación antiterrorista, el modelo del estado de guerra, aplicado en Estados Unidos, se caracteriza por el intento de suprimir, incluso, la intervención de los órganos judiciales en la revisión de las órdenes de detención de personas determinadas y en su enjuiciamiento, cuando recaiga sobre ellas la sospecha de ser capaces de preparar acciones terroristas, valorada a partir de criterios extremadamente genéricos.

El paradigma de la sospecha configura, así pues, una suerte de Derecho procesal del enemigo⁸³, que, en realidad, es también un Derecho constitucional del enemigo,

81 Un interesante cuestionamiento de este paradigma de la sospecha se encuentra en las sentencias del Consejo Constitucional francés de 10 de febrero de 2016 y de 7 de abril de 2016, sobre el delito de consulta habitual de páginas web terroristas y el delito de poseer, buscar, procurarse o fabricar objetos o sustancias aptas para crear un peligro para otra persona.

82 Para el caso de Estados Unidos, véase A. GARAPON, «Les dispositifs anti-terroristes de la France et des États-Unis», *Esprit*, n.º 8, 2006, pp. 136 y 140, y J. CASAS, «Las reformas de la legislación sobre inmigración en los Estados Unidos tras el 11-S», *CCCFFC*, n.º 38-39, 2002, pp. 227 y ss.

83 El término se utiliza tomando como modelo la conocida expresión de «Derecho penal del enemigo», que acuñó Gunter Jakobs. Véanse, por citar solo algunos ejemplos, F.J. MUÑOZ CONDE, «De la prohibición de autoinculpación al Derecho procesal penal del enemigo», en J. R. SERRA-

ya que se sustancia en la privación de garantías procesales que tienen naturaleza constitucional. En realidad, en estos modelos, el margen de discrecionalidad de la autoridad se refuerza mediante la limitación o la supresión del control de los órganos judiciales.

Por tanto, como se ve, el tratamiento dado a las garantías procesales marca claramente la línea que separa los distintos modelos de respuesta al terrorismo. Incluso, en el caso de Estados Unidos, la relajación de los estándares que prohíben la obtención de pruebas mediante la tortura o tratos inhumanos o degradantes tuvo una traducción procesal en la pretensión de facilitar que dichas pruebas fueran admitidas como base para acordar la detención o la condena de las personas afectadas, aunque después esto fuera parcialmente rectificado.

Por otro lado, una vez reconocido un estándar básico, comúnmente admitido, de reacción frente al terrorismo que incluye algunas medidas que afectan al proceso, entendemos necesario reservar la expresión de Derecho procesal, o constitucional, «del enemigo» a las medidas que se alejan de dicho estándar básico para limitar drásticamente o privar, en virtud de meras sospechas, del núcleo más fundamental de las garantías judiciales.

En nuestra opinión, debe admitirse que las consideraciones sobre la eficacia de la lucha antiterrorista deben entrar en la ponderación a la hora de evaluar jurídicamente las medidas antiterroristas. De esta manera, es perentorio llevar a cabo un balance en el que es necesario tener en cuenta la necesidad de dar eficacia a la lucha contra el terrorismo sin suprimir radicalmente el núcleo de las garantías del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, dichas garantías se adapten para permitir medidas adaptadas al nuevo tipo de terrorismo que supone el de raíz yihadista⁸⁴.

NO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, y E. DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), *op. cit.*, pp. 107-136; F. J. JIMÉNEZ FORTEA, «De la restricción de derechos a un “derecho procesal del enemigo”», en A. MASFERRER (Coord.), *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo: una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 611-644; J. DAMIÁN MORENO, *op. cit.*, pp. 101-116, esp. p. 111; C. LAMARCA PÉREZ, *op. cit.*, p. 40.

84 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 13 de septiembre de 2016, asunto Ibrahim y otros c. Reino Unido, FJ 251, ha entendido que los derechos del artículo 6 del CEDH no pueden ser abandonados por la mera razón de que los individuos en cuestión sean sospechosos de haber participado en terrorismo, pero ha aceptado que los derechos del artículo 6 del CEDH no son absolutos y que el interés público en la investigación y sanción de un particular delito puede ser tomado en consideración para determinar si el proceso, en su conjunto, ha sido justo, así como que no se pueden poner dificultades desproporcionadas a las autoridades en tomar medidas efectivas contra el terrorismo u otros delitos comunes. Sin embargo, la preocupación por

Ahora bien, las medidas que hemos examinado plantean tres grandes cuestiones, que se hacen especialmente acuciantes en los modelos del estado de excepción y del estado de guerra: la primera, relacionada con su compatibilidad con los derechos fundamentales (la cuestión de los derechos); la segunda versa sobre su compatibilidad con el modelo de Juez y de proceso característico de un Estado Derecho (la cuestión institucional); la tercera se refiere a su efectividad (la cuestión de la eficacia)⁸⁵.

Para comenzar con la cuestión de los derechos, resulta útil traer a colación una frase del jurista australiano Nicholas Howen, que afirmó en 2005 que en un Estado democrático no se puede permitir «un poco» de tortura⁸⁶. De igual manera, añadimos, un Estado democrático de Derecho no se puede permitir «un poco» de arbitrariedad, tomando como excusa la lucha contra el terrorismo. En realidad, no se puede evitar la impresión de que, tras medidas como las que integran el modelo del estado de excepción y el modelo del estado de guerra, se encuentra una pretensión de admitir el riesgo de actuaciones arbitrarias del Estado con tal de proporcionar a la población una ficticia sensación de seguridad⁸⁷.

Por otra parte, resulta contradictorio con el modelo de Juez característico de nuestro Estado de Derecho configurar a los órganos llamados a desempeñar funciones judiciales como piezas al servicio del engranaje represivo del Estado, alterando su configuración original como órganos de tutela de los derechos. En el mismo sentido, pervierte el significado del proceso característico de nuestro Estado de Derecho una regulación que, al no asegurar adecuadamente el derecho de defensa de la persona acusada, se desvía de la finalidad de buscar la verdad real que debe impregnar el proceso penal⁸⁸.

el interés público no justifica medidas que extingan la esencia más básica de los derechos de defensa de los demandantes.

85 W. HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, p. 480.

86 Este principio fue enunciado por el jurista citado como «*you cannot have a little bit of torture*» en el congreso *International Summit on Democracy, Terrorism and Security*, celebrado en Madrid del 8 al 11 de marzo de 2005, disponible en <http://summit.clubmadrid.org/keynotes/freedom-security-and-civil-liberties.html> (visitado en mayo de 2017).

87 W. HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, pág. 480; BIGO, D.; «Prácticas iliberales de los regímenes liberales: política del terror y política de la inquietud en el régimen contraterrorista global», en Ch. T. POWELL, y F. REINARES, *op. cit.*, p. 373.

88 J. DAMIÁN MORENO, *op. cit.*, pp. 112-114. Al final, se trata, como dice Serrano-Piedecasas, de la sustitución de la «razón jurídica» por la «razón de Estado»; J. R. SERRANO-PIEDECASAS, «Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de Derecho», en L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, y otros, *El Derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, p. 78. No obstante, estos autores se refieren a la regulación española.

Finalmente, la experiencia muestra que no se favorece la lucha contra el terrorismo con medidas que buscan favorecer la discrecionalidad del ejecutivo creando espacios fuera del control judicial. Incluso, como caso extremo, en Estados Unidos, las medidas aplicables a quienes han sido retenidos en Guantánamo han generado un embrollo en torno a las condiciones de la detención, de la revisión de su situación por la justicia federal y de su procesamiento y enjuiciamiento, que no ha hecho sino distraer recursos económicos, tiempo, atención y energía, de forma que, probablemente, dicha normativa haya sido más un obstáculo que una contribución a la lucha contra el terrorismo.

Por otra parte, incluso las medidas admitidas en el modelo de los poderes policiales requieren una revisión de su eficacia, especialmente cuando, como sucede en España con el régimen de la incomunicación, han sido adoptadas pensando en un tipo de terrorismo muy diferente al de raíz religiosa⁸⁹.

En especial, resulta necesario abandonar el fácil esquema según el cual *cuanto más duras las medidas, más eficaz la prevención de las acciones terroristas*. La sucesión de atentados terroristas tras el 11 de septiembre de 2001, a pesar de las medidas aplicadas, en algunos casos draconianas, muestra que sería más útil pensar en acciones dirigidas a controlar el *discurso* del terrorismo yihadista y a tratar los problemas de política internacional que crean el entorno en el cual se genera dicho discurso, si bien, como es evidente, esto plantea otros problemas, relativos, por una parte, a libertad de expresión y a protección de datos, y, por otra parte, a la viabilidad de una acción concertada internacional de carácter multilateral. Problemas en los que no podemos entrar en el presente artículo.

89 Para E. NÚÑEZ CASTAÑO, *op. cit.*, pp. 297-307, el agravamiento de los tipos del Código Penal como medida para luchar contra el terrorismo, más que una aportación a la eficacia, resulta un anacronismo. Para la situación española, véase C. LAMARCA PÉREZ, «Legislación antiterrorista: la normalización de la excepcionalidad», *Jueces para la Democracia*, n.º 8, 2017, p. 47. La misma autora contrasta la permanencia de las medidas derivadas del desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución con el final de la actividad de ETA en «La excepcionalidad procesal en materia de terrorismo. Una visión general», en A. R. CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 197-210. En contraste, es tradicional la inutilidad del control parlamentario de las medidas antiterroristas. Véase, al hilo de la correspondiente previsión del artículo 55.2 de nuestra Constitución, J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «Espagne-Table ronde: lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux», *AJJC*, n.º XVIII, 2002, p. 51; y F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, «El “adecuado control parlamentario” (art. 55.2 CE), según la STC 71/1994», *REDC*, n.º 45, 1995, pp. 283 y ss.

Resumen

En el presente trabajo se examinan, en clave de Derecho comparado, las medidas adoptadas en el marco de la lucha antiterrorista que han tenido como consecuencia la privación o la limitación de garantías procesales. En el primer apartado, se expone el marco teórico que utilizaremos para explicar y enjuiciar dichas medidas. Examinaremos el debate sobre la ponderación entre libertad y seguridad y los modelos de reacción contra el terrorismo desde el plano del Derecho que han tenido lugar en Europa continental y el área anglosajona. En el segundo epígrafe, expondremos las distintas medidas con repercusión en derechos procesales que se han adoptado en el marco de la lucha antiterrorista en los países escogidos. Finalmente, haremos un balance y un enjuiciamiento crítico de tales medidas, partiendo de la base de que, precisamente, la actitud hacia el mantenimiento, la limitación o la supresión de las garantías procesales marca la línea que permite distinguir diferentes modelos de tratamiento jurídico de la lucha contra el terrorismo.

Palabras claves

Terrorismo, garantías procesales, EE.UU, Reino Unido, Francia, Alemania, España

Abstract

This paper, using the comparative law methodology, analyzes the measures in the realm of antiterrorism law to identify the limitation of procedural guarantees. The first point is devoted to the theoretical frame, going through the debate balancing freedom and liberty and the reactions in Europe and the Anglo-Saxon area. In the second paragraph, the paper takes account on the consequences of antiterrorism war and procedural rights. Finally, in a critical assessment I will underline that procedural rights are the red line that enables to distinguish several models in the fight against terrorism.

Key words

Terrorism, procedural rights, U.S.A., United Kingdom, Germany, France, Spain

Recibido: 21 de mayo de 2017

Aceptado: 22 de junio de 2017

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO: FRANCIA BAJO ESTADO DE EMERGENCIA

CAROLINA CERDÁ GUZMÁN

*Profesora de Derecho Público. Universidad Paul Valery de
Montpellier (Francia)*

SUMARIO:

1. LAS CONSECUENCIAS DIRECTAS DEL ESTADO DE EMERGENCIA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
2. LAS CONSECUENCIAS INDIRECTAS DEL ESTADO DE EMERGENCIA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
3. CONCLUSIÓN.

La lucha contra el terrorismo, como toda política que pretende reprimir las alteraciones del orden público, conduce necesariamente a disminuir el ámbito de los derechos fundamentales. Para que esta restricción no sea percibida como una violación de los derechos fundamentales, la doctrina suele recurrir a la imagen de la balanza. De un lado se sitúa la seguridad, y de otro la protección de los derechos fundamentales. Toda restricción de los derechos fundamentales es considerada como justa y equilibrada si es proporcional a la amenaza sobre la seguridad.

A la luz de los hechos, no se puede negar que Francia es objeto de una amenaza terrorista constante, que se ha ido acrecentando desde el año 2015. En efecto, el año 2015 empezó tristemente con un ataque terrorista el 7 de enero en la redacción del periódico satírico *Charlie Hebdo*. Los hermanos Chérif y Saïd Kouachi asesinaron aquel día a doce personas e hirieron a once. Dos días después, otro terrorista (Amedy Coulibaly) mata a una policía municipal y cuatro clientes de un supermercado a los que había secuestrado. Estos ataques, que tuvieron una resonancia mundial, desgraciadamente no fueron los únicos que ensangrentaron ese año, ya que lo peor estaba por venir. La noche del 13 noviembre de 2015, varios ataques se efectuaron en la región parisina. Tuvieron en particular por objetivo el estadio de Seine-Saint-Denis, las terrazas de cafés y de restaurantes de dos distritos parisinos y la sala *Bataclan*, provocando ciento treinta muertos y más de cuatrocientos heridos. Desde enton-

ces, Francia ha sufrido otros ataques. El 13 de junio de 2016, dos policías son asesinados en su propia casa. El autor de este ataque, Larossi Abballa, reivindicó su acción en nombre del Estado islámico. El 14 de julio de 2016 en Niza, Mohamed Lahouaiej-Bouhlel lanza un camión de gran tonelaje contra el público que se había reunido para disfrutar de los fuegos artificiales de la Fiesta nacional, provocando la muerte de ochenta y cuatro personas. El 26 de julio de 2016, un sacerdote es asesinado en Saint-Etienne de Rouvray. Y el 3 de febrero de 2017, una patrulla militar emplazada en el carrusel del Louvre es atacada con un machete. Por lo tanto, los ataques terroristas son constantes en Francia desde el año 2015. Cabría pensar, así, que la necesidad de incrementar la seguridad justificaría debilitar la protección de los derechos fundamentales.

Aunque atractiva y muy visual, la imagen de la balanza es en realidad extremadamente engañosa. Lejos de funcionar sobre un simple sistema de pesos y de equilibrios, la protección de los derechos fundamentales se apoya en una serie de presupuestos y de procedimientos que no son contabilizados en esta balanza. Por ejemplo, ciertos derechos fundamentales no pueden estar en los platillos, como es el caso de la prohibición de la tortura; cualquiera que sea el peligro o el riesgo en la seguridad pública, no puede ser objeto de una negociación. Además, los derechos fundamentales integran una serie de elementos que, si bien no suponen una protección directa de los derechos fundamentales, constituyen una garantía indirecta de los mismos. Es, por ejemplo, el caso del reparto de competencias entre el juez administrativo y el juez judicial (un elemento crucial en el ordenamiento jurídico francés, su *summa divisio*). En efecto, ciertas limitaciones de las libertades son consideradas como más justas si son acordadas judicialmente, e incluso, exigen un procedimiento jurisdiccional específico. Por ello, es importante depurar el análisis y examinar el conjunto de los elementos que protegen directa e indirectamente los derechos fundamentales, con el fin de hacer una evaluación más precisa del estado de los derechos en Francia desde los atentados de 2015.

En rigor, tal análisis debería integrar y revisar la totalidad de las medidas contra el terrorismo emprendidas en Francia y en Europa. No obstante, debido a su amplitud y a su diversidad, no será posible llevar a cabo en estas páginas un estudio exhaustivo de las mismas. Así las cosas, hemos optado por orientar el ensayo en exclusiva sobre el estado de emergencia¹. Esta reducción del objeto puede justificarse

1 Para un estudio sobre el modelo francés de lucha contra el terrorismo, ver por ejemplo: P. PONCELA, «Les naufragés du droit pénal», *Archives de politique criminelle*, n.º 38, 2016/1, p. 7 y ss.; O. CAHN, «“Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre”. Le dispositif antiterroriste français,

por diversas razones. En primer lugar, el estado de emergencia es un dispositivo extremadamente revelador en términos políticos y solo raramente ha sido decretado en Francia, lo que lo convierte en un objeto de análisis particularmente interesante. En segundo lugar, presenta la ventaja de ser fácilmente identificable desde una perspectiva temporal ya que tiene una fecha inicial precisa, a saber el 14 de noviembre de 2015 a las cero horas. No ocurre tal cosa con la política general de lucha contra el terrorismo, puesto que su comienzo es difícil de determinar con exactitud. Por último, el estado de emergencia presenta un último interés para el investigador: se trata de una lista limitada de medidas, lo que nos permite un estudio exhaustivo de ellas.

Una vez hecha esta precisión, este trabajo tiene como objetivo interrogarse sobre el alcance de la restricción de los derechos fundamentales en Francia desde la instauración del estado de emergencia para hacer frente a los atentados de 2015. Para simplificar el análisis, está dividido en dos partes. La primera se dedica a examinar el régimen francés del estado de emergencia y su impacto directo sobre los derechos fundamentales. Una segunda parte estará focalizada en el análisis de las incidencias del estado de emergencia sobre el reparto de los poderes del Estado y, por tanto, en el impacto de esta reorganización silenciosa de los poderes sobre los derechos fundamentales.

1. LAS CONSECUENCIAS DIRECTAS DEL ESTADO DE EMERGENCIA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El 13 de noviembre de 2015, y mientras que los atentados siguen ocurriendo en París, el Presidente François Hollande toma públicamente la palabra y anuncia que el estado de emergencia será instaurado a partir de medianoche sobre todo el territorio francés metropolitano. Antes de medir el impacto potencial y real de este régimen de excepción sobre los derechos fundamentales, es importante describir este mecanismo y ponerlo en perspectiva con el resto de los regímenes de excepción que existen en el derecho francés.

1.1. El mecanismo del estado de emergencia en derecho francés

El estado de emergencia es un régimen de excepción, es decir, un régimen temporal que pretende adaptar las reglas habituales (procedimiento, competencia, etc.)

une manifestation du droit pénal de l'ennemi», *Archives de politique criminelle*, n.º 38, 2016/1, p. 89 y ss.; L. GAUTIER, «Les voies et les moyens de la lutte antiterrorista», *Pouvoirs*, n.º 158, 2016/3, p. 39 y ss.

con el fin de responder a una crisis. Cada estado es libre de crear o de prever regímenes de excepción y cada estado es también libre de crear diversos tipos de regímenes, con las adaptaciones correspondientes, según los tipos de crisis que justifiquen su establecimiento. Desde este punto de vista, Francia es relativamente precavida ya que existen tres regímenes de excepción diferentes en el derecho positivo francés.

1.1.a. Los otros regímenes de excepción consagrados por el derecho constitucional francés

En Francia, la previsión de regímenes de excepción en la Constitución es una tradición republicana. El artículo 92 de la Constitución del 13 de diciembre de 1799 ya preveía la posibilidad de «suspender el imperio de la Constitución» en caso de «rebelión a mano armada, o de perturbaciones que amenazaran la seguridad del Estado». La Constitución, adoptada el 4 de octubre de 1958 y hoy vigente, prevé dos regímenes de excepción en sus artículos 16 y 36, que no se refieren al estado de emergencia.

1.1.a.1. El régimen de excepción del artículo 16 de la Constitución: los plenos poderes presidenciales

El artículo 16 de la Constitución, que configura el mecanismo que con más intensidad suspende el sistema constitucional, puede ser utilizado si se dan dos condiciones acumulativas. En primer lugar, debe existir una amenaza grave e inmediata a las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad del territorio o la ejecución de los acuerdos internacionales. En segundo lugar, el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales debe verse interrumpido. Estas condiciones, que parecen limitar el recurso a este artículo únicamente en caso de crisis mayor, son aparentemente exigentes y restrictivas. Pero la verificación de estas condiciones se deja a la sola apreciación del Presidente de la República. El artículo 16 de la Constitución estipula que el Presidente debe consultar previamente al Primer ministro, a los Presidentes de las Asambleas así como al Consejo Constitucional, antes de poner en marcha el mecanismo, pero la exigencia se limita a una simple consulta².

2 La legalidad o la constitucionalidad de la decisión del Presidente de la República de activar este artículo no puede ser controlada por el juez administrativo, ya que se considera un acto de gobierno (por lo tanto no puede ser atacado ante el juez administrativo). Ver: *Consejo de Estado (Conseil d'Etat), Assemblée, 2/03/1962, Rubin de Servens*.

Una vez que el mecanismo se ha puesto en marcha, la Constitución habilita al Presidente de la República para que adopte cuantas medidas sean exigidas por las circunstancias, medidas que han de estar «inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión»³. Aunque la redacción no sea necesariamente límpida, el régimen que resulta del artículo 16 de la Constitución permite concretamente atribuir la totalidad de los poderes legislativos y reglamentarios al Jefe del Estado. La aplicación de este artículo conduce así a una situación en la cual el reparto de los poderes es totalmente modificado y se hace posible la suspensión de las libertades constitucionales, a partir del momento en que tienen por objeto esencial y único, la restauración del orden público. Esta concentración de poderes sólo se ve atenuada por la obligación de consultar al Consejo constitucional respecto a estas medidas y la prohibición de reformar la Constitución o de disolver la Asamblea Nacional durante este período.

El régimen del artículo 16 también se caracteriza por el hecho de que no prevé ningún mecanismo de prórroga ni procedimiento para forzar su fin, ya que su duración queda enteramente a la libre apreciación del Presidente de la República. Para conjurar los eventuales riesgos del Presidente de la República en el uso de estas facultades, se aprobó en 2008 una reforma del texto inicial del artículo 16⁴. Tras ella, transcurridos treinta días de aplicación, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores pueden incoar una acción ante el Consejo constitucional para que verifique si todavía se dan las condiciones de activación; este control es automático después de sesenta días de ejercicio. Anotaremos, sin embargo, que el Consejo constitucional sólo emite un dictamen consultivo, así que no puede él mismo poner fin a la aplicación de este artículo 16.

Desde 1958 hasta el día de hoy, sólo ha habido un supuesto de aplicación de este artículo: se produjo el 23 de abril de 1961, a consecuencia de un alzamiento de generales franceses en Argel. El Consejo constitucional emitió un dictamen favorable ya que un ministro y un delegado general del Gobierno en Argelia habían sido detenidos por miembros de la Organización del Ejército Secreto (O.A.S.), lo que implicaba una amenaza sobre las instituciones y una interrupción del funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales⁵. Sin embargo, observado

3 Artículo 16 de la Constitución del 4 octubre de 1958.

4 Artículo 6 de la ley constitucional n.º 2008-724, 23/07/2008, *J.O.*, 24/07/2008, p. 11890.

5 *Sentencia* n.º 61-1 AR16, 23/04/1961, *J.O.*, 24/04/1961, p. 3876.

retrospectivamente, la duración de la aplicación del artículo 16 fue «excesiva»⁶, ya que se aplicó hasta el 29 de septiembre, es decir, en fecha posterior a aquella en la que los poderes públicos volvieron a actuar de forma regular.

1.1.a.2. El régimen de excepción del artículo 36 de la Constitución: el estado de sitio

El artículo 36 de la Constitución consagra otro régimen de excepción, bien conocido en el derecho constitucional extranjero: el estado de sitio. Este régimen, que permite concentrar las potestades de mantenimiento del orden y de policía en las manos de las autoridades militares, está muy poco definido por la Constitución, y encuentra su desarrollo en el Código de defensa. Según el artículo L. 2121-1 de este Código, el estado de sitio puede ser instaurado sólo en caso de peligro inminente provocado por una guerra extranjera o una insurrección a mano armada.

La Constitución precisa, no obstante, algunos elementos de procedimiento para su activación. En efecto, indica que el estado de sitio sólo puede ser instaurado por decreto en Consejo de ministros. Esta indicación marca una diferencia importante en comparación con el mecanismo precedente, ya que aquí su establecimiento necesariamente debe resultar de una decisión colectiva de la totalidad del poder ejecutivo en la medida en que el conjunto de los ministros, incluido el Primer ministro, forman el Consejo de ministros y que este Consejo es presidido por el Jefe de Estado⁷. Además, el artículo 36 indica claramente que toda prórroga del estado de sitio más allá de doce días puede ser autorizada sólo por el Parlamento, lo que disminuye teóricamente los riesgos de utilización abusiva.

En cuanto a las medidas que pueden ser tomadas durante este régimen de excepción, la Constitución guarda silencio. El Código de la defensa sí nos aporta más datos. Según el artículo L. 2121-3, se pueden crear jurisdicciones militares. El artículo L. 2121-7 precisa que las autoridades militares tienen competencia para ordenar registros domiciliarios de día y de noche, de desplazar a toda persona que ha sido objeto de una condena penal definitiva y a quienes no tienen su domicilio en los lugares sometidos al estado de sitio, de ordenar la entrega de armas y municiones, o de prohibir las publicaciones y las reuniones que amenazan el orden público.

6 P. PACTET y F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Dalloz, París, 2017, p. 425.

7 Artículo 9 de la Constitución del 4 de octubre de 1958.

Este régimen, ha sido aplicado repetidas veces en la historia constitucional francesa (como durante la «Comuna de París» en 1871 o en cada guerra mundial), pero jamás, por el momento, se ha instaurado bajo la Quinta República.

1.1.b. El estado de emergencia comparado con el resto de los regímenes de excepción

A diferencia de los regímenes precedentes, el estado de emergencia no es mencionado por la Constitución. Su base jurídica está contenida en una ley, la de 3 de abril de 1955⁸. Aunque el estado de emergencia presenta numerosas similitudes con los regímenes precedentes de excepción, cuenta también con características propias.

1.1.b.1. Las particularidades procesales del estado de emergencia

Para hacer frente a las insurrecciones llevadas a cabo por el Frente de Liberación Nacional (F.L.N.) en Argelia, el Gobierno francés decidió crear por ley un régimen particularmente flexible que permitiese adaptar la utilización de los poderes de la policía⁹. Según esta ley, el estado de emergencia puede ser instaurado, sobre todo o parte del territorio, en caso de «peligro inminente que resulte de lesiones graves del orden público» o de «calamidades públicas». Estas condiciones son más amplias y más vagas que las exigidas en los regímenes ya descritos¹⁰. El fin era precisamente englobar una gran diversidad de supuestos. De hecho, el estado de emergencia ha sido instaurado en contextos muy diferentes: para responder a insurrecciones independentistas en Argelia en 1955, a un alzamiento militar en Argelia en 1961, a levantamientos en Nueva Caledonia en 1985 o altercados urbanos en 2005¹¹.

El procedimiento de activación y sus modalidades de prórroga son, en cambio, bastante comparables a las del estado de sitio. En este caso, la potestad de decidirlo también corresponde al Consejo de Ministros a través de un decreto, y la prórroga de su vigencia más allá de doce días debe ser autorizada por ley. El fin del estado de

8 Ley n.º 55-385, 03/04/1955, *J.O.*, 7/04/1955, p. 3479.

9 Sobre la genealogía de la ley del 3 de abril de 1955, ver: W. MASTOR y F. SAINT-BONNET, «De l'inadaptation de l'état d'urgence face à la menace djihadiste», *Pouvoirs*, n.º 158, 2016/3, p. 51 y ss.

10 A. HEYMANN-DOAT, «L'état d'urgence, un régime juridique d'exception pour lutter contre le terrorisme?», *Archives de politique criminelle*, n.º 38, 2016/1, p. 59.

11 Para una contextualización más detallada de los contextos anteriores del estado de emergencia, ver: A. HEYMANN-DOAT, *op. cit.*, p. 59 y ss.

emergencia puede ser determinado por el Parlamento, pero el poder ejecutivo también es libre de ponerle término por un decreto en Consejo de ministros antes de la fecha fijada por el Parlamento.

Sin embargo, cabe subrayar que este procedimiento (idéntico al del estado de sitio) sólo fue instaurado en 1960, a través de una ordenanza que modifica la ley sobre el estado de emergencia¹². Inicialmente, la ley de 3 de abril de 1955 preveía que el estado de emergencia podía ser declarado sólo por ley, dejando totalmente al Parlamento el poder de apreciación y de decisión en la materia. El cambio de procedimiento condujo a difuminar un poco esta especificidad procesal del estado de emergencia, aunque permanecen algunas pequeñas particularidades. El artículo 4 de la ley precisa dos casos de caducidad del estado de emergencia: «al final de un plazo de quince días hábiles según la fecha de dimisión del Gobierno o de la disolución de la Asamblea Nacional».

1.1.b.2. La diversidad de las medidas que pueden ser tomadas en el marco del estado de emergencia

Según la ley de 3 de abril de 1955, el estado de emergencia supone la extensión de la competencia de las autoridades de policía (principalmente la de los prefectos y del Ministro del Interior), permitiéndose severas restricciones sobre las libertades colectivas e individuales. Este incremento de los poderes de las autoridades de policía conduce, por lo tanto, a distinguirlo claramente del estado de sitio, y de hecho el Código de la defensa prevé muy explícitamente que el estado de sitio y el estado de emergencia no han de ser utilizados simultáneamente (art. L. 2131-1 del Código de la defensa). La ley de 3 de abril de 1955 establece una lista exhaustiva de las medidas que pueden ser adoptadas una vez declarado el estado de emergencia. El artículo 5 de la ley indica que los prefectos pueden adoptar las medidas siguientes: interdicciones de circulación de las personas y de los vehículos en ciertos lugares y a ciertas horas; previsión de zonas de protección o de seguridad que permitan regular la estancia de las personas; o prohibir la permanencia en un lugar de toda persona que intente dificultar, de cualquiera manera, la acción de los poderes públicos.

Por su parte, el Ministro del Interior, según el artículo 6 de la ley del 3 de abril de 1955, tiene conferida la competencia para poner bajo arresto domiciliario a toda

12 Ordenanza n.º 60-372, 15/04/1960, *J.O.*, 17/04/1960, p. 3584. Para una crítica de esta modificación de la ley sobre el estado de emergencia por una ordenanza, ver: A. HEYMANN-DOAT, *op. cit.*, p. 68. Para un análisis más positivo, ver: P. TÜRK, «Les commissions parlementaires et l'état d'urgence», *Revue Française de Droit Administratif*, 2016, p. 455 y ss.

persona sobre la que recaigan «razones serias para pensar que su comportamiento constituye una amenaza para la seguridad y el orden público».

Además, se pueden tomar otra serie de medidas, bien por el Ministro del Interior, bien por los prefectos, como el cierre provisional de las salas de espectáculos, los establecimiento que despachen bebidas y los lugares de reunión de toda naturaleza, en particular lugares de culto (art. 8 §1); la interdicción de reuniones, cortejos, desfiles o concentraciones (art. 8 §2 y 3); el establecimiento de controles de identidad y de registros de vehículos (art. 8-1); la entrega de armas y de municiones (art. 9), requisas (art. 10), o registros administrativos del domicilio de día y de noche (art. 11).

Cabe señalar que esta lista ha sido modificada desde la entrada en vigor del estado de emergencia en noviembre de 2015. En efecto, la primera ley de prórroga del estado de emergencia del 20 de noviembre de 2015¹³ ha suprimido ciertas medidas que existían inicialmente, como el control de la prensa, pero al mismo tiempo ha añadido otras como la posibilidad de disolver, por decreto del Consejo de ministros, asociaciones o grupos de personas que «implicados en la comisión de actos que lesionen gravemente el orden público o cuyas actividades propicien esta comisión o inciten a ello». Igualmente, el Ministro del Interior puede desde 2015 «adoptar cualquier medida para asegurar la interrupción de todo servicio de comunicación en línea que suponga la comisión de actos de terrorismo o la apología de los mismos».

El conjunto de las medidas habilitadas en el marco del estado de emergencia es a la vez vasto y exhaustivo. En efecto, el estado de emergencia es un régimen que permite adoptar más medidas que el estado de sitio pero es una lista cerrada. Así, las autoridades de policía no disponen de un cheque en blanco comparable al del artículo 16 de la Constitución. Procede ahora analizar más en detalle la aplicación concreta de este régimen desde el año 2015.

1.2. La ejecución del estado de emergencia desde el 14 de noviembre de 2015

El estado de emergencia en vigor desde hace más de un año en Francia es distinto de los precedentes. La diferencia descansa tanto en las razones de su instauración y de su duración, en las medidas tomadas en este marco para restaurar el orden así como o en la utilización desvirtuada que se ha hecho de las medidas, lo que nos conduce a hacer un balance negativo desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales.

13 Ley n.º 2015-1501, 20/11/2015, *J.O.*, 21/11/2015, p. 21665.

1.2.a. La declaración y sus prórrogas

El 13 de noviembre de 2015, una vez informado de la importancia de los ataques, el Presidente de la República reúne al Consejo de Ministros en sesión extraordinaria. El decreto n.º 2015-1475¹⁴ declara el estado de emergencia a partir del 14 de noviembre de 2015 a las cero horas sobre el territorio metropolitano francés y Córcega¹⁵.

1.2.a.1. La legalidad de su instauración

El Decreto no explicó las razones por las cuales el estado de emergencia fue instaurado¹⁶, pero en la comparecencia pública previa, el Presidente de la República lo relacionó con los atentados. Es, por tanto, la primera ocasión en la que se declara el estado de emergencia para responder al terrorismo.

Cabe entonces preguntarse sobre la adecuación de los hechos a las condiciones exigidas para activar el estado de emergencia. La ley requiere la acreditación de un «peligro inminente que resulte de lesiones graves al orden público». Es indiscutible que los atentados del 13 de noviembre, debido al número de muertos y heridos, constituyeron graves alteraciones del orden público. Además, puesto que no se sabía aún si otros atentados iban a ser cometidos, el peligro era en este momento preciso, inminente. En definitiva, a causa del carácter genérico de las condiciones de instauración y de la gravedad de los actos, el recurso al estado de emergencia la noche del 13 de noviembre parece completamente ajustado a la legalidad.

Cabe subrayar este punto, puesto que los otros dos regímenes de excepción previstos por la Constitución no hubieran podido ser activados aquella noche. En efecto, el artículo 16 exige una interrupción del funcionamiento regular de los poderes públicos, lo que no era el caso el 13 de noviembre de 2015. El estado de sitio alude a una guerra extranjera o una insurrección a mano armada, circunstancias que no se dieron con esos ataques. Así, el estado de emergencia era el único régimen de excepción adecuado a la naturaleza de los hechos.

14 Decreto n.º 2015-1475, 14/11/2015, *J.O.*, 14/11/2015, p. 21297.

15 El estado de emergencia será después extendido a las colectividades de ultramar: Decretos n.º 2015-1493 et n.º 2015-194, 18/11/2015, *J.O.*, 19/11/2015, p. 21517.

16 Las declaraciones del estado de emergencia no tienen que ser motivadas. A. HEYMANN-DOAT, *op. cit.*, p. 59.

1.2.a.2. La sucesión de prórrogas

De acuerdo con la ley de 3 de abril de 1955, sólo una ley puede permitir la prórroga del estado de emergencia más allá de doce días. La primera ley que prorrogó el estado de emergencia fue adoptada el 20 de noviembre de 2015¹⁷ y su duración fue de tres meses. Considerando que la amenaza terrorista se mantenía a un nivel muy elevado, una nueva ley se aprobó el 19 de febrero de 2016¹⁸ para prolongar tres meses más la aplicación del estado de emergencia. Pero la ley de prórroga del 20 de mayo de 2016 es claramente preventiva¹⁹; en efecto, como se indica en la exposición de motivos, esta ley fue adoptada con el fin de facilitar la seguridad de dos grandes acontecimientos deportivos durante el verano de 2016, a saber la Eurocopa de fútbol y el Tour de Francia²⁰. La mención de estos dos acontecimientos específicos, así como la duración más reducida de la prórroga (de dos meses esta vez) hacía pensar que el fin del estado de emergencia ya se acercaba. No obstante, el atentado de Niza del 14 de julio de 2016, que tuvo lugar en los últimos días de esta prórroga justificó una renovación. El 21 de julio de 2016, una nueva ley fue adoptada permitiendo prorrogar el estado de emergencia cinco meses más²¹. Finalmente, el 19 de diciembre de 2016, el estado de emergencia fue prolongado de nuevo hasta el 15 de julio de 2017²².

La vigencia temporal del estado de emergencia es una de las más largas en la historia constitucional francesa (en 1961 estuvo en vigor más de dos años), lo que nos lleva a cuestionarnos sobre la utilidad del mecanismo de la prórroga en el marco de atentados terroristas. En efecto, si es innegable que los atentados del 13 de noviembre de 2015 podían justificar la instauración del estado de emergencia, la naturaleza misma de la amenaza terrorista, siempre constante y difícil de ser totalmente erradicada, impide poner un término al estado de emergencia.

Con todo, el estado de emergencia constituye un instrumento poco pertinente frente a la amenaza terrorista. El orden después de los atentados (ya se trate de los atentados de París o los de Niza) fue restaurado muy rápidamente. Asimismo, la

17 Ley n.º 2015-1501, 20/11/2015, *J.O.*, 21/11/2015, p. 21665.

18 Ley n.º 2016-162, 19/02/2016, *J.O.*, 20/02/2016.

19 Ley n.º 2016-629 du 20/05/2016, *J.O.*, 21/05/2016.

20 https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=B384CD47167C5D06E-579D5E0F669459F.tpdila23v_2?idDocument=JORFDOLE000032488486&type=expose&typeLoi=&legislature=14 (visitado en junio de 2017).

21 Ley n.º 2016-987, 21/07/2016, *J.O.*, 22/07/2016.

22 Ley n.º 2016-1767, 19/12/2016, *J.O.*, 20/12/2016.

identificación de los autores de los ataques y el esclarecimiento de la forma en la que operaron se hicieron con mucha celeridad. Teóricamente y en toda lógica, el estado de emergencia debería haber cesado después de la primera prórroga.

Todas las prórrogas siguientes (excepto la que fue aprobada tras el atentado de Niza) descansan sólo en una pura lógica preventiva cuando la de los regímenes de excepción se funda en una lógica reactiva: se activan porque sobreviene un acontecimiento y el objetivo es permitir la restauración del orden tal y como existía antes del acontecimiento que la motivó. No pudiendo adivinarse un horizonte próximo sin amenaza de atentados, estas prórrogas podrían multiplicarse durante mucho tiempo, perdiéndose así el sentido mismo de un régimen de excepción²³, y provocando sin justificación suficiente restricciones sobre los derechos fundamentales.

1.2.b. Las restricciones de los derechos fundamentales

En su literalidad, el régimen de excepción previsto en la ley del 3 de abril de 1955 restringe con particular intensidad los derechos fundamentales. Las medidas que contiene son numerosas y variadas; van del registro administrativo del domicilio de día y de noche a la interdicción de residencia, pasando por el arresto domiciliario. Los derechos fundamentales afectados o que pueden ser objeto de restricción son numerosos: libertad individual e inviolabilidad del domicilio, derecho a la vida privada y familiar, libertad de circulación, libertad de culto, derecho a trabajar, libertad de expresión, etc.

Dos elementos debieran teóricamente conjurar los temores y ordenar la aplicación del estado de emergencia. En primer lugar, la ejecución de las medidas ha de venir acompañada de procedimientos que permitan proteger en parte los derechos fundamentales. Segundo, estas restricciones de los derechos fundamentales deberían ser utilizadas en principio sólo con el fin de restaurar el orden y han de estar vinculadas a los acontecimientos que justificaron la declaración del estado de emergencia. Sin embargo, estas premisas no se corresponden con la realidad. En efecto, la aplicación del estado de emergencia desde el 14 de noviembre de 2015 no protegió satisfactoriamente a los derechos fundamentales, provocando así una intervención desproporcionada respecto de la amenaza.

23 Como lo reconoce el Consejo de Estado en sus dictámenes sobre los proyectos de ley de prórroga del estado de emergencia: «(...) las prórrogas del estado de emergencia no deberían sucederse indefinidamente (...) el estado de emergencia debe ser temporal». Ver: *Consejo de Estado (Conseil d'Etat), dictamen n.º 392427, 8/12/2016*.

1.2.b.1. Las medidas basadas en la amenaza terrorista

Algunas cifras permitirán evaluar la acción de los poderes públicos franceses durante el estado de emergencia²⁴. Del 14 de noviembre de 2015 al 2 de febrero de 2017, se ordenaron 4229 registros administrativos de domicilios, que dieron lugar aproximadamente a la apertura de 660 procedimientos judiciales; diecinueve salas de espectáculos o lugares de reunión han sido cerrados. En diciembre de 2016, noventa y una personas estaban todavía sometidas a arresto domiciliario, y de ellas, treinta y siete están bajo arresto domiciliario desde hace más de un año. Entre julio de 2016 y diciembre de 2016, más de dos mil medidas de control de identidad, de registros de vehículos o de equipaje han sido ordenados por los prefectos, así como veintiséis prohibiciones de desfiles o cortejos y se delimitaron veinte zonas de protección.

Todas las medidas merecerían un análisis extenso, pero me voy a concentrar en una de las más emblemáticas²⁵, los arrestos domiciliarios, considerada particularmente útil en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Los arrestos domiciliarios consisten en obligar a una persona a que se quede en su residencia durante un cierto número de horas por día. Esta medida puede afectar a cualquier persona «con respecto a la cual existan razones fundadas para pensar que su comportamiento constituye una amenaza para la seguridad y el orden público», y por lo tanto, en el caso actual, a toda persona que tenga un vínculo directo o indirecto con grupos terroristas o actividades terroristas.

Esta medida que limita el derecho a trabajar, el derecho al respeto a la vida privada y familiar o la libertad de deambulatoria de la persona en cuestión puede además venir acompañada de otras adicionales. La ley del 20 de noviembre de 2015 prevé la vigilancia de la persona bajo arresto domiciliario, la retirada del pasaporte y de los documentos de identidad, o la interdicción de estar en contacto con ciertas personas. El arresto puede reforzarse con una vigilancia electrónica móvil para los que anteriormente hayan sido condenados por terrorismo. Además, desde la ley de prórroga del estado de emergencia de 21 de julio de 2016, los arrestos domiciliarios también pueden suponer la prohibición de salir del territorio. Todas estas medidas accesorias agravan la intervención sobre los derechos fundamentales.

²⁴ Para consultar cifras más completas, ver: [http://www2.assemblee-nationale.fr/14/commissions-permanentes/commission-des-lois/controle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence/controle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence/\(block\)/34453](http://www2.assemblee-nationale.fr/14/commissions-permanentes/commission-des-lois/controle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence/controle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence/(block)/34453) (visitado en junio de 2017).

²⁵ A. HEYMANN-DOAT, *op. cit.*, p. 59 y ss.

La ley del 3 de abril de 1955, tal como ha sido modificada, contempla sin embargo algunos límites a los arrestos domiciliarios. No pueden exceder de doce horas al día. Además, las personas concernidas deben poder residir en una zona urbana o en las cercanías inmediatas de una zona urbana. La ley también prohíbe la creación de campos de personas sometidas a arresto domiciliario. El texto legislativo precisa también que la decisión de arresto domiciliario de una persona debe necesariamente ser renovada en cada prórroga del estado de emergencia para continuar produciendo sus efectos. Esta medida es útil porque el fin de un período de prórroga debe permitir a la autoridad administrativa evaluar la situación y la peligrosidad de la persona concernida y formular nuevos argumentos para justificar su arresto domiciliario. Asimismo, la ley precisa que a partir de la declaración del estado de emergencia y durante toda su duración, la misma persona no puede ser sometida a un arresto domiciliario durante un período que supere los doce meses. Si la autoridad administrativa considera necesario extenderlo, debe requerirlo al Consejo de Estado; esta autorización de prolongación no puede exceder más de tres meses. Tal límite temporal permite así evitar arrestos domiciliarios indefinidos y constituye una forma de atemperar los efectos de las continuas prórrogas del estado de emergencia.

A pesar de este marco, los arrestos domiciliarios siguen siendo medidas particularmente restrictivas de los derechos fundamentales. Lo son en sí, pero también a causa de la debilidad de las garantías procesales que las rodean. En efecto, la ley únicamente exige que la autoridad civil pruebe que la persona afectada tuvo un comportamiento que constituye «una amenaza para la seguridad y el orden público». Para demostrarlo, el Ministerio del Interior se apoya esencialmente sobre un tipo de documento llamado «notas blancas» (*notes blanches*), que son documentos que contienen informaciones proporcionadas por los servicios de inteligencia²⁶. A causa del carácter sensible de estas cuestiones, estas «notas blancas», no contienen la totalidad de la información de que se dispone. No obstante, los jueces competentes para controlar la legalidad de los arrestos domiciliarios admitieron que se recurriera a estas «notas blancas». Tal ausencia de transparencia es extremadamente perjudicial, no sólo para la persona sometida a un arresto domiciliario, sino también para el juez que debe apreciar la legalidad del acto con datos limitados. Y es que no es descabellado dudar de las informaciones suministradas por los servicios de inteligencia. Por ejemplo, el 22 de enero de 2016, el Consejo de Estado comprobó que

26 Proviene de la Dirección General de la Seguridad Interior (D.G.S.I.). Estos documentos no tienen ni firma ni fecha. D. SALAS, «L'état d'urgence: poison ou remède au terrorisme ?», *Archives de politique criminelle*, n.º 38, 2016/1, p. 81.

los elementos suministrados por el Ministro del Interior eran falsos y decidieron entonces, por vez primera, suspender una orden de arresto domiciliario, en cuanto que suponía una restricción grave de la libre circulación²⁷. En este caso, el demandante aparecía como miembro de un círculo de influencia islamista radical, algo que fue refutado. Otro de los argumentos formulados por el Ministerio del Interior fue que el demandante había sido acusado en un asunto de tráfico de vehículos. En cambio, el demandante demostró que lo había sido pero únicamente en calidad de testigo y de víctima. Además, la nota blanca subrayaba la presencia del demandante repetidas veces en las cercanías del domicilio de un responsable del periódico *Charlie Hebdo*, donde había sido observado tomando fotografías, pero pudo demostrar que en realidad telefoneaba a su mujer en modo «altavoz» antes de visitar a su madre que vivía en las cercanías. Esta intervención del Consejo de Estado, que ciertamente supuso el fin para el demandante de una violación de sus derechos, demuestra los riesgos de una confianza ciega en las informaciones comunicadas por el Ministerio del Interior, porque este arresto domiciliario no había sido suspendido en primera instancia y sobre todo porque el trabajo de investigación fue llevado esencialmente por el demandante y sus asesores jurídicos.

Otra decisión del Consejo de Estado en la que también merece la pena reparar es el dictamen sobre juicios sumarios adoptada el 9 de febrero de 2016²⁸. En este asunto, el demandante logró aportar elementos que demostraban su buena fe. Frente a la ausencia de pruebas tangibles por parte del Ministerio del Interior, el Consejo de Estado decidió suspender con urgencia el arresto domiciliario. Sin embargo, el Consejo de Estado quiso precisar que si en la fecha en la que dicta la resolución, el arresto domiciliario conllevaba una restricción grave y manifiestamente ilegal de la libre circulación, en cambio, en la fecha de la adopción del arresto domiciliario «podían existir razones serias para pensar que el comportamiento del Sr. C. justificaba esta medida». Esta precisión tiene su importancia, ya que en el marco de un análisis de fondo, la legalidad de los actos administrativos es apreciada con referencia a la fecha de la adopción de los actos sin considerar la fecha del juicio²⁹.

Estos dos ejemplos muestran los límites del control judicial de los arrestos domiciliarios; control que existe pero sin una intensidad suficiente, lo que incrementa el riesgo de una restricción excesiva en los derechos y libertades fundamentales.

27 Consejo de Estado (*Conseil d'Etat*), *Dictamen*, 22/01/2016, n.º 396116, M. A. B.

28 Consejo de Estado (*Conseil d'Etat*), *Dictamen*, 9/02/2016, n.º 396570, M. C.

29 C. HAGUENAU-MOIZARD, «La législation sur l'état d'urgence – une perspective comparée», *Recueil Dalloz*, 2016, p. 665 y ss.

1.2.b.2. La desviación de poder en el estado de emergencia

Las medidas adoptadas durante del estado de emergencia no son inocuas desde el punto de vista de los derechos fundamentales. No obstante, los defensores de la imagen de la balanza consideran que tales sacrificios deben ser hechos teniendo en cuenta la amplitud y la gravedad de la amenaza. Pero este argumento pierde todo su peso cuando se constata una utilización desviada de los poderes del estado de emergencia.

Por cierto, como ya ha sido subrayado, el derecho positivo no exige que el poder ejecutivo justifique las razones por las cuales decidió declarar el estado de emergencia. Así, el decreto que lo instaura no menciona las razones de hecho que justifican tal decisión. Además, la legislación relativa al estado de emergencia se distingue por su gran flexibilidad, ya que las medidas, tales como los registros del domicilio o los arrestos domiciliarios pueden ser adoptadas en contra de toda persona que «represente una amenaza al orden público», sin más explicación. Asimismo, pueden ser prohibidas las reuniones que puedan provocar un desorden. El poder ejecutivo y la administración disponen de una libertad muy grande para utilizar los poderes del estado de emergencia, los cuales habilitan para prevenir las amenazas al orden público que provienen de orígenes diversos o que tienen diversa naturaleza: insurrección, huelga violenta, motines urbanos o atentados terroristas.

Así las cosas, nada prohíbe jurídicamente (en una lectura del derecho positivo actual) que los poderes públicos utilicen las medidas a las que habilita el estado de emergencia para prevenir lesiones o amenazas al orden público, aunque no estén vinculadas a los atentados que han sido cometidos ni de manera general al terrorismo. Pueden, a partir de una interpretación estrictamente literal de los textos, utilizarlas para evitar alteraciones del orden público o amenazas de otro tipo.

Sin embargo, con una interpretación teleológica ligada a su función, es posible cuestionar esta utilización amplia del estado de emergencia. Todo régimen de excepción tiene por única razón la de restaurar el orden inicial y poner fin al desorden que ha justificado su activación. Por ello, utilizar por otras razones los poderes del estado de emergencia, en virtud de la generosidad del texto legal, supone desconocer la razón de ser del estado de emergencia.

Esta aplicación desviada del estado de emergencia se produjo varias veces en Francia desde el 14 de noviembre de 2015. Es incluso posible establecer dos categorías de desviaciones: las medidas que incurren en desviación en sentido estricto, es decir, vinculadas con la noción de terrorismo, pero cuyo uso está alejado de la lógica misma de un régimen de excepción temporal; y las medidas que se podrían calificar

de abusivas, referidas a las que no tienen ningún vínculo con la naturaleza de la amenaza que ha justificado la instauración del estado de emergencia.

Dentro de las medidas que incurren en desviación, procede hacer referencia a los registros administrativos de los domicilios, cuya finalidad ha ido evolucionando desde el 14 de noviembre de 2015³⁰. Inicialmente, tuvieron por vocación perseguir delitos concretos vinculados al terrorismo. Luego, esta finalidad fue rápidamente reemplazada por otra: desarticular redes terroristas³¹. Pero una vez logrado este objetivo, los registros ya no eran de gran utilidad.³² De hecho, la ley de 20 de mayo de 2016 que prorrogaba el estado de emergencia puso fin a los registros administrativos de los domicilios. Sin embargo, en respuesta al atentado de Niza, los registros fueron instaurados de nuevo. Desde entonces, si bien ciertos registros siguen teniendo un vínculo directo con los atentados, la mayoría tienen por objeto la obtención de información. El objetivo de estos registros es trazar los perfiles de los individuos radicalizados y las formas de amenaza. El problema es que el estado de emergencia no es un régimen de excepción pensado para reemplazar la política de información o para apoyar el trabajo de los servicios secretos. El trabajo de información es un trabajo continuo, de largo recorrido, que no puede y no debe ser llevarse a cabo a través de un régimen de excepción como el estado de emergencia.

A pesar de esta desviación de poder, raras son las críticas en Francia a tales prácticas. De manera general, las críticas no son numerosas, y cuando son formuladas se concentran en la utilización más discutible del estado de emergencia, es decir, aquella a la que se puede claramente calificar de abusiva. Bastan dos ejemplos. El más conocido, por su relevancia mediática, es el caso de los arrestos domiciliarios a los que se sometió a activistas ecologistas, durante la COP21 (cumbre sobre el clima organizada en Francia del 30 de noviembre al 12 de diciembre de 2015). El vínculo con la amenaza terrorista aparece aquí bastante lejano³³. Bien es cierto que la proximidad de la fecha con los atentados podía teóricamente justificar la necesi-

30 A. HEYMANN-DOAT, *op. cit.*, p. 66.

31 Ver la exposición de motivos de la ley del 19 de febrero de 2016: https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=B384CD47167C5D06E579D5E0F669459F.tpdila23v_2?idDocument=JORFDOLE000031974278&type=expose&typeLoi=&legislature=14 (visitado en junio de 2017)

32 Exposición de motivos de la ley del 20 de mayo de 2016: «... la mayoría de los lugares identificados ya han sido objeto de las investigaciones necesarias».

https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=B384CD47167C5D06E579D5E0F669459F.tpdila23v_2?idDocument=JORFDOLE000032488486&type=expose&typeLoi=&legislature=14 (visitado en junio de 2017)

33 A. HEYMANN-DOAT, *op. cit.*, p. 59 y ss.; D. SALAS, *op. cit.*, p. 81.

dad de enfocar el esfuerzo de la policía en la restauración del orden y la persecución de los terroristas, pero su aplicación es jurídicamente discutible cuando se usa para combatir una amenaza que no fue la que justificó su instauración. Estos abusos son aún más difíciles de excusar puesto que no se limitaron a las primeras semanas del estado de emergencia. Por ejemplo, el prefecto del departamento del «*Pas-de-Calais*» (en el norte de Francia) utilizó dos veces sus potestades restrictivas de la libertad de circulación, no en el marco de la política de lucha contra el terrorismo, sino en el de la política migratoria. Creó, por ejemplo, una zona de protección sobre la circunvalación portuaria de Calais para regular la estancia de las personas en virtud de la cual se impedía a los inmigrantes introducirse en vehículos a punto de salir hacia el Reino Unido. Posteriormente volvió a hacer uso de esta potestad el 23 de octubre de 2016 para prohibir el acceso al bosque de Calais (zona donde se habían creado campamentos de migrantes que deseaban atravesar el Canal de La Mancha para ir a Gran Bretaña) durante su desalojo a ciertas categorías de personas, entre las que estaban los abogados de los migrantes. El prefecto decidió dos días más tarde desdecirse de su acto, pero la lesión ya se había consumado.

Así, cuando se analizan las consecuencias directas del estado de emergencia sobre los derechos fundamentales, comprobamos que son de consideración. Pero este impacto es aún más preocupante al añadirse efectos indirectos, que también contribuyen a disminuir, de manera menos visible pero también importante, la protección de los derechos fundamentales en Francia.

2. LAS CONSECUENCIAS INDIRECTAS DEL ESTADO DE EMERGENCIA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La instauración de un régimen de excepción conduce a crear, de forma paralela al derecho común, un régimen especial temporal, que tiene vocación de cesar una vez que la crisis esté resuelta. Podríamos pensar que este régimen excepcional es hermético y que no influye sobre el derecho común, el cual no es modificado de manera duradera por este régimen temporal. De esta forma, aunque el estado de emergencia debilita los derechos fundamentales, este debilitamiento sólo sería temporal y su impacto se limitaría únicamente a las medidas tomadas en el marco de este estado de emergencia. Sin embargo, un estudio más profundo conduce a matizar fuertemente este análisis. Lejos de provocar un debilitamiento localizado y limitado de los derechos fundamentales, la lógica inherente al estado de emergencia, así como la importancia política de la seguridad, han conducido a debilitar las garantías judiciales e institucionales de los derechos fundamentales.

2.1. Un debilitamiento de las garantías jurisdiccionales

Como se sabe, Francia tiene una relación particular con su justicia. Tradicionalmente desconfiada con respecto a los jueces, éstos no son calificados por la Constitución actual de poder judicial, sino únicamente de «autoridad judicial», marcando así su inferioridad respecto a los poderes ejecutivo y legislativo. A pesar de esta desconfianza, la justicia en Francia ostenta un papel crucial: la de ser la garante de los derechos fundamentales, un papel que deben cumplir a la vez el juez judicial, el juez administrativo y el juez constitucional, cada uno a su nivel. Sin embargo, lejos de acoplarse a la rigidez de este marco, el estado de emergencia ha conducido de forma paulatina a modificar el control operado por los jueces, limitando su capacidad de asegurar una protección verdaderamente eficaz de los derechos y las libertades.

2.1.a. El impacto del estado de emergencia sobre el reparto de competencias entre el juez administrativo y el juez judicial

Uno de los principales impactos del estado de emergencia es el que proyecta sobre el reparto de competencias entre los órdenes judiciales. Este reparto es complejo y merecería ulteriores precisiones, pero me voy a concentrar en lo que concierne a los poderes de policía.

2.1.a.1. Un reparto basado sobre la diferencia entre policía administrativa y policía judicial

Numerosos estudios actuales sobre el estado de emergencia, pero también sobre la lucha contra el terrorismo, en general, se concentran en un punto esencial: la confusión cada vez mayor entre policía administrativa y policía judicial que influye sobre el reparto de las competencias entre juez administrativo y juez judicial³⁴. Para comprenderlo, es importante detenerse algunos instantes sobre estas nociones muy importantes en derecho administrativo francés que son la noción de policía administrativa y la de policía judicial. La policía, en derecho francés, es un término que permite remitir de manera general al mantenimiento de la paz civil, del orden interior. La policía es una misión confiada al Estado, competente en virtud de este título para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales. En Francia, la policía

³⁴ A. HEYMANN-DOAT, *op. cit.*, p. 69 y ss.; D. SALAS, *op. cit.*, p. 80; O. CAHN, *op. cit.*, p. 109 y ss.; O. LE BOT, «Etat d'urgence et compétences juridictionnelles», *Revue Française de Droit Administratif*, 2016, p. 436 y ss.

se divide en dos ramas. La policía administrativa se configura así como la misión que consiste en prevenir las lesiones del orden público. La policía judicial tiene como objetivo, con carácter previo a la instrucción, la comprobación de las violaciones de la ley penal, recabar pruebas y buscar a los autores del ilícito; tras la instrucción tiene encomendada la función de velar por el cumplimiento de todas las medidas dictadas por la jurisdicción instructora. Ésta es la base a partir de la cual se realiza el reparto competencial entre el juez administrativo, considerado como único competente para pronunciarse sobre la legalidad de las medidas de la policía administrativa, y juez judicial, competente para realizar idéntica actuación respecto de las medidas de la policía judicial.

Este reparto, aparentemente bastante límpido, no está exento de excepciones, una de las cuales se contempla en el propio texto constitucional. El artículo 66 de la Constitución, por ejemplo, hace del juez judicial el único garante de la libertad individual. Así, toda medida de policía, incluso administrativa, que atente contra la libertad individual, debería según la Constitución ser de la competencia del juez judicial. En realidad, el reparto de las competencias entre juez administrativo y juez judicial es un equilibrio muy frágil, hoy fuertemente desestabilizado a causa del estado de emergencia.

2.1.a.2. Los cambios de jurisprudencia a favor del juez administrativo

El estado de emergencia ha tenido como consecuencia el aumento de las competencias del juez administrativo. Este crecimiento parecía inevitable ya que las medidas tomadas en el marco del estado de emergencia son preventivas y se adoptan por autoridades civiles, encargadas de asegurar habitualmente la policía administrativa (el Gobierno y los prefectos). Sin embargo, en tanto que ciertas medidas tienen un impacto sobre la libertad individual, se debería de haber valorado un cierto reparto entre el juez administrativo y el juez judicial. No obstante, el juez administrativo ha experimentado una transformación. En efecto, la ley ha sido modificada repetidas veces para establecer su competencia sobre el control de legalidad de todas las medidas tomadas en el marco del estado de emergencia, incluso las que habrían podido entrar en el campo del artículo 66 de la Constitución.

Frente a estas modificaciones, varias Cuestiones prioritarias de constitucionalidad fueron planteadas al Consejo constitucional con el fin de verificar la licitud de estas disposiciones legales. La primera se refería a los arrestos domiciliarios. El 22

de diciembre de 2015, en su decisión «Sr. Cédric D.»³⁵, el Consejo constitucional validó esta competencia del juez administrativo esgrimiendo una interpretación extremadamente «sibilina»³⁶ de lo que constituye una medida privativa de libertad. En efecto, puesto que un arresto domiciliario constituye una limitación de la facultad deambulatoria, se hubiera podido considerar una medida privativa de libertad, sometida al control del juez judicial. El Consejo constitucional sostuvo otra interpretación, considerando que al limitarse los arrestos domiciliarios a un máximo de doce horas por día, éstos no constituían una medida privativa de libertad, por lo que no habría de aplicarse el artículo 66. Es posible, desde luego, discutir esta interpretación; como lo es criticar sus consecuencias. Por una parte, tal interpretación conduce a minimizar el impacto de los arrestos domiciliarios sobre los derechos fundamentales. Por otra, establece una nueva jurisprudencia que más tarde podrá ser aplicada a otras medidas al margen del estado de emergencia y debilitar las garantías de los titulares de los derechos fundamentales.

La generosa interpretación de la Constitución utilizada para admitir la competencia del juez administrativo también se aprecia en la jurisprudencia del Consejo constitucional relativa a los registros administrativos de los domicilios, que podrían haberse hecho recaer bajo la competencia del juez judicial. En efecto, la inviolabilidad del domicilio se ha incluido tradicionalmente entre las libertades individuales por lo que habría de entrar en el ámbito atribuido al juez judicial. De hecho, esa era la interpretación más coherente con la jurisprudencia del Consejo constitucional previa al estado de emergencia. El juez constitucional exigía sistemáticamente hasta entonces una autorización previa del juez judicial para la realización de los registros³⁷, incluso los registros administrativos por razones fiscales³⁸. No obstante, el Consejo constitucional cambió su jurisprudencia en una sentencia de 19 de febrero de 2016, «Liga de los derechos humanos»³⁹, estimando que los registros del estado de emergencia no afectaban a la libertad individual en el sentido del artículo 66 de la Constitución y que por ello no era necesaria una autorización judicial previa. Esta singular interpretación de un registro administrativo es en términos prácticos una

35 Ver el Fundamento 6 de la sentencia: *Sentencia n.º 2015-527 QPC, 22/12/2015, J.O., 26/12/2015*, p. 24084.

36 Adjetivo utilizado por Catherine Haguenu-Moizard. Ver: C. HAGUENAU-MOIZARD, *op. cit.*, p. 665 y ss. Otros autores se quedaron perplejos: D. SALAS, *op. cit.*, p. 81.

37 *Sentencia n.º 96-377 DC, 16/07/1996, J.O., 23/07/1996*, p. 11108.

38 *Sentencia n.º 83-164 DC, 29/12/1983, J.O., 30/12/1983*, p. 3871. Ver: C. HAGUENAU-MOIZARD, *op. cit.*, p. 665 y s.

39 *Sentencia n.º 2016-536 QPC, 19/02/2016, J.O., 21/02/2016*.

negación de la realidad. Con el fin de preservar la competencia del juez administrativo, el Consejo constitucional ha llegado a negar la naturaleza misma de un registro domiciliario, dejando así un rastro en su jurisprudencia, que podrá luego justificar, en contextos diferentes y para otras legislaciones, un debilitamiento de la protección de los derechos fundamentales.

Esta preocupación por proteger la competencia del juez administrativo no sería tan inquietante si la acción de este juez contara con las mismas garantías y las mismas capacidades de control que el juez judicial. Sin duda, el juez administrativo sigue siendo un juez independiente, y desde luego, hoy, como lo hizo en el pasado, sigue preservando los derechos fundamentales de los administrados. No obstante, la negativa de confiarles el control de estas medidas a los jueces judiciales, pese al texto de la Constitución y la realidad de los hechos, suscita el interrogante sobre la verdadera capacidad del juez administrativo para ejercer el máximo control de estos actos. La duda está aún más presente cuando se sabe que estos jueces están menos habituados a considerar este tipo de medidas y este género de asuntos. El juez administrativo no es tradicionalmente el juez encargado de apreciar la peligrosidad de presuntos terroristas (lo contrario del juez judicial), tampoco tiene costumbre de interpretar las informaciones dadas por los servicios de inteligencia, ni conoce el funcionamiento de las redes terroristas. Y en lo que concierne a los registros domiciliarios, su control interviene sólo *a posteriori*, es decir una vez que el registro ya se ha realizado, y no *a priori* para autorizarlo como es el caso cuando se trata de la competencia del juez judicial. La diferencia de nivel de garantía es aquí palpable⁴⁰. Por ello, confiarle el control de legalidad de estas medidas al juez administrativo constituye en sí un riesgo en la protección de los derechos fundamentales⁴¹.

2.1.b. Las débiles garantías establecidas por el Consejo constitucional

La jurisprudencia del Consejo constitucional relativa al reparto de competencias entre juez judicial y juez administrativo es en realidad el reflejo de una actitud tradicionalmente conciliadora con respecto al estado de emergencia. Raras son las ocasiones en las que el Consejo ha censurado algún extremo relativo al estado de emergencia. Esto se debe, al menos parcialmente, a una jurisprudencia inicialmente

40 O. LE BOT, *op. cit.*, p. 436 y s.

41 Para otras críticas sobre el control operado por el juez administrativo en el marco del estado de emergencia, ver: A. HEYMANN-DOAT, *op. cit.*, p. 72 y ss.

muy deferente con el poder, tanto en este ámbito como en el relativo al de la lucha contra el terrorismo.

2.1.b.1. Un Consejo constitucional que exige poco con respecto a las legislaciones antiterroristas y sobre el estado de emergencia

El estado de emergencia ya había marcado la jurisprudencia del Consejo constitucional. Cuando fue aplicado en 1985 en Nueva Caledonia, se planteó un recurso instando al Consejo a que verificara la conformidad de la ley de 1955 con la Constitución. En aquella época (y así fue hasta la reforma constitucional de 2008), el Consejo constitucional sólo podía controlar las leyes que acababan de ser adoptadas por el Parlamento y que iban a ser promulgadas. No podía controlar la constitucionalidad de una ley ya promulgada, como la de 1955. No obstante, en su sentencia, indicó por primera vez que era competente para controlar la constitucionalidad de una ley ya promulgada, siempre y cuando la ley que le había sido sometida a control (aún no promulgada) modificara o completara las disposiciones de la ley anterior. Esta audacia jurisprudencial no alcanzó el fondo del asunto, ya que consideró que la ley sobre el estado de emergencia no era inconstitucional. Por lo tanto, sabiendo que, según el Consejo, la ley de 1955 era conforme con la Constitución, resultaba poco probable que el Consejo constitucional censurase la ley, incluso a través del nuevo procedimiento de constitucionalidad de las leyes promulgadas (la cuestión prioritaria de constitucionalidad).

Esta presunción se ve reforzada por el débil control que en general ha ejercido el Consejo Constitucional sobre la legislación antiterrorista. No procede hacer un resumen completo de la jurisprudencia constitucional en la materia, pero sí, en efecto, subrayar la actitud particularmente indulgente del Consejo⁴². Por ejemplo, la ley de 1986 que estableció una definición bastante amplia del terrorismo no se consideró contraria al principio de legalidad de los delitos y de las penas⁴³. Asimismo, la ley sobre los poderes de información de los servicios de inteligencia de 24 de julio de 2015, anterior a la instauración del estado de emergencia pero posterior a

42 Para un análisis más exhaustivo de la jurisprudencia del Consejo constitucional sobre este punto, ver: M. GARRIGOS-KERJAN, «La tendance sécuritaire de la lutte contre le terrorisme», *Archives de politique criminelle*, n.º 28, 2006/1, p. 187 y ss.; O. CAHN, *op. cit.*, p. 89 y ss.; K. ROUDIER, «Le Conseil constitutionnel face à l'avènement d'une politique sécuritaire», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 51, 2016/2 p. 37 y ss.

43 Sentencia n.º 86-213 DC, 03/09/1986, J.O., 05/09/1986, p. 10786.

los primeros atentados de 2015, fue controlada por el Consejo Constitucional, y no sufrió reproches importantes⁴⁴.

Así, el Consejo Constitucional no parecía ser una muralla resistente capaz de controlar las eventuales derivaciones provocadas por el estado de emergencia.

2.1.b.2. La debilidad del alcance de las correcciones planteadas por el Consejo Constitucional desde 2015

El análisis de la jurisprudencia del Consejo Constitucional confirma en gran parte esta presunción de tolerancia con respecto al estado de emergencia. Desde el año 2015, el Consejo Constitucional únicamente ha recibido peticiones en el marco del control de constitucionalidad *a posteriori*, es decir a través de cuestiones prioritarias de constitucionalidad. Cabe subrayar este elemento procesal, puesto que en este procedimiento el Consejo limita su control a disposiciones precisas de la ley (y no analiza la integridad del texto) y únicamente respecto a los derechos y las libertades que la Constitución garantiza (es decir, enjuicia solamente una parte de la Constitución).

Así, como se ha señalado anteriormente, el Consejo constitucional ha sido particularmente conciliador, adaptando incluso su jurisprudencia. Sin embargo, algunas decisiones han ejercido un control efectivo. Por ejemplo, recordemos la sentencia ya citada del 19 de febrero de 2016, «Liga de los derechos humanos»⁴⁵. En esta ocasión el Consejo constitucional consideró que los registros domiciliarios bajo el estado de emergencia no eran una vulneración de la inviolabilidad del domicilio, pero entendió también que las nuevas disposiciones de la ley de 1955 que preveían la posibilidad atribuida a la policía de copiar los datos informáticos obtenidos gracias al registro domiciliario eran contrarias a la Constitución. Tal copia fue considerada como una requisa y por lo tanto como una lesión de la inviolabilidad del domicilio. Este reproche realmente solo hacía referencia a un aspecto residual de los registros, ya que se limitaba a la cuestión de las copias de datos informáticos, pero presentaba por lo menos la ventaja de recordar el papel del juez judicial. Sin embargo, este límite fue de escasa utilidad dado que la ley de prórroga del estado de emergencia de 20 de mayo de 2016 puso fin temporalmente a los registros administrativos. Pero en respuesta al atentado de Niza, y como consecuencia de la prolongación del estado de

⁴⁴ Algunas disposiciones de la ley fueron controladas en relación a la instalación de dispositivos de localización en tiempo real de una persona. *Sentencia n.º 2015-713 DC, 23/07/2015, J.O., 26/07/2015, p. 12751.*

⁴⁵ *Sentencia n.º 2016-536 QPC, 19/02/2016, J.O., 21/02/2016.*

emergencia por un período adicional de cinco meses, los registros administrativos fueron de nuevo autorizados y la cuestión de las copias de los datos informáticos recibió una regulación jurídica nueva. La autoridad administrativa debe pedir la autorización para revisar estos datos copiados al juez de guardia del tribunal administrativo (que debe pronunciarse en 48 horas). Además, son excluidos de la autorización los elementos que no guardan relación con la amenaza que constituye, para la seguridad y el orden público, el comportamiento de la persona concernida. En caso de negativa del juez de guardia del tribunal administrativo, los datos copiados deben ser destruidos.

Algunos meses después, el Consejo constitucional tuvo que examinar una nueva cuestión prioritaria de constitucionalidad. En su sentencia de 2 de diciembre de 2016, «Sr. Raïme A.»⁴⁶, estimó que la regulación y el procedimiento no incurrieran en inconstitucionalidad porque el legislador no ponderaba de forma irrazonable el derecho al respeto de la vida privada y el objetivo constitucional de protección del orden público. Tampoco se consideró que el legislador desprotegiera el derecho a un recurso judicial efectivo. No obstante, un elemento de la regulación fue objeto de una censura; en concreto el relativo a la ausencia de plazo previsto por el legislador para la destrucción de ciertos datos copiados. Tal reproche, sin embargo, no permite sostener que el Consejo constitucional ejerza un control estricto en materia de derechos fundamentales. En verdad, el reparo se limita a una muy reducida categoría de datos informáticos copiados en registro domiciliario. Además, el Consejo constitucional decidió no dar un efecto inmediato a su sentencia, por considerar que una inconstitucionalidad inmediata conduciría a consecuencias manifiestamente excesivas. Por ello, remite el inicio de sus efectos hasta el uno de marzo de 2017, en una confirmación más de su actitud indulgente.

La protección jurisdiccional, ya se trate del juez administrativo o del juez constitucional, no es inexistente, pero sí muy limitada. Esta ausencia de control máximo es también preocupante cuando va acompañada de un debilitamiento de las garantías institucionales.

2.2. Un debilitamiento de las garantías institucionales

El estado de emergencia, lejos de ser un simple dispositivo jurídico, es también y sobre todo la expresión de una línea política, según la cual para luchar contra el terrorismo se deben adoptar respuestas excepcionales que exigen una restricción

46 Sentencia n.º 2016-600 QPC, 02/12/2016, J.O., 4/12/2016.

más fuerte de los derechos fundamentales. Asumir esta posición conduce tanto al Parlamento como al Ejecutivo a relegar los mecanismos de los que disponían para proteger de la mejor manera los derechos y libertades fundamentales en este tiempo de crisis.

2.2.a. Un Parlamento claudicante

Desde que se decretó el estado de emergencia, el Parlamento francés no ha destacado precisamente por controlar con intensidad el estado de emergencia. Ninguna ley de prórroga del estado de emergencia ha sido sometida al Consejo Constitucional para un control de constitucionalidad *a priori*. Aunque la Constitución le atribuye competencia al Presidente de la Asamblea nacional, al Presidente del Senado y a un grupo de al menos sesenta diputados o sesenta senadores, para interponer un recurso ante Consejo Constitucional con el fin de que verifique la constitucionalidad de una ley antes de su promulgación, ninguno de estos actores ha decidido desde el 14 de noviembre de 2015 utilizar este instrumento. Es cierto que la actitud del Gobierno no fue proclive a ello, ya que el mismo Primer ministro solicitó explícitamente a los parlamentarios que no sometieran esas leyes al Consejo constitucional⁴⁷. Es evidente que esta apelación, particularmente sorprendente en un Estado de derecho, no impedía a los parlamentarios de la oposición, por ejemplo, hacer uso de sus facultades, pero el hecho es que se inhibieron. Tal tipo de actuación, alarmante en sí misma, manifiesta la escasa disposición de los parlamentarios franceses a realizar un control cualificado del estado de emergencia.

Sin embargo, la ley de 20 de noviembre de 2015 incluye una nueva disposición en la ley sobre el estado de emergencia que pretende aumentar el control de los parlamentarios. En efecto, el artículo 4 de la ley prevé que: «la Asamblea nacional y el Senado serán informados sin demora sobre las medidas adoptadas por el Gobierno durante el estado de emergencia. Asimismo, podrán requerir información adicional en el marco del control y de la evaluación de estas medidas». Este artículo además ha sido completado por la ley de prórroga de 21 de julio de 2016 para facilitar el control parlamentario sobre el estado de emergencia, y se ha añadido que «las autoridades

⁴⁷ En la sesión del 20 de noviembre de 2015, durante la cual se debatía del primer proyecto de ley de prórroga del estado de emergencia, el Primer ministro Manuel Valls afirmó antes los senadores: «Dudo mucho acerca de la conveniencia de iniciar un procedimiento ante el Consejo constitucional. Deseo que seamos más rápidos al aplicar las medidas» (Sesión del 20 de noviembre de 2015, Senado, <http://www.senat.fr>). Para un análisis adicional, ver: F. SAVONITTO, «Etat d'urgence et risque d'inconstitutionnalité», *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, n.º 15, 2016.

administrativas les transmitirán sin demora copia de todos los actos que se adopten en aplicación de la presente ley». Teniendo como base estas disposiciones, ambas cámaras del Parlamento decidieron crear comisiones de control del estado de emergencia, permitiéndoles centralizar las informaciones comunicadas por el Gobierno, dar audiencia a diversos expertos, así como también preparar con anticipación el trabajo legislativo necesario para los proyectos de ley de prórroga presentados por el Gobierno⁴⁸. El trabajo de centralización de la información es innegable⁴⁹. No obstante, el impacto de estas comisiones es más que limitado⁵⁰. Todos los proyectos de ley han sido prorrogados sin contestación, ni examen muy profundo. En descarga de los parlamentarios, hay que reconocer que el procedimiento legislativo de estos proyectos de ley es bastante rápido⁵¹. Además, comprobamos que las enmiendas presentadas por los parlamentarios van más bien en el sentido de una restricción de los derechos y libertades fundamentales y no necesariamente hacia una protección más amplia. La inmensa mayoría de estas enmiendas restrictivas son rechazadas, pero su número plantea la cuestión de la capacidad de los parlamentarios para garantizar la protección de los derechos fundamentales⁵².

Peor aún: no es sólo que el Parlamento realice un control superficial del estado de emergencia, sino que acepta introducir en el derecho común las medidas que hasta entonces estaban reservadas al estado de emergencia. Por ejemplo, el artículo 1 de la ley de 3 de junio de 2016, que refuerza la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y su financiación y que mejora la eficacia y las garantías del procedimiento penal, autoriza al juez de las libertades y de la detención, a instancia del fiscal, a realizar registros domiciliarios y requisas de noche en el marco de investigaciones preliminares sobre actos de terrorismo⁵³. Esta extensión de la

48 Para un análisis global de la acción del Parlamento en el control del estado de emergencia, ver: P. TÜRK, *op.cit.*, p. 455.

49 A. HEYMANN-DOAT, *op. cit.*, p. 69; P. TÜRK, *op.cit.*, p. 455.

50 D. SALAS, *op. cit.*, p. 83.

51 P. TÜRK, *op. cit.*, p. 455.

52 Ver por ejemplo las enmiendas presentadas pero rechazadas por los diputados al proyecto de ley n.º 4295 que prorroga por quinta vez el estado de emergencia: http://www2.assemblee-nationale.fr/recherche/amendements#listeResultats=true&idDossierLegislatif=35433&idExamen=6900&missionVisee=&numAmend=&idAuteur=&premierSignataire=true&idArticle=&idAlinea=&sort=&dateDebut=&dateFin=&periodeParlementaire=&texteRecherche=&zoneRecherche=tout&nbres=10&format=html®leTri=ordre_texte&ordreTri=croissant&start=1 (visitado en junio de 2017). Para un análisis de las enmiendas sobre las tres primeras leyes de prórroga, ver: P. TÜRK, *op.cit.*, p. 455.

53 Ley n.º 2016-731, 03/06/2016, *J.O.*, 04/06/2016. Ver: P. PONCELA, *op.cit.*, p. 24.

autorización de los registros de noche está directamente inspirada por el estado de emergencia y demuestra la proyección de los mecanismos excepcionales sobre el derecho común.

El estado de emergencia, cuando se acabe (y si se acaba), no cederá el sitio al orden, tal como lo debería hacer un régimen de excepción, sino a un nuevo derecho común⁵⁴.

2.2.b. Diques rotos

El Parlamento no es, sin embargo, la única institución a criticar en la aplicación del estado de emergencia. Varios elementos, que implican al Parlamento pero también al poder ejecutivo (el Gobierno y el Presidente de la República), se han conjurado para romper ciertas barreras que parecían hasta entonces infranqueables o que, al menos, servían como limitación de los riesgos de abusos en la aplicación del estado de emergencia.

2.2.b.1. Las repetidas modificaciones del régimen del estado de emergencia

La primera ley de prórroga, la de 20 de noviembre de 2015, es al mismo tiempo una ley de modificación del estado de emergencia. Tal y como se ha expuesto, esta ley permitió revisar el elenco de las medidas que podían ser utilizadas en el marco del estado de emergencia. Modificaciones importantes también han sido operadas por la cuarta ley de prórroga (la de 21 de julio de 2016), particularmente para tomar en consideración la sentencia del Consejo Constitucional de 19 de febrero, pero también para extender el ámbito de los registros domiciliarios. La última ley de prórroga, la del 19 de diciembre de 2016, incluye también modificaciones, entre las que se cuenta una sobre la que conviene volver. En efecto, como ha sido mencionado anteriormente, el artículo 4 de la ley de 3 de abril de 1955 prevé que el estado de emergencia caduca automáticamente quince días después de la dimisión del Gobierno o de la disolución de la Asamblea nacional. Sin embargo, la ley del 19 de diciembre de 2016 modificó el alcance del régimen de caducidad del estado de emergencia ya que precisamente señala en su artículo 4 que no cesa «en caso de dimisión del Gobierno a consecuencia de la elección del Presidente de la República o la de los diputados a la Asamblea nacional». El objetivo puramente político era bastante claro: evitar que el estado de emergencia decayera a los quince

54 A. HEYMANN-DOAT, *op. cit.*, p. 67.

días después de la elección presidencial de mayo de 2017, ya que existía la clara probabilidad, como así fue, de que el Gobierno no fuese confirmado por el nuevo (o la nueva) Presidenta de la República.

Esta modificación, que parece a primera vista inocua, supone una modificación del régimen del estado de emergencia durante su aplicación. Bien es cierto que las leyes precedentes de prórroga también tuvieron el mismo efecto. Sin embargo, esto no las hace inmunes a toda crítica, ya que una modificación de este género afecta a la lógica misma de estos regímenes de excepción, que es establecer, en principio, un marco de reglas predefinido en caso de crisis. Una modificación del régimen de excepción mientras está en vigor genera siempre un riesgo de abuso. Pero, sobre todo, esta modificación es atacable en sí ya que su objetivo es limitar el alcance de una disposición que pretende acelerar o sistematizar el fin del estado de emergencia. De otro lado, supone alterar el principio de la delegación o de la habilitación en derecho constitucional, ya que significa que un Gobierno puede ser investido de poderes importantes cuando no ha sido él, sino el precedente, el que recibió directamente la autorización o cuando los mismos han sido otorgados por una asamblea ya disuelta.

Este tipo de acciones denota que no se asume la excepcionalidad del estado de emergencia lo que supone franquear un límite importante en materia de gestión de los regímenes de excepción.

2.2.b.2. La voluntad de reformar la Constitución bajo el estado de emergencia

Otro límite estuvo en riesgo, aunque finalmente no fue franqueado: la reforma de la Constitución durante el estado de emergencia. Aunque la reforma haya sido abandonada, es importante recordar este proyecto por la importancia de lo que revela⁵⁵. Dos días después de los atentados de París, el Presidente de la República, François Hollande, se presenta ante el Parlamento reunido en sesión conjunta en Versalles. En su discurso, anuncia a los parlamentarios su voluntad de iniciar una reforma de la Constitución para integrar dos elementos: el estado de emergencia y la pérdida de nacionalidad. El 23 de diciembre de 2015, el Gobierno registra ante la Asamblea Nacional un proyecto de ley constitucional que contiene estos dos elementos, lo que permite abrir los debates parlamentarios de discusión del texto⁵⁶, tal y como es exigido por el artículo 89 de la Constitución.

55 Su abandono fue anunciado el 30 de marzo de 2016 por el Presidente de la República.

56 Sobre los debates en las dos cámaras del Parlamento, ver P. TÜRK, *op.cit.*, p. 455.

Sin reparar en el contenido de estas reformas⁵⁷, conviene subrayar hasta qué punto esta iniciativa se situaba en contradicción completa con la lógica misma de un régimen de excepción y constituyó una transgresión extremadamente peligrosa. Varios autores distinguen diferentes categorías de regímenes de excepción. Carl Schmitt, por ejemplo, identifica dos categorías⁵⁸. La primera es la «dictadura del comisario», que es una dictadura temporal, de transición. Le permite al «dictador» suspender ciertas normas constitucionales, pero sigue siendo un servidor de esta Constitución. Se le prohíbe proceder a una reforma de la Constitución ya que su objetivo primero es preservarla y favorecer una restauración del orden lo más rápida posible con el fin de permitir una aplicación plena y absoluta de esta Constitución. De hecho, esta prohibición se encuentra en la Constitución francesa pero únicamente durante la aplicación del artículo 16 sobre los plenos poderes. Este inciso no existe, en cambio, para el estado de emergencia, dejando por lo tanto la puerta abierta. La segunda categoría descrita por Carl Schmitt es la «dictadura soberana», en la cual el «dictador» ya no es el servidor sino que se hace el dueño de la Constitución. Si el «dictador» ostenta el poder constituyente, la «dictadura del comisario» se transforma en «dictadura soberana». Si se aplican estas definiciones, hechas por un autor tan sulfuroso como Carl Schmitt, al caso francés, uno se da cuenta hasta qué punto esta iniciativa de reforma constitucional hubiese podido pasar a otro tipo de régimen de excepción. Desde luego, la reforma que quería iniciar François Hollande no era una modificación constitucional que negara los principios de la democracia y el Presidente no detentaba en exclusiva el poder constituyente. Sin embargo, la idea misma de una reforma constitucional y el hecho de que esa idea no haya encontrado oposición franca por parte de los parlamentarios, que se limitaron a discutir su contenido, es peligrosa.

3. CONCLUSIÓN

La conclusión de este estudio es bastante pesimista. No se puede negar que desde los atentados del 13 de noviembre de 2015, la protección de los derechos fundamentales ha disminuido en Francia, debido directa o indirectamente a la aplicación del estado de emergencia. Es verdad que podría aportarse una visión más optimista para finalizar este análisis. La reciente sentencia del Consejo constitucional de 10 de

57 Para más detalles sobre este punto, ver: D. SALAS, *op. cit.*, p. 83 y ss.; C. HAGUENAU-MOIZARD, *op. cit.*, p. 665 y ss.; L. FONTAINE, «Pouvoirs exceptionnels vs garantie des droits: l'ambiguïté de la question constitutionnelle», *Revue du Droit Public*, n.º 2, 2009, p. 351 y s.

58 C. SCHMITT, *La Dictature*, 1921, rééd. Seuil, Paris, 2000.

febrero de 2017⁵⁹ arroja un poco de esperanza. En esta sentencia el Consejo constitucional declaró inconstitucional una disposición de la ley de 3 de junio de 2016 que creaba un delito de consulta habitual de páginas de internet de carácter terrorista. Esta sentencia es destacable porque el Consejo constitucional atribuye efectos inmediatos a la declaración de inconstitucionalidad de la disposición, pero también, y sobre todo, porque hace una reconsideración de los medios de los que se dispone para prevenir y combatir la amenaza terrorista (al margen del estado de emergencia). Así, el Consejo llevó a cabo un verdadero control de proporcionalidad y consideró que la creación de este delito no era ni necesaria, ni adecuada, ni proporcionada para luchar contra el terrorismo, constituyendo de esta forma una lesión de la libertad de información. Es esperable que este retorno a los máximos estándares en el control de las medidas antiterroristas se mantenga en lo sucesivo.

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo interrogarse sobre la extensión de la restricción de los derechos fundamentales en Francia desde la instauración del estado de emergencia en respuesta a los atentados de 2015. El análisis está dividido en dos partes. La primera se dedica a examinar el régimen francés del estado de emergencia y su impacto directo sobre los derechos fundamentales. La segunda parte está focalizada en el análisis de las incidencias del estado de emergencia sobre el reparto de los poderes del Estado y por tanto en el impacto de esta reorganización silenciosa de la posición de las instituciones sobre los derechos fundamentales.

Palabras claves

Francia, estado de emergencia, derechos fundamentales.

Abstract

This paper goes through the restriction of fundamental rights in France after the state of emergency declared in France following the terrorist acts of 2015. It is divided in two parts. The first one analyzes the French regulation of the state of emergency and its direct impact on fundamental rights. The second part takes account of the influence of the state of emergency on the division of powers and how this has as well an impact on fundamental rights.

Key words

France, state of emergency, fundamental rights.

Recibido: 15 de febrero de 2017

Aceptado: 15 de marzo de 2017

59 Sentencia n.º2016-611 QPC, 10/02/2017.

EL DISCURSO DEL ODIOS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL MARCO DEL CONVENIO EUROPEO

GERMÁN M. TERUEL LOZANO

Profesor Ayudante Doctor. Universidad de Murcia

SUMARIO:

1. Introducción: la libertad de expresión y sus límites en el CEDH.
2. Intentos de delimitación del concepto discurso del odio en el ámbito europeo y esbozo de una caracterización propia.
3. ¿Cualquier expresión de discurso del odio constituye un límite a la libertad de expresión? El estándar de protección a la luz de la jurisprudencia del TEDH.
4. (Sigue) Breve contraste con los límites a la libertad de expresión ante otros discursos extremos.
5. Conclusión: la (superable) dificultad de consensuar unos estándares comunes de protección a nivel europeo para armonizar una respuesta frente al discurso del odio.

1. INTRODUCCIÓN: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS LÍMITES EN EL CEDH

«El mundo es testigo de un aumento alarmante en el odio y el discurso xenófobo. Los gobiernos de todo el mundo deben hacer mucho más para proteger a los grupos vulnerables y castigar a los autores. La impunidad se ha convertido en la norma para lo que son crímenes aberrantes y esta es una situación muy alarmante», afirmaban en un mensaje con motivo del Día Internacional contra la Discriminación Racial, el 17 de marzo de 2016, el relator especial de la ONU sobre racismo, Mutuma Ruteere, el presidente del Grupo de Trabajo de Expertos sobre las personas de ascendencia africana, Mireille Fanon Mendes-France, y el presidente del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, José Francisco Cali Tzay¹. Y es que la preocupación por la extensión de movimientos que predicán la intolerancia en nuestras sociedades y que pretenden minar nuestras bases democráticas de conviven-

1 Referencia tomada de la noticia de Europa Press, «A 15 años de Durban se han hecho muy pocos progresos contra el racismo», 21/03/2016, accesible en: <http://www.europapress.es/otr-press/cronicas/noticia-15-anos-durban-hecho-muy-pocos-progresos-contra-racismo-20160321140312.html> (visitada en mayo de 2017)

cia exige respuestas políticas, sociales y también jurídicas. Ahora bien, precisamente estas últimas obligan a abrir una reflexión sobre los límites a la libertad de expresión ante este tipo de discursos discriminatorios. Nos sitúan ante la paradoja de la tolerancia que planteara Karl Popper: ¿Hasta dónde tolerar a los intolerantes? ¿Hasta dónde reconocer libertad a los enemigos de la libertad?²

Pues bien, este trabajo tiene un objeto mucho más modesto. Pretende hacer una recapitulación crítica de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso del odio como límite a la libertad de expresión, tratando de buscar –si las hay– algunas líneas maestras que permitan esbozar una respuesta en el marco del Convenio Europeo a esta paradoja.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, declara en su artículo 10 el derecho de toda persona a la libertad de expresión. Un derecho a opinar, a expresarse libremente, y a poder difundir y recibir cualquier información o ideas, «*sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras*». El cual, además, desde momentos muy tempranos fue afirmado con notable amplitud por el TEDH al reconocer, en su célebre sentencia al caso *Handyside c. Reino Unido* (1976), que la libertad de expresión «constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada persona»³. Lo cual exigiría, según el propio Tribunal, dar protección «no sólo a las “informaciones” o “ideas” que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”». Un pluralismo y unas exigencias de tolerancia que, sin embargo, han de contar con límites. No pueden reconocerse libertades absolutas y, de hecho, el propio Convenio prescribe que el ejercicio de estas libertades entraña «deberes y responsabilidades» (art. 10.2 CEDH), citando expresamente toda una serie de bienes o valores que justifican establecer limitaciones a estos derechos (entre otros, seguridad nacional, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud o de la moral, protección de la reputación o de los derechos ajenos...). Pues bien, en relación con aquellos discursos discriminatorios que pueden ofender a personas o grupos sociales, el Tribunal Europeo ha reconocido que también la «tolerancia y el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen los fundamen-

2 K. Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires, 2006.

3 STEDH (Gran Sala) de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside c. Reino Unido*.

tos de una sociedad democrática y plural» y, en consecuencia, ha llegado a sentenciar que «debe considerarse necesario en ciertas sociedades democráticas la sanción o incluso la prevención frente a cualquier expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia»⁴.

Es el momento entonces de pasar a estudiar el estándar de protección que ha mantenido el Tribunal Europeo en la colisión entre libertad de expresión y respeto por la igual dignidad humana ante discursos discriminatorios e intolerantes. En concreto, ante el conocido como discurso del odio. Aunque antes resulta necesario detenerse para tratar de esbozar una descripción de esta última categoría.

2. INTENTOS DE DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DISCURSO DEL ODIOS EN EL ÁMBITO EUROPEO Y ESBOZO DE UNA CARACTERIZACIÓN PROPIA

En la literatura no sólo jurídica, sino también en la política y en el ámbito social, se ha extendido el uso del término discurso del odio⁵, al cual se le suele anudar un contundente repudio que para algunos lleva aparejado la negación de su condición como ejercicio de una libertad fundamental. Se trata de manifestaciones despreciables, por su sentido discriminatorio y ofensivo contra determinadas personas

4 STEDH (Sección 1.ª) de 6 de julio de 2006, caso Erbakan c. Turquía, apartado 56.

5 La denominación discurso del odio ha sido criticada por algún sector doctrinal al considerarla «imprecisa y equívoca», ya que sería la discriminación, y no el odio, el centro del problema en este tipo de discursos que bien podrían ser denominados «discursos discriminatorios» (F. Rey Martínez, «Discurso del odio y racismo líquido», en M. Revenga Sánchez (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, pp. 53-54). También O. Salazar Benítez, y L. Giacomelli, «Homofobia, derecho penal y libertad de expresión: un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español», *ReDCE*, n.º 26, Julio-Diciembre, 2016, p. 6, reconoce que «es más preciso reconducir este tipo de actuaciones al concepto de discriminación». Más allá, M. Revenga Sánchez, «Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?», en Id. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, pp. 18-19, ha negado la condición de «discurso» a lo que, a juicio del autor, no son más que «prejuicios irracionales y los deseos de injuriar de quien las profiere», por lo que prefiere referirse a ellos como «expresiones insultantes, discriminatorias o contrarias a la dignidad», si bien advierte que en este caso tales manifestaciones se podrían terminar identificando con la comisión de ilícitos penales. A este respecto véase también A. Cortina, «¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?», Conferencia impartida en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 25 de octubre de 2016. Texto accesible en: <http://www.racmvp.es/intervenciones/intervenciones.cfm?i=1563&t=t> (visitado en mayo de 2017).

o colectivos sociales, que no merecen protección alguna por nuestros ordenamientos constitucionales, según esta visión. El problema que se presenta entonces es la necesidad de perfilar de forma adecuada los elementos caracterizadores del discurso del odio, sobre todo en el ámbito normativo.

Así las cosas, a nivel regional, tomando como referencia el marco del Convenio de Europa que es el que interesa a este estudio, la Recomendación n. R (97) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre «discurso del odio», adoptada el 30 de octubre de 1997, incluía dentro de esta categoría a

«todas las formas de expresión que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio racial y de intolerancia, incluyendo: la intolerancia expresada a través de un nacionalismo agresivo y etnocéntrico, la discriminación y la hostilidad contra minorías, los inmigrantes y personas de origen inmigrante».

De tal manera que el elemento definidor, según parece deducirse, sería manifestar intolerancia y odio, discriminación u hostilidad, por cualquier tipo de motivación discriminatoria (racial, xenofobia, antisemita, nacionalista...). En sentido similar el TEDH ha reconocido como discurso del odio «todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)»⁶. Si bien, más allá del contenido del mensaje que se transmite (ideas intolerantes o expresiones de odio), el Tribunal Europeo ha señalado que este tipo de discursos se caracterizan también por revestir distintas formas ofensivas, que son las que terminan por justificar la limitación a la libertad:

«la incitación al odio no necesariamente supone una llamada a cometer actos de violencia y otras conductas criminales. Sin embargo, cualquier ataque contra un grupo específico de la sociedad, ya sea por medio de insultos o de declaraciones que busquen ridiculizarlo o difamarlo, es suficiente para que las autoridades privilegien el combate contra los discursos racistas frente a la libertad de expresión, cuando ella es ejercida de forma irresponsable»⁷.

Por su parte, el Protocolo adicional al Convenio sobre la ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de

6 STEDH (Sección 1.ª) de 4 de diciembre de 2003, caso Müslüm Gündüz c. Turquía, apartado 37.

7 STEDH (Sección 1.ª) de 9 de febrero de 2012, caso Vejdeland y otros c. Suecia.

sistemas informáticos, de 28 de enero de 2003, ha definido como «material racista y xenófobo»:

«todo material escrito, toda imagen o cualquier otra representación de ideas o teorías, que propugne, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia, contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores» (art. 2).

Introduce así dos elementos que resulta de interés señalar: por un lado, que las conductas expresivas han de dirigirse contra una persona o grupo de personas, y, por otro lado, se especifica con claridad que deberán estar movidas («por razón de») determinadas circunstancias discriminatorias.

Más recientemente, la Recomendación General n. 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, adoptada el 8 de diciembre de 2015, ha definido como discurso del odio:

«el uso de una o más formas de expresión específicas –por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones– basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual».

Concretamente, la citada Recomendación ha especificado como elementos esenciales para reconocer los actos constitutivos de discurso del odio: 1) El fomento, promoción o instigación en cualquiera de sus formas, al odio, la humillación o el menoscabo así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza; 2) uso que no solo tiene por objeto incitar a que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, sino también actos que cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto; 3) motivos que van más allá de la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen étnico y ascendencia. Y, para evitar dudas, se ha incluido expresamente el negacionismo de delitos de genocidio, delitos de lesa humanidad o de delitos en caso de conflicto armado cuya comisión haya sido comprobada tras recaer sentencia por los tribunales o el enaltecimiento de las personas condenadas por los mismos. Y se ha excluido la sátira o informes y análisis objetivos.

Pues bien, la lectura conjunta de estos textos permite tratar de identificar algunas notas características de aquello que se pretende incluir en la categoría discurso del odio, aunque de forma limitada. Vaya por delante que discurso del odio, como categoría a la que se pretenden anudar una serie de consecuencias jurídicas limitativas de la libertad de expresión, no puede identificarse con expresiones que socialmente se consideran irreverentes, insensibles, insolentes, satíricas, burlescas, hirientes, o despectivas. Por mucho que su motivación sea el odio o el desprecio hacia un determinado grupo de personas por sus condiciones raciales, religiosas, de género, etc. La pura motivación, en sí misma considerada y de forma exclusiva, no creo que pueda justificar un límite a la libertad de expresión. Aún más cuando, según lo estudiado, el propio TEDH ha afirmado que la libertad de expresión también ampara aquellas manifestaciones que «chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población». Lo que, en el mismo sentido, lleva también a rechazar la consideración como discurso del odio de cualquier manifestación de intolerancia, como podría entenderse de una lectura literal de la Recomendación n. R (97) 20. Resulta necesario perfilar más detenidamente esta categoría.

De igual manera, tampoco se puede identificar el discurso del odio con los delitos de odio, y ni siquiera cabe reconocerlo como una categoría de los mismos en todos los supuestos. Los delitos de odio –*hate crimes*, en su dicción inglesa– refieren un tipo de infracciones penales caracterizadas porque el agresor actúa motivado por razones discriminatorias atendiendo a las características de la persona o grupo de personas frente a las que se dirige la ofensa⁸. Así las cosas, como explica Fernando Rey, los delitos de odio son un concepto jurídico-penal que puede ir referido a conductas que no son expresivas⁹. Pero es que, además, manifestaciones reconocidas como discurso del odio pueden no constituir una infracción penal. Por todo lo cual, siguiendo al mencionado profesor, «no se puede abordar la problemática del discurso del odio tan sólo desde el Derecho penal»¹⁰. De hecho, las resoluciones antes mencionadas tienen en común que, aunque reclaman que los Gobiernos den respuestas al discurso del odio, sin embargo prevén distintos nive-

8 Como se explica en ODIHR, *Hate Crimes. A practical guide*, 2009, los delitos de odio se caracterizan por dos elementos: la existencia de una infracción penal (intimidación, amenazas, daños a la propiedad, asesinato) motivados por unas razones discriminatorias. Sobre los delitos de odio, véase con más detalle E. Borja Jiménez, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental. La respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999.

9 F. Rey Martínez, *op. cit.*, pp. 55-56.

10 *Ibidem*.

les de reacción: desde una perspectiva jurídica, tanto penal como administrativa y civil, pero también otras respuestas políticas.

De esta guisa, a mi entender, el discurso del odio en sentido estricto vendría caracterizado por los siguientes elementos: 1.º) Expresiones dirigidas contra un grupo social especialmente vulnerable, definido por determinadas características (raciales, étnicas, religiosas, de condición sexual, etc.). Esta especial vulnerabilidad evidenciaría, como ha señalado Adela Cortina, una situación de «desigualdad estructural» y lleva a reconocer que se trata de discursos contruidos en clave excluyente, de enfrentamiento entre «los unos» frente a «los otros»¹¹. 2.º) Elemento ofensivo de las expresiones: insultantes, vejatorias, humillantes, amenazantes, provocadoras a la comisión de actos de hostilidad, violencia o discriminación contra un grupo social o sus miembros. 3.º) Intencionalidad directa, referida al elemento ofensivo (insultar, vejar, provocar...), y también una motivación concreta al actuar por razón de esa intolerancia.

Así definido, entrarían dentro de esta categoría del discurso del odio los discursos discriminatorios, entendiendo por tales aquellos que menosprecian, humillan, promueven odio, desacreditan a una persona o grupo y que están motivados por prejuicios raciales, étnicos, de género u orientación sexual, y un largo etcétera, siempre y cuando se advirtiera en los mismos un componente ofensivo. Aunque, como se verá, uno de los puntos de discusión es si este componente ofensivo se considera ínsito en el propio mensaje intolerante o si se requiere un ulterior análisis para verificar si tales manifestaciones son insultantes, amenazantes o provocadoras.

También se suele incluir dentro de este grupo las expresiones de negacionismo, y muy en particular el negacionismo del Holocausto. Como tuve la ocasión de describir en otro lugar con más detalle, se pueden calificar como discursos negacionistas aquellas manifestaciones que, normalmente por unos motivos ideológicos concretos y valiéndose de discutibles metodologías académicas o pseudo-científicas, pretenden la negación o justificación de graves genocidios u otros crímenes contra la humanidad¹². Se incluirían tanto conductas de pura negación, como de minimización o de justificación, así como el ensalzamiento de los autores de estos crímenes. Para dar mayor seguridad jurídica, como hace la Recomendación General n. 15, siguiendo a su vez los pasos de la Decisión Marco 2008/913/

11 Cfr. A. Cortina, *op. cit.*

12 G. M. Teruel Lozano, *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 61-82.

JAI y de la legislación francesa, se puede restringir el objeto refiriéndolo a crímenes que hayan sido reconocidos por tribunales. Y es que la vis expansiva que podría tener un concepto amplio de negacionismo, abierto a cualquier grave crimen, podría llevar a justificar límites a la libertad de expresión exorbitantes, penetrando incluso en ámbitos especialmente sensibles como son la investigación histórica. De ahí la necesidad de tratar de distinguir con una cierta nitidez aquello que se considera negacionismo y se reprocha jurídicamente, del revisionismo histórico amparado como ejercicio de una libertad fundamental¹³.

Asimismo, una forma particular de discurso del odio viene dada por aquellas expresiones de odio religioso. No creo que se deban incluir aquí las manifestaciones blasfemas y, ni siquiera, las ofensas a los sentimientos religiosos, sino los discursos motivados en la intolerancia hacia ciertas religiones y sus miembros¹⁴, con las notas antes señaladas (grupo especialmente vulnerable, elemento ofensivo y motivación discriminatoria).

Sin embargo, aunque a veces se asocian con el discurso del odio, no creo que deban incluirse en un concepto estricto del mismo ni los discursos filo-terroristas, ni la pura apología de la violencia o del delito, ni los discursos que defienden ideas totalitarias o antidemocráticas. Todos ellos son discursos extremos, que contrarian los valores esenciales de convivencia democrática, pero a mi entender no reúnen las notas características del discurso del odio: en especial, estar dirigidos contra un grupo especialmente vulnerable y la motivación discriminatoria.

Al final, si cualquier género de expresión con un mensaje odioso o intolerante se califica como discurso del odio termina por desnaturalizarse la propia categoría y el sentido tuitivo de la misma. Es lo que creo que ha ocurrido en España, por ejemplo, con las reacciones en defensa de la libertad de expresión ante condenas como las avaladas por el Tribunal Constitucional por discursos anti-monárquicos (STC 177/2015, de 22 de julio) y en recientes casos en los que los tribunales han

13 En relación con la diferencia entre negacionismo y revisionismo y los límites a la libertad de expresión y a la libertad de investigación histórica vuelvo a remitirme a la obra antes citada G. M. Teruel Lozano, *op. cit.*

14 A este respecto puede verse la Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio contra personas por razón de su religión, en la que se recomienda la penalización de este último tipo de conductas y la despenalización de las dos primeras. De forma más desarrollada, cfr. European Commission for Democracy Through Law, *Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, 17-18/10/2008.

terminado calificando como discurso del odio a mensajes que no dejaban de ser chistes, por muy de mal gusto que resultaran¹⁵.

3. ¿CUALQUIER EXPRESIÓN DE DISCURSO DEL ODIO CONSTITUYE UN LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN? EL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Si resulta controvertida la definición de aquello que puede considerarse como discurso del odio, aún más discutidas son las consecuencias que se deducen de la misma. Cuando una expresión es considerada como discurso del odio, ¿constituye en todo caso un límite a la libertad de expresión? ¿Qué factores justificarían tal limitación? E, incluso, asumido este límite, ¿cualquier tipo de respuesta que ofrezca el ordenamiento jurídico será adecuada –penal, civil, administrativa...–? Se pretende ahora perfilar la jurisprudencia del TEDH en relación con el discurso del odio para ver en qué medida las expresiones de este tipo de discurso constituyen un límite a la libertad de expresión.

Como cuestión previa debe hacerse notar la dificultad a la hora de precisar un estándar de protección común en el ámbito del Convenio de Europa y las dificultades que en este sentido afronta el TEDH. En Europa existen distintas sensibilidades en el acercamiento a la colisión entre libertad de expresión y otros bienes o valores constitucionales como son la dignidad humana o el principio de igualdad, o, más en general, al plantearse el conflicto entre libertad y defensa de la democracia¹⁶. Una falta de consenso que puede dar pie, como se verá, a que desde la perspectiva del Convenio Europeo pueda entrar en juego la doctrina del margen de apreciación nacional¹⁷, lo cual tampoco ofrece una respuesta satisfactoria, sobre todo cuando nos encontramos ante fenómenos que desbordan las fronteras nacionales. Pero es que, además, el Tribunal Europeo tampoco ha mantenido una jurisprudencia clara y

15 Entre otras, cfr. STS 4/2017 de 18 de enero, caso César Strawberry, o la SAN 9/2017 de 29 de marzo, caso Cassandra. Muy llamativo resultó el conocido como caso de los titiriteros (cfr. Auto del Juzgado Central de Instrucción n. 1 de 6 de febrero de 2016, y Auto del Juzgado Central de Instrucción n. 2 de 10 de febrero de 2016, en las Diligencias Previas Proc. Abreviado 8/2016).

16 Cfr. M. Revenga Sánchez, *op. cit.*, y R. Alcácer Guirao, «Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE.UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 103, 2015.

17 A. Gascón Cuenca, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 59 y ss.

dentro del mismo también se observan, según será analizado, distintas sensibilidades y planteamientos diversos sobre cómo afrontar este tipo de colisiones¹⁸.

Ahora bien, sí que parece haber consenso en que el discurso del odio, en sus distintas formas, incluye expresiones en todo caso nocivas por su carácter intolerante y por el desprecio que transmiten. Se reconoce incluso el daño que pueden comportar este tipo de discursos. Así, como se ha adelantado, este tipo de discursos pueden lesionar bienes dignos de protección, reconocidos por el propio Convenio, como son la protección de la reputación y de los derechos de las personas, la seguridad pública o la prevención de desórdenes y delitos (art. 10.2 CEDH). En palabras del TEDH, este tipo de discursos atentan «contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos»¹⁹.

Pero este reconocimiento no resuelve el problema, sólo lo plantea. Porque el hecho de que se advierta que un determinado tipo de expresiones son perjudiciales o dañinas no implica de manera necesaria que esté justificada su limitación. La esencia del reconocimiento de la libertad de expresión es precisamente amparar ciertas expresiones que son ofensivas. Como expresara T. Scanlon, la doctrina de la libertad de expresión afirma «que los actos protegidos son inmunes a [limitaciones jurídicas], aunque de hecho acarreen daños que normalmente bastan para justificar la imposición de sanciones legales»²⁰.

Pues bien, el TEDH se ha acercado a este conflicto principalmente a través de dos vías para enjuiciar limitaciones nacionales a la libertad de expresión ante supuestos de discurso del odio²¹: la primera de ellas, aplicando la doctrina del abuso de derecho (art. 17 CEDH) con un efecto «guillotinant»²² por el que ha cercenado cualquier género de protección a este tipo de discursos. La segunda, más matizada, le ha llevado a analizar estas restricciones desde la perspectiva del art. 10 CEDH a través del denominado test de Estrasburgo, en virtud del cual el Tribunal Europeo considera, a la luz del caso

18 Sobre los distintos estándares de protección del TEDH en relación con el discurso del odio, cfr. A. Gascón Cuenca, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

19 STEDH (Sección 2.ª) de 16 de julio de 2009, *Féret c. Bélgica*, apartado 73.

20 T. Scanlon, «Teoría de la libertad de expresión», en R. Dworkin, *La filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 318.

21 Cfr. Press Unit. TEDH, *Factsheet. Hate Speech*, Marzo, 2017.

22 H. Cannic, y D. Voorhoof, «The abuse clause and freedom of expression in the European Human Rights Convention: an added value for democracy and human rights protection», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/1, 54-83, 2011, p. 58, se refiere al «*guillotine effect*».

en concreto, tres elementos: a) previsión legal de la injerencia; b) fin legítimo; c) necesidad en una sociedad democrática. En relación con este último, el TEDH estudia si la injerencia es proporcional al fin legítimo perseguido y si las razones invocadas por las autoridades nacionales para justificarla son pertinentes y suficientes. No obstante, los Estados gozan de un cierto margen de apreciación –poder que lógicamente no es ilimitado y que se somete a un control último por el Tribunal–, cuya amplitud varía según los casos y, en particular, dependiendo de si existe o no un consenso europeo sobre la cuestión²³. Es el momento ahora de revisar con detalle cada una de estas vías.

3.1. La «guillotina» del art. 17 CEDH ante ciertos discursos de odio

El artículo 17 del CEDH prescribe que las disposiciones del Convenio no pueden ser interpretadas de forma que implique «un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo». Se trata de una cláusula pensada para privar de protección a aquellos que pretendan valerse de los derechos y libertades del Convenio con propósitos liberticidas²⁴: «el propósito general del art. 17 es prevenir que individuos o grupos con fines totalitarios exploten en sus propios intereses los principios enunciados en el Convenio»²⁵. Como describe Javier García Roca, siguiendo a Cesare Pinelli, confluyen en el origen de esta prohibición de abuso de los derechos fundamentales dos líneas: por un lado, la doctrina *iusprivatista* del abuso del derecho, y por otro, la defensa de la democracia frente a los totalitarismos que se desarrolla en el constitucionalismo tras la II Guerra Mundial²⁶.

23 Por todas, véanse a este respecto SSTEDH (Gran Sala) de 7 de diciembre de 1976, *Handyside c. Reino Unido* y de 26 de abril de 1978, *Sunday Times c. Reino Unido*.

24 Cfr. S. Van Drooghenbroeck, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile?», en H. Dumont et. al. (eds.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droits*, Bruylant, Bruselas, 2000, pp. 141 y ss. También cfr. C. Caruso, «Ai confini dell'abuso del diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritto dell'Uomo», en L. Mezzetti y A. Morrone, *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, G. Giappichelli, Turín, 2011, pp. 339-352. Con una crítica muy severa a la aplicación de este precepto, véase H. Cannie y D. Voorhoof, *op. cit.*, pp. 54-83.

25 STEDH (Sección 1.ª) de 14 de marzo de 2013, *Kasymakhunov y Saybatalov c. Rusia*, apartado 103.

26 J. García Roca, «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (art. 17 CEDH)», en J. García Roca y Pablo Santolaya (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2005, p. 728.

Un precepto que, continuando con la exposición realizada por el mencionado profesor, debe aplicarse excepcionalmente y que permite introducir limitaciones a ciertas libertades y derechos allí donde el Convenio no autoriza normalmente un límite²⁷. Su aplicación por el TEDH, sin embargo, no ha sido uniforme: en ocasiones ha recurrido al art. 17 CEDH para declarar inadmisibles los recursos de forma radical, sin mayor ponderación; en otros casos, ha combinado el art. 17 y el art. 10 CEDH; y, por último, hay supuestos en los que el Tribunal ha considerado posible la aplicación del art. 17 CEDH pero, finalmente, ha decidido no hacerlo, fundando su enjuiciamiento en el art. 10 CEDH²⁸.

En relación con el discurso del odio, tempranamente la Comisión, en el caso J. Glimmerveen y J. Hagenbeek c. Holanda (1979), concluyó que el art. 17 CEDH no permitía invocar la libertad de expresión amparada en el art. 10 para difundir ideas radicalmente discriminatorias²⁹. Se daba una sustracción «de plano» de este tipo de expresiones racistas tanto del derecho a la libertad de expresión como, «en cierta medida», del derecho de sufragio pasivo³⁰. Asimismo, la Comisión también tuvo ocasión de pronunciarse sobre la admisión de recursos en los que se habían producido restricciones ante discursos negacionistas del Holocausto, si bien atendió a las mismas con diferentes *iter* argumentales³¹: en los primeros casos, la Comisión inadmitió los recursos ponderando la restricción y su afectación a la libertad de expresión en aplicación del test propio del art. 10 CEDH³²; sin embargo, a partir del asunto B.H., M. W., H.P. y G. K. c. Austria (1989)³³, la Comisión

27 *Ibidem*, p. 752.

28 En el voto disidente adicional del Juez Silvis, al que se unen los Jueces Casadevall, Berro y Küris a la STEDH (Gran Sala) de 15 de octubre de 2015, caso Perinçek c. Suiza, se encuentra una explicación detallada de los distintos supuestos de aplicación del art. 17 CEDH y de la jurisprudencia más destacada al respecto.

29 Decisión de 11 de octubre de 1978 sobre la admisibilidad del caso J. Glimmerveen y J. Hagenbeek c. Holanda.

30 J. García Roca, *op. cit.*, p. 746.

31 Para un estudio en más profundidad, me remito a G. M. Teruel Lozano, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

32 Cfr. Decisión de 16 de julio de 1982 sobre la admisibilidad del caso X c. República Federal de Alemania y Decisión de 14 de julio de 1983, sobre la admisibilidad del caso T. c. Bélgica.

33 Decisión de 12 de octubre de 1989, sobre la admisibilidad del caso B.H., M. W., H.P. y G. K. c. Austria, y, posteriormente, Decisiones de 2 de septiembre de 1994, sobre la admisibilidad del caso Walter Ochensberger c. Austria; de 6 de septiembre de 1995, sobre la admisibilidad del caso Otto E.F.A. Remer c. Alemania; de 18 de octubre de 1995, sobre la admisibilidad del caso Gerd Honsik c. Austria; de 29 de noviembre de 1995, sobre la admisibilidad del caso Nationaldemokratische Partei, Bezirksverband München-Oberbayern c. Alemania; de 24 de junio de 1996, sobre la admisibilidad del caso Marais c. Francia; de 29 de junio de 1996, sobre la admisibilidad del caso Irving c. Alemania; y de 9 de septiembre de 1998, sobre la admisibilidad del asunto Heerwig Nachtmann c. Austria.

pasó a enjuiciar estos asuntos realizando un escrutinio mínimo («*minimal degree of scrutiny*»³⁴) en el que valoraba la necesidad en una sociedad democrática de las injerencias a la luz del art. 17 CEDH. Reconocía en estos supuestos que la libertad de expresión no puede ser usada en sentido contrario al art. 17 CEDH, es decir, con fines tendentes a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos por el propio Convenio.

El TEDH, por su parte, también comenzó afrontando los primeros casos de negacionismo del Holocausto a través de ese escrutinio mínimo que le llevaba a revisar si las restricciones enjuiciadas estaban previstas por ley y su finalidad era legítima, aunque a la hora de valorar la necesidad de las mismas aplicaba el art. 10 CEDH de acuerdo con el art. 17 CEDH. Concluía que éstas resultaban proporcionadas sobre la base de la sola constatación de que con tales discursos se habían perseguido unos fines nacionalsocialistas que resultan «incompatibles con la democracia y los derechos humanos»³⁵. Sin embargo, en el caso *Roger Garaudy c. Francia* (2003) el Tribunal Europeo optó por un planteamiento radical, «guillotinator»: excluía *ratione materiae* de protección a los discursos negacionistas del Holocausto, al considerarlos «una de las más serias formas de difamación racial de los Judíos y de incitación al odio contra ellos [...] incompatibles con la democracia y los derechos humanos porque infringen los derechos ajenos. Sus propuestas indiscutiblemente tienen un propósito que cae en la categoría de fines prohibidos por el Artículo 17 de la Convención»³⁶. Posteriormente, en el caso *M'Bala c. Francia* (2015)³⁷ el Tribunal Europeo reiteró su doctrina y consideró inadmisibles el recurso al concluir que el espectáculo del cómico, a pesar de su carácter satírico y provocador, había supuesto una demostración de odio y antisemitismo y un apoyo al negacionismo del Holocausto y, por tanto, resultaba incompatible *ratione materiae* con el Convenio de acuerdo con el art. 17 CEDH. Un acercamiento que ha mantenido también para otras formas de discurso del odio. Así, ha excluido de plano la protección en aplicación del art. 17 CEDH discursos por su «contenido» y «finalidad» racista, antisemita o islamofóbica³⁸.

34 L. Pech, «The law and the Holocaust denial in Europe: towards a (qualified) EU-Wide criminal prohibition», *Jean Monnet Working Paper*, 10/2009, pp. 26-39.

35 Cfr. Decisión del TEDH (Sección 4.ª) de 20 de abril de 1999, sobre la admisibilidad del asunto *Hans-Jürgen Witzsch c. Alemania* y Decisión del TEDH (Sección 1.ª) de 1 de febrero de 2000, sobre la admisibilidad del asunto *Hans Jorg Schimanek c. Austria*.

36 Decisión del TEDH (Sección 4.ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso *Roger Garaudy c. Francia*.

37 Decisión del TEDH de 20 de octubre de 2015, sobre la admisibilidad del caso *M'Bala c. Francia*.

38 Véanse la Decisión del TEDH (Sección 1.ª) de 20 de febrero de 2007, sobre la admisibilidad del asunto *P. Ivanov c. Rusia*, por un caso en el que un editor ruso había sido castigado por publicar

Ocurre, desde una perspectiva crítica, que, como se verá a continuación, el Tribunal aplica esta doctrina del abuso de derecho con una «geometría variable», sin que queden claros los criterios en los que se basa para recurrir a la misma³⁹. Asimismo, se cuestiona que se recurra a esta «guillotina» del art. 17 CEDH sin hacer un juicio de peligrosidad mínimo, atendiendo únicamente al puro contenido y a la intencionalidad de las expresiones⁴⁰. Todo lo cual justifica las llamadas a que el Tribunal haga un uso prudente de esta cláusula⁴¹.

3.2. Ponderada valoración de la necesidad de las restricciones ante otros discursos del odio de conformidad con el art. 10 CEDH

El TEDH no siempre afronta los supuestos de discurso del odio valiéndose del severo art. 17 CEDH, como una forma de abuso de derecho. Así las cosas, en ocasiones el Tribunal Europeo ha descartado aplicar el art. 17 CEDH ante formas de discursos de odio que, al entender del propio Tribunal, no revestían la suficiente seriedad o gravedad⁴²; o en

una serie de artículos en los que llamaba a la exclusión de los judíos, y en el que el Tribunal resolvió que el «contenido» y la «intencionalidad» de los escritos por los que había sido sancionado constituían un vehemente ataque que resultaba *ratione materiae* contrario al Convenio. Y la Decisión del TEDH (Sección 2.ª) de 16 de noviembre de 2004, sobre la admisibilidad del asunto M. A. Norwood c. Reino Unido, donde el Tribunal se enfrentó a una sanción en Reino Unido por haber colgado un cartelón después de los atentados del 11-S asociando musulmanes y terrorismo y en el que el Tribunal concluyó que «ese ataque general, vehemente contra un grupo religioso, vinculando al grupo como tal con un grave acto de terrorismo, es incompatible con los valores proclamados y garantizados por el Convenio, especialmente la tolerancia, la paz social y la no discriminación», por lo que «la petición debía ser rechazada como incompatible *ratione materiae* con las previsiones del Convenio».

39 J. García Roca, *op. cit.*, p. 755.

40 Véanse las críticas que realizan H. Cannie y D. Voorhoof, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

41 Entre otros muchos, cfr. J. García Roca, *op. cit.*, p. 755; o M. Elósegui Itxaso, «La negación o justificación del genocidio como delito en el Derecho europeo. Una propuesta a la luz de la recomendación n. 15 de la ECRI», *Revista de Derecho Político*, n.º 98, 2017, pp. 306 y 316.

42 Así, en la STEDH (Sección 5.ª) de 2 de octubre de 2008, caso Leroy c. Francia, en la que se enjuiciaba la condena por un delito de apología del terrorismo por la publicación, el 13 de septiembre de 2001, en un seminario francés, distribuido en una región políticamente sensible, de una caricatura simbolizando el ataque de las Torres Gemelas con el mensaje «Todos nosotros lo hemos soñado, Hamás lo ha hecho», el Tribunal concluyó que no hubo violación del art. 10 CEDH y, en relación con la invocación del art. 17 CEDH, estimó que las expresiones en litigio no entraban en su ámbito de aplicación, habida cuenta de su «forma humorística» y de que su contenido no constituía una justificación «inequívoca» del acto terrorista, debiendo analizarse la posible ofensa a la memoria de las víctimas del 11-S a la luz del art. 10 CEDH sin que fuera posible la exclusión *ratione materiae* de la publicación

supuestos en los que, aun estimando que pudiera ser aplicable esta doctrina del abuso del derecho, directamente ha preferido acudir a su test de acuerdo con el art. 10 CEDH⁴³. También se encuentran casos en los que el Tribunal ni siquiera se ha planteado la aplicación del art. 17 CEDH y, aunque las manifestaciones cuestionadas fueran formas de discurso del odio, las ha enjuiciado directamente conforme al art. 10 CEDH: así, asuntos relacionados con la incitación al odio racial⁴⁴, al odio étnico⁴⁵ y al odio nacional⁴⁶, y con la difusión de mensajes homófobos⁴⁷.

Como se ha dicho, cuando el TEDH enjuicia siguiendo el test propio para valorar las injerencias en el art. 10 CEDH tiene en cuenta tres elementos –previsión

en cuestión. De forma aún más concisa, véase la STEDH (Sección 5.^a) de 10 de julio de 2008, caso *Soulas y otros c. Francia*, en el que se conocía la condena al autor de un libro por un delito de incitación a la discriminación, al odio y a la violencia por el contenido de éste en el que abordaba problemas relacionados con la inmigración en Europa y defendía la incompatibilidad entre la civilización europea y la islámica, el Tribunal aplicó su test conforme al art. 10 y declaró que no había habido violación del mismo y, en cuanto al art. 17 CEDH, concluyó que «los pasajes del libro de que se trata enjuiciados no son lo suficientemente graves para justificar la aplicación del artículo 17 del Convenio en el presente caso. Por consiguiente, el Tribunal rechaza la excepción del Gobierno basada en este artículo y concluye que no ha habido violación del artículo 10».

43 Por ejemplo, en la Decisión del TEDH (Sección 5.^a) de 7 de junio de 2011, sobre la admisibilidad del caso *Bruno Gollnisch c. Francia*, ante un supuesto de expresiones con connotaciones revisionistas y negacionistas realizadas por el diputado B. Gollnisch, el TEDH resolvió el asunto sin aplicar el art. 17 CEDH, aunque utilizando un requiebro argumentativo para no separarse de su doctrina anterior en relación con los discursos negacionistas: recordó que «no cabe duda de que cualquier proposición dirigida contra los valores sobre los que se basa el Convenio se vería sustraída por el artículo 17 a la protección del artículo 10»; pero, a renglón seguido, el Tribunal entendió que en este caso no necesitaba pronunciarse sobre este extremo ya que anticipaba que la propia apelación presentada sobre el art. 10 iba a resultar inadmisibile y justificaba entonces tal inadmisibilidad sobre la base del juicio que impone este artículo. También en la STEDH (3.^a Sección) de 23 de octubre de 2012, asunto *V. A. Molnar c. Rumanía*, donde el Tribunal afrontó la sanción a un ciudadano rumano por poner carteles con contenido nacionalista y homófobo, y, aunque consideró que el mensaje podía ser excluido de protección según el art. 17 CEDH, terminó enjuiciándolo a la luz del art. 10 CEDH.

44 Cfr. STEDH (Sección 2.^a) de 16 de julio de 2009, caso *Féret c. Bélgica*; Decisión (Sección 5.^a) de 20 de abril de 2010, sobre la admisibilidad del caso *Le Pen c. Francia*; STEDH (Gran Sala) de 23 de septiembre de 1994, caso *Jersild c. Dinamarca*

45 Cfr. STEDH (Sección 3.^a) de 4 de noviembre de 2008, caso *Balsytė-Lideikienė c. Lituania*.

46 Cfr. DTEDH (Sección 4.^a) de 7 de octubre de 2014, sobre la admisibilidad del caso *Hösl-Daum y otros c. Polonia*. No entra al fondo porque inadmite por falta de agotamiento de las vías procesales nacionales.

47 Cfr. STEDH (Sección 1.^a) de 9 de febrero de 2012, caso *Vejdeland y otros c. Suecia*.

legal, fin legítimo y necesidad en una sociedad democrática—. Ahora bien, el núcleo gordiano del enjuiciamiento se va a encontrar en el último de ellos, en el análisis de la necesidad en una sociedad democrática de la concreta restricción.

En este sentido, el Tribunal Europeo no ha dudado de la potencial ofensivo de los discursos que incitan al odio y los ha reconocido como un límite justificado a la libertad de expresión, aun cuando no haya provocación a la violencia o al delito⁴⁸. Pero, al revisar en cada caso la restricción impuesta por las autoridades nacionales para determinar si ésta fue proporcionada y respondía a motivos pertinentes y suficientes, se ha detenido a considerar distintos parámetros a la luz de las circunstancias concretas. Muy especialmente, como explica la Jueza emérita F. Tulkens, los dos principales elementos han sido el contexto y la intencionalidad, aunque también ha tenido en cuenta otros como el estatus del emisor o el impacto del discurso⁴⁹. Por ejemplo, a pesar de la mayor protección que el Tribunal ha reconocido al debate político, sin embargo ha exigido también una mayor responsabilidad a los representantes políticos en su ejercicio de la libertad de expresión, sobre todo en períodos electorales⁵⁰. Asimismo, el TEDH también ha valorado con particular detalle si las medidas impuestas resultan proporcionadas en sentido estricto, es decir, la «moderación» de la sanción o restricción⁵¹.

Por otro lado, el Tribunal Europeo tampoco ha mantenido el acercamiento radical del art. 17 CEDH en casos de revisionismo histórico⁵² e incluso ante otros

48 STEDH (Sección 2.ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica, apartado 73 y STEDH (Sección 1.ª) de 4 de diciembre de 2003, caso Müslüm Gündüz c. Turquía, apartado 37.

49 F. Tulkens, «When to say is to do. Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights», *European Court of Human Rights-European Judicial Training Network*, 8/07/2014.

50 Así, en la STEDH (Sección 2.ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica, apartados 75-79, el Tribunal reconoce el impacto potencial que puede tener que la difusión se diera en un contexto electoral y declara que «la calidad de parlamentario del demandante no puede considerarse una circunstancia atenuante de su responsabilidad. A este respecto, el Tribunal recuerda que es de crucial importancia que los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir palabras susceptibles de fomentar la intolerancia (Sentencia Erbakan contra Turquía, núm. 59405/2000, 6 julio 2006, ap. 64). Estima que los políticos deberían ser particularmente escrupulosos, en términos de defensa de la democracia y de sus principios, puesto que su objetivo último es la propia toma del poder».

51 Entre otras muchas, cfr. STEDH (Sección 5.ª) de 10 de julio de 2008, caso Soulas y otros c. Francia; STEDH (Sección 5.ª) de 2 de octubre de 2008, caso Leroy c. Francia; y STEDH (Sección 2.ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica.

52 Cfr. STEDH (Gran Sala) de 23 de septiembre de 1998, asunto Lehideux y Isorni c. Francia;

supuestos de negacionismo de graves crímenes no vinculados directamente con el Holocausto⁵³. En estos casos, el Tribunal se ha mostrado proclive a garantizar el más amplio debate, más aún cuando se trata de acontecimientos sobre los que había transcurrido un notable tiempo que permitiría afrontar un debate «abierto y sereno» de la propia historia⁵⁴, sin que fuera de su competencia ser «árbitro» de debates entre historiadores⁵⁵. De esta suerte, ha descartado aplicar de forma autónoma el art. 17 CEDH en aspectos que «escapa[n] de la categoría de hechos históricos claramente probados –como el Holocausto– cuya negación o revisión el artículo 17 sustraería a la protección del artículo 10»⁵⁶. Incluso, en la relevante sentencia de la Gran Sala al caso *Perinçek c. Suiza* (2015), el Tribunal ha confirmado que el artículo 17 CEDH sólo debe ser aplicable «sobre bases excepcionales y en casos extremos», cuando resulte «inmediatamente claro que las declaraciones impugnadas estaban destinadas a desviar este artículo [10 CEDH] de su verdadero propósito empleando el derecho a la libertad de expresión para finalidades claramente contrarias a los valores del Convenio»⁵⁷. El Tribunal Europeo ha recordado a este respecto que los supuestos de negacionismo del Holocausto sí que quedan excluidos *ratione materiae*, pero que, en el caso de expresiones que implican provocación a la violencia o consideradas como discurso del odio, habrá que valorar el caso en concreto teniendo en cuenta los siguientes factores: si las manifestaciones se produjeron en un ambiente político

STEDH (Sección 2.ª) de 29 de junio de 2004, caso *Chauvy y otros c. Francia*; y STEDH (Sección 3.ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso *Monnat c. Suiza*.

53 Cfr. STEDH (Sección 5.ª) de 15 de enero de 2009, caso *Orban y otros c. Francia*, donde el Tribunal, ante una condena por delito de apología de crímenes de guerra por la publicación de un libro de un antiguo miembro de los servicios secretos franceses en el justificaba sus actuaciones en Argelia, legitimando torturas y ejecuciones extrajudiciales, valoró la restricción al art. 10 CEDH sin hacer ninguna referencia al art. 17 CEDH, considerando que, al tratarse de un caso de justificación de crímenes pasados, había que tener particularmente en cuenta la afectación a los sentimientos de las víctimas, la motivación del autor y la actualidad e interés público del debate.

54 Cfr. STEDH (Gran Sala) de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux y Isorni c. Francia* y STEDH (Sección 3.ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso *Monnat c. Suiza*.

55 Cfr. STEDH (Gran Sala) de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux y Isorni c. Francia*; STEDH (Sección 2.ª) de 29 de junio de 2004, caso *Chauvy y otros c. Francia*; y STEDH (Sección 3.ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso *Monnat c. Suiza*.

56 STEDH (Gran Sala) de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux y Isorni c. Francia*; y STEDH (Sección 2.ª) de 29 de junio de 2004, caso *Chauvy y otros c. Francia*. Para una crítica más detallada a la jurisprudencia del TEDH a este respecto, y en especial a la aplicación del criterio de los «hechos históricos claramente establecidos», véase G. M. Teruel Lozano, *op. cit.*, pp. 144 y ss.

57 STEDH (Gran Sala) de 15 de octubre de 2015, caso *Perinçek c. Suiza*, apartado 113.

o social tenso, si atendiendo al contexto podían ser vistas como una llamada o una justificación directa o indirecta a la violencia, al odio o a la intolerancia, o la forma de los discursos y su idoneidad directa o indirecta para producir consecuencias dañinas⁵⁸. En cuanto a los discursos revisionistas de cuestiones históricas, el Tribunal ha declarado que habría que valorar la forma del discurso, los derechos afectados, el impacto o el tiempo transcurrido, y ha concluido que «al igual que ocurre en relación con el “discurso del odio”, el reconocimiento por el Tribunal de la necesidad de la interferencia en discursos relacionados con hechos históricos ha sido bastante específica para cada caso y ha dependido del juego entre la naturaleza y los potenciales efectos de las manifestaciones y del contexto en el que se habían realizado»⁵⁹.

En conclusión, cuando el TEDH ha aplicado el test del art. 10 a casos de discurso del odio su jurisprudencia es casuística porque realiza un análisis de las circunstancias concretas del caso, atendiendo, eso sí, a una serie de parámetros más o menos comunes (naturaleza y forma del discurso, intencionalidad, contexto, potenciales efectos...). Ahora bien, lo cierto es que el Tribunal Europeo a la hora de enjuiciar la legitimidad de estas injerencias no desciende a comprobar si existió un daño efectivo (o un peligro efectivo) y se ha conformado con comprobar que las autoridades nacionales justificaron que existía un daño o peligro potencial. Algo que ha sido cuestionado en notables votos particulares por un sector de los jueces integrantes del propio Tribunal que han reclamado que la justificación de cualquier injerencia en la libertad de expresión se funde en la existencia real de una ofensa, daño o peligro para los bienes o valores con los que colisiona, sin que sean admisibles limitaciones sobre la base de «peligros puramente especulativos»⁶⁰.

4. (SIGUE) BREVE CONTRASTE CON LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ANTE OTROS DISCURSOS EXTREMOS

En el perímetro de aquello que se ha definido en sentido estricto como discurso del odio quedan otros discursos intolerantes o extremos que contrarian el orden de valores democráticos de convivencia, en relación con los cuales es interesante acercarse a

58 STEDH (Gran Sala) de 15 de octubre de 2015, caso *Perinçek c. Suiza*, apartados 204-207.

59 STEDH (Gran Sala) de 15 de octubre de 2015, caso *Perinçek c. Suiza*, apartado 220.

60 Opinión disidente del Juez Andrés Sajó, suscrita por los Jueces Vladimiro Zagrebelsky y Nona Totsonia a la STEDH (Sección 2.ª) de 16 de julio de 2009, caso *Féret c. Bélgica*. En sentido similar pueden verse la opinión parcialmente disidente de la Jueza Palm y la del Juez Bonello, así como la de los Jueces Tulkens, Casadevall y Greve a la STEDH (Gran Sala) de 8 de julio de 1999, caso *Sürek c. Turquía*.

la jurisprudencia mantenida por el TEDH para contrastarla con la referida al discurso del odio y ver así las concomitancias y divergencias que mantienen. De este modo, se observa cómo también ante estos tipos de discursos afloran las dos vías de enjuiciamiento antes estudiadas: la aplicación rigurosa del art. 17 CEDH y la ponderación a la luz de las circunstancias del caso en concreto de acuerdo con el art. 10 CEDH.

Esta doble vía se ve claramente cuando el Tribunal Europeo ha enjuiciado restricciones a discursos favorables a proyectos políticos totalitarios, incluyendo proyectos basados en ideas religiosas, que representan una amenaza al orden democrático. Así las cosas, cuando se trata de actividades o manifestaciones vinculadas con el nacionalsocialismo el Tribunal ha preferido la aplicación autónoma del art. 17 CEDH con exclusión radical de protección sin mayor enjuiciamiento⁶¹. Por el contrario, ante otro tipo de discursos que, aunque no estén directamente vinculados con el nacionalsocialismo sí que podía existir una identificación con regímenes totalitarios, el Tribunal ha optado por aplicar el test propio del art. 10 CEDH. Cabe señalar aquí dos sentencias, ambas en asuntos relacionados con Hungría. Por un lado, en el caso *Vajnai c. Hungría* (2008) el Tribunal Europeo revisó la condena impuesta por exhibición pública de símbolos de regímenes totalitarios por haber ido vestido con una estrella comunista y, tras advertir que la interpretación del símbolo no era unívoca, constató que «[n]o hay evidencia que sugiera que exista un peligro real y presente de ningún movimiento o partido político restaurador de la dictadura Comunista»⁶², por lo que consideró que la condena no había sido legítima. Destaca que en este caso el Tribunal exigiera un «examen cauteloso» del contexto para poder deslindar adecuadamente entre «el lenguaje chocante y ofensivo» protegido y aquél que no lo está⁶³; a lo que añadió que, aunque la exhibición de tales símbolos pudiera ser considerada irrespetuosa, «este tipo de sentimientos, aunque comprensibles, no pueden por sí mismos fijar los límites de la libertad de expresión», ya que los mismos no pueden considerarse «temores racionales»⁶⁴. Por otro lado, en el asunto *Fáber c. Hungría* (2012) el Tribunal Europeo enjuició la multa impuesta a un sujeto por desplegar una bandera que se identificaba con un régimen totalitario en Hungría a menos de cien metros de una manifestación contra el racismo⁶⁵. Concluyó que

61 Cfr. Decisión del TEDH (Sección 1.ª) de 1 de febrero de 2000, sobre la admisibilidad del asunto *Hans Jorg Schimanek c. Austria*.

62 STEDH (Sección 2.ª) de 8 de julio de 2008, caso *Vajnai c. Hungría*, apartado 49.

63 *Ibidem*, apartado 53.

64 *Ibidem*, apartado 57.

65 STEDH (Sección 2.ª) de 24 de julio de 2012, caso *Fáber c. Hungría*.

había habido violación del art. 10 CEDH en la medida que no se había evidenciado ningún comportamiento abusivo o amenazante, ni se había probado un peligro para la seguridad pública, por lo que no estaba justificada la multa por la mera exhibición de la bandera, aunque pudiera ser irrespetuosa o molesta.

Una línea argumentativa que se mantiene en relación con la difusión de mensajes religiosos que resultan incompatibles con los valores democráticos, como por ejemplo la defensa de la Sharia, los cuales han sido amparados por el Tribunal Europeo al abrigo del art. 10 CEDH, siempre y cuando en el análisis concreto del caso no se percibiera una provocación a la violencia⁶⁶. No obstante, a diferencia de los dos supuestos anteriores, aquí el Tribunal más que valorar la peligrosidad o el daño «real y presente», consideró el contexto y la intencionalidad en un juicio más genérico, al modo de lo que ocurría con el discurso del odio.

Sin embargo, si de lo que se trata es de actuaciones de partidos políticos, la doctrina del TEDH parece más severa ya que, aunque ha reconocido la posibilidad de promover cambios de la legislación o de las estructuras legales y constitucionales, lo ha hecho imponiendo dos condiciones: 1) Que los medios utilizados sean legales y democráticos; 2) Que el cambio propuesto sea en sí mismo compatible con los principios democráticos fundamentales⁶⁷. Lo que permite adoptar medidas restrictivas, incluso la ilegalización de partidos que incitan a recurrir a la violencia o que propugnan proyectos políticos que no respetan normas básicas de la democracia⁶⁸.

66 A este respecto puede verse especialmente la STEDH (Sección 1.^a) de 4 de diciembre de 2003, caso Müslüm Gündüz c. Turquía, en la que excluyó que pudiera considerarse como discurso del odio la defensa en un programa de televisión de la Sharia ya que las ideas que fueron expresadas, aunque resultaran extremistas, no constituyeron una llamada a la violencia y, en consecuencia, consideró que la condena por las mismas había violado el art. 10 CEDH. En sentido similar, véase STEDH (Sección 1.^a) de 6 de julio de 2006, caso Erbakan c. Turquía.

67 Por todas, véase STEDH (Sección 1.^a) de 14 de marzo de 2013, caso Kasymakhunov y Saybatalov c. Rusia, apartado 105.

68 En relación con la ilegalización de partidos políticos se pueden distinguir dos grandes grupos de sentencias: por un lado, casos en los que el Tribunal ha *amparado* a partidos políticos que habían sido ilegalizados por haber mantenido un *proyecto político incompatible con los principios y las estructuras del Estado pero que no eran contrarias en sí a las reglas democráticas*. En este grupo se pueden incluir, entre otras: SSTEDH de 25 de mayo de 1998, caso Partido Socialista y otros c. Turquía; de 30 de enero de 1998, asunto Partido Comunista Unificado de Turquía; de 8 de diciembre de 1999, caso del Partido de la Libertad y de la Democracia (IZDEP) c. Turquía; y STEDH (Sección 4.^a) de 9 de abril de 2002, caso Yazar c. Turquía. Por otro lado, estarían las sentencias sobre partidos políticos cuya *ilegalización ha sido entendida como justificada*, ya fuera por tratarse *partidos fundamentalistas islámicos* (STEDH (Sección 3.^a) de 31 de julio de 2001, caso Refah Partisi y otros c. Turquía; y STEDH de 13 de febrero de 2003,

Es cierto, eso sí, que en sus sentencias el TEDH normalmente ha aplicado su test en relación con los derechos en juego, recurriendo ocasionalmente al art. 17 CEDH como un refuerzo argumentativo, y no en su aplicación radical⁶⁹.

Más allá, en los supuestos de restricciones ante discursos apologéticos o provocadores a la violencia y ante discursos filo-terroristas, el Tribunal Europeo los ha revisado a partir del test del art. 10 CEDH pero realizando un análisis de la necesidad de las medidas muy apegado a los términos y al contexto para comprobar si hubo algún tipo de provocación o fomento de la violencia o de la resistencia armada⁷⁰. Ello ha llevado a que también en este caso surgieran algunas opiniones disidentes en el seno del Tribunal que han reclamado que el enjuiciamiento se centre en el contexto y el riesgo real, y no tanto en los términos o el tono del mensaje⁷¹. Incluso, se ha llegado a exigir que se requiera la creación de un peligro cierto e inminente para justificar los límites a la libertad de expresión en estos casos⁷².

Por otro lado, el Tribunal Europeo no ha admitido la sanción de discursos que podían atentarse contra la identidad nacional o los símbolos del Estado, con el límite de que éstos no resulten «gratuitamente ofensivos», ni «insultantes», ni inciten al odio, a la violencia o a la resistencia armada⁷³. Como tampoco admitió la condena en el caso *Otegi Mondragón c. España* (2011) por injurias al Rey, ya que no se había

caso *Refah Partisi y otros c. Turquía*); o por resultar *partidos filo-terroristas* (STEDH (Sección Tercera) de 7 de diciembre de 2010, asunto *Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE_ANV) c. España*; STEDH (Sección 5.ª) de 30 de junio de 2009, caso *Herri Batasuna c. España*; STEDH (Sección 5.ª) de 30 de junio de 2009, asunto *Exteberria, Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y Aiarako y otros c. España*; STEDH (Sección 5.ª) de 30 de junio de 2009, asunto *Herritarrren Zerrenda c. España*).

69 A este respecto pueden verse, con diferentes formas de acercarse al art. 17 CEDH, la STEDH de 25 de mayo de 1998, caso *Partido Socialista y otros c. Turquía*, apartado 53; la STEDH (Sección 3.ª) de 31 de julio de 2001, caso *Refah Partisi y otros c. Turquía*, apartado 96; o la STEDH (Sección 1.ª) de 14 de marzo de 2013, caso *Kasymakhunov y Saybatalov c. Rusia*, apartados 103 y ss.

70 La sentencia de referencia a este respecto es la STEDH (Gran Sala) de 8 de julio de 1999, caso *Sürek c. Turquía*.

71 Así, la opinión parcialmente disidente de la Jueza Palm a la STEDH (Gran Sala) de 8 de julio de 1999, caso *Sürek c. Turquía*. Más recientemente pueden verse también, entre otras, STEDH (Sección 5.ª) de 2 de octubre de 2008, caso *Leroy c. Francia*, STEDH (Sección 2.ª) de 1 de febrero de 2011, caso *Faruk Temel c. Turquía*; STEDH (Sección 2.ª) de 6 de octubre de 2015, caso *Müdü Duman c. Turquía*; y STEDH (Sección 2.ª) de 31 de marzo de 2015, caso *Öner Türk c. Turquía*.

72 En este sentido, véase la opinión parcialmente disidente del Juez Bonello a la STEDH (Gran Sala) de 8 de julio de 1999, caso *Sürek c. Turquía*.

73 Cfr. STEDH (Sección 2.ª) de 14 de septiembre de 2010, caso *Dink c. Turquía*.

constatado una incitación a la violencia a la luz de las circunstancias concretas del caso, a pesar de que el lenguaje usado fue provocador y hostil⁷⁴.

Por último, un campo en el que el TEDH se ha mostrado más condescendiente con las autoridades nacionales y ha reconocido un mayor margen de apreciación nacional, al considerar que no existe un consenso europeo al respecto, es el de las ofensas a los sentimientos religiosos. No estamos aquí ante casos de discurso del odio basado en la intolerancia religiosa, sino ante atentados contra los símbolos y los dogmas de una religión que revierten en ofensas a los sentimientos de sus feligreses y que, consecuentemente, pueden perturbar la convivencia pacífica en las sociedades. En estos casos, el Tribunal Europeo ha considerado adecuadas las restricciones impuestas por las autoridades nacionales en tutela de los sentimientos religiosos ante ataques injustificados y ofensivos de los símbolos de una religión⁷⁵.

5. CONCLUSIÓN: LA (SUPERABLE) DIFICULTAD DE CONSENSUAR UNOS ESTÁNDARES COMUNES DE PROTECCIÓN A NIVEL EUROPEO PARA ARMONIZAR UNA RESPUESTA FRENTE AL DISCURSO DEL ODIO

El estudio que se acaba realizar de la jurisprudencia del TEDH en relación con el discurso del odio, pero también con otros discursos extremos que atacan los fundamentos democráticos de nuestras sociedades, evidencia una cierta inconsistencia en la respuesta ofrecida por el Tribunal Europeo. Es cierto que la doctrina del Tribunal no es tan vacilante como podría parecer, pero, a mi juicio, mantiene abiertos importantes puntos críticos.

En primer lugar, la aplicación radical del art. 17 CEDH a algunos tipos de discursos (negacionistas del Holocausto, nacionalsocialistas, islamófobos...), sin un criterio claro que defina a cuáles, genera una notable inseguridad jurídica. Esta sustracción radical del ámbito de protección del Convenio y, por ende, del test de revisión a la luz del art. 10 CEDH, resulta innecesaria y abre la puerta a potenciales abusos⁷⁶. En especial, preocupa que esta doctrina pueda terminar justificando la imposición de restricciones en atención al puro contenido ideal del mensaje comunicativo («pure content-based restrictions»)⁷⁷. Pero, además, resulta difícil justificar el carácter excepcional que, según

74 STEDH (Sección 3.ª) de 15 de marzo de 2011, caso Otegi Mondragón c. España.

75 Cfr. STEDH (Gran Sala) de 20 de septiembre de 1994, caso Otto-Preminger -Institut c. Austria y STEDH (Sección 2.ª) de 13 de septiembre de 2005, caso Í.A. c. Turquía.

76 Cfr. H. Cannie y D. Voorhoof, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

77 Pech, L., *op. cit.*, p. 38.

el propio Tribunal, legitima la aplicación del art. 17 CEDH, atendiendo únicamente a la finalidad y contenido de unas manifestaciones. A mi entender resulta contradictorio reconocer el carácter excepcional del art. 17 CEDH y al mismo tiempo permitir la exclusión *ratione materiae* de discursos sin una valoración concreta de las circunstancias en la que éstos se difunden.

En segundo lugar, tampoco es convincente la revisión que realiza el Tribunal Europeo de la necesidad en una sociedad democrática de las injerencias en este tipo de discursos (tanto de las distintas formas de discurso del odio, como de otros discursos provocadores a la violencia). Según se ha visto, el Tribunal Europeo no exige que se haya producido un daño o un peligro efectivo, real. Es decir, que se haya menoscabado efectivamente la dignidad de los sujetos o que las expresiones provocadoras hayan creado un peligro cierto de que se cometan determinados actos dañinos. El Tribunal ha dado por buenas las injerencias siempre que las autoridades nacionales hubieran justificado un peligro, aunque éste fuera remoto o puramente especulativo⁷⁸. No se trata de que el Tribunal Europeo sustituya a los jueces nacionales, que indudablemente se encuentran en mejor posición para valorar las circunstancias concretas, pero sí de que aquél les exija a estos que funden la injerencia en la existencia de un daño o un peligro efectivo. Como se ha ido señalando, esta posición ha sido compartida en contundentes opiniones disidentes en distintas sentencias⁷⁹. Creo, a este respecto, que hay que superar los criterios más cercanos al «bad tendency» *test* con los que hoy opera el Tribunal Europeo para acercarse al enjuiciamiento de la efectividad de la ofensa. Tal y

78 Cfr. Opinión disidente del Juez Andrés Sajó, suscrita por los Jueces Vladimiro Zagrebelsky y Nona Totsonria a la STEDH (Sección 2.ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica.

79 Así, en la Opinión disidente del Juez Andrés Sajó, suscrita por los Jueces Vladimiro Zagrebelsky y Nona Totsonria a la STEDH (Sección 2.ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica se llega a afirmar que: «Salvo que se acepte que los “delitos de opinión” son compatibles con el orden democrático, se ha de constatar la existencia de un acto (ilegal) punible que derive directamente del discurso o que, al menos, esté sensible y realmente favorecido por éste»; porque «...la mera intolerancia, el sentimiento sin acción, o al menos sin tendencia manifiesta a la acción, no puede constituir un delito». A lo que añade de manera muy clara: «La sentencia (que se aleja así de sus propias concepciones en materia de discurso político) considera a los seres humanos y a toda una clase social unos “atontados” incapaces de responder a los argumentos y argumentos contrarios debido a la pulsión irresistible de sus emociones irracionales». De esta forma «[b]astan unos sentimientos desagradables para que sea delito». Véanse también la Opinión parcialmente disidente de la Jueza Palm y la del Juez Bonello, así como, en menor medida, la de los Jueces Tulkens, Casadevall y Greve a la STEDH de 8 de julio de 1999, caso Sürek c. Turquía. También puede verse la Opinión concurrente del Juez Spielmann, a la que se une el Juez Nussberger a la STEDH (Sección 1.ª) de 9 de febrero de 2012, caso Vejdeland y otros c. Suecia.

como ha advertido S. Sottiaux, el «bad tendency» test «should allow decision makers to suppress or to sanction the suppression of speech with which they disagree. “Bad tendency” is simply too broad and vague a notion to provide meaningful free speech protection»⁸⁰. Por ello debe rechazarse un enjuiciamiento de este tipo.

A mayor abundamiento, puede reconocerse la necesidad de forjar un consenso, un estándar europeo, que todavía hoy no existe, para afrontar este tipo de limitaciones. Hay que tratar de superar las diferentes sensibilidades nacionales al afrontar este tipo de colisiones, particularmente identificadas en el conflicto entre libertad de expresión y dignidad humana. Urge en la medida que en Europa hemos creado una comunidad con intensos vínculos jurídicos, pero también políticos y sociales. Se ha dicho que la disciplina del discurso del odio tiene como finalidad «estabilizar las normas consideradas importantes para cada sociedad» y, al intervenir el Derecho, «decide qué normas sociales y en consecuencia qué comunidad y qué cultura sostener»⁸¹. Pues bien, si predicamos una cultura de los derechos europea es necesario entonces afrontar con criterios comunes este equilibrio. A lo que añadir que la apremiante realidad de Internet lo justifica aún más al haber creado un foro de discusión pública global que trasciende las fronteras y exige respuestas coordinadas⁸². Y a tales efectos el TEDH ocupa una posición privilegiada para ayudar a ir construyendo este consenso, siempre que sea capaz de dibujar unos estándares claros y equilibrados.

En este sentido, considero que para lograr un equilibrio entre las distintas aproximaciones que actualmente existen en Europa sobre el discurso del odio como límite a la libertad de expresión, el TEDH tendría que abandonar el recurso al artículo 17 CEDH por las razones ya aducidas y debería proceder realizando una revisión más meticulosa de las injerencias nacionales de acuerdo con el art. 10 CEDH. En este análisis el Tribunal Europeo ha de reconocer el daño que pueden provocar los discursos intolerantes tanto para las concretas personas que pueden verse ofendidas como los peligros que entrañan para el conjunto de la sociedad⁸³, de los cuales nuestra historia

80 S. Sottiaux, «“Bad Tendencies” in the ECtHR’s “Hate Speech” Jurisprudence», *European Constitutional Law Review*, vol. 7, n.º I, 2011, p. 57.

81 O. Salazar Benítez, y L. Giacomelli, *op. cit.*, p. 18.

82 Entre los casos más recientes en relación con el discurso del odio e Internet pueden verse la DTEDH de 9 de marzo de 2017, caso Pihl c. Suecia; STEDH (Sección 4.ª) de 2 de febrero de 2016, caso Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete y Index.hu Zrt c. Hungría; y STEDH (Gran Sala) de 16 de junio de 2015, caso Delfi AS c. Estonia.

83 A este respecto considero que los límites a la libertad de expresión deberían fundarse principalmente en la ofensa a bienes jurídicos individuales, sin desconocer la peligrosidad que puedan comportar para la sociedad. Sobre estas cuestiones puede verse G. M. Teruel Lozano, *op. cit.*, pp. 530 y ss.

es fiel testigo. Y precisamente en esa ponderación entre libertad de expresión con estos otros valores y derechos es donde creo que el Tribunal Europeo tiene que afinar más de lo que hasta ahora viene haciendo. Para lo cual no puede dejarse seducir por las aproximaciones más proteccionistas o militantes y debe reconocer que todo discurso intolerante va a estar protegido al amparo del Convenio salvo que se haya producido de forma efectiva (real) una ofensa (daño o puesta en peligro) a uno de los valores también amparados por el Convenio. Estas ofensas se pueden concretar, específicamente, de tres formas: a) Cuando se den insultos o expresiones que impliquen vejación, humillación o descrédito de personas, aunque sea de forma indirecta a través del ataque a grupos sociales. b) Cuando se dé una provocación que genere un peligro real (no especulativo) de que se cometan actos ilícitos. Estos actos deben tener una cierta consistencia y no basta con genéricas hostilidades o sentimientos de odio. Como ya dijera en su sentencia al caso *Vajnai c. Hungría* (2008) tales sentimientos, estos temores, no pueden justificar un límite a la libertad de expresión. Pero, además, la relación de peligrosidad debe concretarse en un juicio de causalidad que exige verificar una alta probabilidad de que se verifique el evento dañino. Creo que en este punto se hace necesario importar la doctrina del «clear and present danger» ya que, al tratarse de valoraciones y juicios probabilísticos sobre situaciones socio-políticas, sólo un alto grado de certeza y de inmediatez dan una mínima solidez. No reconocerlo así lleva a que se terminen admitiendo límites basados en como suenan unos determinados discursos y abre la puerta a una excesiva discrecionalidad aplicativa. c) Cuando se produzcan manifestaciones amenazantes con un efecto coactivo real. Nuevamente aquí no vale justificar el límite en la intencionalidad o en la forma del discurso y habrá que valorar en concreto el efecto coactivo que tengan las expresiones sobre las personas.

Estos criterios considero que ofrecen una respuesta equilibrada al discurso del odio en el marco de una democracia pluralista que reconoce y garantiza la libertad de expresión. Se trata de afinar algunos aspectos en los que, a mi juicio, la Recomendación General n. 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso de odio de la ECRI no ha alcanzado la precisión debida, y, sobre todo, se aportan unas pautas que podrían ser asumibles por el Tribunal Europeo en su jurisprudencia para la definición de un estándar europeo común.

Tales criterios definirían aquello que será considerado ilícito, pero no prejuzgan la respuesta que deba darse a los mismos (penal, civil o incluso administrativa). Y, muy especialmente, no impiden que se reconozca que, aunque determinados discursos queden amparados, ello no significa que haya que santificarlos. Muy al contrario, siguiendo las recomendaciones del Plan Rabat también deben identificarse aquellos discursos

que, no siendo ilícitos, preocupan en términos de tolerancia, civismo y respeto a los derechos de los demás⁸⁴.

Ahora bien, a la hora de enfrentarnos a este difícil equilibrio entre democracia y libertad, entre dignidad y expresión, no podemos olvidar lo que nos recordaba el Juez Andrés Sajó en su Opinión disidente al caso Féret c. Bélgica: «es precisamente cuando nos enfrentamos a ideas que provocan nuestro odio o nuestro aborrecimiento cuando nuestro juicio debe ser el más reflexivo, en la medida en que nuestras convicciones personales corren el riesgo de influir en nuestras ideas sobre lo que realmente es peligroso»; porque, al final, «[l]a protección de las opiniones políticas se explica por el hecho de que creemos que los seres humanos son lo suficientemente razonables para poder hacer una elección informada»⁸⁵.

Resumen

Este trabajo ofrece una revisión crítica de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso del odio como límite a la libertad de expresión. Analiza los distintos estándares de enjuiciamiento mantenidos por el Tribunal y propone la asunción de unos parámetros comunes a nivel europeo para afrontar el equilibrio entre libertad de expresión y respeto de la dignidad humana ante estos discursos intolerantes.

Palabras clave

Libertad de expresión, discurso del odio, discriminación, dignidad humana, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract

This paper offers a critical review of the ECHR's case-law on hate speech as limit to freedom of expression. It analyzes the different standards of protection followed by the Court and it proposes the assumption of common standards at European level to confront the balance between freedom of expression and respect for human dignity before intolerant speeches.

Key words

Freedom of expression, hate speech, discrimination, human dignity, European Court of Human Rights.

Recibido: 22 de mayo de 2017

Aceptado: 23 de junio de 2017

84 Human Rights Council, *Report of the UN High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred*, 11/01/2013.

85 Opinión disidente del Juez Andrés Sajó, suscrita por los Jueces Vladimiro Zagrebelsky y Nona Totsonria a la STEDH (Sección 2.ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica.

Artículos

LA CIENCIA JURÍDICA EUROPEA COMO CIENCIA DE LA CULTURA*

PETER HÄBERLE

Universidad de Bayreuth (Alemania)

SUMARIO:

1. Primera parte: repaso histórico.
2. Segunda parte: la ciencia europea hoy y aquí.
3. Tercera parte: la ciencia europea como ciencia de la cultura, su concretización.
4. Conclusión.

Este breve texto parte del desarrollo histórico de nuestra disciplina, que se construye en tres escalones, siempre desde una perspectiva cultural: la Teoría del Estado (H. Heller, 1934), la Teoría de la Constitución (mi propia propuesta de 1982) y, finalmente, la Ciencia Jurídica Europea, que he desarrollado en pequeños pasos, por ejemplo, «Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive» (1983), así como las siete ediciones de mi *Europäischen Verfassungslehre* desde 2001/02, ahora una octava, mejorada gracias a la ayuda de M. Kotzur.

Nuestra disciplina está en crisis. En parte por las cinco crisis políticas de la Unión (la financiera, el terrorismo, la guerra en Ucrania -entre miembros del Consejo de Europa!, la económica y la de los refugiados). Pero también porque estamos ante una «Unión cada vez más estrecha», en una Europa «de dos velocidades», y en la que nos preguntamos si queremos «más o menos» Europa, pero sin saber cómo alcanzar una Europa mejor. Nuestra única salida es esforzarnos en cultivar el optimismo científico, pese a que los límites de la ciencia europea nunca se habían sentido de una forma tan dolorosa. Me gustaría pensar que la comprensión de la ciencia como una «búsqueda eterna de la verdad» (tal y como dijo W. von Humboldt o el TCFA) nos llevará un poco más lejos. No olvidemos que Europa, un gran éxito hasta ahora, fue un proyecto visionario, fruto de importantes dosis de idealismo (nacido a partir de visiones religiosas, artísticas, científicas y políticas de distintas épocas y países). Por ello, sigue siendo necesaria la soledad y libertad del estudioso, la pasión

* Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez

del político europeo y, no menos, la del ciudadano europeo. Hace falta humildad para no dejarnos engañar por el dominio económico; la casa común europea debe sujetar las fuerzas (nacionales) en estampida.

1. PRIMERA PARTE: REPASO HISTÓRICO

1.1. Historia del desarrollo

Desde el punto de vista del desarrollo histórico, a partir de la Segunda Guerra Mundial, ha ido surgiendo una disciplina parcial, a resultas del esfuerzo de personas e instituciones que deben ser recordadas –en la historia de las ideas–. Esta disciplina ya estaba presente en Abbé de Saint Pierre (1773) e I. Kant (1785). Ciertamente, la Ciencia Jurídica Europea todavía no existía en 1945, pero ya un puñado de grandes europeos estaban generando los preliminares, por ejemplo, el Conde Coudenhove-Kalergi (Paneuropa), políticos como W. Churchill en su discurso de Zúrich de 1946 («los Estados Unidos de Europa» –antes Víctor Hugo, 1871–), personalidades como A. Spinelli y el manifiesto de Ventotene, en esencia desarrollado por él, en favor de un Europa libre y unida (1941-43); R. Schuman, Jean Monnet, W. Hallstein y A. De Gasperi; más tarde también Ch. de Gaulle y K. Adenauer, así como H. Kohl (hoy no hay nadie de genio comparable a estas personalidades).

Europa se ideó como proyecto de paz después de dos grandes guerras y bajo la sombra criminal de su pasado colonial. Su desarrollo ha sido paulatino. Debe mencionarse el Tratado que creó el Consejo de Europa (1949), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y el Convenio cultural europeo (1954, cuyo preámbulo habla de la «cultura europea», y en los artículos 1, 3 y 5 se habla de «un patrimonio cultural común»). Asimismo, en el Preámbulo del CEDH se declara «reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo [...] Resueltos, en cuanto que Gobiernos de los Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho (...)». En el preámbulo de la constitución del Consejo de Europa (1949) aparecen como palabras claves «Reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia» (en el mismo sentido artículo 1); en el Tratado de Maastricht de 1992, su preámbulo, respecto a los pueblos, se dispone que se observará su «historia, cultura y tradiciones». Fueron textos audaces y de un sentido profundo, que han llegado a convertirse en «textos clásicos de la vida constitucional».

Luego vino la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (1951) y el Tratado de Roma (1957), cuyo espíritu no se hace evidente en su texto, sino que necesita una interpretación cultural. De hecho todavía en la década de los cincuenta, las clases de derecho en Tubinga, Bonn o Friburgo, prescindían del TEDH. Es cierto que ya existían personalidades como P. Koschaker y F. Wieacker, que fueron «juristas europeos», invadidos por lo más profundo de la historia cultural europea. Trabajaron sobre los fundamentos jurídico-culturales de Europa, en especial en el ámbito del derecho privado y de algún modo actualizaron el derecho común que venía del derecho romano. En esta tradición se insertaría el CEDH o el ya citado Tratado cultural. Y en la misma línea, el «pensamiento de Friburgo», partiendo de la Constitución (K. Hesse) alcanzó un lugar principal y todavía hoy es ejemplar el modo en el que los «Grundzüge» de K. Hesse (publicados inicialmente en 1968) estructuraron la Ley Fundamental. Después, poco a poco, llegaron al campo científico las Comunidades Europeas y con ellas el Derecho Europeo. Fueron pioneros H.P. Ipsen y la Escuela de Hamburgo, con su segunda y tercera generación, con G. Nicolaysen, E. Grabitz y hoy A. Hatje. En la práctica de Estrasburgo, J.A. Frowein fue influyente desde muy pronto. Los tribunales europeos de Estrasburgo y Luxemburgo fueron ganando estatura, fuerza normativa y autoridad, hasta el punto de que hoy los deberíamos identificar como «tribunales constitucionales», puesto que, al igual que el Derecho Europeo, van generando momentos constitucionales.

Hoy tomamos por clásica la expresión de H. Conig, «de Bolonia a Bruselas» dicha en el «annus mirabilis» (1989). Van surgiendo muchos científicos europeos, tanto en el interior como en «el extranjero», aunque ciertamente el término «extranjero» no es el más preciso por referencia a los otros países de Europa. Los grupos científicos que se han desarrollado en Italia, España y Portugal (bien comunicados por su cercanía lingüística) han aportado muchas ideas. En Alemania hallamos ya incluso algunas disciplinas (*venia legendi*) como el Derecho Europeo, el Derecho Penal Europeo (U. Sieber en Friburgo), y por encima de todo el Instituto Max-Planck (ha de citarse el *Handbuch Jus publicum Europaeum* de A. Bogdandy y P.M. Huber) y P.-Ch. Müller-Graff en Heidelberg. Se trata de fundamentos institucionales con fuertes vínculos personales que todavía hoy cuentan: cátedras de Derecho europeo, el Colegio de Europa en Hamburgo, las Cátedras Jean Monnet, el Colegio de Europa en Brujas con su anexo en Natolin, algunas revistas como EuR, EuGRZ, el Zeitschrift für europäisches Privatrecht y la Europäisches Wirtschaftsrecht. Sin olvidar las grandes decisiones europeas del TCFA o de otros tribunales como el de Madrid o Brno. Habrían de ser suficientes palabras claves como Maastricht, Lisboa u OMT. Por otro lado, el Tribunal

de Justicia ha sobrepasado al derecho constitucional nacional y, pese a las críticas de algunos autores, ha actuado de forma pretoriana en el sentido clásico.

Pero no caigamos en la autosatisfacción: hay ejemplos históricos que muestran la muerte de disciplinas científicas enteras (por ejemplo, desde 1989 ya no hablamos del «Derecho del Este»). La pregunta clave sigue siendo la misma: cuándo y cómo surgen las disciplinas científicas (¿por elementos personales/institucionales, en razón de crisis, fenómenos inesperados, revoluciones, cambios culturales?).

1.2. En especial: la política europea y la dogmática jurídica

En primer lugar, debe distinguirse entre el Derecho Europeo en sentido estricto, referido al Derecho de la Unión, y en sentido amplio, relativo al Consejo de Europa y a la OCDE (1975). Debemos también recordar la vieja tesis que considera la Ley Fundamental, en el contexto del Derecho Constitucional Europeo, una Constitución parcial (2001). De manera recíproca, los Tratados como el CEDH son Constituciones parciales, en atención a su alto valor y los años de vigencia. Circunstancia que es hoy aún más válida frente a las dolorosas tendencias de renacionalización («deconstitucionalización»). El TEDH, en consecuencia, responde a la lógica de un Tribunal Constitucional (parcial), algo que también se puede decir para el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, dada su actual atribución competencial.

La política europea y la dogmática jurídica del Derecho Europeo están en estrecha conexión, que se refleja en algunos hitos principales. Antes de nada, el llamado «Derecho Constitucional europeo nacional», esto es, el sorprendente y creativo «artículo europeo» de muchas Constituciones. Lo encontramos en la Ley Fundamental (Preámbulo, art. 23, 24.1, 52.3.^a) y en las Constituciones de los Länder más antiguas, como Baviera (art. 3a, del año 1946/2003), Baden-Württemberg de 1953/2000 (en su preámbulo «Europa de las regiones»), el preámbulo de Brandeburgo de 1992 «dentro de una Europa unida»; el art. 12 de la Constitución de Sajonia de 1992, «una Europa que crece unida». Sin olvidar los numerosos artículos sobre Europa en los Estatutos regionales de España e Italia. Por ejemplo, el art. 1.2 y 3 del Estatuto de Apulia de 2004; art. 1.1 del Estatuto de la Calabria de 2004; art. 32.1 del Estatuto de la Marca de 2005; el preámbulo del Estatuto de Emilia-Romaña de 2004; el art. 1.4 de la Umbría de 2005; art. 4 del Estatuto del Abruzzo de 2007 y el art. 6 del Estatuto de la Lombardía de 2008. En España podemos citar particular los Estatutos de Cataluña y Andalucía, con más de cincuenta referencias a Europa, así como el art. 1.4 del Estatuto de Valencia (2006) el preámbulo del Estatuto de Aragón (2007); el art. 13.1 de Baleares (2007), e incluso el art. 1.2 de Castilla y León (2007), que afirma la condición de

«Región de Europa». Todos estos ejemplos prueban que a partir de pequeñas unidades políticas –Länder, Regiones, Municipios– se construye Europa desde un punto de vista político y jurídico. Se trata, sin duda, de una Europa cultural y es de lamentar que los trabajos científicos no hayan atendido lo suficiente a estos procesos. Por decirlo de algún modo, esta Europa que crece desde abajo (dicho de otro modo, desde el principio de subsidiariedad) protege el humus cultural de Europa en todas sus facetas. La Europa vivida se manifiesta cotidianamente, por ejemplo, en el Programa Erasmus o en el himno y la bandera europea, símbolos estos dos últimos, que encontramos en todos lados pese a que carecen de un específico fundamento legal –la cultura, como la lengua, alimenta la vida colectiva, el «Nosotros, el pueblo». La ciencia, aquí, como suele ocurrir, interviene a posteriori. Así, en 1991, se empezó a trabajar con el concepto de «Derecho constitucional común europeo», y J. Schwarze fue pionero en tratar el Derecho Administrativo europeo. En cualquier caso, en este campo también se hace evidente que la labor científica no es apolítica, y que nunca es fácil la distinción entre Derecho constitucional y política.

2. SEGUNDA PARTE: LA CIENCIA EUROPEA HOY Y AQUÍ

2.1. Métodos, contextos, ideas centrales, dogmática y judicatura

La ciencia Jurídica necesita métodos pensados a conciencia y de manera específica, es decir, se han de abrir caminos de conocimiento con personas e instituciones que los practiquen con fe. En cualquier caso, la ciencia es «una búsqueda eterna de la verdad» y por ello precisamente ha de ser una ciencia cultural. Se trata de abrir caminos de conocimiento reflexivos, como, por ejemplo, los cuatro o mejor cinco métodos interpretativos (recuérdese la doctrina del Derecho comparado como «quinto método interpretativo»), con controles judiciales ex post, una fina sensibilidad para con el contexto (tal y como se advirtió en 1979), así como la manifestación de la precomprensión y el método interpretativo, en el sentido de J. Esser. Debe usarse una dogmática «que sirva» y orientada con sinceridad a las teorías e ideas directrices (idées directrices, en el sentido de M. Hauriou, recibido en Alemania en 1962). Grandes ejemplos de estas ideas directrices podrían ser la doctrina del deber de protección o el feliz concepto de la «responsabilidad de integración».

En este sentido, el Tribunal de Justicia profundizó y enriqueció el concepto de ciudadanía europea, que es al mismo tiempo un logro político y jurídico europeo. Recuérdese también la creación conceptual de la «Staatenverbund» (P. Kirchhof y el TCFA) en referencia a la Unión, luego desarrollado a través de la idea de «Verfassungsverbund» (de I. Pernice). Tales conceptos claves, «invenciones jurídicas», en el sentido

de H. Dölle, sellos lingüísticos o «conceptos hitos» son irrenunciables para la ciencia viva al servicio de la justicia. Vistos desde una perspectiva más profunda, son expresiones culturales, conducen a una cultura jurídica europea plural y merecen la mejor valoración incluso en situaciones críticas como la actual.

Europa como comunidad constitucional en formación (2000), que encierra la esperanza de un sentimiento de comunidad, es otro buen ejemplo de la búsqueda de un espacio público europeo y del interés europeo. Desde hace décadas se ha emprendido una conversación cultural en torno al interés general; dentro de ella, desde hace mucho crítico sin éxito la metáfora dominante que afirma la existencia «de un sistema de diversos niveles» porque manifiesta una concepción jerárquica. Ni siquiera en el Estado federal, la Federación se encuentra arriba y los Estados abajo. Por lo demás, debemos distinguir entre la ciencia europea en plural (que incluye la política, la economía y la historia) y la ciencia jurídica europea, que igual que las anteriores está orientada como una concepción cultural de Europa. Por «cultura» entendemos lo hecho por las personas, en contraposición a la naturaleza. La cultura es la «segunda creación».

2.2. Géneros nacionales y «extranjeros». La praxis pretoriana

El Derecho Europeo recibe tratamiento científico a través de una variedad de géneros que se comunican entre ellos con todo tipo de intensidad. Existen manuales, tratados, monografías, introducciones, análisis jurisprudenciales, comentarios y libros homenajes. Alemania es un ejemplo de primer nivel. Están los manuales, con sus numerosas ediciones, de R. Streinz, T. Oppermann, y más recientemente el de M. Herdegen; facilitan una primera lectura a la vez que estimulan reflexiones ulteriores. Hay mucha bibliografía sobre el método del Derecho Europeo (los métodos pueden iniciarse como un esfuerzo artesano y llegar a ser un arte), sobre el Derecho Económico Europeo, el Derecho Procesal Europeo (Ch. Hillgruber/Ch. Goos), el Derecho Penal Europeo y el Derecho Privado Europeo. También la mirada al exterior es fructífera. En Portugal han de citarse los trabajos de J. Miranda, J. Gomes Canotilho y Fausto de Quadros, en Italia los de P. Ridola, F. Lanchester, A. D'Atena, S. Gambino, entre otros, en Grecia D. Tsatsos y en España el círculo en torno a F. Balaguer, en especial la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Respecto a los jueces europeos en Luxemburgo han de citarse: U. Everling, V. Skouris y M. Zuleeg. W. von Simson supo ligar de manera especialmente brillante la praxis (abogado en Luxemburgo) y la ciencia. La famosa doctrina sobre los derechos fundamentales como «principios generales» (una prueba del *numerus apertus* de las fuentes del derecho) comenzó con P. Pescatore y hoy, en el sentido de los paradigmas textuales, la encontramos en el artículo 6 TUE.

W. Hallstein fue uno de los primeros juristas europeos de nuestro tiempo, y con todo acierto, I. Pernice nombró su Instituto en Berlín en honor a este primer presidente de la Comisión.

3. TERCERA PARTE: LA CIENCIA EUROPEA COMO CIENCIA DE LA CULTURA, SU CONCRETIZACIÓN

3.1. El punto de partida

El clásico trabajo de H. Heller sobre la Teoría del Estado como ciencia de la cultura nunca estará sobrevalorado. Yo me quiero alzar sobre los hombros de este gigante, más aún cuando la actualidad de esta propuesta científico-cultural se ha visto reafirmada por el Tribunal Penal Internacional al declarar como crimen de guerra la destrucción de la ciudad de Tombuctú por parte de los islamistas de Ahmad al Faqi al Mahdi. De este modo tan espectacular, el derecho internacional también ha cobrado una dimensión científico-cultural (los documentos de la Unesco van en el mismo sentido).

Mi propuesta científico cultural del año 82 alcanza su formulación más específica en el párrafo que dice (p. 19): «solo con descripciones jurídicas, textos, instituciones y procedimientos no se logra nada. La Constitución no solo es orden jurídico a interpretar según las viejas y nuevas reglas jurídicas; también es una guía para los ciudadanos. La Constitución no es tan solo un texto jurídico o un conjunto de reglas, sino expresión de una situación cultural en desarrollo, es un medio para la autocomprensión cultural del pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas. La Constitución vivida como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta es el medio y la expresión de la cultura, el marco para la reproducción cultural, recepción y silo de las tradiciones culturales, experiencias, acontecimientos, sabidurías». Afirmaciones que se sintetizan de manera hermosa, en la paráfrasis de Heller sobre la imagen de Goethe, la Constitución es «forma acuñada que se desarrolla a través de la vida».

A la luz de los interrogantes que presentan los ejemplos actuales, lo más importante es saber qué aportan una ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura y una Europa culturalmente abierta. Pero antes un inciso sobre la específica comprensión cultural de los derechos fundamentales. Sin duda son derechos subjetivos públicos, pero igual de importante es tener en cuenta que son un producto cultural fruto del uso de la libertad. El ejercicio de los derechos fundamentales también es cultura. Esto no siempre se subraya adecuadamente, aunque está claramente presente en la comprensión institucional de los derechos fundamentales (1962). La religión, la educación, la

ciencia, individual y colectivamente, son «creaciones», «obras» irrenunciables (palabra clave: función cultural de los derechos fundamentales).

3.2. Cuestiones científico-culturales y sus consecuencias

Comencemos con el concepto abierto de cultura, sea para ligarlo a su contenido o a su geografía. Debe recordarse la diferencia entre la alta cultura (la triada ilustración, ciencia y arte, por encima de la religión como comienzo de la dignidad humana), la cultura popular (por ejemplo, Suiza y Baviera) y la cultura alternativa (los Beatles, que luego se han convertido en alta cultura, como ahora Bob Dylan). En el caso europeo se debe partir siempre de un concepto de cultura plural y abierta. Los distintos textos jurídicos que ya se han citado, nos dan desde hace mucho pistas en este sentido. ¿Definimos Europa como un concepto cultural antes que histórico?, ¿usamos las dos aproximaciones?, ¿es Anatolia Europa?, fue la pregunta que en el año 2000 nos formuló W. Graf Vitzthum. ¿En qué medida pertenece Rusia a Europa? Llegados a este punto es oportuno recordar la teoría de los tres o cuatro elementos del Estado, incluso si Europa es una «comunidad constitucional», pero no un Estado. Desde la definición de G. Dürig sobre la cultura como cuarto elemento, yo he ido más allá hasta considerarla el primer elemento configurador del Estado. El concepto de «comunidad constitucional», que se ha ido desarrollando en pequeños pasos, encontró su primer apoyo en W. Hallstein (conscientemente él usó el término «comunidad»). Europa posee fronteras relativamente abiertas, como han demostrado las sucesivas ampliaciones. La invulnerabilidad de las fronteras fue en la Europa posterior a 1945 garantía de la paz. Rusia, con la invasión de Crimea ha vulnerado este principio. Aunque también soy escéptico respecto a la asociación de Ucrania con la Unión e incluso frente a una entrada de Ucrania en la OTAN, puesto que han de tenerse en cuenta las necesidades de seguridad de Rusia. Sería suficiente si Ucrania (con una organización cuasi federal) mantuviese un estatus neutral al estilo de Austria, incorporándose a medio plazo a la Unión. Sea como fuere todas estas cuestiones difícilmente se pueden responder en términos geográficos. Yo, desde luego, no tengo la respuesta. Nos encontramos en la frontera del conocimiento científico, incluido de la ciencia europea como ciencia de la cultura. Incluso siendo alemán, tengo que reconocer mi impotencia.

Querría hablar ahora del sugerente papel de los preámbulos, entendidos desde la aproximación científico cultural. Es posible crear una teoría sobre los preámbulos desde Europa (yo la desarrollé primero para el Estado constitucional en 1982). Los preámbulos, antes de nada, dan forma a un texto cultural (pensemos por ejemplo en el sudafricano, el polaco o el tunecino). Son musicales y hemos de tomarlos en serio en

cuanto que formato de la narrativa europea (basta recordar la referencia al «espíritu» en el preámbulo del CEDH). Los preámbulos profundizan en la historia, esbozan el presente y ofrecen expectativas de futuro, son cercanos al ciudadano en virtud del lenguaje ceremonioso que utilizan. A ellos, se les han de añadir los densos artículos sobre Europa en los distintos contextos de la Federación y los Länder, o en los Estatutos regionales de Italia y España. Muchos de los preámbulos europeos son expresión del «principio esperanza» o de utopías concretas. Por ello, en los tiempos actuales de crisis, deberíamos estar atentos a ellos. Sus términos esenciales son libertad, paz, Estado de derecho, democracia, bienestar y educación. Sin duda, merece la pena referirnos al preámbulo del TUE que remite al patrimonio cultural, religioso y humanista de Europa, así como a su historia, cultura y tradiciones; todo ello sin olvidar los fines y valores de la Unión recogidos en los artículos 2 y 3. Concretamente el artículo 167 del TFUE dispone: «La Unión desarrollará una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación» (en el apartado segundo se habla de «la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos» y del «patrimonio cultural de importancia europea». En el apartado la palabra clave es «la diversidad de sus culturas»).

En relación con el espacio público europeo como cultura, conviene recordar las palabras de Goethe: «Quien tiene ciencia y arte, tiene religión, quien no tiene ninguna de esas dos, tenga religión». La religión, el arte y la ciencia, esto es, lo que lleva de la producción a la obra de arte, dan la forma de lo que hoy es Europa. En todas las naciones han existido épocas doradas o clásicas, que han generado la pluralidad de Europa. En este sentido, no es necesario pensar las libertades fundamentales antes citadas solo desde un prisma subjetivo, puesto que también hemos de analizarlas como resultados culturales, obras, innovaciones, cristalización. Han hecho de Europa un continente de la pluralidad en el específico sentido cultural. Son capitales de la cultura europea Atenas, Roma, Chartres, París, St. Petersburgo, Londres, Madrid, Granada (en virtud de su patrimonio islámico), Ámsterdam, Viena, Budapest, Basilea y Berlín (sin olvidar el título de capitalidad europea, que fue una feliz idea de Melina Mercuri). En muchos de los textos citados se refleja lo dicho y al menos desde 1983, se ha de hablar de Europa en una «perspectiva cultural». El espacio público europeo supone la actualización de esta pluralidad cultural. Lamentablemente, el día a día se llena de escándalos políticos. Pero la libre circulación de personas es un vehículo para la intercomunicación cultural en Europa. Por eso es tan doloroso el Brexit, que podríamos calificar como Brexodus, ¿habrá un Brexit duro?

Son necesarias algunas observaciones respecto al Brexit, también en una perspectiva científico-cultural. En mi opinión el Brexit es algo más que un accidente, es un desastre, una pérdida cultural de primer rango. ¿Ha nacido una pequeña Europa? ¿Se iniciarán reformas críticas de la UE (con más subsidiariedad, más solidaridad, integración diferenciada)? Sin duda, el Reino Unido debe permanecer siendo una parte de Europa en sentido amplio, un miembro vital del Consejo de Europa y del CEDH. Respecto a la salida, las dos partes se están perdiendo en una cuestión de dinero, casi al modo de vulgares tenderos; apenas se discuten elementos culturales. Pero la pérdida para el continente es muy alta. Desde el punto de vista cultural hemos de realzar el pragmatismo británico, su experiencia como vieja potencia mundial, la Commonwealth, el arte de Shakespeare, la vida musical de Londres en los siglos diecisiete y dieciocho, sus compositores como E. Elgar o B. Britten, las pinturas de W. Turner, la novela del diecinueve (J. Austen) e incluso las novelas de A. Christie, algunas manifestaciones deportivas, el humor británico pese a su aburrida comida, el inglés como *lingua franca*, que después de la salida ya no será lengua oficial aunque se hable en Irlanda y Malta.

El Reino Unido es la madre de la democracia parlamentaria como «democracia cultural»; hemos de recordar la gran tradición del common law, y la especial posición del juez, incluidos sus rituales, encabezados por su Reina. Podríamos pensar en modelos de asociación como Noruega, Suiza o Turquía. Hasta ahora solo Groenlandia y Argelia habían sido ejemplos de la salida de la Unión. El artículo 50 del TUE, en términos científicos todavía no se ha cerrado. Y existen problemas derivados como la relación de Escocia (que quizá pida un nuevo referéndum de independencia) e Irlanda del Norte. Estamos ante problemas sin fin; son máximas las exigencias para la ciencia jurídica europea. Los tribunales y la doctrina deben trabajar duro para mantener al Reino Unido lo más cerca posible, y conservar al menos un mercado interior. Y pese a que la economía también es vehículo de la cultura, los problemas económicos son solo una parte de la cuestión. Europa es antes cultura que mercado. Los medios, con razón, nos informan de una crisis cultural de la economía, que se ha convertido en un fin en sí mismo y se ha orientado a un crecimiento sin límites. ¿Es el euro una historia de éxito? ¿Existen mentalidades distintas entre el norte y el sur? ¿Ahorramos nosotros y gastan ellos?

Otro reto de la Unión que proviene del exterior es Turquía. Sin duda, pertenece a Europa en sentido amplio, en tanto que miembro del Consejo de Europa y del CEDH, pero se discute su ingreso en la Unión. Hace cuatro años se hablaba de una «cooperación privilegiada». Hoy, sin embargo, se discuten puntos esenciales del ingreso. Estamos en una nueva fase cualitativamente distinta por dos razones. De un lado, Europa se ha hecho dependiente de Turquía en razón de la crisis de los refugiados; iró-

nicamente podría decirse que en 1864 los turcos se sublevaron frente a Viena y fueron vencidos (con la ayuda de los polacos), pero hoy es la Unión la que está en manos de Turquía en lo que se refiere a los refugiados. Por otro, el golpe de Estado en Turquía de julio de 2016 tuvo como consecuencia un contragolpe del Gobierno de Erdogan. Miles de jueces, de científicos, de periodistas e incluso soldados fueron suspendidos y condenados. Es obvia la vulneración del principio de división de poderes y del Estado de derecho democrático; a lo que hay que añadir la guerra contra los turcos en su propio país. La recuperación de la pena de muerte sería contraria al CEDH, aunque la situación de excepción encuentra su sostén en el artículo 15 del CEDH. Es innegable que la historia de Turquía nos ofrece grandes logros en el ámbito arquitectónico, en la pintura o en la literatura (pensemos en la «Marcha turca» o «El rapto del Serrallo» de Mozart —un claro enriquecimiento fruto del contacto con otras culturas). La cuestión, sin embargo, es entender el modo de actuar de la Unión, también en su dimensión cultural. Pensemos también en las sociedades turcas dentro de Alemania o Francia, formadas por trabajadores que en los inicios fueron muy bien recibidos.

Es indiscutible el fracaso de la Unión en la crisis de los refugiados, tal y como he manifestado en otras ocasiones. Si no se acomete una protección segura de sus fronteras exteriores, será imposible un reparto equilibrado de los refugiados entre los 27 Estados miembros (afortunadamente ha fracasado el referéndum en Hungría de 2016). «La confusión entre Dublín y Schengen» es un lío incluso para los expertos. ¿Es posible un derecho único para los refugiados y solicitantes de asilo? Italia se ha quedado sola a menudo, pese al Frontex. Falta tanta solidaridad como acción común (J.C. Junker ha sido desilusionante). ¿Es suficiente el llamado proceso de Bratislava, bastan los logros que se han alcanzado en materia de seguridad interior y exterior, migración y refugiados, con sus políticas de crecimiento e inversión? El mar Mediterráneo es el mar de la muerte para muchos, y ha perdido a corto plazo su condición de «mare nostrum» o «mare constitucional». Pero también es cierto que la identidad cultural europea se inunda en interrogantes, cuando millones de refugiados de otros círculos culturales llegan cada año (aunque no podemos olvidar, por ejemplo, la riqueza que han aportado a la cultura alemana hugonotes y polacos). No hay tiempo para tratar otras cuestiones específicas del derecho de asilo en Alemania, aunque cabe dejar algunas palabras claves: una pérdida puntual del control sobre las fronteras, la falta de una diferencia entre los solicitantes de asilo y los migrantes (para estos segundos sí cabe una regulación mediante la reserva de ley), la relevancia constitucional de las «fronteras» y el territorio estatal como elemento culturalmente determinado). El artículo 16 de la Ley Fundamental, dogmáticamente puede configurarse como un derecho de prestación bajo la

reserva de lo posible, en el sentido de la conceptualización que se fijó en los debates de Ratisbona (VVVDStRL 30 (1972), p. 43 (107 y ss., 114, 139 y ss.).

El Islam es el último punto en discusión en relación a las exigencias que se imponen sobre el pensamiento de naturaleza cultural. Deberíamos discutir las situaciones jurídicas en los distintos Estados miembros de la Unión y más allá de ésta. La prohibición del burka en Francia ha sido aceptada por Estrasburgo. Alemania se encuentra ante la pregunta de determinar si han de prohibirse al menos parcialmente las vestimentas que cubren todo el cuerpo, al menos allí donde mostrar el rostro es necesario para una correcta comunicación. En mi opinión, en Alemania sería admisible una prohibición parcial del Burka en la calle, en los tribunales, en la escuela o en las oficinas de la administración pública. Seguiremos discutiendo con intensidad. Pese a la pasión y respeto por Oriente, debemos recordar las palabras de Goethe y F. Rückert: ¿pertenece el Islam verdaderamente a Europa?, ¿pertenecen los musulmanes a Alemania?, ¿puede haber un Islam ilustrado?, ¿puede haber un Islam alemán? (tal y como afirma W. Schäuble). ¿Es suficiente la tesis que sostiene que la Ley Fundamental recoge la esencia de la cultura alemana?

4. CONCLUSIÓN

El esfuerzo acometido en estas páginas, a saber, comprender Europa desde un punto de vista cultural, arroja solo una parte de la verdad. Otras perspectivas, sea desde la economía o desde el derecho positivo, también reclaman su posición. La proposición cultural no es una «comprensión mundial», una «teoría general»; más bien se ha de incluir en el modelo teórico de Popper, por más que este no haya fundado su famosa «sociedad abierta» desde un punto de vista cultural. Conscientemente he buscado las zonas problemáticas que son hoy para Europa dramáticamente actuales. Quizá esté demasiado presente el aspecto de la crisis, pero no quería dejar a un lado las dificultades que se agolpan frente a los juristas. Al menos a vista de pájaro, es indudable que la cultura Europea se diferencia de la cultura asiática, africana o latinoamericana, siendo muchos, no obstante, los puentes entre Europa y Latinoamérica. Y no es menos cierto que junto a la identidad europea encontramos las identidades nacionales. He de reconocer que no he citado todos los ámbitos en crisis: por ejemplo, los procesos pendientes frente a Polonia (donde curiosamente el derecho constitucional procesal es «derecho constitucional concreto» que se utiliza contra la propia Constitución, en especial el principio de división de poderes y el Estado de derecho), o la reunificación de Chipre. Desde mi punto de vista la subsidiariedad y la solidaridad, la Unión como comunidad de paz y de derecho son todavía los conceptos esenciales. Pero todos han

de tener claro hacia dónde vamos. Europa siempre ha sido reformable. Una política de integración diferenciada quizá sea el futuro. Me gustaría quedarme con la siguiente precomprensión: la imposibilidad de renunciar al optimismo científico en relación con la «casa abierta» de Europa, que a su vez ha de luchar mediante métodos culturales frente al pensamiento económico dominante (Europa como lugar para la memoria y objetivo educativo en las escuelas, con fundamento en las cláusulas europeas que darían lugar a una «interpretación pedagógica»).

Hoy nos encontramos a menudo con la «cabeza de medusa» denunciada por H. Kelsen. Frente a ella debe situarse con firmeza la política de la paz (una cultura de la paz). No debemos caer en una dicotomía norte/sur, o en una tensión entre el este y el oeste de Europa. Y las exigencias pesan especialmente sobre la próxima generación de juristas europeos, que se han encontrado el regalo de Europa y lo dan por supuesto. A la luz de la globalización hemos de construir una «casa europea duradera y estable, y abierta al intercambio con otros continentes». Aquí también cabe el texto clásico de Goethe: «Dios es del Oriente, Dios es de Occidente, el Norte y el Sur se mecen en la paz de sus manos».

Resumen

Este trabajo se divide en tres partes. La primera hace una síntesis de la reciente evolución histórica de nuestra disciplina. La segunda se centra en las personalidades más relevantes de nuestra disciplina hoy día desde una perspectiva comparada. Y, la tercera, vuelve sobre la tesis clásica de Peter Häberle sobre la ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura, si bien proyecta sus presupuestos sobre las crisis que actualmente afectan a Europa.

Palabras claves

Ciencia jurídica, Europa, ciencia de la cultura, crisis europeas.

Abstract

This paper is divided in three parts. The first one makes a resume of the recent history of Constitutional law. The second one goes through the main personalities of this discipline in a comparative view. And the third one, moves around the classic thesis of Peter Häberle on the European law science as cultural science, and it looks the main actual crisis through its lenses.

Key words

Law Science, Europe, Cultural Science, European crisis.

Recibido: el 11 de mayo de 2017

Aceptado: el 11 de junio de 2017

EL REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL Y LA SAGA DE LAS REFORMAS INSTITUCIONALES EN ITALIA: «MUCH ADO ABOUT NOTHING»*

ALBERTO VESPAZIANI

Profesor Asociado de Derecho Público Comparado. Universidad de Molise (Italia)

SUMARIO:

1. La historia de las reformas institucionales en la Italia republicana.
2. El proyecto de ley constitucional (la llamada ley Boschi-Renzi).
3. La deliberación constitucional 2.0, la polarización de la opinión pública y la fragmentación del sistema político.
4. ¿Hacia una «juristocracia» a la italiana?.

El 4 de diciembre de 2016 tuvo lugar en Italia el tercer referéndum de ratificación de una reforma constitucional en su historia republicana. Después de una larguísima y ardiente campaña electoral, el pueblo italiano acudió en masa a las urnas y rechazó claramente la modificación de la Constitución propuesta por el Gobierno y aprobada por el Parlamento.

Este artículo reconstruye los hechos recientes, valorando el resultado y sus implicaciones político-institucionales. Se procede en cuatro partes: la primera sitúa la reforma fracasada en el curso de una historia carente de reformas constitucionales; la segunda resume el contenido del diseño de la ley constitucional sometida a referéndum; en la tercera parte se analizan las fracturas políticas, sociales, geográficas, ideológicas y generacionales expresadas mediante el voto. La cuarta sostiene la tesis de que el proceso de reforma constitucional, en muy poco tiempo, se ha cruzado con la sentencia de la Corte constitucional 1/2014 relativa a la ley electoral del 2005, y luego con la 35/2017 sobre la ley electoral del 2015. Por ello, al margen de la alternativa entre gobernabilidad y representatividad, entre reforzamiento del ejecutivo o defensa del parlamentarismo, la Corte es la única institución que sale reforzada

* Traducido del italiano por Miguel Azpitarte Sánchez

de los acontecimientos en torno al referéndum, presagiando una transformación en sentido *juristocrático* del débil y fragmentado sistema político italiano.

1. LA HISTORIA DE LAS REFORMAS INSTITUCIONALES EN LA ITALIA REPUBLICANA

La estructura institucional italiana no conoce la paz. Reflejando un típico desequilibrio neurótico, la cultura política italiana del periodo republicano ha oscilado entre el miedo a la decisión y el deseo de salir del impase mediante acelerones decisionistas: el primero manifiesta la creciente demanda de volver a deliberar lo ya deliberado o de que una tercera institución controle la norma objeto de deliberación (dilatando el momento de la aplicación y creando el conocido hiato entre efectividad y legalidad); el segundo expresa pulsiones recurrentes que invocan estados de excepción o delegaciones plebiscitarias para asegurar una decisión frente a una realidad en velocísima transformación.

La historia de las reformas institucionales se puede sintetizar de acuerdo con tres coordenadas: a corto plazo, el referéndum constitucional del 4 de diciembre de 2016 ha sido el fruto de una contingencia política determinada por las elecciones de 2013, el impase del Parlamento en la elección del Presidente de la República, la dificultad para la formación de gobierno, recurriendo a la fórmula consociativa de los «grandes acuerdos» y al ascenso de Matteo Renzi, primero al cargo de secretario del mayor partido político, y luego al cargo de Presidente del Consejo, así como la decisión de la jurisdicción constitucional sobre la ley electoral. A medio plazo el referéndum se inserta en la dinámica de los últimos treinta años en la que el sistema político italiano viene lamentándose de su ineficacia e inestabilidad pero sin lograr nunca autoreformarse. A largo plazo, el referéndum ha pasado a convalidar la estructura institucional italiana, su bicameralismo redundante (una singularidad del panorama del derecho comparado), consolidando así una identidad constitucional italiana sujeta con fuerza tanto a la sólida primera parte, dedicada a los principios y a los derechos, como a su frágil y débil segunda parte, relativa a la organización del poder.

1.1. El corto plazo

Las elecciones de 2013 han modificado en profundidad la estructura del sistema político italiano. La poderosa irrupción de un nuevo sujeto político, el Movimiento cinco estrellas (desde ahora M5S), alteró el diseño del orden político: la configuración bipolar (centro-derecha contra centro-izquierda) fue sustituida por

una tripolar, en la que el M5S negaba su disponibilidad a formar gobierno de coalición con las otras fuerzas políticas, en virtud de su supuesta naturaleza anti-sistema y anti-partido. A la dificultad de formar un nuevo gobierno se añadía la circunstancia concomitante de tener que elegir al Jefe del Estado. Ante un dramático estancamiento de las fuerzas políticas a la hora de alcanzar un acuerdo, seguido de la clamorosa conjura dentro del PD que, sin aclarar el porqué, sabotó la candidatura de Romano Prodi, el Parlamento electo no encontró nada mejor que pedirle al anciano Presidente saliente que aceptase la renovación. Giorgio Napolitano aceptó esta novedad constitucional, condicionándola a la aprobación de una reforma institucional y dando un rapapolvo a los parlamentarios en un discurso que será recordado por su dureza. En estas circunstancias, el Presidente de la República encargó a Enrico Letta la formación de un gobierno de coalición, que obtendría la confianza de las dos cámaras, y estableció una comisión formada por 42 expertos académicos, a los que encargó la tarea de formular propuestas de reforma. Tras la victoria de Matteo Renzi en las primarias del PD, se llevó a cabo una conjura de palacio que provocó la dimisión de Letta, de manera que el Presidente de la República encargó a Renzi la formación de un nuevo gobierno, con la condición específica de obtener la confianza de las dos cámaras sobre un programa de gobierno centrado en las reformas institucionales. El bloqueo decisorio en la elección del Jefe del Estado y la anómala coalición gubernativa compuesta por fuerzas consideradas antagónicas en la campaña electoral, empujaron el nuevo gobierno hacia la propuesta de una gran reforma constitucional que promoviese una transición hacia el principio mayoritario, estabilizando la democracia de la alternancia.

A finales de 2013, la Corte Constitucional imprimía una aceleración al proceso político, pronunciándose sobre la ley electoral en vigor y declarando su parcial inconstitucionalidad. Con un movimiento histórico, destinado a culminar en el *power grab* de 2017, del que más adelante se hablará, la Corte intervino en la más política de las leyes y articuló su visión proporcionalista de la Constitución. Conforme a la cultura generacional de los padres constituyentes, la Corte dejaba en vigor una normativa claramente proporcional, que difícilmente produciría una mayoría parlamentaria capaz de dar la confianza al Gobierno en las dos Cámaras, a la luz del nuevo contexto tripolar.

La Corte declaró contrarios a la Constitución dos aspectos de la ley electoral 270/2005: la ausencia de una previsión relativa al umbral mínimo para la asignación del premio de mayoría a la lista o la coalición que habían obtenido la mayoría de votos, atribuyendo

«automáticamente un número muy elevado de escaños, en condición de transformar, al menos en hipótesis, a una formación que ha conseguido un porcentaje de votos significativamente más reducido que el alcanzado respecto a los componentes de la Asamblea. Así, se consiente una ilimitada comprensión de la representatividad de la Asamblea parlamentaria, incompatible con los principios constitucionales por los cuales las asambleas parlamentarias son sedes exclusivas de la representación política nacional (art. 67 Const)» (Sentencia de la Corte Constitucional 1/2014).

El segundo reproche tenía que ver con la larga lista de candidatos bloqueados, que impedían a los electores, privándolos del voto de preferencia, la elección de sus representantes. El sistema electoral que resultaba de la sentencia era de tipo proporcional con umbral de bloqueo, mientras que la orientación en los partidos políticos era la de mantener y reforzar un sistema mayoritario. Por eso se procedió a la adopción de una nueva ley electoral, llamada *Italicum*, con la intención de subrayar la continuidad con la tradición nacional de legislaciones proporcionales con premio a la mayoría, como era típico en las leyes de 1953, y de 1993 para los Ayuntamientos, Provincias, Regiones, o la del 2005.

Declarada inconstitucional la ley electoral del 2005, con la que se habían celebrado las elecciones de 2006, 2008 y 2013, la Corte producía un efecto perturbador: deslegitimaba políticamente al Parlamento, preparando el terreno para uno de los argumentos que más habían calado en la opinión pública durante la campaña del referéndum: ¿con qué título un Parlamento electo en virtud de una ley inconstitucional se arrogaba el derecho a adoptar un acto como la reforma de la Constitución? Es verdad que en la parte final de la sentencia, la Corte recordaba que «esta decisión no tiene ninguna incidencia en relación a los actos que las Cámaras adoptarán antes de las nuevas elecciones: las Cámaras son órganos necesarios e indefectibles y en ningún momento pueden dejar de existir o perder la capacidad de deliberar» (Sentencia de la Corte Constitucional 1/2014). Al reiterar el principio de la plena legitimidad jurídica de las Cámaras electas con leyes contrarias a la Constitución, la Corte, sin embargo, contribuía al clima de deslegitimación política de las instituciones representativas, las cuales, como el Barón Münchhausen, estaban intentando salvar el funcionamiento de la forma de gobierno parlamentario tirándose de sus propios pelos para salir del pozo.

Con el trasfondo de esta sentencia, el Gobierno Renzi realizó una apuesta constitucional: proponer a la Cámara una nueva ley electoral, de corte mayoritario, solo para la Cámara de Diputados y, al mismo tiempo, proponer un proyecto de ley de reforma constitucional que reservase la relación de confianza al circuito exclusivo Gobierno-Cámara baja. De este modo, ley electoral y reforma constitucional pasa-

ban a ser elementos de un mismo diseño de la reforma institucional, trenzando la dirección política y la dirección constitucional, dando lugar, sin embargo, a la crítica que denunciaba la combinación de dos actos con el fin de realizar una concentración de poder en favor del partido (y su líder) con la mayoría relativa, arrojando la sospecha de que en el futuro se afectase a las garantías constitucionales, preparando así un retorno al autoritarismo¹.

El proyecto de ley constitucional se presentó al Senado el 8 de abril del 2014, recibiendo modificaciones sustanciales en su trámite parlamentario y aprobándose de manera definitiva por la Cámara el 12 de abril de 2016. Un procedimiento legislativo que duró algo más de dos años, sostenido inicialmente por una pluralidad de sujetos políticos (el *Partito Democratico*, *Nuovo Centro Destra*, *Scelta civica per l'Italia* y *Forza Italia*), pero con la cercanía del referéndum fue perdiendo muchas piezas, con parlamentarios, algunos muy notables, que desarrollaron una aguerriada campaña electoral en la que animaban a rechazar en referéndum la ley que ellos mismos habían votado varias veces en el Parlamento. Obviamente, el eterno transfuguismo italiano debilitaba la razón sustancial de la reforma y contribuía al efecto plebiscitario de personalización del referéndum, de modo que parecía que el elector ya no votaba sobre la reforma constitucional, sino sobre la destitución del Presidente del Consejo. A ojo de buen cubero, en sede parlamentaria, el proyecto había sido votado favorablemente con un porcentaje entre el 56% y el 58%².

1.2. El medio plazo

Desde el punto de vista formal, el medio plazo de la reforma comienza con la creación de la comisión parlamentaria bicameral presidida por Aldo Bozzi (1983-85), seguida de la dirigida por De Mita y Jotti (1992-94) y de la de D'Alema (1997-98). Ninguna de estas comisiones, después de trabajos extenuantes, logró presentar al Parlamento una proposición de ley constitucional. A partir de la mitad de los años 80 del siglo pasado, el sistema político italiano comenzó a emitir mensajes cada vez más insistentes sobre la necesidad de una reforma de los elementos institucionales. Se ha de hacer notar que desde el año 87 hasta hoy, de veinte Gobiernos, quince han tenido un ministro sin cartera responsable de las reformas institucionales.

1 G. ZAGREBELSKY, *Loro diranno, noi diciamo*, p.32: «La *Italicum* es incompatible con toda la parte I de la Constitución [...] La pareja *Italicum* -revisión constitucional hace evidente que el verdadero objetivo de la reforma consiste en mover los elementos institucionales a favor del ejecutivo».

2 Sobre el *iter* parlamentario de la reforma constitucional, M. RUBECCHI, «Il percorso della riforma», en AA.VV. *Perché Sì*, Bari, 2016.

A comienzo de los años 90 se produce la primera transformación radical del sistema político sin que se modifique el texto constitucional: en virtud de la nueva configuración del orden internacional y de la ofensiva interna de la judicatura frente a la corrupción política, quedaba pulverizado el sistema de partidos que había generado y sostenido la vida de la República constitucional. El referéndum abrogativo de 1991 (sobre la preferencia única) y el de 1993 (sobre el colegio uninominal) marcaron un giro decisivo hacia la instauración de una democracia mayoritaria. Y, en efecto, siempre sin modificar la Constitución, el sistema político italiano experimentaba por primera vez la alternancia en la dirección de gobierno. Pero el paréntesis mayoritario duró poco menos de un decenio, porque la aprobación por parte del Parlamento de la ley electoral 270/2005 llevaba otra vez el sistema político a la lógica de la inestabilidad: reivindicada explícitamente como un artefacto para impedir la victoria probable de la coalición de centro-izquierda, la mayoría del centro-derecha adoptó al final de la legislatura una ley que lograba tanto en el 2006 como en el 2013 impedir la formación de una mayoría de gobierno estable. La ley 270/2005 adoptaba una fórmula electoral de tipo proporcional con premio a la mayoría para la lista o la coalición más votada en una sola votación. A esto se añadían listas bloqueadas, que se votaban sin la posibilidad de expresar preferencias, y se impedía la pluricanidatura, esto es, la posibilidad de que un candidato se presentase en varios colegios. En el lenguaje periodístico se consolidó la expresión de «Primera República» para describir el sistema político del 48 al 89, «Segunda República» para el paréntesis mayoritario del 91 al 2005; y «Tercera República» para el retorno a la proporcionalidad del 2005 a hoy³.

La estructura del bicameralismo paritario exigido por el artículo 94 de la Constitución («El Gobierno debe obtener la confianza de ambas Cámaras») ha mostrado una alta tasa de disfuncionalidad: en las últimas 6 elecciones, cuatro veces se ha producido una mayoría distinta en la Cámara y en el Senado, con la consiguiente dificultad para formar gobierno, dando ocasión para los transfugismos y la corrupción, normalmente acompañado de la inestabilidad del equipo gubernamental⁴.

3 Véase, M. CALISE, *La Terza Repubblica*, Bari, 2006.

4 En 1994, el Gobierno Berlusconi logró la mayoría del Senado gracias a algunos tráfugas (algunos de los cuales, más tarde han admitido haber recibido dinero para ello); en 1996, el Gobierno Prodi se sostuvo sobre la desistencia (o falta de competencia) provisional de *Rifondazione comunista*; los Gobiernos de D'Alema y luego Amato se mantuvieron gracias a los votos del centro-derecha del ex Presidente Cossiga; en el 2006, el Gobierno Prodi, tuvo que conquistar la mayoría voto a voto, apoyándose a menudo en senadores elegidos en la circunscripción del exterior o los senadores vitalicios; en el 2013 el PD había obtenido la mayoría en la Cámara, pero no en el Senado. Para una revisión,

1.3. El largo plazo

A menudo se califica a la Constitución de 1947 como un milagro constituyente. Al margen de la división ideológica entre el centro católico filo atlántico y la izquierda secular filo soviética, los representantes de los partidos políticos lograron alcanzar un acuerdo sobre las reglas de la vida en común. Protegidos (o cegados) por el velo de la ignorancia política, las primeras elecciones se desarrollaron en 1948, y tras ellas la Democracia Cristiana, el PSI y el PCI fundaron un orden constitucional basado en la desconfianza recíproca, duplicando el órgano legislativo bajo la idea de que independientemente de quien ganara las elecciones políticas, tendría dificultades para la realización de su programa. La insistencia en las garantías y la sospecha ante toda decisión política son testigos de una visión constitucional basada en la desconfianza. El mito de la Constitución compartida, unido al binomio Constitución-Resistencia antifascista, ha contribuido a solidificar la legitimidad social de la Carta Constitucional, mientras que la confianza tanto en el sistema político como en la forma de gobierno se iba erosionando progresivamente. Incluso en la campaña electoral de 2016 fueron muy eficaces en la opinión pública las apelaciones a la fundación heroica de los orígenes republicanos, a los valores de la Resistencia y a la importancia de no amenazar la función de unificación social promovida por una Constitución cuyos redactores (todos muertos en 2016) eran retratados como gigantes de la sabiduría política frente a los aventureros de una reforma mal escrita y peligrosamente autoritaria.

No está de más recordar que el proceso de formación de la Constitución italiana se benefició de la intuición política de Alcide De Gasperi, que logró ejecutar su idea de que el pueblo solo votara sobre la forma de estado, con un referéndum relativo a la elección entre monarquía y república, y que al mismo tiempo eligiera con un sistema proporcional a los candidatos propuestos por los partidos políticos, como miembros de una Asamblea constituyente, cuyo producto definitivo entraría en vigor sin la necesidad de una ratificación popular. De este modo fue posible alcanzar un consenso amplio entre las fuerzas políticas, no solo en virtud de la excepcionalidad de las circunstancias históricas que favorecían la razonabilidad en un escenario post-apocalíptico, sino sobre todo gracias al hecho de sustraer a la Asamblea constituyente la elección de la forma de estado –vista la división interna de la Democracia cristiana y el fuerte componente filo monárquico en el sur del país– y de privar al pueblo de una arriesgada deliberación sobre la misma Constitución. De este modo, una vez excluidos los fascistas, que durante mucho tiempo prevalecieron en la opinión pública, y luego

C. FUSARO, «Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno LXV Fasc.2 – 2015, p. 431 y ss.

los monárquicos, derrotados en el referéndum institucional del 2 de junio de 1946, los sujetos principales de la dinámica constituyente fueron los partidos políticos, los únicos organizados de tal modo que pudiesen ser correa de transmisión entre una sociedad civil lacerada y un aparato estatal suspendido entre la continuidad monárquico-fascista y el deseo frustrado de un nuevo inicio. Bajo esta luz se ve claramente cómo ha sido posible edificar el mito de la Constitución de todos, compartida, frente a una realidad política de congelamiento constitucional, en el que las propias fuerzas políticas generadas en el milagro constituyente pasaron inmediatamente al prosaico obstruccionismo que difería la entrada en vigor de las instituciones constitucionales (el Consejo Superior de la Magistratura y la Corte Constitucional en 1958, las Regiones y el referéndum abrogativo en 1970). En definitiva, la República constitucional era una República de partidos⁵, construida por los partidos políticos bajo el presupuesto del arquitecónico de la proporcionalidad, de manera que en el sistema político caben todos, a condición de que ninguno pueda gobernar de verdad. Como ha sintetizado de modo admirable Livio Paladin

«las fuerzas políticas representadas en la Asamblea tuvieron en común, respecto al pasado, el temor del retorno a un régimen autoritario; respecto al futuro, la idea de que los perdedores en cualquier caso debían sobrevivir a sus derrotas electorales, incluso si esto significaba una menor eficiencia del sistema. Por ello el rechazo al bipartidismo de tipo británico, o el fracaso de la propuesta de un Gobierno centrado en la figura del Primer Ministro; o la conservación de la proporcionalidad, también pensando en los futuros parlamentos»⁶.

La superioridad dada al principio de la representación política respecto al de la gobernabilidad se observa ya en el origen constituyente: la Asamblea que debía deliberar sobre la Constitución, pero no sobre la forma de estado, se diseñó como un gran parlamento, compuesto de 556 miembros, esto es, destinado a convertirse «en un inútil órgano pletórico para la redacción de la Constitución (de hecho [...] reservada a unos ochenta especialistas) y un parlamento frustrado que amplificaba la tensión política»⁷. De este modo, dentro de la constituyente se formaron tres subcomisiones, la segunda de las cuales recibió el encargo de elaborar las normas relativas a la forma de gobierno. Es curioso que en esta subcomisión no participó ninguna madre de la Constitución: evidentemente los tiempos estaban maduros para una contribución fe-

5 P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti*, Bologna, 1997.

6 L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, p.61.

7 P. POMBENI, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, 2016, p.95.

menina a la *dignified constitution*, pero las reglas sobre el funcionamiento del poder quedaron al apañío exclusivo de los padres. La lectura de los debates de la segunda subcomisión nos devuelve a un clima cultural libre y apasionado, favorecido por la ausencia de publicidad, pero achatado por una escasa cultura comparatista⁸. Como hizo notar uno de los padres constituyentes más reverenciados, Pietro Calamandrei, «el texto no es un ejemplo de escritura hermosa, diría que incluso está carente de estilo», porque «los componentes de esta asamblea, la comisión de los 75, los componentes de las subcomisiones, ni estaban ni están de acuerdo sobre los fines, las metas y el ritmo de la revolución que está por hacer»⁹.

Ante la división insuperable sobre la forma de gobierno a adoptar, la segunda subcomisión alcanzó un acuerdo sobre el orden del día propuesto por Tommaso Perassi: «teniendo en cuenta que las condiciones de la sociedad italiana no responden ni al gobierno presidencial, ni al de directorio, se adoptará un sistema parlamentario que habrá de ordenarse, no obstante, con los mecanismos constitucionales idóneos para garantizar la exigencia de estabilidad de la acción de Gobierno y evitar la degeneración del parlamentarismo». Con 22 votos a favor, 6 abstenciones y ningún voto en contra, los padres constituyentes, el 4 de septiembre de 1946, se comprometieron a proponer a la Asamblea constituyente una forma racionalizada de gobierno parlamentario que evitase el regreso a las derivas asamblearias de la tercera república francesa. Pero el orden del día de Perassi acabó siendo una promesa incumplida en el proceso constituyente y el compromiso político se alcanzó a la baja, redactando unas pocas y vagas normas sobre el poder ejecutivo, evitando introducir instrumentos de estabilización del gobierno parlamentario y dejando la configuración concreta de la forma de gobierno a la dinámica de la política y de sus sujetos centrales, los partidos. De la racionalización ausente se pasó bien pronto a la construcción de la partitocracia, que ha estructurado el sistema político italiano desde 1948 hasta 1992. Sin embargo, es oportuno recordar que los padres tenían una noble concepción de su labor y eran conscientes de las limitaciones de los resultados a conseguir; el mismo Presidente de la Asamblea constituyente, Meuccio Ruini, a la hora de presentar al pleno el proyecto de Constitución, antes de la votación, se expresó en los siguientes términos:

«al darnos una Constitución de carácter rígido, como exige la tutela de la libertad democrática, hemos establecido un proceso de revisión de la misma, que exige una reflexión meditada, pero que no cristaliza en una inmovilidad estática. Existe el modo de modificar

8 U. DE SIERVO, «Modelli stranieri ed influenze internazionali nel dibattito dell'Assemblea costituente», *Quad. Cost.*, 1981, pp. 279 ss.

9 P. CALAMANDREI, *AC, A*, pp. 1743-1755.

y corregir con suficiente libertad de movimientos. Y así sucederá; la Constitución se irá perfeccionando gradualmente y quedará como la base definitiva de la vida constitucional italiana. Nosotros mismos –y nuestros hijos– remediaremos las lagunas y defectos que existen, y que son inevitables [...]. Hay defectos; hay lagunas, y también exuberancias; hay incertezas en algunos puntos [...]. Nosotros somos los primeros en reconocer esas imperfecciones [...]. La segunda parte de la Constitución –ordenamiento de la República– ha generado muchas dificultades. Ha de tenerse presente que en la construcción de nuestra República no hemos tenido, como en otros países, una tradición a la que dar continuidad. Estaba todo por hacer. Y no hemos resuelto con absoluta satisfacción todos los problemas institucionales. Por ejemplo, para la composición de las dos Cámaras y de su sistema electoral, que se ha remitido a la ley ordinaria»¹⁰.

Así las cosas, solo dos meses después de la entrada en vigor de la Constitución, la propia Asamblea constituyente adoptó una ley electoral proporcional también para el Senado, comenzando el proceso de igualación de la segunda cámara respecto a la primera. Ya en el año 1948, el presidente del Senado De Nicola, había establecido un Comité de estudio de modificación de la composición del Senado y en 1953 se inició la costumbre constitucional de disolver anticipadamente el Senado para equiparar la duración de su mandato con el de la Cámara (en la primera versión de la Constitución, el mandato de la Cámara duraba cinco años y el del Senado seis). Esa praxis, luego encontró fundamento textual en el artículo 60 con la ley de revisión de 1963 que igualó a cinco años la duración del mandato de ambas Cámaras. En ese año se consolidó la excepcional estructura del bicameralismo italiano, calificado desde entonces como paritario, indiferenciado o repetitivo. Pese a que permanece una diferencia conspicua en el sufragio activo (el artículo 58 especifica que «los senadores son elegidos por sufragio universal y directo entre electores que han superado los veinticinco años de edad», frente a la regla general del artículo 48 que califica como «electores a todos los ciudadanos, hombres y mujeres, que han alcanzado la mayoría de edad»), y aunque los reglamentos parlamentarios son distintos para cada Cámara (en virtud de la autonomía concedida por el artículo 64), en el conjunto de atribuciones y funciones de las dos Cámaras, esencialmente una es repetición de la otra. La idea de que una Cámara controla lo realizado por la otra, de ahí la función de compensación o reflexión del Senado, encontraba una vez más su fundamento político-ideológico en la desconfianza recíproca entre las fuerzas políticas dominantes durante el periodo constituyente; no en vano, hasta 1994 existió la convención constitucional según la cual la Presidencia de la Cámara baja le correspondía a un representante de la minoría. Pero, dada una

10 M. RUINI, AC, 22 de diciembre 1947.

estructura del poder legislativo intencionadamente disfuncional, ¿cómo ha podido ser la producción legislativa tan abundante? La respuesta se encuentra en la disciplina del partido, férrea en los primeros años de la República, y evaporada, con algunas excepciones sustanciales, en el marco político actual. Naturalmente, el precio a pagar por esta conformación tan singular ha sido la escasa estabilidad del Ejecutivo: 61 Gobiernos en 70 años de República; de 1948 a 1994 la duración media de los Gobiernos ha sido de once meses. Después de treinta años de fracasos, también el Gobierno Renzi intentó poner remedio a esta situación disfuncional y de inestabilidad crónica.

2. EL PROYECTO DE LEY CONSTITUCIONAL (LA LLAMADA LEY BOSCHI-RENI).

El proyecto de ley constitucional se proponía modificar varios institutos, todos de la segunda parte del texto constitucional. Incidía sobre 47 artículos de los 134 vigentes, adoptándose la técnica de enmendar el texto sin sustituirlo. De estos 47 preceptos, cerca de un tercio, unos 16, tendrían que ser modificados a consecuencia de la necesaria adaptación técnica en relación con la reforma de otros artículos. Así, desde el punto de vista sustancial, la propuesta de reforma pretendía modificar 30 de los 80 artículos de la segunda parte, persiguiendo una estrategia institucional coherente: de una parte superar la estructura de un bicameralismo indeferenciado, modificando estructura y funciones de la segunda cámara, de otro lado, reordenando las relaciones entre el centro y la periferia, intentando desinflar el contencioso que explotó justo después de la segunda reforma constitucional de 2001. El proyecto de reforma, además, daba a entender que se estaba ante un momento propicio para modificar otros institutos, como el procedimiento legislativo o el referéndum, y suprimir el Consejo Nacional de la Economía del Trabajo, que los constituyentes imaginaron al modo de un órgano central de mediación entre los conflictos del capital y del trabajo, si bien en la experiencia republicana se mostró inútil, costoso y obsoleto. Así las cosas, en su sustancia política, el proyecto de revisión quería reforzar el poder estatal frente a las autonomías regionales ordinarias y reforzar la función y posición del Gobierno en el Parlamento, actualizando el funcionamiento de la forma de gobierno parlamentario. Es oportuno recordar que, a diferencia de otros proyectos de reforma institucional, este no modificaba ni los poderes del Presidente del Consejo, ni intervenía sobre las normas relativas al poder judicial.

La reforma preveía en paralelo una revisión del Título I de la Constitución, relativo al Parlamento, y del Título V, referida a la autonomía territorial. El Senado habría transformado radicalmente su estructura y sus funciones, componiéndose de 74

consejeros regionales más 21 alcaldes, seleccionados con un método a especificar en leyes sucesivas. La propuesta de composición del Senado recibió fuertes críticas y fue objeto central de la campaña electoral previa al referéndum. Esa composición daba cuenta del margen de acuerdo dentro del Parlamento; en la coyuntura del momento, la adopción de un *Bundesrat* a la alemana, hubiera favorecido en exceso al PD, que ostentaba el Gobierno en la mayoría de las Regiones (produciendo la paradoja de que el Senado hubiera estado compuesto según los requisitos del centro-derecha, que, sin embargo, habría hecho campaña en favor del no, precisamente en razón de la incierta naturaleza de la Cámara alta). Desde el punto de vista institucional se ha de subrayar un fenómeno raro: los senadores de la XVII legislatura habrían votado la supresión de su propio cargo político, y habrían propuesto al pueblo una conspicua reducción del número de escaños, de 315 a 100, previendo que los futuros senadores recibiesen solo la remuneración por su cargo de origen (consejero regional o concejal).

El nuevo Senado hubiera quedado excluido de la relación de confianza con el Gobierno y se habrían modificado sus funciones legislativas, mediante una reescritura del elenco de competencias previstas en el artículo 70. Fuera del circuito fiduciario, el Senado no hubiera estado sujeto a la disolución anticipada, ni podría haberse valido de la cuestión de confianza, transformándose en una cámara de garantía del autonomismo. Se perseguía erigir en el centro un lugar de negociación entre los intereses nacionales y los regionales antes de la aprobación de actos legislativos, con la intención de reducir los conflictos ante la Corte Constitucional que crecieron exponencialmente tras la reforma del 2001, y llevar así a los políticos elegidos en las comunidades territoriales a decidir cuestiones político-administrativas.

El nuevo Senado también podría haber sido un lugar de comunicación entre la legislación nacional y la dimensión europea, atribuyéndosele la competencia de concurrir «al ejercicio de la función de conexión entre el Estado, los entes constitutivos de la República y la Unión Europea» (art. 55 en el texto de la reforma). Este aspecto, totalmente olvidado en un debate obsesionado con la perspectiva nacional, se proponía adecuar los procedimientos decisorios a la *governance* multinivel, consolidada en el proceso político europeo¹¹.

11 Sobre este punto. P. RIDOLA, «Il nuovo bicameralismo italiano e l'Unione europea», en AA.VV., *La Riforma della Costituzione*, Milano, 2016, pp. 42 y ss.; A. MORRONE, *Trasformazioni costituzionali*, Torino, 2016, pp. 45 y ss. Para la tesis según la cual eliminar la elección directa de senadores habría vulnerado el principio de la soberanía popular del art. 1 de la Constitución, A. PACE, «Le ragioni del no», en AA.VV., *La Costituzione bene comune*, Roma, 2016, pp. 27 y ss.

La reforma constitucional también quería corregir dos graves problemas que habían afectado a la producción normativa republicana: la crisis del referéndum abrogativo y la degeneración de la legislación de urgencia. En lo que respecta a lo primero, se pretendía reformar el artículo 75 en el sentido de que «la propuesta sometida a referéndum se considera aprobada si a la votación participa la mayoría de los que ostentan el sufragio, o si, propuesta por ochocientos mil electores, participa la mayoría de votantes de las últimas elecciones a la Cámara de diputados, y se reúne la mayoría de los votos válidamente emitidos». De este modo, se remediaría la agonía del referéndum que, salvo pocas excepciones, se había sumido en el fracaso por la imposibilidad de alcanzar el quórum estructural previsto en el texto original.

En lo que respecta a los decretos de urgencia, por el contrario, la reforma codificaba los límites que la jurisprudencia constitucional había impuesto al Gobierno y, al mismo tiempo, preveía un procedimiento preferente para su aprobación, el llamado mecanismo del voto a día fijado introducido en el artículo 72, con el fin de garantizar una efectiva dirección política. El diseño original de un gobierno débil se manifiesta en la igualdad formal del poder ejecutivo con el parlamentario individual en lo atinente a la iniciativa legislativa, lo que ha provocado el uso de los decretos de urgencia, práctica tantas veces criticada como utilizada con la reiteración de decretos-leyes no convalidados; a lo que se añade el llamado maxi-enmendamiento de la ley de conversión, en el que los intereses particulares encuentran paso en la legislación gracias a la influencia de los lobby, permitida por la deriva asamblearia, y lógicamente en detrimento de la calidad legislativa. De este modo, el Gobierno, que el constituyente quiso débil, progresivamente se ha transformado en un Gobierno prepotente, con el uso del instrumento excepcional del decreto-ley en lugar de un iter ordinario que en una democracia parlamentaria permite al Gobierno ser motor de la legislación¹².

Pero el reforzamiento del Gobierno ante el Parlamento, considerada por el Gobierno que proponía la reforma como beneficioso para la consolidación de la democracia mayoritaria, se percibía por buena parte de la doctrina constitucional y de la mayoría de la opinión pública como una consolidación indebida de los poderes del Presidente del Consejo, en tanto que carente de una legitimación democrática directa; a su vez se tomaba como una traición a los valores fundamentales del pacto constitucional originario. Así las cosas, mientras que la opinión pública discutía los

12 Cfr. S. CECCANTI, *La transizione è (quasi) finita*, Torino, 2016, p. 55: «Los decretos-leyes nacen a menudo magros, sino directamente anoréxicos, pero luego muchas veces se convierten en seres obesos, lo que no ocurriría si el Gobierno fuese el eje del procedimiento».

aspectos particulares de la reforma, los medios de comunicación y las redes sociales alimentaban una polarización plebiscitaria, sustituyendo la elección sobre el tipo de gobierno parlamentario, por un juicio sobre la persona que en ese momento ejercía el cargo de Presidente del Consejo. Pero, ¿cómo se llegó al referéndum constitucional del 4 de diciembre de 2016?

3. LA DELIBERACIÓN CONSTITUCIONAL 2.0, LA POLARIZACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA Y LA FRAGMENTACIÓN DEL SISTEMA POLÍTICO

De acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 138 de la Constitución, el Parlamento había aprobado con mayoría absoluta el proyecto de ley constitucional propuesto por el Gobierno. Las fuerzas políticas que habían apoyado la revisión constitucional en la fase parlamentaria incluían al partido de la mayoría relativa (PD), sus socios en el «gobierno de amplio acuerdo», la *grosse Koalition* que había formado con la UDC, una formación de inspiración centrista, y con lo que quedaba de la derecha, en vía de reconfiguración tras la disolución del poder personal de su líder Silvio Berlusconi. Al no haberse obtenido en el Parlamento la mayoría de dos tercios parlamentarios, que habría causado la automática entrada en vigor de la reforma, tanto de la minoría como de la mayoría pidieron la celebración del referéndum del artículo 138. Las razones de este trámite, insertado de forma eventual en el procedimiento de reforma constitucional, se pueden encontrar en la visión inicial de los constituyentes, que diseñaron la parte organizativa e institucional bajo la desconfianza mutua. Al evitar formular una distinción entre el procedimiento de reforma total y el procedimiento de reforma parcial (como está previsto en algunas Constituciones europeas), y sospechando injustamente que era excesivamente rígida la introducción de un quórum cualificado (como el de 2/3 para cada Cámara, previsto en la Constitución alemana), los constituyentes alcanzaron un acuerdo de compromiso, que al tiempo se revelaría disfuncional, estableciendo un trámite eventual, el del referéndum, que se activaría cuando las Cámaras alcanzasen solo la mayoría absoluta. Se ha de hacer notar incidentalmente que en la concepción originaria, formalmente no se especificaba la función de control del referéndum, dejando abierta la posibilidad de que fuese utilizado por la mayoría con la intención de colmar su déficit de legitimidad política. La reciente experiencia europea ha ensañado una dura lección a aquellos líderes como Cameron y Renzi, que, seguros del consenso popular del momento, sin embargo, han experimentado en su propia piel el efecto boomerang del referéndum a resultas de las oscilaciones en la opinión pública.

En la votación del 4 de diciembre de 2016 participó una parte bastante amplia del electorado (el 65%) y ganó el no obteniendo el 58% de los votos. Más allá de la imagen político-mediática de una «avalancha de votos» atropellando al Presidente del Consejo, no está de más subrayar el dato constitucional de que una minoría del electorado (el 38%) rechaza una reforma constitucional aprobada por la mayoría del poder legislativo. Más paradójica aún es la dinámica de los senadores de la XVII legislatura: pese a haber votado su propia supresión, resucitaron por aclamación popular.

Desde el punto de vista de la opinión pública se ha de observar que el referéndum, por su propia naturaleza, posee una naturaleza bipolar y tiende a dramatizar la elección. Sin embargo, los primeros análisis sobre el comportamiento electoral ofrecen un mosaico complejo¹³. Antes de nada se ha de hacer ver que el referéndum dividió al mundo académico como nunca: mientras que los intentos anteriores habían reunido a los constitucionalistas en una posición de combate contra las reformas propuestas (o aprobadas por el Parlamento, como la del 2006), en el 2016, el esfuerzo reformador fue sostenido por una parte no menor de los estudiosos del derecho constitucional, y en mayor medida de derecho constitucional comparado¹⁴.

En cambio, los ex Presidentes de la Corte Constitucional, cuando participaron en la campaña, lo hicieron de manera compacta a favor del no. Obviamente, la *forma mentis* del juez constitucional se plasma en su cercanía al documento que ha de defenderse contra los asaltos de la legislación, si bien no se ha de excluir un interés

13 <http://www.youtrend.it/2016/12/09/referendum-costituzionale-tutti-numeri/>. Véase también <http://www.sisp-pope.unisi.it/attivita/> (ambas visitadas en junio de 2017).

14 Sobre las consecuencias del referéndum sobre el papel de la doctrina, véase. A. A. CERVATI, «Diritto costituzionale, mutamento sociale e mancate riforme testuali», *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n.1/2017, <http://www.rivistaaic.it/diritto-costituzionale-mutamento-sociale-e-mancate-riforme-testuali.html> (visitada en junio de 2017): «para volver a interrogarse con toda libertad sobre los límites de un uso exclusivamente formal y sistemático de la retórica especializada de los constitucionalistas, sería necesario reconstruir, como ya se ha apuntado, los puentes entre el estudio del derecho constitucional y la cultura jurídica nacional, entre la historia social y política y las disciplinas humanísticas; puentes que se rompieron debido a un largo proceso de un tecnicismo jurídico exasperante, con el resultado de que las disciplinas jurídicas se han hecho más permeables a las exigencias de los poderes económicos y políticos». Para un mapa del debate académico, G. DELLEDONNE y G. MARTINICO, «Yes or No? Mapping the Italian Academic Debate on the Constitutional Reform», *Italian Law Journal, Special Issue, The 2016 Italian Constitutional Referendum: Origins, Stakes, Outcome*, <http://www.theitalianlawjournal.it/data/uploads/pdf/1-2017/italj-special-issue-2017.pdf> (visitado en julio de 2017).

en la defensa del poder y de la capacidad de influencia del órgano al que sirvieron, refugiados frente a la responsabilidad política y (con la excepción de los jueces ponentes), aislados del control de la opinión pública¹⁵.

El mundo político, en cambio, ha quedado desgarrado por el referéndum: todas las formaciones políticas han padecido divisiones internas, con la relevante excepción del M5S, firme en el no; en el caso del partido con mayoría relativa, el PD, promotor de la reforma, directamente se ha producido una escisión con el nacimiento de una nueva formación política. Los movimientos más significativos de la opinión pública, se han producido, sin embargo, solo en dirección al no, con el resultado de que, cuanto más se acercaba la fecha del referéndum, más se tenía la impresión de que solo la parte del Partido Democrático que sostenía al Presidente del Consejo fuese promotora de la reforma.

También se ha de dar cuenta del enfrentamiento televisivo que se produjo el 30 de septiembre entre Matteo Renzi y Gustavo Zagrebelsky, esto es, entre el Presidente del Consejo y un Presidente emérito de la Corte Constitucional, y en el cual, intercambiando los papeles, el primero mostró una notable capacidad técnica en derecho constitucional, mientras que el segundo desfogaba un verbo político inédito.

A la luz del voto, se constatan las profundas fracturas territoriales: en el sur y en las islas ha prevalecido el no con mayoría muy amplia, en el norte se han dado diversos resultados, y el centro ha recuperado un mapa de voto sustancialmente idéntico a la tradición cívica en la Italia Republicana, tal y como sugirió Putnam¹⁶. También dentro de las regiones, se encuentran diferencias notables entre los grandes centros urbanos y las áreas periféricas y provinciales, con los significativos ejemplos de Milán y Roma, donde ha ganado el sí, y la Lombardía y el Lazio, donde ha ganado el no.

Todavía es más severo el *cleavage* generacional: mientras que los mayores de cincuenta fueron propensos a la reforma, quizá conscientes o agotados de la saga de treinta años, los jóvenes, en cambio, han votado netamente por el no, expresando al mismo tiempo una desconfianza en la clase dirigente actual, y una reverencia de tipo religioso por la generación de los fundadores¹⁷. El 4 de diciembre de 2016 se

15 Para una excelente reconstrucción histórico-comparativa de la ausencia de opiniones disidentes en la Corte constitucional italiana, A. DE MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, Napoli, 2016, pp. 317 y ss.

16 R. PUTNAM, *Making Democracy Work*, Princeton, 1993, p. 97. La única diferencia sustancial entre el mapa de Putnam sobre el sentido cívico en las regiones italianas del 1993 y los resultados electorales de referéndum del 2016 la constituye el Véneto, donde ha prevalecido el no. Una explicación podría ser la erosión del sentido cívico producido por la hegemonía de la *Lege Nord* en estos territorios.

17 «Los jóvenes desempleados, las personas con los ingresos más bajos. Ellos son los que han

ha manifestado como un momento jeffersoniano invertido: los hijos han rechazado el nuevo orden constitucional propuesto por los padres, retomando el lazo espiritual de los abuelos muertos.

4. ¿HACIA UNA «JURISTOCRACIA» A LA ITALIANA?

El proyecto originario de los padres y madres de la Constitución italiana estaba inspirado en el tipo ideal de la democracia de reparto de poder: fundado en la sospecha recíproca y en el temor a la victoria del adversario, su constitucionalismo ansioso había debilitado intencionadamente la racionalización del parlamentarismo, reforzando el sistema de garantías en detrimento de la eficacia y de la estabilidad del poder ejecutivo. Desde esta visión, el ciudadano habría elegido a los representantes, delegando a sus partidos la dirección política. No se quería que los ciudadanos directamente marcaran la dirección política; de ahí que se excluyera tanto la forma de gobierno presidencial, como la posibilidad de una lección directa del Presidente del Consejo incluso bajo una forma de gobierno parlamentario.

Con la caída del sistema tradicional de partidos, ocurrido en la última década del siglo pasado, el sistema institucional entró en una profunda crisis, intentando adecuar la Constitución formal a las mutaciones estructurales e ideológicas del sistema político. Desde 1948 hasta hoy se han aprobado 18 leyes de revisión constitucional, de las cuales solo una recibió la ratificación popular (2001). Todos los intentos de grandes reformas han fracasado, sea dentro del sistema político, o por el consiguiente rechazo popular (2006 y 2016). La lección que puede sacarse de la falta de reformas institucionales es que, el sistema fracasa cada vez que se mueve en busca del amplio acuerdo que exige una reforma constitucional; las cuatro comisiones especiales para la reforma jamás han producido una ley. La dialéctica parlamentaria ha sido inadecuada para la tarea de terminar el proceso de las reformas constitucionales. Al contrario, cuando el Gobierno y su mayoría han tomado el mando de los trabajos parlamentarios (2000, 2005 y 2016), el Parlamento logró aprobar leyes constitucionales de amplia reforma del sistema político, pero sin alcanzar la mayoría de 2/3 y abriendo así la vía del referéndum ratificatorio. Pero mientras que el referéndum del 2001 confirmó la decisión parlamentaria (que se mostró nefasta a juicio de los estudiosos, la Corte constitucional y los actores políticos, que quince años después pedían una contrarreforma), en cambio, los referéndums de 2005 y 2016 sanciona-

llevado el no a la victoria, en lo que parece más un voto antisistema que una defensa del texto constitucional» (infodata.ilsole24ore.com, 5 diciembre 2016).

ban la oposición del pueblo a la reforma propuesta por líderes carismáticos. No obstante, se ha de subrayar que en las reformas del 2001 y del 2005, tras la aprobación de la ley de revisión constitucional y el referéndum, vinieron elecciones legislativas que abrieron paso a un cambio de mayoría política; por el contrario, el referéndum del 2016, habiendo una continuidad en el Gobierno, provocó el efecto plebiscitario que identificó el rechazo a la reforma y la «desconfianza» al Presidente del Consejo.

Por otro lado, la adopción de la ley electoral de 2015, la aprobación de la reforma constitucional en el Parlamento, su rechazo por el cuerpo electoral en 2016, y la nueva sentencia de la Corte constitucional en el 2017 sobre la ley electoral, muestran cómo los dos planos, el legislativo-electoral y el constitucional, se entrecruzan y están sujetos al principio *simul stabunt, simul cadent*. Después del rechazo a la reforma constitucional se mantuvo en vigor un bicameralismo paritario con una ley mayoritaria para la Cámara y una proporcional para el Senado, con un riesgo bien fundado de que el siguiente proceso electoral trajese mayorías diversas entre la Cámara baja y alta, con la consecuente dificultad para formar Gobierno. De este modo, después de que el cuerpo electoral rechazase la reforma constitucional cruzándose con la ley electoral, la Corte constitucional declaraba la inconstitucionalidad de la ley electoral cruzándose con la falta de reforma constitucional.

Declarando inconstitucional una ley electoral nunca aplicada, la Corte innovaba profundamente el sistema de justicia constitucional italiano, tradicionalmente centrado sobre la *factio litis*, al introducir un control abstracto y preventivo de la ley¹⁸.

Con sus dos decisiones pioneras sobre la ley electoral, la Corte constitucional ha logrado reorientar el derecho electoral dentro del paradigma proporcional. Erigiéndose en custodia de los valores originales y de la visión de los padres constituyentes, ha declarado inconstitucionales las leyes electorales del 2005 y del 2015 y ha reconducido el sistema político a la lógica de reparto de poder del periodo de fundación republicana. Es significativo un párrafo de la Sentencia 35/2017 en el que la Corte, declarando la inconstitucionalidad de la técnica de la «segunda vuelta»

18 Los comentarios a la Sentencia 52/2017, ofrecen de modo casi unánime un panorama apoloético, aunque hay críticas como la de P. PASQUINO, «La Corte decide di decidere ma non coglie la natura del ballottaggio», en http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/01/nota_35_2017_pasquino.pdf (visitado en junio de 2017): «si bien es inevitable que la justicia constitucional extienda su control sobre todas las leyes que amenazan con romper el pacto entre ciudadanos y Estado (esto es, la Constitución), la tendencia frente a la transformación del Estado constitucional en un *Justizstaat* supone el riesgo de deformar el carácter poliárquico de la democracia representativa, lo que es peligroso incluso para la Corte».

tal y como estaba dispuesto en la ley electoral 52/2015, realizaba una ponderación entre el principio de representación y el principio de gobernabilidad, sancionando la superioridad de primero sobre el segundo:

«la aplicación de un sistema con segunda vuelta debería tener en cuenta necesariamente la función específica y la posición constitucional de la asamblea, órgano fundamental en la estructura democrática del conjunto del ordenamiento, teniendo en cuenta que, en una forma de gobierno parlamentaria, cada sistema electoral, si bien ha de favorecer la formación de un gobierno estable, tiene en primer lugar que asegurar el valor constitucional de la representatividad».

De este modo, la alianza entre Corte constitucional y opinión pública contra el Parlamento ha cerrado el breve periodo de la democracia mayoritaria en Italia y ha confirmado el retorno a la democracia de consenso. Sin embargo, la democracia de cuotas, en el contesto bipolar de la primera República, todavía funcionaba, aunque fuese mal, gracias a la existencia de partidos políticos tradicionales, asentados en el territorio, orientados ideológicamente y con férrea disciplina interna. El periodo de acuerdo amplio, sin embargo, parece difícilmente replicable en un ambiente como el actual, en el que los partidos se han transformado en partidos personalistas, y donde solo dentro de uno de ellos (el M5S, lo que explica que se opusiese a la reforma y defendiese la proporcionalidad y el bicameralismo redundante) rige una disciplina de tipo férreo¹⁹. La jurisprudencia constitucional ha dejado en pie una normativa con la que se puede elegir un nuevo parlamento, pero seguramente no conduce a la elección de un nuevo Gobierno. Para evitar un bloqueo «a la española», con repeticiones electorales y dificultades para encontrar acuerdos de gobierno, el sistema político italiano ha sido empujado a la negociación de una nueva ley electoral.

El referéndum del 4 de diciembre, al rechazar la adaptación de la forma de gobierno, ha convalidado la estructura institucional italiana originaria, con su parlamentarismo no racionalizado y su bicameralismo redundante, consolidando la identidad constitucional italiana con una fuerte cercanía tanto a la sólida primera parte, la *dignified constitution*, como a su frágil y débil segunda parte, la *(in)efficient constitution*. El patriotismo constitucional italiano contemporáneo se parece así a

19 Los candidatos del Movimiento cinco estrellas rubricaron un contrato con una empresa privada dueña del logo, se someten a rígidas reglas internas entre las cuales la expulsión del disidente no es cosa rara y en las que, en cualquier caso, prevalece la voluntad del jefe, incluso en caso de consultas democráticas internas.

la *constitutional faith* estadounidense²⁰: una fe radicada en los valores originarios y una fidelidad a las generaciones pasadas, opuesta de modo polémico a los intentos de reforma de los elementos institucionales disfuncionales, propuestos por políticos vivos, frente a los que la desconfianza es máxima y muy debilísima su legitimación social.

Resumen

El artículo reconstruye el proceso que ha conducido al referéndum constitucional desarrollado en Italia en el año 2016, intentando evaluar las razones del resultado y sus consecuencias político-constitucionales. Se procede en cuatro partes: en la primera se sitúa la reforma fracasada en la línea en el surco de la historia de la ausencia de reformas constitucionales; la segunda parte recuerda el contenido del proyecto de ley de reforma constitucional sometido a referéndum; en la tercera parte se analiza las fracturas políticas, sociales, geográficas, ideológicas y generacionales que se perciben en el voto. En la cuarta se sostiene la tesis de que la única institución que saldría reforzada los recientes acontecimientos sería la Corte Constitucional, anunciando una transformación en sentido juristocrático del débil y fragmentado sistema político italiano.

Palabras claves

Italia, referéndum constitucional, forma de gobierno, reforma institucional, reforma constitucional, ley electoral, jurisprudencia constitucional.

Abstract

This paper goes through the process that ended in the constitutional referendum in Italy, 2006. The essay tries to evaluate the reason of its result and its political and constitutional consequences. It has four parts: the first one set the failed reform in the Italian empty history of constitutional reforms; the second one, recalls the main features of the constitutional reform voted in referendum; the third one, analyzes the political, social, geographic, ideological and age cleavages. In the fourth part, the papers sustains the thesis that only the Constitutional Court would be empowered in the fragile Italian political system.

Key words

Italy, referendum, system of government, institutional reform, constitutional reform, electoral law, constitutional jurisprudence.

Recibido: 1 de junio de 2017
Aceptado: 30 de junio de 2017

20 S. LEVINSON, *Constitutional Faith*, Princeton, 1988.

LA DEVALUACIÓN DEL DINERO COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL. EL EJEMPLO HISTÓRICO DE LA LIBRA ESTERLINA

MIGUEL JOSÉ ARJONA SÁNCHEZ
Doctor en Derecho

SUMARIO:

1. Las devaluaciones y los excedentes del capital.
2. La devaluación en relación con la función constitucional de los bancos centrales, el caso del banco de Inglaterra.
3. Más allá de las finanzas: la «city» y el imperio.
4. El debate constitucional en la devaluación de Harold Wilson.
5. Las devaluaciones en el actual debate internacional.

1. LAS DEVALUACIONES Y LOS EXCEDENTES DEL CAPITAL

La adopción de la moneda única por parte de los países integrantes de la denominada eurozona, es decir, de aquellos Estados miembros de la Unión Europea que sustituyeron sus divisas nacionales por el euro, supuso su renuncia a una política monetaria propia, y en consecuencia, al uso de la devaluación como mecanismo para reequilibrar sus déficits financieros y comerciales con el área. La inspiración de esta renuncia, no había sido otra que la de los trabajos del economista canadiense Robert A. Mundell (por los que sería reconocido como el padre teórico del euro,¹ y

1 Y ello pese a que «muchos autores concluyeron que la UE no era un área monetaria óptima, y que la unión monetaria no era recomendable debido a la escasa integración comercial, la baja movilidad del trabajo, la persistencia de las diferencias estructurales entre el norte y el sur (centro-periferia) a pesar de los altos niveles de comercio intra-industrial y la ausencia de un federalismo fiscal fuerte para complementar la integración monetaria». Desajustes, que paradójicamente (y según algún autor como Theurl) pudieran dar lugar a una aceleración del proceso de integración política. PHILIPPE DE LOMBAERDEP, «Robert A. Mundell y la teoría de las áreas monetarias óptimas», *Cuadernos de Economía*, v. XVIII, n.º 31, Bogotá, 1999, pp. 39-64, p 55 y 57. Disponible en Web (mayo 2015): <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/ceconomia/article/view/11105/21040>

agraciado con el Premio Nobel de Economía en 1999²), que revitalizaron la teoría de las áreas óptimas³, como una metodología capaz de juzgar la conveniencia del uso de los tipos de cambio fijos, entre las monedas de los países con un alto grado de integración económica, como pretendía Europa⁴. La renuncia a la política cambiaria –como método de ajuste de los desequilibrios económicos entre regiones– era una vieja aspiración liberal, que consideraba a las devaluaciones como unas indeseables distorsiones de los mercados, cuya desaparición debía conducir a un aumento de la

2 Popularmente conocido como «Nobel de Economía», el Premio «Sveriges Riksbank» en Ciencias Económicas en memoria de «Alfred Nobel» fue entregado en su edición de 1999, en el Aula Magna de la Universidad de Estocolmo, el 8 de diciembre del mismo año. Tanto la grabación como el texto del discurso de «Robert A. Mundell» están disponibles en el sitio Web del Premio en su modalidad de ciencias económicas. El «Sveriges Riksbank», a veces denominado también «Banco Nacional Sueco» o «Banco de Suecia», fue el primer banco central de la historia. R. A. MUNDELL, «Nobel Prize Lecture by Robert A. Mundell», *The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1999*. Disponible en Web (consulta 12 diciembre de 2014): <http://www.nobelprize.org/mediaplayer/index.php?id=1347> [(Conferencia a cargo de «Robert A. Mundell» en agradecimiento por el Premio «Sveriges Riksbank» en Ciencias Económicas en Memoria de «Alfred Nobel» de 1999)]. R. A. MUNDELL, *A reconsideration of the twentieth century*, Prize Lecture, December 8, 1999, p. 225-243. En: AAVV; Nobel Lectures, *Economics 1996-2000*, Editor Torsten Persson, World Scientific Publishing Co., Singapore, 2003. Disponible en Web (consulta 12 diciembre de 2014): http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1999/mundell-lecture.pdf

3 R. A. MUNDELL, «A Theory of Optimum Currency Areas», *The American Economic Review*, Vol. 51, n.º 4 September 1961, p. 657-665. Disponible en Web (consulta octubre 2014): <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1812792?sid=21106025053383&uid=70&uid=2134&uid=2&uid=3738032&uid=4>

4 A. SWOBODA; «Robert Mundell et les Fondements Théoriques de l'Union Monétaire Européenne»; *Fonds monétaire international*, 13 décembre 1999. Disponible en Web (2 de marzo de 2015): <http://www.imf.org/external/np/vc/1999/121399.HTM>[o] A. SWOBODA, *Robert Mundell and the Theoretical Foundation for the European Monetary Union*; *Op. cit.* Si bien hay que señalar que la contribución de Mundell ha sido decisiva desde la publicación de su no extenso (menos de diez páginas) pero influyente artículo, algunos autores señalan que es de menor dimensión en comparación con la de Meade y Scitovsky. Ambos situaron al área de la moneda única en un análisis más general sobre la integración económica. [«Also, Mundell's contribution is narrower in dimension compared to Meade and Scitovsky. They both situated a single currency area in a more general analysis of economic integration»]. I MAES, «Optimum Currency Area Theory and European Monetary Integration», *Tijdschrift voor Economie en Management*, Vol. XXXVII, 2. 1992, p. 137-152, p. 142. Disponible en Web (consulta 10 de octubre de 2014): econ.kuleuven.be, https://feb.kuleuven.be/rebel/jaargangen/1991-2000/1992/TEM1992-2/TEM1992-2_137-152p.pdf P. 142.

productividad⁵. Sin embargo, la experiencia de la crisis económica y financiera, que azotaría a la eurozona a partir de 2007 pondría en duda las aspiraciones de dicha hoja de ruta respecto de la integración monetaria, y mostraría la falta de sintonía entre el proceso (protagonizado por países con fuertes divergencias económicas) y las previsiones más optimistas sobre las capacidades del mercado para solucionar los desequilibrios financieros y comerciales.

Por otro lado, lejos de Europa, la llegada de Donald Trump a la presidencia estadounidense volvería a resucitar una acusación, que no ha estado precisamente ausente en las complejas relaciones que los Estados Unidos de América y la República Popular de China han protagonizado durante las últimas décadas. Tanto en el transcurso de su campaña electoral, como durante los primeros meses de su presidencia, el líder estadounidense ha acusado repetidamente a China de manipular artificialmente a la baja su moneda, es decir, de llevar a cabo una deliberada devaluación del renminbi, como parte de su estrategia para hacer más competitivos los productos del gigante asiático en el país de las barras y las estrellas, y proteger así sus mercados frente a las importaciones del exterior⁶.

Tanto en la renuncia a las devaluaciones monetarias que han caracterizado las relaciones financieras y comerciales en Europa, como en la acusación estadounidense con respecto a China, se vislumbra un cierto interés por volver, sino a un sistema de cambios fijos propiamente dicho, sí –al menos– a un abandono de la devaluación monetaria como un instrumento de la política monetaria y comercial.

Para comprender esta aspiración, debemos entender lo que los cambios fijos entre divisas representan en un modelo económico tan intrínsecamente inestable como el capitalismo. Lo cierto es que la economía de mercado capitalista tiende a crear desequilibrios en forma de superávits y déficits financieros en un área concreta; si estos superávits y déficits los plasmamos en un área geográfica determinada (un bloque comercial), nos encontraremos con que el balance final de la producción de bienes y servicios conducirá a una acumulación de balances comerciales positivos en ciertos territorios, en la misma proporción que en otros

5 El artículo de Mundell que revitalizó el debate sobre las áreas monetarias fue el ya reseñado de: R. A. MUNDELL, «A Theory of Optimum Currency Areas», *Op. cit.*

6 Quejas de las que se ha hecho eco la prensa nacional estadounidense, la de la propia China y la prensa internacional. Véase, por ejemplo: M. YE HEE LEE, «Trump's outdated claims that China is devaluing its currency», *The Washington Post*, December 15, 2016. Disponible en Web (consulta 25 de julio de 2017): https://www.washingtonpost.com/news/fact-checker/wp/2016/12/15/trumps-outdated-claims-that-china-is-devaluating-its-currency/?utm_term=.fbc4250499d6

resultarán negativos. Desequilibrios que deberán de ser «reciclados»⁷ (para evitar su transformación en las tradicionales crisis de producción y/o consumo⁸, a las que el capitalismo tiene una tendencia natural) mediante flujos financieros correctores, que en el ámbito nacional han sido llevados a cabo principalmente⁹, a través del denominado principio de solidaridad, que ha caracterizado –respecto de esta cuestión– al *Welfare State* y al Estado Social y democrático de Derecho, y a través del cual el Estado se encargaba de asegurar un desenvolvimiento no traumático del ciclo económico capitalista, transfiriendo capital desde las áreas con acumulación de excedentes a las deficitarias.

Sin embargo, en el ámbito internacional, y ante la falta de un principio de solidaridad financiera transnacional, el recurso al ajuste en los tipos de cambio entre divisas, se ha convertido en un mecanismo por el cual los países deficitarios corrigen habitualmente sus déficits financieros, simplemente rebajando el precio de su moneda, lo que les proporciona un aumento de sus exportaciones, y una disminución de sus importaciones, equilibrando el diferencial acumulado. Unas correcciones monetarias que generan otras consecuencias económicas, generalmente no deseadas, y especialmente repudiadas por el liberalismo, que las considera una distorsión del mercado construida a través de una suerte de «competencia desleal», especialmente molesta para el lado excedentario. Incluso desde la perspectiva deficitaria, la crítica ha venido por su consideración como un obstáculo para una mayor profundización de las inversiones y las transacciones comerciales, debido a que supone una pérdida de valor para el propio capital. Así, desde las posiciones liberales, se ha propuesto una salida *mercatoria*, que bajo la disciplina de los preceptos de un área monetaria óptima consiguiera el reciclaje no como consecuencia del «falseamiento monetario», sino como consecuencia de una redistribución de los factores de producción en el territorio,

7 Por hacer referencia al «mecanismo de reciclado de excedentes», expresión usada por el profesor Varoufakis –ex Ministro de Finanzas de la República Helénica– que ha tenido un enorme éxito en la literatura económica respecto de los intercambios financieros internacionales. Y. VAROUFAKIS, *El minotauro global*, Capitán Swing Libros, Madrid, 2014, p. 122.

8 Para por así decirlo, que el sistema no quede «exhausto» por ninguno de sus «lados», ya sea éste el de la producción o del consumo, por no tener dentro de esa área concreta a quien vender o con que comprar...; o dicho mediante otra metáfora, para que «la bola de la economía pueda seguir rodando...».

9 Pero no en exclusividad, ya que tanto las teorías keynesianistas como del «New Deal» son más complejas y no sólo actúan en el ámbito territorial, sino generando transferencias de renta a los ciudadanos, mediante distintos mecanismos.

en función de las condiciones de productividad que encuentren y sean capaces de generar, sin necesidad de acudir a dichos ajustes en los tipos de cambio, y consecuentemente aumentando la productividad y la eficiencia económica del conjunto del área¹⁰.

Pese a que muchos han sido los análisis económicos realizados sobre la oportunidad de las devaluaciones como recurso de la política monetaria, la literatura ha sido mucho menos prolífica a la hora de analizar constitucionalmente el significado de estas devaluaciones, pese a que indiscutiblemente constituyen un recurso propio de la soberanía de los Estados, cuyas repercusiones para su constitucionalismo económico son muy importantes. Dicho estudio constituye el objeto principal del presente artículo.

Quizás el país más interesante para el estudio de la devaluación como recurso del constitucionalismo económico haya sido el Reino Unido, debido a que ha sumado a su condición como potencia industrial –cuna de la revolución industrial–, la de centro financiero internacional por excelencia. Así, con las tensiones deficitarias que afrontaría el país como consecuencia de su decadencia imperial tras la II Guerra Mundial, llegaría también una confrontación de intereses completamente contrapuestos en relación a la finalidad última del mecanismo devaluador, y cuyas implicaciones para su constitucionalismo económico serían evidentes, ya que conllevarían una visión bien distinta sobre el modelo económico y social que debía emprender en su etapa post-imperial. Un debate que enfrentaría dos visiones completamente distintas sobre la función constitucional del dinero, que hemos concretado en un momento histórico particular, el de la devaluación de la libra esterlina, decidida por el Primer Ministro británico Harold Wilson, en unos tiempos en el que el sistema de cambios fijos establecido en Bretton Woods comenzaba a mostrar evidentes síntomas de agotamiento.

10 En realidad, la teoría de las áreas monetarias no recomienda necesariamente la adopción de una moneda común en un área considerada óptima (basta con adoptar un sistema de cambios fijos), sino que hace depender dicha decisión de un análisis pormenorizado de beneficios y costes, entre los que se incluyen la reducción de los costes de transacción, la pérdida de independencia monetaria, y por supuesto, la definitiva –y crucial– renuncia al uso de los mencionados tipos de cambio para restablecer los equilibrios económicos entre territorios. M. A. PUCHADES NAVARRO, «De la Unión Aduanera a la Unión Económica y Monetaria», *Palau 14: Revista valenciana de hacienda pública*, n.º 32, 1998, p. 27-54, p. 18. Disponible en Web (consulta 3 de marzo de 2015):

<http://www.uv.es/~mpuchade/ADEDCH/UnionesMonetarias.pdf>

2. LA DEVALUACIÓN EN RELACIÓN CON LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS BANCOS CENTRALES, EL CASO DEL BANCO DE INGLATERRA

Probablemente, en ningún país habría un debate tan revelador sobre la función monetaria, como en el Reino Unido; cuando en pleno declive de su Imperio y por primera vez en su historia afrontara una muy seria contradicción en su política monetaria, sobre la que se depositaban gran parte de sus *commitments* constitucionales. Si la Preferencia Imperial había consensuado durante años, el valor de la solidez de la libra como un fin en sí mismo¹¹, el fin de dicho monopolio generaba una fuerte contraposición entre los intereses de la libra como divisa de reserva internacional y el de su consideración como moneda productiva; de la forma en que se resolviera dependería el futuro del Reino Unido como país manufacturero, y de su *city* como centro financiero internacional. Paradójicamente y aunque al pie de la calle se mantuvo siempre un importante consenso a favor de la solidez de la libra (convertida en todo un símbolo del poder británico y de su nostalgia imperial), entre sus extraordinariamente capaces élites financieras siempre se fue plenamente consciente de lo que estaba en juego.

Aunque el Reino Unido había tenido un indiscutible protagonismo en el diseño del nuevo sistema financiero internacional, su situación deficitaria tras la guerra, y el declive de su sistema imperial, hacían sufrir al país fuertes presiones inflacionarias, que obligaban a sus autoridades a bascular entre la tentación de optar por el control de su economía –y en concreto de su oferta monetaria–, u optar por continuar con sus planes de una liberalización comercial y de pagos, que de acuerdo con los planes financieros de la posguerra eran de una gran importancia, para una potencia financiera como Gran Bretaña¹². A finales de 1952, las aguas de los cambios fijos aún permanecían tranquilas, y el gobierno británico hizo público compromiso de liberalizar la libra en relación al comercio y los pagos, levantar las restricciones a los bancos británicos que operaban en el mercado de divisas a plazo en 1954, y lograr de facto la convertibilidad externa de las cuentas corrientes (por el apoyo oficial a la tasa de cambio de las libras transferibles) en marzo de 1955¹³. No obstante, a pesar de que el Reino Unido aún no había establecido la plena convertibilidad externa de su divisa (lo haría al final de dicha década, concretamente en 1958), y cada vez

11 Aquel «as good as gold».

12 C R SCHENK, «The origins of the eurodollar market in London: 1955-1963», *Explorations in Economic History*, n.º 35.2, 1998, p. 221-238, p. 222.

13 Ibid.

fuera más evidente su fragmentación, ésta se mantenía aún como un amplio medio de reserva e inversión, conviviendo con un sistema de control de sus capitales calificado como excesivamente poroso¹⁴. Resulta fácil de entender –no obstante– que bajo dichas circunstancias, la estabilidad del tipo de cambio fuera considerada especialmente esencial para conservar al área esterlina como una zona de comercio preferencial¹⁵, y mantener a la moneda británica como una divisa de reserva¹⁶. Como consecuencia de dicha prioridad, la especulación sobre la divisa británica pondría sobre la mesa un debate de: dar preferencia a la convertibilidad de la libra y a los intereses del Reino Unido como plaza y potencia financiera, u optar por retomar el control de su producción monetaria y su economía, protegiendo su capacidad industrial, y los avances sociales que de ella se derivaban¹⁷. La controversia tendría dos

14 «Although the United Kingdom had not yet established full external convertibility (it would do so in 1958), its system of capital controls was fragmented and porous. The pound was widely held as a reserve and investment medium and thus – in problem was widely held as a reserve and investment medium and thus – in contrast to the other currencies affected by Suez – was subject to speculative pressure. The problem was compounded by the transparency of the reserve position, which the government published each month. The official reserve target since the late 1940s was to maintain a minimum balance of \$ 2 billion (\$ 2,000 million). To fall through that floor would be interpreted in financial markets as a signal that devaluation or even floating would have to be seriously considered». [«A pesar de que el Reino Unido aún no había establecido la plena convertibilidad externa (lo haría en 1958), su sistema de controles de capital era fragmentado y poroso. La libra se mantuvo ampliamente como medio de reserva y de inversión y por lo tanto –en contraste con las otras monedas afectadas por Suez– estaba sometido a la presión especulativa. El problema se agrava por la transparencia de la situación de las reservas, que publicaba el gobierno cada mes. El objetivo oficial de reserva desde finales de la década de 1940 era mantener un saldo mínimo de 2 mil millones de \$ (2.000 millones de \$). Caer de ese suelo sería interpretado en los mercados financieros como una señal de que la devaluación o incluso la flotación tendría que ser considerada seriamente»]. J. M. BOUGHTON, « Northwest of Suez: The 1956 crisis and the IMF», *International Monetary Fund Working Paper*, International Monetary Fund, n.º 192 diciembre 2000, p. 12. Disponible en Web (consulta 3 de agosto de 2016): <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2000/wp00192.pdf>.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=880301

15 Malograda la preferencia imperial.

16 «(...) and it regarded exchange rate stability as essential for preserving both the sterling area as a preferential trade zone and sterling's broader role as a reserve currency». J. M. BOUGHTON, « Northwest of Suez: The 1956 crisis and the IMF», *Op. cit.*, p. 12.

17 Tras la II Guerra Mundial el Reino Unido comenzó la configuración de un Estado del Bienestar construido sobre un mayor control de las finanzas del país, así durante el mandato del Primer Ministro Clement Attlee tuvo lugar la fundación del «National Health Service», la extensión del «National Insurance», y la nacionalización del «Bank of England».

principales protagonistas, el Banco de Inglaterra y el Tesoro británico, que lejos de entablar un diálogo meramente técnico sobre la política monetaria a implementar, discutirían de forma muy franca y abierta sobre sus objetivos, lo que implícitamente enmarcaría la decisión, en una discusión sobre la prioridad de la política monetaria. Una lid que se haría progresivamente palpable como consecuencia del incremento de las tensiones especulativas sobre la libra, lo que aumentaría las contradicciones, aceleraría las decisiones, y finalmente pondría sobre la mesa la conveniencia de una fuerte devaluación.

En la tramoya se agitaba un dilema acerca de la función constitucional del dinero, que en parte ya había sido discutido unos años antes, por el Tesoro y el Banco de Inglaterra, a propósito del desarrollo del mercado de los eurodólares, y sobre los que ambas instituciones mantenían algunas diferencias. Como en aquel caso, la decisión de una devaluación de la esterlina ponía en fuerte riesgo la situación de Londres como centro financiero de primer nivel. Al respecto, y aunque el Banco de Inglaterra y el Tesoro eran generalmente favorables a los intereses de la *City*, el Tesoro parecía más prudente que el Banco, y a veces se quejaba de que este último se encontraba bajo una excesiva influencia de las instituciones financieras¹⁸. Esta relación entre el Banco y el Tesoro había sido afrontada tras la guerra, a través de la Ley del Banco de Inglaterra de 1946, en cuyo párrafo 1 del apartado 4 se establecía que «el Tesoro puede, de vez en cuando, dar instrucciones al Banco, previa consulta con el Gobernador del Banco, cuando lo crea necesario para el interés público»¹⁹. Aunque la expresión situaba al Tesoro —es decir al Gobierno Británico— en un escalón por encima del banco, lo cierto es que la cuestión fue expresamente afrontada por el Comité

18 C. R. SCHENK, «The origins of the eurodollar market in London: 1955-1963», *Op. cit.*, p. 234.

19 «The relationship between the Bank of England the United Kingdom government is set out in Paragraph 4, Subparagraph 1, of the Bank of England Act of 1946 which reads, “The Treasury may from time to time give such directions to the Bank as, after consultation with the Governor of the Bank, they think necessary in the public interest” (Aufrecht, 1961, p. 186)». [«La relación entre el Banco de Inglaterra y el Gobierno del Reino Unido se establece en el párrafo 1 del apartado 4 de la Ley del Banco de Inglaterra de 1946, que dice: “El Tesoro puede, de vez en cuando, dar instrucciones al Banco, previa consulta con el Gobernador del Banco, cuando lo crean necesario para el interés público” (Aufrecht, 1961, p. 186)»]. H. AUFRICHT, «Central Banking Legislation: A Collection of Central Bank, Monetary and Banking Laws», *International Monetary Fund*, 1961. En: R. BADE, M. PARKIN, «Central Bank Laws and Monetary policy», London. En: *Department of Economics University of Western Ontario*, 1988, p. 7. Disponible en Web (consulta 7 de septiembre de 2016): http://economics.uwo.ca/people/parkin_docs/CentralBankLaws.pdf

Radcliffe que denominó a «las autoridades» como una «única autoridad monetaria unificada», lo que significaba que debían trabajar al unísono²⁰. El informe contenía una guía útil sobre la labor del Banco durante este período, que apuntaba a que la política monetaria se determinaba por el Gobierno y no por el Banco, pero que éste último no era un agente pasivo, a merced de las instrucciones del Tesoro, sino que estaba íntimamente asociado a la formulación y aplicación de las técnicas monetarias²¹. El Comité presidido por Lord Radcliffe había sido convocado por el Gobierno británico en abril de 1957, para «investigar acerca del funcionamiento del sistema monetario y de crédito, y formular recomendaciones»²². Una de las cuestiones que el Comité tuvo que analizar fue la velocidad del dinero, y el impacto que los tipos de interés tendrían en los movimientos internacionales de capitales²³, pero «al estudiar al funcionamiento del mercado monetario, el Comité tuvo necesariamente que considerar la posición constitucional del Banco de Inglaterra, y sus relaciones con otras

20 «It is this paragraph which enabled the Radcliffe Committee [Committee on the Working of the Monetary System (Report, Cmd. 827, 1959)] to talk about “the authorities” as a single unified monetary authority meaning the Treasury and the Bank of England working in unison». [«Es este párrafo el que permitió al Comité Radcliffe (Informe, Cmd 827, 1959) hablar de “las autoridades” como una única autoridad monetaria unificada, lo que significa que el Tesoro y el Banco de Inglaterra trabajan al unísono»]. R. BADE, M. PARKIN, «Central Bank Laws and Monetary policy», *Op. cit.*, p. 7.

21 «Policy was determined by the government, not the Bank. However, the Bank was not passive agent, merely implementing instructions from the Treasury; it was intimately associated with the formulation and application of monetary techniques ». F. CAPIE, *The Bank of England: 1950s to 1979*, Cambridge University Press, 2010, p. 57.

22 «Los economistas ingleses ante el Comité Radcliffe Resumen de un Symposium», *Revista de economía política*, n.º 20, enero-abril 1958, p. 270. Disponible en Web (consulta 13 de febrero de 2017): <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2494200>

23 «A principios de 1959, cuando se estaba escribiendo el Informe del Comité no era posible predecir si tales condiciones continuarían (en cuyo caso hubiera sido adecuado mantener un tipo bancario bastante estable para ayudar a la política de tipos de interés a largo) o si entraríamos en un mundo en que los movimientos internacionales a corto plazo se harían cada vez más sensibles a las diferencias en los tipos de interés (en cuyo caso hubiera sido razonable utilizar el tipo bancario principalmente con fines internacionales, siempre que esto no perturbara gravemente la política de tipos de interés a largo plazo). Como el mundo se ha movido después por esta segunda senda, las autoridades han manejado el tipo bancario principalmente (aunque no exclusivamente) con los ojos puestos en los efectos internacionales». «El informe Radcliffe y la política británica actual», *Revista de economía política*, n.º 31, 1962, p. 38-55, p. 47-48. Disponible en Web (consulta 13 de febrero de 2017): <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2496104>

partes de la maquinaria gubernamental»²⁴. Esta cuestión se había puesto de manifiesto a raíz del salto del tipo bancario de 1957, que había dado lugar a varias filtraciones informativas²⁵. El Comité concluyó que desde 1931 no se había puesto en duda la responsabilidad última del *Chancellor of the Exchequer* en los actos del Banco de Inglaterra, y es más, que el trabajo conjunto entre ambas instituciones, se había hecho particularmente estrecho a raíz de la guerra; situaciones ambas desconocidas para la opinión pública, que por tanto continuaba atribuyéndole erróneamente al banco, un grado de independencia del que carecía, por lo que recomendó al *Chancellor* que demostrara su responsabilidad, anunciando personalmente y formalmente las alteraciones en los tipos de cambio²⁶. Desde los cincuenta hasta los setenta, el Banco de Inglaterra fue el protagonista indiscutible de la política monetaria, pero la suspensión del tipo de cambio fijado, y el estallido de la inflación redujo su amplia autonomía, volviendo su supervisión más formal²⁷.

Lo peculiar del sistema británico era la vinculación del Banco de Inglaterra al Tesoro, y por vía de éste al gobierno británico, lo que contrastaba con la normativa de otros países con menor trayectoria financiera. Por ejemplo, en los Estados Uni-

24 Ibid., p. 50.

25 Ibid.

26 Ibid., p. 50-51.

27 «This history of the Bank of England takes its story from the 1950s to the end of the 1970s. This period probably saw the peak of the Bank's influence and prestige, as it dominated the financial landscape. One of the Bank's central functions was to manage the exchange rate. It was also responsible for administering all the controls that made up monetary policy. In the first part of the period, the Bank did all this with a remarkable degree of freedom. But economic policy was a failure, and sluggish output, banking instability, and rampant inflation characterized the 1970s. The pegged exchange rate was discontinued, and the Bank's freedom of movement was severely constrained as new approach to policy were devised and implemented. The Bank lost much of its freedom of movement but also took on more formal supervision». [«Esta historia del Banco de Inglaterra toma su historia desde los años 1950 hasta finales de los años setenta. Este período probablemente registró el auge de la influencia y prestigio del Banco, ya que dominó el panorama financiero. Una de las funciones centrales del Banco era gestionar el tipo de cambio. También fue responsable de administrar todos los controles que componían la política monetaria. En la primera parte del período, el Banco hizo todo esto con un notable grado de libertad. Pero la política económica fue un fracaso, y la producción lenta, la inestabilidad bancaria y la inflación desenfrenada caracterizaron a los años setenta. Se suspendió el tipo de cambio fijado y la libertad de movimientos del Banco se vio severamente restringida a medida que se diseñó e implementó un nuevo enfoque de la política. El Banco perdió gran parte de su libertad de movimientos pero también asumió una supervisión más formal.]. F. CAPIE, *The Bank of England: 1950s to 1979*, *Op. cit.*, p. 33.

dos, las Leyes de la Reserva Federal de 1913, y la de bancos de 1935 no establecían ninguna forma en la que el Gobierno Federal pudiera dar instrucciones a la Reserva, y ni tan siquiera lo hacía la reforma de la ley de la Reserva Federal de 1977 (sección 202), que si bien preveía un diálogo entre el Congreso y la Junta de la Reserva, no mermaba en absoluto la autoridad de la Junta, ni entregaba ningún poder concreto al ejecutivo²⁸. En Europa, el modelo del *Deutsche Bundesbank* también daba amplios poderes al banco, cuya ley de 1957 le concedía plena competencia en la política monetaria («el Consejo del Banco Central determinará las políticas monetarias y crediticias del Banco» –artículo 6, Subsección 1–)²⁹. En cuanto a su relación con el gobierno, estaba obligado a asesorarlo en política monetaria –art. 13– y a apoyarlo, pero sólo en la medida en que ello fuera compatible con sus funciones («el “Deutsche Bundesbank” estará obligado, en la medida en que sea consistente con sus fun-

28 «In the Federal Reserve Act of 1913 and in the Banking Act of 1935 there is no provision for instructions to be issued to the Federal Reserve Board by the federal government of the United States. The Federal Reserve Reform Act, 1977, Section 202, provides for congressional review of the general policy of the Federal Reserve Board and for a dialogue between the Congress and the Board on monetary policy. It does not, however, reduce the authority of the Board in any way; nor does it permit any formal role for the executive branch of the U.S. Government in the formation of monetary policy 2 (see Federal Reserve Bulletin, December 1977, p. 1076). The Board of Governors of the Federal Reserve System with their statutory Federal Open Market Committee and other agencies are the ultimate decision-makers concerning monetary policy. Thus the government has no control over the day –to– day policy matters of the Federal Reserve System». [«En la Ley de la Reserva Federal de 1913 y en la Ley de Bancos de 1935 no hay ninguna disposición para que el gobierno federal de los Estados Unidos le dé instrucciones a la Junta de la Reserva Federal. La Ley de Reforma de la Reserva Federal de 1977, sección 202, prevé el examen por el Congreso de la política general de la Junta de la Reserva Federal y un diálogo entre el Congreso y la Junta sobre política monetaria. Sin embargo, no reduce la autoridad de la Junta de ninguna manera; Ni tampoco permite un papel formal para la rama ejecutiva del Gobierno de los Estados Unidos en la formación de la política monetaria 2 (véase el Boletín de la Reserva Federal, de diciembre de 1977, página 1076). La Junta de Gobernadores del Sistema de la Reserva Federal con su estatutario Comité Federal de Mercado Abierto y otras agencias son los últimos tomadores de decisiones en relación con la política monetaria. Por lo tanto, el gobierno no tiene control sobre los asuntos de política cotidiana del Sistema de la Reserva Federal)]. R. BADE, M. PARKIN, «Central Bank Laws and Monetary policy», London. En: *Department of Economics University of Western Ontario*, 1988, p. 9. Disponible en Web (consulta 7 de septiembre de 2016): http://economics.uwo.ca/people/parkin_docs/CentralBankLaws.pdf

29 HANS AUFRICHT, «Central Banking Legislation: A Collection of Central Bank, Monetary and Banking Laws», Vol. 2, *International Monetary Fund*, 1961, p. 252. En: R. BADE, M. PARKIN, «Central Bank Laws and Monetary policy», *Op. cit.*, p. 9.

ciones, a apoyar la política económica general del Gobierno Federal. En el ejercicio de los poderes que le confiere la presente ley, estará sujeta a las instrucciones del Gobierno Federal» –artículo 12–). Por su parte, el Gobierno Federal podía participar en las deliberaciones del Consejo del banco central, pero sin voto³⁰.

En realidad, la sociedad británica había querido amplificar la vocación pública del Banco de Inglaterra al final de la guerra, como haría con otros entes a través de su programa de estatalización, de modo que el gobierno laborista de Clement Attlee había nacionalizado al supervisor bancario en 1946, mediante la Ley del Banco de Inglaterra, como uno de los primeros pasos del plan. La ley traspasó el capital social del Banco al Tesoro, a cambio de la emisión de acciones del Estado; estableció el régimen para la provisión e incompatibilidades de su jerarquía; y determinó los

30 «Article 6 of the Deutsche Bundesbank Law, 1957, states in Subsection 1 that “the Central Bank Council shall determine the monetary and credit policies of the Bank” (Aufricht, 1967, p. 252, translated from Gesetz über die Deutsche Bundesbank, Article 6 (1)). Then Bank’s relationship to the federal government is explicitly stated in Article 12 as, «The Deutsche Bundesbank shall be obliged insofar as is consistent with its functions, to support the general economic policy of the Federal Government. In the exercise of powers conferred on it under this Law it shall not be subject to instructions from the Federal Government» (Aufricht, 1967, p. 255, translated from Gesetz über die Deutsche Bundesbank). Article 13 requires the Bundesbank to “advise” the federal government on matters in the field of monetary policy and Subsection 2 of Article 13 permits “members of the Federal Government... to take part in the deliberations of the Central Bank Council. They shall have no vote, but may make notions. At their request the taking of a decision shall be deferred, but for not more than two weeks” (Aufricht, 1967, pp. 255, 256, translated from Gesetz über die Deutsche Bundesbank). It seems clear from this that the Deutsche Bundesbank is an independent central bank». [«El artículo 6 de la Ley del Deutsche Bundesbank de 1957 estipula en la Subsección 1 que “el Consejo del Banco Central determinará las políticas monetarias y crediticias del Banco” (Aufricht, 1967, página 252, traducido del artículo 6 del Gesetz über die Deutsche Bundesbank, (1)). Después la relación del Banco con el gobierno federal está explícitamente establecida en el Artículo 12 como: “El Deutsche Bundesbank estará obligado, en la medida en que sea consistente con sus funciones, a apoyar la política económica general del Gobierno Federal. En el ejercicio de los poderes que le confiere la presente Ley, estará sujeta a las instrucciones del Gobierno Federal” (Aufricht, 1967, página 255, traducido de Gesetz über die Deutsche Bundesbank). El artículo 13 obliga al Bundesbank a “asesorar” al Gobierno federal en materia de política monetaria y el apartado 2 del artículo 13 permite “a los miembros del Gobierno Federal... participar en las deliberaciones del Consejo del Banco Central”. No tendrán voto, pero podrán presentar ideas. A petición suya, la decisión podrá ser aplazada, pero por no más de dos semanas (Aufricht, 1967, pp. 255, 256, traducido de Gesetz über die Deutsche Bundesbank). Parece claro por eso que el Deutsche Bundesbank es un banco central independiente»]. R. BADE, M. PARKIN, «Central Bank Laws and Monetary policy», *Op. cit.* p. 8.

principios que debían regir las relaciones entre el Tesoro y el Banco, y entre el Banco y otros bancos³¹. Por su parte, el Banco también constituía una excepción con respecto a otras instituciones, en relación a los nombramientos, que correspondían a la Corona –esto es, al Primer Ministro– en lugar de al *Chancellor of the Exchequer*, que se limitaba a aconsejar al *Prime Minister*³², con lo que la subordinación del banco a la dirección política del país quedaba patente.

Es bien cierto que con anterioridad a la nacionalización, el banco ya existía como entidad jurídica³³, y había desarrollado su labor con enorme éxito, lo que diferenciaba su situación de la de otros bancos centrales. Probablemente esa pudiera ser una de las razones por lo que sus operaciones no fueron establecidas con

31 «The constitution and powers of the Bank were determined largely by the Bank of England Act 1946 and the associated Royal Charter. Other Acts of Parliament contained further definitions, especially in relation to the public debt and issue of Bank notes. 3. The 1946 Act, a slim piece of legislation comprising six clauses, was the first element in the post-war Labour Government's nationalisation programme. It transferred the whole of the Bank's capital stock of £ 14.553 million to the Treasury in exchange for the issue of government stock bearing interest at 3 per cent per annum. Stipulations were made concerning the number and means of appointing Governors and Directors and the persons who were disqualified from holding office. Also covered were relations between the Treasury and the Bank and between the Bank and other banks. Sections of existing enactments were repealed by the Act, while a new charter, dated 1 March 1946, revoked the provisions of existing charters, except where they incorporated the Bank of England. The primary purpose of the charter was to define the powers and responsibilities of the Court and Directors, and the document also contained sections relating to appointment and remuneration. 4». [«La constitución y los poderes del Banco fueron determinados en gran parte por la Ley del Banco de Inglaterra de 1946 y la Carta Real asociada. Otras leyes del Parlamento contenían otras definiciones, especialmente en relación con la deuda pública y la emisión de pagarés bancarios. 3. La Ley de 1946, una delgada parte de la legislación comprendida en seis cláusulas, fue el primer elemento del programa de nacionalización del Gobierno Laborista de posguerra. Traspasó la totalidad del capital social del Banco de 14.553 millones de libras esterlinas al Tesoro a cambio de la emisión de acciones del Estado con un interés del 3% anual. Se hicieron estipulaciones sobre el número y las modalidades de nombramiento de los Gobernadores y Directores y las personas que quedaban inhabilitadas para desempeñar sus funciones. También se cubrieron las relaciones entre el Tesoro y el Banco, y entre el Banco y otros bancos. Secciones de leyes que existían fueron derogadas por la Ley, mientras que una nueva Carta, de fecha 1 de marzo de 1946, revocó las disposiciones de las Cartas existentes, excepto cuando fueron incorporadas al Banco de Inglaterra. El propósito primordial de la Carta era definir las facultades y responsabilidades de la Junta y de los Directores, y el documento contenía también secciones relativas a los nombramientos y las remuneraciones. 4»]. F. CAPIE, *The Bank of England: 1950s to 1979*, *Op. cit.*, p. 34.

32 *Ibid.*, p. 36.

33 *Ibid.*, p. 34.

precisión; pero resulta estimulante imaginar una razón de fondo más importante, más definitoria, incluso menos ortodoxa (aunque no necesariamente keynesiana) en torno al valor de la moneda³⁴. De hecho, Mynors –uno de los asesores del Gobernador al final de la guerra– llegó a proponer una fórmula convencional para las funciones del banco, como era: «Controlar el sistema bancario y de crédito en divisas del Reino Unido, y mantener y proteger el valor externo de la libra esterlina»³⁵. «Este fue el único intento conocido de esta definición», pero dado que cayó en saco roto dejó el acto central de la constitución monetaria de Gran Bretaña «excéntricamente desprovisto de cualquier referencia a las más amplias responsabilidades y propósitos de la banca central»³⁶. Para el caso de un país que había protagonizado gran parte del desarrollo de las finanzas modernas, había construido el centro financiero más importante del mundo, y dirigido los vaivenes de la última divisa mundial parecía difícil achacar dicha ausencia a un mero olvido. Por consiguiente, la Ley regaló al Banco el mantenimiento de un significativo grado de autonomía, clarificó la base legal sobre la que dirigir la política monetaria, pero mantuvo gran parte de la flexibilidad habitual del constitucionalismo británico, continuando con su tradición de regular en los altos asuntos constitucionales de forma no escrita, o al menos sólo parcialmente³⁷. Como observó el distinguido economista Sayers en una conferencia pronunciada en 1953 ante el Instituto de Banqueros, las tareas del Banco no podían

34 Aunque el nuevo gobernador fuera contrario a las ideas keynesianas. «The new Governor may have lacked unanimous support from government, but he was well respected in the City, a critical attribute for his position. A pragmatism rather than an academic, he was well known for his suspicion of Keynesian economics. Fforde describes Cobbold as a commanding personality in the Bank and someone determined to maintain the authority of the Governor». [«El nuevo Gobernador pudo haber carecido de un apoyo unánime del gobierno, pero era muy respetado en la City, un atributo crítico para su posición. Un pragmático más que un académico, era bien conocido por su suspicacia respecto de la economía keynesiana. Fforde describe a Cobbold como una personalidad dominante en el Banco, y alguien determinado a mantener la autoridad del Gobernador»]. F. CAPIE, *The Bank of England: 1950s to 1979*, *Op. cit.* p. 44.

35 J. FFORDE, *The Bank of England and Public Policy, 1941-1958*, Cambridge University Press, 1992, p.13. En: F. CAPIE, *The Bank of England: 1950s to 1979*, *Op. cit.*, p. 35.

36 «This was the only known attempt at such a definition, but it fell on stony ground, leaving the central act of Britain's monetary constitution "eccentrically devoid of any reference to the wider purpose and responsibilities of central banking"». [«Este fue el único intento conocido en esta definición, pero cayó en terreno pedregoso, dejando el acto central de la constitución monetaria de Gran Bretaña "excéntricamente desprovisto de cualquier referencia a las más amplias responsabilidades y propósitos de la banca central"»]. *Ibid.*

37 F. CAPIE, *The Bank of England: 1950s to 1979*, *Op. cit.*, p. 35.

ser definidas con tanta claridad, ya que según él, «la esencia misma de la banca central es que debe ser fluida y adaptarse a las necesidades de la época»³⁸; para el experto: «el negocio fundamental de un banco central es controlar la banca comercial de tal manera que apoye la política monetaria dirigida por el Estado»³⁹. El resultado de todo ello fue que el Reino Unido pudo mantener una seria y profunda discusión sobre el valor del mantenimiento del valor de su moneda, muy alejado de los dogmatismos que impregnaban tanto al constitucionalismo alemán, como –aunque en menor medida– el estadounidense.

3. MÁS ALLÁ DE LAS FINANZAS: LA «CITY» Y EL IMPERIO

Ante las fuertes tensiones especulativas que la decadente área esterlina afrontaba durante los años sesenta, las autoridades financieras basculaban entre dar preferencia a la convertibilidad de la libra y a los intereses del Reino Unido como plaza y

38 «the very essence of central banking that it should be fluid and should adapt its ways to the needs of the time ». R. SIDNEY SAYERS, *Central banking after Bagehot*, Oxford: Clarendon Press, 1957, p. 33 En: *Ibid.*, p. 57.

39 «For Sayers, “the fundamental business of a central bank is to control the commercial bank in such a way as to support the monetary policy directed by the State”. Contemporary accounts are useful on the functions of the Bank during this period. The fourth edition of Sayers’s *Modern Banking* provides a clear exposition of the Bank’s position and role in the banking world in the 1950s. 110. For Sayers, “the fundamental business of a central bank is to control the commercial bank in such a way as to support the monetary policy directed by the State”. 111. To achieve this, the Bank had to be source of cash, pursue open market operations, and stand ready to act as the lender of last resort. It also regulated the note issue. Other work, such as banker to the government or to private customers, was not essential to its basic function as a central bank. Neither was foreign-exchange business, which was conducted mainly as agent for the Treasury, “indissolubly related” to the Bank’s main functions ». [«Las cuentas contemporáneas son útiles en las funciones del Banco durante este período. La cuarta edición de la *Banca Moderna* de Sayers ofrece una clara exposición de la posición y rol del Banco en el mundo bancario de los años cincuenta. 110. Para Sayers, “el negocio fundamental de un banco central es controlar la banca comercial de tal manera que apoye la política monetaria dirigida por el Estado”. 111. Para lograr esto, el Banco tenía que ser fuente de efectivo, llevar a cabo operaciones de mercado abierto, y estar listo para actuar como prestamista de último recurso. También regulaba la emisión de billetes. Otros trabajos, como ser banqueros del gobierno o de clientes privados no eran esenciales para su función básica como banco central. Tampoco era el negocio de divisas, que se realizó principalmente como agente del Tesoro, e “indisolublemente relacionado” con las principales funciones del Banco. 112»]. Las notas corresponden a: R. SIDNEY SAYERS, *Modern banking*, Oxford: Clarendon Press, 1958, p. 79. En: F. CAPIE, *The Bank of England: 1950s to 1979*, *Op. cit.*, p. 57.

potencia financiera, u optar por retomar el control de su producción monetaria y su economía, protegiendo su capacidad industrial y los avances sociales que de ella se derivaban. Sin embargo, el negocio financiero no sólo significaba el mero lucro derivado de las finanzas, sino la trascendencia que dicho poder tenía para muchas otras actividades. Por ejemplo, sin ir más lejos y reflexionando sobre su importancia frente a otros sectores, la *mile* de Londres había hecho de su ciudad, la capital mundial del Derecho, con cientos de firmas de abogados representando a compañías situadas a veces a miles de kilómetros de Westminster, redactando sus obligaciones y contratos según el Derecho inglés, y resolviendo sus disputas en cortes arbitrales, e incluso en tribunales británicos⁴⁰. Las relaciones comerciales –que sobre la base de la *Imperial Preference*– se habían desarrollado alrededor del puerto de Londres habían generado toda una industria de servicios jurídicos, cuyas innovaciones habían soportado el incremento de las operaciones financieras, que generaban a su vez una nueva demanda de libras⁴¹. La relación se movía en ambos sentidos: si las innovaciones jurídicas habían consolidado a Londres como el más innovador, eficaz y exitoso centro financiero internacional; sin la *City* no habría sido posible la creación y desarrollo de una industria global de servicios jurídicos, que a su vez contribuía a incrementar la influencia de la propia *City*, y del Imperio Británico y su divisa. Un buen ejemplo de este *feedback* lo podemos encontrar en las innovaciones o mejoras que el Derecho británico introdujo en las obligaciones mercantiles, como en el caso del acreditativo moderno, y su relación con los créditos de refinanciación en libras, negociados en las casas de aceptación londinenses⁴². Aunque el acreditativo moderno era ya conocido en los países bajos desde los siglos XVII a XIX, a principios del siglo XX su monopolio –como procedimiento de crédito– residía en Inglaterra⁴³. Dada la extraordinaria prosperidad del puerto de Londres como centro comercial internacional, la reputación de sus negociantes alcanzó tales cimas, que permitió

40 Y que todavía es. Véase: R. FENTIMAN, «Is London the world's legal capital?», January 26 th 2015, *Oxford University Press's Academic Insights for the Thinking World (OUP blog)*. Disponible en Web (consulta 17 de agosto de 2016): <http://blog.oup.com/2015/01/is-london-worlds-legal-capital/>

41 Véase: J BARUCH, *El acreditativo documentado, naturaleza y alcance de esta operación bancaria de crédito documentado, y sus funciones de financiación y seguridad en el comercio internacional* (Prólogo Dr. Baiocc), Universidad de Buenos Aires-Facultad de Ciencias Económicas. Buenos Aires, Colección de Tesis Doctorales de la Biblioteca Central Alfredo L Palacios, Tesis Doctoral 001501/0450, 1949. p. 27 y 28. Disponible en Web (consulta 12 de agosto de 2016): bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tesis/1501-0450_BaruchJ.pdf.

42 Ibid.

43 Ibid.

el desarrollo de actividades comerciales, cuyo cobro se pactaba mediante el giro de letras⁴⁴. Dichas operaciones generaron firmas de crédito (las denominadas *accepting houses* o casas de aceptación, sucesoras de los famosos *marchant bankers* o «banqueros-comerciantes») que se ocupaban de esa clase de operaciones, aceptando las letras de cambio por una remuneración determinada, y generando toda una actividad comercial que pagaba ordinariamente mediante letras giradas a un plazo relativamente largo, y que podían descontarse en dichas entidades⁴⁵. La banca londinense disfrutaba de una extraordinaria ventaja: su inigualable experiencia en el campo de la financiación internacional, y una confianza (también de carácter internacional) basada en su preciso conocimiento sobre la situación financiera y comercial, de las casas de exportación e importación establecidas en los distintos países, que participaban de dicho comercio. La retroalimentación era completa, la libra esterlina era solicitada y conocida fuera del Reino Unido, incrementando una actividad bancaria que podía permitirse mejorar unas condiciones de financiación, que atraían a más y más comerciantes deseosos de encontrar salidas para sus mercancías en la ciudad del Támesis, y que a su vez procuraban adquirir una buena reputación sometándose al Derecho inglés, y resolviendo sus disputas en el mismo Londres; lo que generaba a su vez más conocimiento y prestigio a la plaza, y alimentaba al unísono a la industria financiera, el comercio, y al propio sector de los servicios jurídicos. Hay que hacer notar que dicha actividad iba más allá de las fronteras del Imperio Británico, y protagonizaba la liquidación financiera de las transacciones comerciales entre países tan aparentemente distantes del Imperio, como las naciones sudamericanas y los propios Estados Unidos⁴⁶, o entre los mismos países europeos entre sí⁴⁷.

44 Ibid.

45 Ibid.

46 «(...) Del ejemplo dado, surge claramente la importancia que tiene la intervención de la plaza de Londres en la operación. Teóricamente, sería posible que el exportador argentino girase una letra a 90 días vista con documentos sobre el Banco local sudafricano, que en este caso actuaría como Banco acreditante. Pero los inconvenientes se presentarían en el momento de la negociación de la letra, ya que el Banco local sudafricano es menos conocido que el Banco londinense y la letra se giraría, posiblemente, en libras sudafricanas, moneda que es mucho menos corriente, desde luego, que la libra esterlina inglesa. Además, tratándose de letras a 90 días vista, la tasa de descuento en Sudáfrica sería, probablemente, más elevada que la de Londres. En síntesis, todos estos factores tendrían como consecuencia que el exportador argentino vendría a recibir un equivalente más reducido cuando negociara una letra documentada de esta índole». Ibid. p. 57.

47 «(...) determinados comerciantes ingleses gozaban de una reputación tal, que sus vendedores extranjeros cobraban sus importes de venta mediante el giro de una letra sobre los primeros. Otros im-

La intensidad de dicho maridaje entre los servicios financieros y los servicios jurídicos ofertados en suelo británico (o si queremos entre distintos sectores que convertían a la capital británica en un gran centro neurálgico para actividades muy sensibles y de gran valor añadido —como las relaciones internacionales y diplomáticas, los centros académicos y *think tanks*, y en general el denominado *softpower*—) explicaba por sí misma, la sensibilidad ante cualquier cambio regulatorio que afectara a la industria financiera más allá del propio sector, y por supuesto, cualquier movimiento que pusiera en riesgo la importancia de la *City*.

Además, unos años antes, otro episodio había puesto de manifiesto la relevancia que para un país como el Reino Unido tenía el mantenimiento de la *City* como centro financiero internacional; nos referimos a la crisis del Canal de Suez, probablemente uno de los episodios más interesantes del declive imperial británico.

Cuando en julio de 1956 Egipto nacionalizó la Compañía del Canal de Suez⁴⁸, no sólo se agitaron las aguas de la magistral obra de ingeniería, sino que las olas

portadores establecidos en el exterior tenían que someterse a condiciones más engorrosas. Por lo tanto, buscaron ellos en Inglaterra una firma que gozara de gran crédito y le pedían que pagara o aceptara la letra por cuenta de ellos mediante una remuneración determinada. De este modo, se creó la posibilidad de pagar las deudas con letras giradas a un plazo relativamente largo, mientras que los vendedores podían procurarse el dinero en efectivo mediante el descuento de estas letras. Se encontraría aquí, ya en forma rudimentaria, el acreditivo moderno, bastante usado en Inglaterra y también en los Países Bajos en los siglos XVII, XVIII y XIX. Cahn opina que, probablemente, el acreditivo se ha desarrollado de ambas maneras.

El hecho es que con anterioridad al año 1914, Londres poseía prácticamente, el monopolio de este procedimiento de crédito. Eran principalmente las llamadas *accepting houses* (casas de aceptación), sucesoras de los famosos *marchant bankers* (banqueros-comerciantes) quienes se ocupaban de esta clase de operaciones.

La “*City*” disponía de un mercado de aceptaciones extraordinarias bien equipado, y de un mercado monetario de gran capacidad de absorción. Los Bancos londinenses poseían una experiencia inigualable en el campo de las financiaciones internacionales y gozaban de la confianza del mundo entero. Ellos tenían prácticamente un conocimiento perfecto e íntimo de todas las casas exportadoras e importadoras establecidas en los distintos países, que participaban del comercio internacional.

La libra esterlina era solicitada y conocida fuera de los límites del Reino Unido. La liquidación financiera de transacciones comerciales entre los países sudamericanos y los Estados Unidos, entre los distintos países europeos y, desde luego, entre los varios componentes del Imperio Británico, era dirigida en su casi totalidad por vía Londres». J BARUCH, *El acreditivo documentado, naturaleza y alcance de esta operación bancaria de crédito documentado, y sus funciones de financiación y seguridad en el comercio internacional*, *Ibid.* p. 27-28.

48 La «*Compagnie universelle du canal maritime de Suez*» —o «*Compagnie de Suez*»—, también

del canal batieron las aguas financieras sobre las que navegaba –hasta entonces de forma razonablemente plácida– la libra esterlina, interrumpiendo el itinerario diseñado por sus autoridades. Mediante la nacionalización, Egipto asumiría el control del estrecho, adquiriendo no sólo el derecho a obtener las regalías por el paso de mercancías, sino el control de la importante plaza geopolítica. La captura del canal tenía tanto valor, que de manera casi inmediata Francia, Israel y el Reino Unido reaccionaron con una operación militar conjunta, por la que Israel invadiría el Sinaí el veintinueve de octubre, y la República Francesa y el Reino Unido llevarían a cabo ataques militares sobre el área, dos días más tarde. Sin embargo, tan sólo una semana después, Gran Bretaña suspendería sorprendentemente sus operaciones militares aceptando la resolución de Naciones Unidas para un alto al fuego, y el tres de diciembre anunciaría la retirada de sus tropas (que pronto seguirían Francia e Israel), despejándose el conflicto con una reapertura del canal bajo control egipcio, en abril⁴⁹. Pese a las irreparables bajas humanas y daños materiales, las operaciones más decisivas no habían tenido lugar en el teatro de operaciones propiamente bélico, sino que se habían desarrollado en los despachos gubernamentales y las delegaciones diplomáticas de las potencias concernidas, y en los despachos de los funcionarios de las instituciones de Bretton Woods. Tras bambalinas, se había librado una batalla –a la postre decisiva– cuyas balas habían sido la presión financiera, y cuyos estrategias no habían salido de las salas de mapas, sino de los despachos repletos de colecciones jurisprudenciales y tratados internacionales; y que habían conducido al fin del conflicto mediante una singular interpretación de los Acuerdos constitutivos del FMI (realizada por su Asamblea) servida «a la carta»⁵⁰.

Pese a que el Reino Unido conservó en todo momento un superávit por cuenta corriente –incluso durante las interrupciones en el comercio internacional– a lo lar-

conocida como «Universal Suez Ship Canal Company» fue fundada en 1848, y construyó el canal entre 1859 y 1869 (la primera piedra fue puesta el 25 de abril de 1859, y la inauguración oficial tuvo lugar el 17 de noviembre de 1869). La compañía –que en más de la mitad de su capital fue financiada mediante suscripciones del pueblo francés –pertenecía– tras varias vicisitudes– a franceses y británicos que gestionaban el canal.

49 Sobre los acontecimientos existe una abundante literatura que incluye espléndidos documentales históricos sobre dichos hechos, sus causas y consecuencias, tanto geopolíticas como financieras. Véase: «Suez: A very British Crisis», L. HOOPER (DIR), C. DILKS (WRITER), BBC (BRITISH BROADCASTING CORPORATION), Reino Unido, 2006, 59 m. «The other side of the Suez», Reino Unido-Canadá, BBC (BRITISH BROADCASTING CORPORATION)-CBC (CANADIAN BROADCASTING CORPORATION)-WARK CLEMENTS, 2004.

50 Ad hoc.

go de 1956 y 1957, habían tenido lugar fuertes presiones especulativas sobre la libra esterlina⁵¹, que al menos en parte estuvieron relacionadas con los acontecimientos del mediterráneo oriental⁵². Como consecuencia de dichos ataques, el Banco de Inglaterra se vio obligado a agotar sus reservas de dólares en la defensa de la estabilidad del valor de la libra, pero pese a su pericia, la amenaza de una devaluación forzada e incluso la opción por la libre flotación era muy real en el mes de diciembre⁵³. Dichos acontecimientos tuvieron lugar en un momento en el que el FMI prácticamente no había intervenido en ninguna crisis financiera, sólo había prestado de forma esporádica y en pequeñas cantidades, y aún estaba desarrollando el concepto de préstamos *stand-by* sujetos a condiciones políticas acordadas⁵⁴. Sin embargo, entre septiembre y octubre de 1956, la institución financiera recibió la petición de asistencia financiera de tres de los cuatro países envueltos en el conflicto⁵⁵, y se vio obligada a tomar cartas en el asunto. Aunque del Banco de Inglaterra se esperaba acceso al crédito y recursos propios suficientes para defenderse sin la asistencia del FMI, si el especulativo flujo de salida de la libra esterlina seguía manteniéndose de forma sostenida, la divisa podría entrar en problemas para mantener su tipo de cambio, dando al traste con los planes liberalizadores⁵⁶. Ello hacía de la contingencia británica un caso distinto

51 «The British problem, in a nutshell, was a speculation that the Bank of England would have to abandon the sterling parity, which had been set at \$ 2.80 in 1949 in 1949. Maintaining that rate was important for several reasons. The government viewed \$ 2.80 as appropriate for trade purposes, it feared the inflationary consequences of having to pay expensive dollars for oil imports while the canal was closed, and it regarded exchange rate stability as essential for preserving the sterling area as a preferential trade zone and sterling's broader role as a reserve currency». [«El problema británico, en pocas palabras, era una especulación por la que el Banco de Inglaterra tendría que abandonar la paridad de la libra esterlina, que había sido fijada en 2,80 \$ en 1949. El mantenimiento de esa tasa era importante por varias razones. El gobierno veía los 2,80 \$ apropiados para sus fines comerciales, temía las consecuencias inflacionarias de tener que pagar dólares caros para las importaciones del petróleo, mientras que el canal estuviera cerrado, y la estabilidad del tipo de cambio era considerada como esencial para la preservación de la zona de la libra como una zona de comercio preferencial y papel más amplio de la libra como moneda de reserva». J. M. BOUGHTON, «Northwest of Suez: The 1956 crisis and the IMF», *International Monetary Fund Working Paper*, International Monetary Fund, n.º 192 diciembre 2000, p. 12. Disponible en Web (consulta 3 de agosto de 2016): <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2000/wp00192.pdf> http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=880301

52 Ibid., p. 4.

53 Ibid.

54 Ibid.

55 Ibid., p. 5.

56 Ibid.

al de Egipto, Francia e Israel, países que no habían avanzado en la convertibilidad de sus divisas, de modo que los eventuales préstamos al Reino Unido contenían importantes implicaciones para el posterior papel del Fondo como gestor de crisis internacionales⁵⁷.

No obstante, y dado que los Acuerdos del Fondo Monetario Internacional prohibían financiar una «importante y sostenida» salida de capitales, que era en esencia lo que el Reino Unido enfrentaba⁵⁸, el país isleño no parecía estar habilitado para la asistencia del organismo internacional, lo que le obligaba a preparar varias líneas de defensa. La primera no era otra que la intervención mediante la compra al contado de libras esterlinas en el mercado de divisas; pero pronto necesitaría otra línea de defensa sino quería agotar sus reservas⁵⁹, y esta tendría serias implicaciones jurídicas.

La estrategia británica consistía en dar una vuelta de tuerca más a su «relación especial» con los Estados Unidos⁶⁰, de la que los británicos esperaban una financiación bilateral, pese a la oposición de Washington al esfuerzo europeo por obligar a Egipto a devolver el canal. Para ello, Estados Unidos podía optar por dos caminos, el de la renuncia a los intereses de los préstamos realizados bajo la ley *lend-lease* durante la guerra, o el suministro de nuevos préstamos mediante el *Export-Import Bank*⁶¹. Si

57 Ibid., p. 5.

58 Although the United Kingdom had not yet established full external convertibility (it would do so in 1958), its system of capital controls was fragmented and porous, and the pound was widely held as a reserve and investment medium. Since the late 1940s, the Bank of England had sought to maintain a minimum balance of \$2 billion in official reserves. If they were to fall below that floor, the Bank assumed, this would be interpreted in financial markets as a signal that devaluation or even floating would have to be seriously considered». A pesar de que el Reino Unido aún no había establecido la plena convertibilidad externa (lo haría en 1958), su sistema de controles de capital estaba fragmentado y era poroso, y la libra se mantenía ampliamente como medio de reserva e inversión. Desde finales de la década de 1940, el Banco de Inglaterra había tratado de mantener un saldo mínimo de 2 mil millones de \$ en reservas oficiales. Si fueran a caer por debajo de ese piso, el Banco asumió, sería interpretado en los mercados financieros como una señal de que la devaluación o incluso la flotación tendría que ser considerada seriamente». Ibid., p. 12.

59 Ibid., p. 14.

60 Ibid.

61 «Either they could temporarily waive the interest due on lend-lease credits advanced during the Second World War, or they could provide new loans through the Export-Import Bank». [«Incluso podrían renunciar temporalmente a los intereses derivados de los créditos de Préstamo y Arriendo avanzados durante la Segunda Guerra Mundial, o podrían proporcionar nuevos créditos a través del Banco de Exportación e Importación». Ibid.

todo ello fallaba, los británicos contaban con el apoyo estadounidense para que el FMI les entregara pequeñas cantidades, a las que creían tener prácticamente derecho; es más, aspiraban a construir un estatuto especial para su país, informalmente aceptado por el resto de los miembros, basado en su condición de fundador y de segundo socio en importancia, que finalmente les permitiera retirar cantidades considerablemente mayores y durante más tiempo⁶². Dada la ponderación de los votos en el FMI, el éxito de la iniciativa dependía casi por completo de la actitud estadounidense⁶³.

Los acontecimientos que prosiguieron mostraron el poder que las finanzas jugaban en el orden internacional, y a medio plazo, la vía jurídica a través de la que podría ponerse en marcha una eventual liberalización del movimiento de capitales en el mundo: la interpretación ad hoc. Desde septiembre a diciembre, los dirigentes del Reino Unido cortejarían a los de los EEUU, con la esperanza de conseguir el apoyo financiero norteamericano, utilizando todo tipo de argumentos –desde la posición acreedora de los británicos con respecto al Fondo, a las desastrosas consecuencias de una eventual victoria del comunismo frente al mundo libre–⁶⁴. Sin embargo, no sería hasta el anuncio de retirada de las tropas británicas del canal, que el Primer Ministro podría presentarse ante la Cámara de los Comunes anunciando un rápido acercamiento al FMI, mientras hacía públicas las pérdidas de reservas durante noviembre⁶⁵.

62 «As late as 1967, long after performance criteria (required policy adjustments) had become standard practice in Fund stand-by arrangements, the Fund approved arrangements for the United Kingdom without formal policy conditions. Prior to 1956, the United Kingdom had drawn small amounts on four occasions in 1947-48 but had maintained a credit position since November 1953». [«Mucho después, los criterios basados en los comportamientos (con requerimientos de cambios de políticas) llegarían a convertirse en la práctica estándar de los acuerdos stand-by, hasta 1967 el Fondo aprobó disposiciones para el Reino Unido sin condiciones políticas formales. Antes de 1956, el Reino Unido había conseguido pequeñas cantidades en cuatro ocasiones entre 1947-48, pero mantuvo una posición acreedora desde noviembre de 1953»]. Ibid.

63 Ibid.

64 En discretos contactos que tuvieron lugar tanto al más alto nivel (durante las Reuniones Anuales de la Juntas de Gobernadores del FMI y del Banco Mundial), como a través de emisarios enviados desde Londres. Ibid.

65 Se trata de unos deliciosos pasajes que muestran muy a las claras el poder de las finanzas como arma internacional y la determinación británica por mantener la paridad de la libra, y los intereses asociados a ella. Véase: Ibid. p. 16-18. «In the Suez crisis, Britain was forced to abandon its political objectives in exchange for IMF credit. But the Bank of England and Treasury achieved a limited success in that they defended sterling without allowing a large discount on transferable sterling, until the ne-

Tras las tranquilizadoras palabras del *Prime Minister* en el Parlamento Británico, existían ciertos inconvenientes jurídicos para la ayuda, entre los que destacaba –como hemos señalado– que el Acuerdo constitutivo del Fondo Monetario Internacional prohibía los préstamos con destino a financiar una «amplia o sostenida» salida de capitales (Artículo VI Sección 1 (a))⁶⁶. Dicha disposición, que tenía por objetivo preservar los limitados recursos financieros del FMI, y reservarlos para los préstamos a realizar en el marco de la promoción del comercio internacional de bienes y servicios⁶⁷, suscitaba una cierta controversia jurídica. De hecho, el artículo V Sección 3 bis establecía que un

gotiation of the IMF and EXIM Bank loans. A widening of the transferable discount would have been a significant retreat from convertibility. Our finding that the British authorities targeted this discount demonstrates that they regarded convertibility as a priority in 1956, before the members of the European Payments Union formally adopted convertibility. The evidence also suggests that convertibility may have been regarded as more important than the foreign policy objectives of the Suez expedition». [«En la crisis de Suez, Gran Bretaña se vio obligada a abandonar sus objetivos políticos a cambio de crédito por parte del FMI. Sin embargo, el Banco de Inglaterra y el Tesoro lograron un limitado éxito defendiendo la libra sin permitir un gran descuento sobre las libras esterlinas transferibles, hasta la negociación de los préstamos del FMI y el “Ex-Im Bank”. Una ampliación del descuento sobre las transferibles habría constituido una retirada significativa de la convertibilidad. Nuestra conclusión es que las autoridades británicas dirigiendo ese descuento demostraron que consideraban a la convertibilidad como una prioridad en 1956, antes de que los miembros de la Unión Europea de Pagos adoptaran formalmente la convertibilidad. La evidencia sugiere también que la convertibilidad puede haber sido considerada más importante que los objetivos de la política exterior en la expedición de Suez»]. A. KLUG, G. W. SMITH, «Suez and Sterling, 1956», *Queen’s Economics Department Working Paper*, n.º 1256, Kingston –Ontario-Canada–, 1999, p. 18. Disponible en Web (consulta 2 agosto 2016): <https://core.ac.uk/download/pdf/6494165.pdf>

66 «large or sustained». Ibid. p. 18. El artículo rezaba así: «Article VI Capital Transfers. Section 1. Use of the Fund’s general resources for capital transfers. (a) A member may not make net use of the Fund’s resources to meet a large or sustained outflow of capital, and the Fund may request a member to exercise controls to prevent such use of the resources of the Fund. If, after receiving such a request, a member fails to exercise appropriate controls, the Fund may declare the member ineligible to use the resources of the Fund. (b) Nothing in this Section shall be deemed: (i) to prevent the use of the resources of the Fund for capital transactions of reasonable amount required for the expansion of exports or in the ordinary course of trade, banking, or other business; or (ii) to affect capital movements which are met out of a member’s own resources of gold and foreign exchange, but members undertake that such capital movements will be in accordance with the purposes of the Fund». Articles of Agreement of the International Monetary Fund, 22 July 1947 –entered into force 27 December 1945–. Disponible en Web (consulta 4 de agosto de 2016): http://www.cvce.eu/en/obj/agreement_of_the_international_monetary_fund_22_july_1944-en-736e2f6e-fcd2-49d7-8b62-d601a3a8b839.html

67 J. M. BOUGHTON, «Northwest of Suez: The 1956 crisis and the IMF», Op. Cit, p. 5.

Estado miembro podía hacer uso de los recursos del FMI siempre y cuando se «refleje que se necesitan inmediatamente»⁶⁸, cuestión –que como era de esperar–, había suscitado dudas entre los *policymakers* estadounidenses durante el proceso de ratificación del Acuerdo, al generar sospechas de que podrían dar lugar a que un Estado miembro terminara utilizando los recursos del Fondo, para financiar una huida de capitales «amplia o sostenida», e incluso obtenerlos sin apenas condiciones, con la exclusiva demostración de que se necesitaban con celeridad⁶⁹. Dicha posibilidad, que requeriría de importantes recursos del principal donante (los Estados Unidos), concitó un agrio debate

68 «represents that it is presently needed». JEFFREY M. CHWIEROTH, *Capital Ideas: The IMF and the Rise of Financial Liberalization*, Princeton, Princeton University Press, 2010. El artículo rezaba así: «Article V Transactions with the Fund. (...) Section 3. Conditions governing use of the Fund's resources. (a) A member shall be entitled to buy the currency of another member from the Fund in exchange for its own currency subject to the following conditions: (i) The member desiring to purchase the currency represents that it is presently needed for making in that currency payments which are consistent with the provisions of this Agreement; (ii) The Fund has not given notice under Article VII, Section 3, that its holdings of the currency desired have become scarce; (iii) The proposed purchase would not cause the Fund's holdings of the purchasing member's currency to increase by more than twenty-five percent of its quota during the period of twelve months ending on the date of the purchase nor to exceed two hundred percent of its quota, but the twenty-five percent limitation shall apply only to extent that the Fund's holdings of the member's currency have been brought above seventy-five percent of its quota if they had been below that amount; (iv) The Fund has not previously declared under Section 5 of this Article, Article IV, Section 6, Article VI, Section 1, or Article XV, Section 2 (a), that the member desiring to purchase is ineligible to use the resources of the Fund. (b) A member shall not be entitled without the permission of the Fund to use the Fund's resources to acquire currency to hold against forward exchange transactions».

69 «(...) but Article V, Section 3a states that a member state can draw on IMF resources if it “represents that is presently needed”. Policymakers quickly recognized that this ambiguity could potentially enable a member state to use IMF resources to finance “large or sustained” capital outflows (or to acquire such resources unconditionally, another issue that caused bitter debate among the Fund membership in the early postwar era) so long as it could represent that such resources were presently needed». [«(...) el Artículo V, Sección 3 bis establece que un Estado miembro puede hacer uso de los recursos del FMI si “refleja que se necesita inmediatamente”. Los políticos rápidamente reconocieron que esta ambigüedad podría potencialmente permitir a un Estado miembro utilizar los recursos del FMI para financiar la salida de capitales “grandes o sostenidas” (o adquirir dichos recursos sin condiciones, otro problema que provocaba un agrio debate entre los miembros del Fondo en la era de la posguerra) con tal de que pudiera representarse que en la actualidad se necesitaban esos recursos»]. J. M CHWIEROTH, *Capital Ideas: The IMF and the Rise of Financial Liberalization*, Princeton University Press, Princeton – New Jersey (USA)/Oxfordshire (UK), 2009, p. 111.

en el Congreso, y una significativa oposición por parte de algunos legisladores⁷⁰, que encontrarían amparo entre aquellos funcionarios del Tesoro, que como explicó Joseph Gold –antiguo *General Counsel and Director of the Legal Department of the International Monetary Fund* –, estaban preocupados por si «los recursos del Fondo... podrían verse mermados por la financiación de la fuga de capitales de aquellos miembros que mantuvieran sus monedas sobrevaloradas»⁷¹. En el Departamento del Tesoro se tenía presente que dicha postura había sido hecha explícita antes de la propia ratificación del Acuerdo constitutivo del FMI, por un informe del Tesoro redactado en 1944, que interpretaba que «las disposiciones de la propuesta del Fondo están diseñadas para poner en práctica el principio general de que los recursos del Fondo deben ser utilizados principalmente para solucionar las balanzas internacionales por cuenta corriente»⁷². El informe evidenciaba una clara victoria de las posturas neoclásicas –en el seno de la propia administración de los *new dealers* –, para los que las políticas de ajuste –en lugar de las de financiación– debían constituir la respuesta apropiada ante una eventual fuga de capitales⁷³. Siguiendo dicha argumentación, pero aún recelosos de la ambigüedad de la redacción, el Congreso de los EEUU exigiría al Gobernador del FMI, una in-

70 Ibid.

71 «(...) the resources of the Fund ... might be squandered in financing capital flight from members that maintained overvalued currencies». J. GOLD, *International Capital Movements Under the Law of the International Monetary Fund*, International Monetary Fund, 1977, p. 23–24.

72 «The “commentary” prepared by the U.S. Treasury in 1944 to explain the purposes and operations of the proposed Fund expressed this point clearly. “In considering the probable attitude of the Fund toward the sale of foreign exchange to facilitate a transfer of capital, it should be borne in mind that the provisions of the Fund proposal are designed to give effect to the general principle that the Fund’s resources should be used primarily for settling international balances on current account”. [«El “comentario” preparado por el Tesoro de EE.UU. en 1944 para explicar los propósitos y operaciones propuestas para el Fondo expresan claramente este punto. “Al considerar la probable actitud del Fondo en relación a la venta de divisas para facilitar una transferencia de capital, hay que tener en cuenta que las disposiciones de la propuesta del Fondo están diseñadas para poner en práctica el principio general de que los recursos del Fondo deben ser utilizados principalmente para solucionar las balanzas internacionales por cuenta corriente”]. J. K. HORSEFIELD, *The International Monetary Fund 1945–1965: 1969: Twenty Years of International Monetary Cooperation*, Washington D.C., International Monetary Fund, Vol. 3, p. 167. Disponible en Web (consulta 12 de agosto de 2016): elibrary.imf.org/fileasset/IMF_History/IMF_45-65_vol3.pdf.

73 J. M CHWIEROTH, *Capital Ideas: The IMF and the Rise of Financial Liberalization*, *Op. cit.*, p. 111. Debe tenerse en cuenta que los republicanos habían vuelto a la Casa Blanca, y que la crisis del Canal de Suez tuvo lugar con Eisenhower como Presidente, lo que (como ya comentamos) significó si no un abandono a las ideas del «New Deal», si una cierta vuelta a posturas más neoclásicas.

interpretación de la norma (sita en la Section 13 of the U.S. Bretton Woods Agreement Act) que prohibiera el uso de los recursos para fines que fueran «más allá de la actual estabilización monetaria», incluyendo las operaciones «para satisfacer una amplia o sostenida salida de capitales»; una insistencia que acabó logrando que se sometiera la cuestión a la Junta del organismo internacional⁷⁴.

En septiembre de 1946 –poco después del colapso del intento de convertibilidad de la libra esterlina– el FMI dictaminaría que sus recursos sólo podrían extraerse «para dar asistencia temporal a los déficit de financiación de la balanza de pagos por cuenta corriente durante las operaciones de estabilización monetaria»⁷⁵; una interpretación «demasiado restrictiva»⁷⁶, que sin embargo era totalmente coherente con los objetivos cada vez más in crescendo en los Estados Unidos, de promover un corrimiento rápido hacia la ortodoxia financiera neoclásica⁷⁷. Tal y como Keynes había alertado, lo que los funcionarios de los Estados Unidos estaban promoviendo (al restringir a los gobiernos la utilización de los recursos del FMI para financiar las salidas de capital, y negarse a llevar a cabo modos de control más cooperativos) era

74 «The issue was a matter that required interpretation, and on this occasion it was U.S. Power that would resolve the ambiguity. In approving the Bretton Woods Agreement Act in 1945, Congress instructed the U.S. IMF governor and executive director to secure an interpretation that would bar the use of the Fund's resources for purposes "beyond current monetary stabilization", including operations "to meet a large or sustained outflow of capital". The matter was subsequently referred to the IMF board». [«La cuestión era un asunto que requería interpretación, y en esta ocasión sería el poder de los EE.UU. el que resolvería la ambigüedad. En la aprobación de la Ley sobre el Acuerdo de Bretton Woods en 1945, el Congreso de Estados Unidos dio instrucciones al Gobernador del FMI y Director ejecutivo para asegurar una interpretación que prohibiría el uso de los recursos para fines del Fondo "más allá de la estabilización monetaria actual", incluyendo las operaciones "para satisfacer una gran o sostenida salida de capitales". El asunto se sometió posteriormente a la Junta del FMI.]. J. M. CHWIEROTH, *Capital Ideas: The IMF and the Rise of Financial Liberalization*, Princeton, 2009, p. 111.

75 «(...) to give temporary assistance in financing balance-of-payments deficits on current account for monetary stabilization operations». IMF Executive Board Decision 71-2, (26 September 1946), reprinted in Horsefield, *International Monetary Fund, 1945-1946*, vol. 3, p. 245. En: J. M. CHWIEROTH, *Capital Ideas: The IMF and the Rise of Financial Liberalization*, Princeton, Princeton University Press, 2010, p. 111.

76 «unduly restrictive». J. GOLD, *International Capital Movements Under the Law of the International Monetary Fund*, International Monetary Fund, 1977, p. 24. En: J. M. CHWIEROTH, *Capital Ideas: The IMF and the Rise of Financial Liberalization*, *Op. cit.*, p. 111.

77 Ibid.

colocar la carga de los ajustes de las futuras crisis financieras, sobre las espaldas de los países deficitarios⁷⁸.

Ante tal estado de cosas, una eventual petición de ayuda británica al FMI demandaba una negociación entre los dos principales miembros del FMI –incluido su nuevo Director–⁷⁹ que determinara la estrategia jurídica a seguir. El reconocimiento de que los créditos financiarían a una Gran Bretaña –que sufría semejante salida de capitales– demandaba una cierta originalidad en la solicitud de la ayuda, que merecía ser consensuada. Las deliberaciones que finalmente tuvieron lugar rechazaron forzar una interpretación contraria a la exigida por el Congreso estadounidense (lo que habría provocado importantes problemas constitucionales en aquel país), pero encontraron un argumento que podría salvar la situación; aquella de que en la medida de que dichas ayudas fueran consideradas «adelantos y retrasos» en los pagos que el país del Támesis realizaba al Fondo, estarían vinculadas directamente con la financiación de su cuenta, y no con la situación que enfrentaban sus reservas debido a la salida de capitales⁸⁰. Por otra parte, los británicos utilizarían otro argumento de peso para los intereses norteamericanos, el de sus dificultades para caminar hacia el establecimiento de la plena convertibilidad de la libra esterlina en las transacciones por cuenta corriente⁸¹. Hay que recordar que hasta ese momento, el FMI había tratado a las cuentas corrientes y a las de capital como esencialmente separables⁸², pero debido al papel del Reino Unido como banquero internacional, la diferenciación pa-

78 «By restricting governments from using IMF resources to finance capital outflows and refusing to implement cooperative controls, U.S. officials placed the burden on deficit countries to adjust». Ibid.

79 El sueco Per Jacobsson –proveniente del Banco de Basilea– había sido nombrado el tercer Director del FMI el 3 de diciembre, cargo que mantendría hasta su muerte en 1963.

80 «They acknowledged that the credits would finance a capital outflow, but Jacobsson suggested (rather stretching the point) that to the extent that these flows were in the form of “leads and lags” in payments, they were linked directly to the financing of the current account». [«Reconocieron que los créditos financiarían una salida de capital, pero Jacobsson sugirió (en lugar de forzar la cuestión) que en la medida en que estos flujos fueran en forma de “adelantos y retrasos” en los pagos, estarían vinculados directamente a la financiación de la cuenta actual.]. J. M. BOUGHTON, «Northwest of Suez: The 1956 crisis and the IMF», Op. Cit, p. 22.

81 «Harcourt then made a more coherent argument: without this financing, it would be difficult for Britain to maintain progress toward establishing full convertibility of sterling for current account transactions». [«Harcourt hizo luego un argumento más coherente: sin esta financiación, sería difícil para Gran Bretaña mantener sus progresos para el establecimiento de la plena convertibilidad de la libra esterlina en las transacciones por cuenta corriente»]. Ibid.

82 Hay que recordar que la cuenta corriente refleja los intercambios de bienes y servicios.

recía imposible de establecer en la práctica, lo que situaba al rescate financiero –que Gran Bretaña estaba a punto de conseguir– en una suerte de enmienda particular al *modus operandi* diseñado ante las crisis financieras⁸³. Dado que la distinción –al menos de una forma clara y solvente– planteaba tantas dificultades, la argumentación se basaría en una «ficción jurídica»⁸⁴ consistente en suponer que la ayuda iría dirigida exclusivamente a la cuenta de capital (y no a la cuenta corriente), reconociéndose así la excepcionalidad británica, por su condición de potencia financiera titular de una divisa de reserva, generando una interpretación *ad hoc* que apelaría a los riesgos sistémicos que representaba la «City». En un informe del Fondo realizado *ex profeso* se afirmaría: «(...) el papel del Reino Unido como banquero de una gran zona comercial, sus esfuerzos para superar sus dificultades en la balanza de pagos, y por continuar una política de expansión de la zona de libre comercio y pagos podría ser socavada, si la confianza en la libra esterlina se debilita por más pérdidas sostenidas de las reservas monetarias», lo que supondría «graves repercusiones sobre el volumen del comercio mundial, y el progreso por liberar al comercio y a los pagos de las restricciones externas»⁸⁵. Tan sólo unos días más tarde, tras la consecuente de-

83 «Until this point the Fund had followed the lead of its founding fathers (John Maynard Keynes and Harry Dexter White) in regarding the current and capital accounts as essentially separable phenomena. Because Britain's role as an international banker made that separation impossible this rescue operation was about to break the mold». [«Hasta ese momento, el Fondo había seguido el ejemplo de sus padres fundadores (John Maynard Keynes y Harry Dexter White) en relación con las cuentas corrientes y de capital como fenómenos esencialmente separables. Pero el papel Británico como banquero internacional hizo que la imposible separación en esta operación de rescate estuviera a punto de romper el molde».] J. M. BOUGHTON, «Northwest of Suez: The 1956 crisis and the IMF», *Op. Cit.*, p. 22.

84 Al tomarse como verdadero algo que no existe o que podría existir pero se desconoce.

85 «The staff report that was circulated to Executive Directors two days later stated explicitly that financing was needed for the capital account, not the current account. It also raised the specter of systemic repercussions if the Fund failed to act on the British request: "The Staff believes that the policies designed to restrain internal demand ... will be adequate to maintain the United Kingdom's competitive position and to overcome the temporary payments in the coming months. However, given the status of sterling as an international currency and the United Kingdom's role as banker for a large trading area, its efforts to overcome its balance of payments difficulties and to follow a policy of extending the area of freer trade and payments could be undermined if confidence in sterling were weakened by further sustained losses of monetary reserves. Moreover, the danger would arise of serious repercussions on the volume of world trade and on the progress made in freeing trade and payments from external restrictions". [«El informe del personal que se distribuyó a los directores ejecutivos declaró dos días más tarde explícitamente que era necesaria la financiación de la cuenta de capital, no la de la cuenta corriente. También planteó la posibilidad de una repercusión de carácter sistémico si el Fondo no

liberación, la Junta Ejecutiva del Fondo Monetario Internacional aprobaría el plan de rescate, con una sola abstención (la de Egipto)⁸⁶.

Conviene aclarar, que la interpretación no daría lugar a una enmienda generalizada, y cuando a finales de los cincuenta y principios de los sesenta, Japón y los países europeos (el Reino Unido y la mayor parte de Europa Occidental anunciaría la convertibilidad oficial a finales de 1958⁸⁷) restauraran finalmente la convertibilidad de sus divisas (en la Comunidad Europea a través de los artículos 103 a 109 del Tratado de Roma) no la extenderían a las cuentas del capital, en una decisión aceptada e incluso apoyada por los propios EEUU⁸⁸.

De este modo, el más sorprendente legado de una crisis como la del Canal de Suez serían sus consecuencias legales derivadas de la admisión de una interpretación de las normas del sistema financiero internacional ad hoc basado en una suerte del conocido *too big to fail*⁸⁹. En la práctica (y pese al articulado del Acuerdo de Funcionamiento del FMI) la separación entre la cuenta de capital y la cuenta corriente pactada en Bretton Woods⁹⁰ no operaría para una potencia financiera como Gran Bretaña mostrando las ventajas de privilegiar un modelo monetario financierista

actuaba frente a la solicitud británica: El personal considera que las políticas diseñadas para contener la demanda interna... serán adecuadas para mantener la posición competitiva del Reino Unido y para superar los pagos temporales en los próximos meses. Sin embargo, dado el estado de la libra esterlina como moneda internacional y el papel del Reino Unido como banquero de una gran zona comercial, sus esfuerzos para superar sus dificultades de balanza de pagos y de seguir una política de extensión de la zona de libre comercio y pagos podría ser socavada si la confianza en la libra esterlina se debilita por más pérdidas sostenidas de reservas monetarias. Por otra parte, el peligro surgiría por las graves repercusiones sobre el volumen de un comercio mundial en el que se progresa por liberar el comercio y los pagos de las restricciones externas».] Minute of the meeting by the Personal Assistant to the Managing Director (December 6, 1956); in IMF/CF, C/United Kingdom/1760, «Stand-by Arrangements 1952-1960». En: J. M. BOUGHTON, «Northwest of Suez: The 1956 crisis and the IMF», *Op. cit.*, p. 22.

86 J. M. BOUGHTON, «Northwest of Suez: The 1956 crisis and the IMF», *Op. Cit.*, p. 23.

87 C. R. SCHENK, «The origins of the eurodollar market in London: 1955-1963», *Explorations in Economic History*, n.º 35.2, 1998, p. 221-238, p. 222.

88 E. HELLEINER, *States and the reemergence of global finance. From Bretton Woods to the 1990s*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1996, p. 4.

89 Al menos en lo referente al argumento sobre el papel del Reino Unido como centro financiero internacional y las consecuencias que de ello se derivaban.

90 Sobre la evolución del Fondo como gestor de las crisis, véase: J. M. BOUGHTON, «From Suez to Tequila: the IMF as crisis manager», *The Economic Journal* n.º 110 (January), Issue 440, Royal Economic Society Oxford –UK– y Malden-Massachuset USA, 2000, p. 273-291. Disponible en Web (consulta 12 agosto de 2016): <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-0297.00501/pdf>

(dirigido a convertir o mantener importantes centros financieros) frente a uno productivo. Es más, se inauguraría un interesante camino para aquellos *policymakers* deseosos de volver al paradigma neoclásico, aclarándose sobre quien iban a recaer los problemas de deudas en el nuevo sistema monetario internacional. Pronto, una nueva estrategia liberalizadora se ensayaría a través de los eurodepósitos, con importantes consecuencias para los movimientos de capitales en el mundo, y sobre todo para el Imperio Británico, pero eso es otra historia.

4. EL DEBATE CONSTITUCIONAL EN LA DEVALUACIÓN DE HAROLD WILSON

Tras que el Comité presidido por Lord Radcliffe hubiera recomendado a finales de los años cincuenta al *Chancellor of the Exchequer*, que anunciara formalmente las alteraciones de los tipos de cambio de la divisa británica⁹¹, la cuestión de las devaluaciones había tomado un tinte tan político, que no podía pasar ya, como una simple decisión meramente técnica. Así ocurrió en el caso de la devaluación anunciada el diecisiete de noviembre de 1967, no ya por el Ministro de Finanzas, sino por el propio Primer Ministro Harold Wilson, que se dirigió a la nación mediante una locución televisiva⁹², retransmitida en horario *prime time* (a las nueve y media de la noche), y que contenía una argumentación más propia de un genuino constitucionalismo monetario, que de un discurso meramente político.

A la necesidad de una devaluación tan importante se había llegado, debido a las significativas dificultades en la balanza de pagos que arrastraba el Reino Unido; con un crecimiento económico que empujaba al alza sus importaciones, y con ellas, la demanda de divisas extranjeras (especialmente de los tan necesarios dólares estadounidenses), sin que se vieran compensadas por la de las libras esterlinas de un comercio colonial menguante. A su vez, las diferencias se veían incrementadas por las operaciones meramente especulativas, que con carácter internacional intentaban aprovecharse de la determinación del gobierno británico por mantener el precio de su moneda⁹³. Por supuesto, la crisis tenía distintas

91 «El informe Radcliffe y la política británica actual», *Op. cit.*, p. 50-51.

92 H. WILSON, «Pound in your pocket' speech», 19 de noviembre de 1967. Disponible en Internet (consulta 14 de febrero de 2017): <https://www.youtube.com/watch?v=-IHVQU9BSks>

93 «The main source of difficulty was the balance of payments: any major increase in Britain's economic activity led to an increase in imports which was not balanced by a corresponding increase in exports. As a result, the demand by British importers for foreign currencies (especially US dollars) with

causas, entre las que sin duda alguna estaba el declive del área esterlina, lo que arrastraba importantes consecuencias constitucionales, para un país que aún se veía a sí mismo como un Imperio. Desde el comienzo de las dificultades –en noviembre de 1964– el gobierno se había aferrado a su compromiso por el mantenimiento del valor internacional de la esterlina, lo que necesitaba de crecientes e ingentes recursos, mientras cada vez quedaba más claro que la única forma de superar la crisis –sin devaluar la moneda– era reducir el crecimiento económico, con las evidentes consecuencias sobre el empleo y la prosperidad industrial del país⁹⁴.

which to pay their foreign suppliers sharply exceeded the demand by foreigners for pounds with which to pay British exporters. The value of the pound thus fell, giving rise to the possibility of devaluation. The problems would then snowball as a result of “leads and lags” (British importers paying their foreign suppliers as promptly as possible, while foreign buyers of British goods dawdled over payment) and speculation, with some operators willing to borrow sterling short-term up to five hundred per cent per annum in order to sell it at the current rate in the hope of soon buying it back at a much lower rate. These problems were greatly exacerbated by the fact that sterling had an important international role». [«La principal fuente de dificultades fue la balanza de pagos: cualquier aumento importante de la actividad económica de Gran Bretaña condujo a un aumento de las importaciones que no fue compensado por su correspondiente aumento de las exportaciones. Como resultado, la demanda de monedas extranjeras (especialmente dólares estadounidenses) por parte de los importadores británicos con las que pagar a sus proveedores extranjeros excedió en gran medida la demanda extranjera de libras con las que pagar a los exportadores británicos. El valor de la libra cayó, dando lugar a la posibilidad de una devaluación. Los problemas surgirían como resultado de los “adelantos y retrasos” (los importadores británicos pagaban lo antes posible a sus proveedores extranjeros, mientras que los compradores extranjeros de bienes británicos se quedaban rezagados por el pago) y la especulación, con algunos operadores dispuestos a pedir préstamos en libras esterlinas a corto plazo a quinientos por ciento por año con el fin de vender a la tasa actual con la esperanza de volver a comprar pronto a una tasa mucho más baja. Estos problemas se vieron exacerbados por el hecho de que la libra esterlina tenía un papel internacional importante)]. D. BLAAZER, «Devalued and Dejected Britons»: The Pound in Public Discourse in the Mid 1960s», *History Workshop Journal*. No. 47. Oxford University Press, 1999. p. 121-140, p. 122-123. Disponible en Web (consulta 14 de febrero de 2017): https://www.jstor.org/stable/4289605?seq=1#page_scan_tab_contentsSobre las circunstancias económicas que rodearon a la devaluación, véase también: «The Cabinet Papers», *The National Archives*. Disponible en Web (consulta 14 de febrero de 2017):

<http://www.nationalarchives.gov.uk/cabinetpapers/themes/devaluation-pound.htm>

94 «Despite being beset by an almost continual succession of exchange-rate crises from November 1964 onwards, and despite the growth of a substantial body of expert opinion in favour of devaluation, the government stuck fast to its commitment. The political and financial costs were enormous. The only alternative way to overcome balance of payments crises was to slow economic growth, thus

Finalmente, el Primer Ministro decidió priorizar el crecimiento económico del país, y su prosperidad social, y procedió a una devaluación de la libra en un catorce por ciento, lo que significaba que su cambio con respecto al dólar –que era de 2,40 libras– pasara a estar por debajo de las 2,80 libras. Hay que recordar que según el sistema de cambios fijos establecido en Bretton Woods, la esterlina debía operar dentro de una franja situada entre los 2,78 y los 2,82 dólares por libra, lo que obligaba a obtener el preceptivo permiso del Fondo Monetario Internacional⁹⁵. Lo más importante –al menos en términos constitucionales– no era el desenlace de la devaluación, si no el debate que tuvo lugar en la sociedad británica en general, y en sus instituciones en particular, sobre la importancia del mantenimiento del tipo de cambio de la esterlina.

Uno de los principales problemas que tuvo que afrontar la disputa fue el grado de consenso que la libra esterlina convocaba como símbolo nacional⁹⁶ (de

curbing prosperity and increasing unemployment. Moreover, each successive currency crisis required substantial foreign loans which came at the price of satisfying international bankers' demands for reductions in government expenditure, especially on health and welfare. Naturally such policies sorely tested the unity of the Labour cabinet and the loyalty of its supporters, culminating in the very public near-resignation of George Brown on the announcement of a particularly draconian set of deflationary measures in July 1966». [«A pesar de haber sido acosado por una sucesión casi continua de crisis cambiarias a partir de noviembre de 1964, y a pesar del crecimiento del sustancial cuerpo de expertos en favor de la devaluación, el gobierno se aferró a su compromiso. Los costos políticos y financieros eran enormes. La única forma alternativa de superar las crisis de la balanza de pagos era frenar el crecimiento económico, frenando así la prosperidad y aumentando el desempleo. Por otra parte, cada crisis monetaria sucesiva requería préstamos externos sustanciales que se dieron al precio de satisfacer las demandas de los banqueros internacionales de reducir los gastos gubernamentales, especialmente en salud y bienestar. Naturalmente, tales políticas pusieron a prueba la unidad del gabinete laborista y la lealtad de sus partidarios, culminando en la muy pública renuncia de George Brown al anuncio de un conjunto particularmente draconiano de medidas deflacionarias en julio de 1966»]. D. BLAAZER, «Devalued and Dejected Britons»: The Pound in Public Discourse in the Mid 1960s», *Op. cit.* p. 123.

95 «Under the Bretton Woods system of fixed exchange rates the pound could trade only within a very narrow range of values. If the government could not sustain it above \$2.78 or below \$2.82 it was obliged to seek the permission of the International Monetary Fund (IMF) to change the value or to widen the permissible range». [«Bajo el sistema de Bretton Woods de tipos de cambio fijos, la libra sólo podía operar dentro de un rango muy estrecho de valores. Si el gobierno no pudiera sostenerlo por encima de los 2,78 dólares o por debajo de los 2,82 dólares, se vería obligado a solicitar el permiso del Fondo Monetario Internacional (FMI) para cambiar el valor o ampliar el margen permitido»]. *Ibid.*, p. 122.

96 «The British pound, even more than most currencies, was ready for the attribution of a speci-

hecho las caricaturas y viñetas de los periódicos acompañaban habitualmente la libra, con los símbolos nacionales convencionales de *Britannia*, como el León y San Jorge⁹⁷) lo que dificultó seriamente la audición de argumentos serios⁹⁸, y amplificó los chovinistas. Los esfuerzos por mantener el tipo de cambio de la libra se convirtieron en una batalla nacional, a lo que no fue ajena que se hubiera hecho un frecuente uso de esta metáfora bélica en los debates parlamentarios que habían tenido lugar sobre la oportunidad de las devaluaciones en 1949, los frecuentes comentarios en la prensa durante los años 1956 y 1957, y hasta que fuera finalmente usada por el propio Harold Wilson en 1965⁹⁹. Como para re-

fically national significance. Its alias, sterling, had long ago evolved an additional meaning of a type of reliability, genuineness and first-rateness that were felt, even after the imperial heyday, to be somehow uniquely British. Moreover, the fact that sterling still had a major role in the post-war period as one of the world's two reserve currencies was one of the few remaining vestiges of Britain's great power status, and for most of the time the least complicated». [«La libra británica, incluso más que la mayoría de las monedas, estaba lista para la atribución de un significado específicamente nacional. Su alias, la libra esterlina, había desarrollado hace mucho tiempo un significado adicional de un tipo de confiabilidad, autenticidad y primer rasgo que se sentía, incluso después del apogeo imperial, para ser de alguna manera exclusivamente británico. Además, el hecho de que la libra esterlina siguiera desempeñando un papel importante en el período de posguerra como una de las dos monedas de reserva del mundo era uno de los pocos vestigios restantes del gran estado de poder de Gran Bretaña y, en la mayoría de los casos, el menos complicado»]. *Ibid.*, p. 123.

97 «Cartoonists used the conventional national symbols of Britannia, the Lion and St George, to denote the national significance of the exchange rate». [«Los caricaturistas utilizaron los símbolos nacionales convencionales de Britannia, el León y San Jorge, para denotar la importancia nacional del tipo de cambio»]. *Ibid.*, p. 126.

98 «The most powerful and authoritative voices in the devaluationist cause were, quite literally, silenced until the actual moment of devaluation, leaving the field open for the development of a public discourse in which devaluation was represented as an object of dread by all but academic economists and a few financial journalists in the highbrow press. It is time to consider that discourse in some detail». [«Las voces más poderosas y autoritarias de la causa devaluadora fueron, literalmente, silenciadas hasta el momento real de la devaluación, dejando abierto el campo para el desarrollo de un discurso público en el que la devaluación fue representada como un objeto de temor por todos menos economistas académicos y unos cuantos periodistas financieros en la prensa. Es hora de considerar ese discurso con algún detalle»]. *Ibid.* p. 124.

99 «A common trope by which the sublimation was achieved centred on the representation of the effort to maintain the existing parity as a “battle”. The metaphor was not new in the 1960s, having appeared briefly during the parliamentary debate over devaluation in 1949, and in the press during 1956 and 1957». [«Un tropo común por el cual se logró la sublimación se centró en la representación del esfuerzo por mantener la paridad existente como una “batalla”. La metáfora no era nueva en los

dondear hacía falta un antagonista externo, la prensa convirtió a los banqueros y a los especuladores europeos, en los enemigos de la libra¹⁰⁰.

Dado que los símbolos del Estado son parte indiscutible del Estado Constitucional¹⁰¹, debemos reconocer como absolutamente normal, el apego de los británicos por su divisa; por lo que la cuestión no fue tanto, si la libra constituía un símbolo nacional, sino si ese símbolo fue bien entendido por los ciudadanos. Como hemos comentado, hay que decir que sobre la divisa se proyectaron una amplia gama de ansiedades sobre el poder del Imperio Británico, y el papel que le correspondía en el mundo a Gran Bretaña, que se fueron depositando como una mera cuestión de prestigio en la solidez de la libra¹⁰². Frente a esa consideración se alzaron distintas voces, como la de James Callaghan —a más INRI, *Chancellor of the Exchequer* —¹⁰³, que en sede parlamentaria afirmó: «No es una

años sesenta, habiendo aparecido brevemente durante el debate parlamentario sobre la devaluación en 1949 y en la prensa durante 1956 y 1957»]. *Ibid.* p. 125-126.

100 «Being a war, the effort to maintain the exchange rate required enemies. The most obvious and least controversial enemies of the pound were “foreigners”. While the term was often used generally, it was more usual to specify foreign bankers or foreign speculators. The term “Gnomes of Zurich” had been in widespread use since Harold Wilson had coined it during the 1956 sterling crisis. By the mid-1960s “gnome” was used ubiquitously to refer to European bankers and financiers, often in a mock-sinister tone». [«Siendo una guerra, el esfuerzo para mantener el tipo de cambio requería enemigos. Los enemigos más obvios y menos controvertidos de la libra eran los “extranjeros”. Aunque el término se usaba con frecuencia en general, era más usual especificarlo en los extranjeros o a los especuladores extranjeros. El término “gnomos de Zurich” había sido de uso generalizado desde que Harold Wilson lo acuñó durante la crisis de la libra esterlina de 1956. A mediados de la década de 1960, el “gnomo” se usaba omnipresente para referirse a los banqueros y financieros europeos, a menudo en un tono siniestro»]. *Ibid.*, p. 128.

101 P. HÄBERLE, «El Estado Constitucional Europeo», *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, n.º. 2, 2000, p. 87-104. P. HÄBERLE, «El Estado Constitucional Europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*:

<http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/14PeterHaberle.htm#10>. Disponible en Internet (consulta 14 de febrero de 2017).

102 «This complex range of anxieties about Britain's external power, and social, economic, political and moral order was duly sublimated into anxieties about the value of the pound...». [«Esta compleja gama de ansiedades sobre el poder externo de Gran Bretaña, y el orden social, económico, político y moral, fue debidamente sublimada en ansiedades sobre el valor de la libra...»]. D. BLAAZER, «“Devalued and Dejected Britons”: The Pound in Public Discourse in the Mid 1960s», *Op. cit.* p. 125.

103 Leonard James «Jim» Callaghan, Baron Callaghan of Cardiff fue un político británico que sirvió como Primer Ministro del Reino Unido desde 1976 a 1979, fue líder del Partido Laborista desde

cuestión de prestigio para mí. Eso es basura. No considero a la libra esterlina como un gran símbolo»¹⁰⁴; o la del propio Times, que el 20 de noviembre de 1967 comentaba: «La verdad es que si el precio de una moneda está mal, hay que ponerlo en orden»¹⁰⁵. Esa visión técnica también fue defendida en sede parlamentaria, y Michael Foot –que llegaría a ser líder de la oposición entre 1980 y 1983–¹⁰⁶, al igual que Peter Shore –Ministro de Economía–¹⁰⁷ insistirían en dicho punto de vista, así como en la falsedad del argumento moral que se presentaba frente a la devaluación¹⁰⁸.

Sin embargo, mucha gente entendía el dinero en un significado propio de la era del dinero mercancía, y aunque ese paradigma hacía tiempo que estaba en profunda revisión, aún ocupaba las mentes de la mayor parte de los ciudadanos¹⁰⁹. Probablemente por ello, Harold Wilson afirmó en su discurso sobre la de-

1976 a 1980, «Chancellor of the Exchequer » desde 1964 a 1967, «Home Secretary » desde 1967 a 1970, y «Foreign Secretary » desde 1974 hasta su nombramiento como Primer Ministro en 1976.

104 «[i]t is not a matter of prestige with me. That is rubbish. I do not regard sterling as being any great symbol» *Commons Debates*, vol. 751, c. 101. En: D. BLAAZER, «“Devalued and Dejected Britons”: The Pound in Public Discourse in the Mid 1960s», *Op. cit.* p. 125.

105 «The truth is that if the price of a currency is wrong it has to be put right». Times, 20 Nov. 1967, p. 9. En: *Ibid.* p. 131.

106 Michael Mackintosh Foot fue líder del Partido Laborista desde el 10 de noviembre de 1980 al 2 de octubre de 1983.

107 Peter David Shore, Baron Shore of Stepney fue miembro del Parlamento desde el 15 de octubre de 1964 al 1 de mayo de 1997, «Secretary of State for Economic Affairs» desde el 29 de agosto de 1967 al 6 de octubre de 1969, Ministro sin cartera desde el 6 de octubre de 1969 al 19 de junio de 1970, «Secretary of State for Trade» desde el 4 de marzo de 1974 al 8 de abril de 1976, y «Secretary of State for the Environment» desde el 8 de abril de 1976 al 4 de mayo de 1979.

108 «The vesting of devaluation with national and moral significance did not go uncontested. Michael Foot spoke for many when he insisted that “questions of the exchange rate are technical economic questions”, as did Peter Shore, the Minister for Economic Affairs, when he scorned “the enormous amount of humbug about the moral issues involved in devaluation”.36». [«La adquisición de la devaluación con importancia nacional y moral no fue incontestable. Michael Foot habló por muchos cuando insistió en que “las cuestiones del tipo de cambio son cuestiones técnico-económicas”, al igual que Peter Shore, ministro de Economía, cuando despreciaba “la enorme cantidad de farsas sobre los problemas morales de la devaluación”»] El entrecomillado pertenece a 36 *Commons Debates*, vol. 754, c. 1162, c. 1263. D. BLAAZER, «“Devalued and Dejected Britons”: The Pound in Public Discourse in the Mid 1960s», *Op. cit.*, p. 130.

109 Véase: D. BLAAZER, «“Devalued and Dejected Britons”: The Pound in Public Discourse in the Mid 1960s», *Op. cit.*, p. 124 y p. 131. En realidad, dicha visión sigue aún muy extendida en la sociedad.

valuación: «A partir de ahora la libra en el extranjero vale un catorce por ciento o menos, en términos de otras monedas, pero ello no significa –por supuesto–, que la libra aquí en Gran Bretaña, en su bolsillo o en la Bolsa o en su banco, se haya devaluado. Lo que sí significa es que ahora podremos vender más mercancías al extranjero sobre una base competitiva»¹¹⁰. Con ello, el carismático Primer Ministro se estaba refiriendo al instituto monetario desde dos perspectivas: la primera, como dinero título, explicando a aquellos que esperaban ver reducidos sus ahorros, que el valor de los mismos permanecía constante; y el segundo, como divisa internacional, en el que su valor sí que había menguado. Pero ello significaba más, el Gobierno Británico había tenido que hacer una difícil elección entre dos prioridades que se estaban enfrentando, y que no eran más que el dinero en su función como lubricante de la capacidad productiva, cuyo valor debería hacerse depender de los intereses comerciales; y en su función como reserva de riqueza –también a nivel internacional–, para lo que debía prevalecer –a toda costa– el valor de la divisa (no como título, sino como valor material) como un bien en sí mismo. Ese valor instrumental preocupó enormemente al líder laborista, que probablemente argumentó alrededor del valor del dinero como título, precisamente por ser consciente de la dificultad que para el pueblo llano resultaba el entendimiento de la verdadera naturaleza del dinero (sino era como mercancía), y estaba temeroso de las acusaciones que como laborista recibiría, en el sentido de que era incapaz de mantener el precio del dinero, como ocurrió repetidamente en sede parlamentaria¹¹¹. Desde luego, la devaluación fue

110 «From now the pound abroad is worth 14% or so less in terms of other currencies. It does not mean, of course, that the pound here in Britain, in your pocket or purse or in your bank, has been devalued. What it does mean is that we shall now be able to sell more goods abroad on a competitive basis» « 1967: Wilson defends “pound in your pocket”». On this day 1950-2005, 19 of november, BBC News. Disponible en Web (consulta 14 de febrero de 2017): http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/november/19/newsid_3208000/3208396.stm?first=17

111 «A number of Tory MPs made much of the claim that 18 November 1967 was “the third time on which Socialist policies have brought this country to the humiliation of devaluation”, 26 suggesting that by devaluing, the government was acting “true to its socialist tradition”.27. 26 (John Peyton), *Commons Debates*, vol. 754, c. 946. 27- (Anthony Barber), *Commons Debates*, vol. 754, c. 1421». [«Varios diputados conservadores hicieron gran parte de la afirmación de que el 18 de noviembre de 1967 fue “la tercera vez que las políticas socialistas llevaron a este país a la humillación de la devaluación” 26, sugiriendo que el gobierno, devaluando actuaba de acuerdo con su tradición socialista.27»]. D. BLAAZER, «“Devalued and Dejected Britons”: The Pound in Public Discourse in the Mid 1960s», *Op. cit.*, p. 129. Harold Wilson había manifestado que: «At home my government’s first

una decisión política, que se había desarrollado a través de un juicio ponderativo entre el papel instrumental de la política monetaria como parte de la política económica, o de la política monetaria considerada en sí misma (alrededor del mantenimiento del valor de la moneda); algo que –como hemos visto– podía tener lugar en el laxo marco jurídico en el que se regulaban las funciones del Banco de Inglaterra y del Tesoro; a diferencia de otras normativas al uso, como ocurría en el sistema de la Reserva Federal, en el que dicha discusión sólo podía tener lugar en el Congreso, o en Alemania, en el que el mantenimiento del valor del dinero era la principal función de su independiente Banco Central, que por lo tanto, y al menos teóricamente, sólo podría afrontar una devaluación de la moneda por incapacidad, y no por conveniencia de la política económica.

En realidad también esa era la dicotomía en las que se movían las posturas del consiguiente debate público. Aunque el Primer Ministro, sólo pretendía calmar los temores de aquellas personas que no hubieran entendido el acto devaluador¹¹², las críticas desde el sector financiero fueron mordaces. Un buen ejemplo, lo representaron los ataques del Conde de Cromer (banquero que había sido Gobernador del Banco de Inglaterra entre el sesenta y uno y el sesenta y seis¹¹³, y que era Director del *Baring Brothers*¹¹⁴, probablemente la compañía de banca comercial más antigua de Londres), y que podrían resumirse en las afirmaciones de que la devaluación reducía el prestigio y el poder de Londres como centro financiero internacional, y constituía un muy mal negocio financiero¹¹⁵. Siendo esto cierto, la perspectiva debería haber sido muy distinta a la

concern will be to maintain the strength of sterling». [«En política doméstica, mi primer interés será mantener la fortaleza de la libra esterlina»]. *House of Commons Debates, Official Report*, Fifth series, vol. 701, c. En: *Ibid.*

112 D. BLAAZER, «Devalued and Dejected Britons»: The Pound in Public Discourse in the Mid 1960s», *Op. cit.*, p. 135.

113 El Teniente Coronel George Rowland Stanley Baring, Tercer Conde de Cromer –conocido como Visconde de Errington antes de 1953– fue además de militar, un banquero y diplomático británico. Durante su carrera ocupó el puesto de Gobernador del Banco de Inglaterra entre 1961 y 1966, y Embajador Británico en los Estados Unidos entre 1971 y 1974.

114 *Ibid.*, p. 135.

115 «56. To raise a \$1m loan in London after devaluation would require £416,667 as opposed to £357,143 before. Similarly, a New York banker would now only need to raise \$1.2m to finance a £500,000 loan, instead of \$1.4m. The same principle obviously applied where a British and an American bank competed to lend money in a third currency». [«56. Para obtener un préstamo de \$ 1m en Londres después de la devaluación requeriría £ 416.667 frente a £ 357.143 de antes. Del mismo modo,

luz de los intereses de los conglomerados industriales (de hecho la caída de la popularidad de Wilson inmediatamente después de la devaluación fue más pequeña que la caída que siguió al anuncio del severo paquete de julio de 1966, un paquete diseñado expresamente para «salvar la libra»)¹¹⁶, que sin embargo siguieron mostrando sus interrogantes y preocupaciones alrededor del significado de la devaluación para el área esterlina, y la posición en la que quedaba como divisa de reserva, especialmente en aquellos países que habían sido colonias, y que seguían vinculados financieramente a la capital de la antigua metrópoli, y al Reino Unido en general¹¹⁷.

Al fin y al cabo, la divisa esterlina no sólo había representado, sino que seguía jugando un importante papel en el entramado constitucional británico¹¹⁸, y en su sistema imperial, que ayudaba a engarzar distintos territorios (más o menos soberanos), que de un modo u otro continuaban fuertemente vinculados a Gran Bretaña.

5. LAS DEVALUACIONES EN EL ACTUAL DEBATE INTERNACIONAL

Pese a que la devaluación de Harold Wilson constituyó un acto deliberado para mantener los intereses industriales británicos a salvo, de los que dependía en gran medida el futuro de las clases trabajadoras británicas, lo cierto es que el debate público fue ganado por las posiciones partidarias de priorizar los intereses de la *City*, que habían sido fundamentalmente defendidas desde las filas situadas a la derecha del *Speaker*. Tras la sorprendente dimisión de Wilson, otro laborista –Callaghan– accedió al cargo de Primer Ministro. Sin embargo,

un banquero de Nueva York ahora sólo tendría que recaudar \$ 1.2 millones para financiar un préstamo de £ 500.000, en lugar de \$ 1.4 millones. El mismo principio se aplicaba obviamente cuando un banco británico y un americano competían para prestar dinero en una tercera moneda». Ibid.

116 «Tellingly, the fall in Wilson's popularity immediately after devaluation was smaller than the fall which followed the announcement of the severe “squeeze and freeze” package of July 1966 - a package expressly designed to “save the pound”». [«La caída de la popularidad de Wilson inmediatamente después de la devaluación fue más pequeña que la caída que siguió al anuncio del severo paquete de “compresión y congelación” de julio de 1966, un paquete diseñado expresamente para “salvar la libra”»]. Ibid., p. 133.

117 Ibid., p. 136.

118 Debido a la enorme tradición financiera del país, y de su propio sistema jurídico con respecto a ella.

los rescoldos del duro debate de la devaluación determinaron en gran parte sus políticas, que anticiparon las políticas monetaristas llevadas a cabo por su sucesora, la *tory* Margaret Thatcher¹¹⁹. La llegada al poder de la Primera Ministra lideraría una revolución conservadora, que pondría las bases para un nuevo constitucionalismo económico, de corte neoliberal, que dejaría sentir sus huellas en la creación de cualquier divisa –como el euro– que pretendiera conseguir una posición internacional como divisa de reserva. Las devaluaciones se convertirían en afrentas a la supuesta actuación re-equilibradora del mercado, y la robustez de las monedas en el síntoma de una buena y sana política monetaria.

Con todo, lo excepcional de la nueva situación de Londres como centro internacional de finanzas radicaría en la forma en la que la capital bañada por el Támesis conseguiría conservar dicha situación, sin que el Reino Unido fuera ya aquel poderoso país –comercialmente hablando–, que había liderado la revolución industrial y forjado un Imperio comercial, sino que por el contrario, mantendría con robustez el valor de su divisa, sacrificando sus intereses comerciales por los meramente financieros. Los nuevos gobiernos británicos liderarían una revolución conservadora cuya finalidad última, no sería otra que la de liberar el capital internacional sometido a los controles estatales, para ponerlo a disposición del reciclado de déficits¹²⁰ que la economía estadounidense necesitaba. Una política que llevaría a la *City* a situarse como un eje principal de la circulación de capitales en el mundo, consagrándose como el centro financiero internacional por excelencia, muy por delante de los demás¹²¹. Las consecuencias para Gran Bretaña serían decisivas, y como cualquier otra importante decisión constitucional, la opción contendría una preferencia territorial, que terminaría a la larga generando una nueva organización del Reino Unido, al sacrificar los intereses

119 «After serving as foreign secretary in 1974-1976, Callaghan succeeded Wilson as prime minister in 1976. He responded to Britain's deepening economic recession by adopting deflationary policies and cuts in public expenditure, which anticipated the monetarism of Margaret Thatcher after 1979 ». [«Después de ocupar el cargo de Ministro de Asuntos Exteriores entre 1974-1976, Callaghan sucedió a Wilson como Primer Ministro en 1976. Respondió a la profunda recesión económica de Gran Bretaña mediante la adopción de políticas deflacionarias y recortes en el gasto público, que anticipaban el monetarismo de Margaret Thatcher en 1979»]. «James Callaghan (1912-2005)», *BBC History*. Consulta (26 de julio de 2017): http://www.bbc.co.uk/history/historic_figures/callaghan_james.shtml

120 Véase: Y. VAROUFAKIS, *El minotauro global*, Capitán Swing Libros, Madrid, 2014.

121 R. PALAN, «International financial centers: the British-Empire, city-states and commercially oriented politics», *Theoretical Inquiries in Law January*, 2010, p. 149-176, p. 149. Disponible en Web (consulta el 18 de febrero de 2017: www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/736/695)

del industrial norte de Gran Bretaña¹²², frente a los de la economía de servicios del sur del país (especialmente del suroeste) y la urbe londinense.

Durante décadas esta nueva estrategia ha estado priorizando los intereses financieros frente a los productivos en Occidente, alimentando en consecuencia, el crecimiento de una nueva potencia productiva como China, que recurrió sucesivamente a la devaluación de su moneda para priorizar sus intereses comerciales, según diversas fuentes. Estas devaluaciones (que han sido objeto de duras controversias entre estadounidenses y chinos durante décadas; en la que los primeros acusaban a los segundos de un dumping monetario, mediante un intervencionismo del Banco Popular de China –el banco central de la República Popular de China– en la cotización de la divisa asiática) no han dejado de mostrar dos prioridades estratégicas bien distintas, la de una economía altamente financiarizada como la estadounidense, y una enfocada preferentemente a hacer de China una potencia productiva y comercial de primer orden, y ello pese a su dependencia de materias primas exteriores, que debían ser adquiridas mediante el dólar estadounidense como *World currency*.

Sin embargo, en la actualidad, y pese a las críticas del nuevo Presidente estadounidense –Donald Trump– sobre una infravaloración artificial del renminbi, orquestada desde su banco central, son muchos los medios occidentales que indican que la República Popular China no sólo no está devaluando su divisa, sino que por el contrario está consolidando su incipiente posición como divisa de reserva internacional, basada en sus excedentes comerciales y financieros, que le permiten ir adquiriendo la solidez necesaria para dicha nueva condición internacional¹²³. Si es así, el mundo podría estar volviendo al modelo clásico inaugurado precisamente por los británicos, cuando presumían de una libra *as good as gold*, consolidada como *World currency* en base a sus excedentes¹²⁴.

De la evolución de este proceso dependerá en gran parte, la del constitucionalismo económico que el futuro nos depare, de modo que habrá que estar muy atentos a los significados que las devaluaciones nos descubran sobre sus propios

122 Lo que a la larga aumentaría la sensación de abandono por parte del norte y el centro oeste del Reino Unido que en el caso Escocés y Galés terminaría fraguando en un aumento del nacionalismo e independentismo político.

123 Fred Imbert, «Trump calls China a “currency manipulator”, but he’s wrong », *CNBC*, 7 Dec 2016. Disponible en Web (consulta 26 de febrero de 2017): <http://www.cnbc.com/2016/12/07/donald-trump-is-wrong-china-is-not-a-currency-manipulator.html>

124 J. E., LANDER, *International Economic History, Industrialisation in the World Economy 1830-1950*, *Op. cit.*, p. 173.

commitements constitucionales internos y externos; y que descubrirán –a falta de una reforma del sistema monetario internacional– las estrategias de desarrollo que cada país adoptará en esta nueva etapa, –como decíamos– no sólo respecto al exterior, sino respecto al interior de los países. Aún inadvertidamente, y generalmente tratados únicamente desde un punto estrictamente económico, los cambios en los *commitements* del constitucionalismo económico, ya están presentes en las noticias de medio mundo. Su análisis, y consideración –obviamente no sólo desde el punto de vista del constitucionalismo económico, sino también de otros aspectos puramente políticos– nos permitirán vislumbrar las distintas evoluciones que el Estado Constitucional nos depare.

Resumen

Probablemente uno de los principales problemas del capitalismo como sistema económico, lo constituya el problema de sus excedentes, que lo convierte en un sistema inestable que genera déficit y excedentes de capital. Si bien en el ámbito nacional este problema ha sido afrontado desde el constitucionalismo económico, fundamentalmente a través del principio de solidaridad, la ausencia de una autoridad monetaria internacional ha llevado a su corrección mediante el mecanismo de la devaluación monetaria, duramente rechazado por el constitucionalismo neoliberal.

El presente trabajo pretende estudiar las repercusiones que un acto sencillo como la devaluación representa en relación con los consensos constitucionales. La elección de la devaluación llevada a cabo por el Primer Ministro laborista Harold Wilson en 1967 como objeto del análisis, nos ha ayudado a analizar los distintos modelos confrontados. Un análisis que no es meramente histórico, sino que pretende contribuir a entender las claves de la batalla por la consideración de una moneda como divisa de reserva internacional, como ya ocurre en relación con la divisa china.

Palabras claves

Constitucionalismo económico, excedente y déficit, moneda, devaluación, consenso constitucional.

Abstract

Probably one of the main problems of capitalism as an economic system is constituted by the problem of its surplus, which makes it an unstable system that generates capital deficits and surpluses. Although at the national level this problem has been faced from the Economic Constitutionalism fundamentally through the principle of solidarity, the absence of an international monetary authority has led to its correction through the mechanism of monetary devaluation, hard rejected by neoliberal constitutionalism.

The present paper tries to study the repercussions that a simple act as the devaluation represents in relation to the constitutional consensus. The election of the devaluation ca-

rried out by Labour Prime Minister Harold Wilson in 1967 as the object of analysis has helped us to analyze the different economic models confronted. An analysis that is not merely historical, but aims to contribute to understanding the keys to the battle for the consideration of a currency as an international reserve currency, as is already happening in relation to the Chinese currency.

Key Words

Economic Constitutionalism, surplus and deficit, money, devaluation, constitutional consensus.

Recibido: el 9 de junio de 2017
Aceptado: el 30 de junio de 2017

Perfiles/Noticias

**LOS NUEVOS DESAFÍOS DEL
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO.
CONGRESO INTERNACIONAL EN HONOR DE
PETER HÄBERLE, GRANADA, 11 DE MAYO DE 2017**

MARKUS KOTZUR

*Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Hamburgo
(Alemania)*

I. Es importante comenzar recordando las jornadas de Lisboa, en el 2014, cuando celebramos el ochenta cumpleaños del Profesor Häberle, y de las que en cierta medida ya habíamos tenido un preludio en 2013 con la invitación de P. Ridola a Roma (DVBl. 2013, p. 1167 y ss.). Hemos establecido una buena tradición, en la que aprovechamos los cumpleaños de Peter Häberle para organizar un acto científico de carácter internacional, en la que nos reunimos amigos, principalmente extranjeros, pero también compañeros y discípulos (está fue la idea que expuso el profesor Francisco Balaguer en la introducción de las jornadas que se comentan).

Los temas escogidos, así como los lugares, están estrechamente ligados a la obra y a la forma de pensar del homenajeado. Inspirados por la lógica comparatista –no olvidemos que Häberle hace tiempo que con éxito estableció el quinto método interpretativo– y la apertura metodológica, J.A. Montilla, E. Guillén y Miguel Azpitarte, recordaron en sus intervenciones de apertura la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una tesis que dio germen «a la teoría constitucional como ciencia de la cultura» (1ª ed., 1982; 2ª ed. 1998) y que se concretó en una dimensión europea (*Europäischen Verfassungslehre*, 8. ed. 2016) y universal («Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre», 2013).

Como es sabido, Häberle es profesor visitante desde hace muchos años en Roma, sea en la Sapienza o en la Tor Vergata (recordemos las jornadas del 2013 y 2015), y su obra ha merecido una recepción excepcional, así como la de su maestro Konrad Hesse, a los que allí conectan con los pensadores de entreguerras. A su vez, el congreso de Lisboa (2014) fue un magnífico puente con Latinoamérica, donde el pensamiento constitucional de Häberle, precisamente por su apertura cultural ha creado un excelente poso para la acogida de sus tesis. Sin el «input intelectual» del «maestro de Bayreuth» y su «influencia» la tímida integración latinoamericana hoy sería impensable, tal y como afirmó G. Belaunde. Por otro lado, no está de más recordar que Häberle pasó un tiempo en Montpellier cuando era un joven estudiante (1957). Se entiende así que el diálogo jurídico con Francia resida en su corazón, más aún cuando concibe la amistad franco-alemana como el fundamento irrenunciable de la integración europea –en términos científicos y políticos–, de la que se ha de esperar, incluso en tiempos de crisis, la fuerza necesaria para dotar de densidad constitucional a la comunidad constitucional europea. Finalmente, Granada (2017): Häberle es doctor honoris causa de esta Universidad y sostiene a una Fundación bajo su nombre, que busca el ideal del jurista europeo, sin olvidar que el profesor Balaguer, titular de una Cátedra Jean Monnet, junto a sus discípulos, investigan sobre los fundamentos del edificio teórico levantado por Häberle en torno al constitucionalismo global y europeo.

II. El programa del congreso del 11 de mayo de 2017 en Granada recoge estas ideas. El primer panel, presidido por S. Gambino (Italia), versó sobre los derechos fundamentales, reuniendo la dimensión nacional, europea y universal. Cada una de las intervenciones reflejó la diversidad temática: J.M. Porras Ramírez habló de los límites a la libertad de expresión; Markus Kotzur sobre la incidencia del mundo digital sobre los derechos fundamentales; A. Schillaci, intervino para exponer los típicos conflictos ante el TEDH en la defensa de la libertad religiosa y la orientación sexual; y, finalmente, A. Viala expuso la conexión entre derechos fundamentales y soberanía, con especial referencia al artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

III. Las mesas redondas segunda y tercera giraron en torno a la integración supranacional, siempre bajo una doble perspectiva, típica de los profesores Häberle y Balaguer: la perspectiva de la supranacionalidad europea (la mesa segunda, moderada por M. Troper) y otra orientada hacia Latinoamérica (la tercera, moderada por J. Estorninho). Sin duda, el eurocentrismo se supera cuando sometemos nuestra mirada interna a la mirada constructiva que viene del exterior. Respecto a Europa, F. Vecchio, F. Scuto y A. Aguilar analizaron el proceso de integración a la luz de su

crisis actual (basta con pensar en la crisis de la deuda, del Estado de derecho o la crisis de los refugiados), pero también desde una perspectiva de futuro (en atención al libro blanco de la Comisión sobre la «integración diferenciada»). En el caso de Latinoamérica, D.G. Belaunde y J.F. Palomino Manchego buscaron referencias en el modelo europeo, sobre todo a la luz de la crisis en Venezuela, si bien, dadas las diferencias culturales, tampoco se asume de manera totalmente acrítica, sino que requiere un desarrollo específico para la realidad latinoamericana. Belaunde reconoció que esta metodología tiene su raíz en la idea de Häberle sobre «la recepción cultural», y afirmó que él se siente especialmente vinculado a esta propuesta. También Palomino Manchego siguió las huellas de Häberle y su metáfora de Estado en construcción, al describir Latinoamérica como un experimento político (centrado en la superación del analfabetismo) y reclamó que la economía sea instrumental al ser humano antes que un fin en sí mismo.

IV. La cuarta y última mesa, moderada por V. Pereira da Silva versó sobre el Derecho constitucional y la globalización, pero no para caer de modo apresurado en la defensa de un «global constitutionalism», sino para buscar los elementos de calidad constitucional más allá del Estado y las comunidades políticas de integración regional como la Unión. S. Pinon, M. Rodrigues Canotilho y J.F. Sánchez Barrilao nos ofrecieron miradas muy instructivas.

V. La conferencia de cierre estuvo reservada a D'Atena, que la aprovechó para realizar un homenaje personal de Peter Häberle. Desarrolló la idea del «punto culminante de la identidad cultural», yendo desde el origen del constitucionalismo en los Estados Unidos hasta llegar a los procesos de integración europea y latinoamericana, destacando el valor del concepto de «Constituciones parciales» elaborado por Peter Häberle. Mostró su preocupación por una deconstitucionalización de Europa —con el Brexit como referente—, tal y como hizo Häberle en su intervención final. No obstante, primó el optimismo científico. Todavía es posible profundizar en la integración europea más allá del «patriotismo europeo» de Sternberger, sobre todo si se busca la compañía de la ciencia, tomamos la política en serio, y recuperamos la emoción europea en el día a día de los ciudadanos. De este modo se cerraría el círculo postulado por F. Lanchester: un intercambio científico, guiado por la amistad, que permite la recepción de los más variados impulsos. En este sentido, las jornadas de Granada fueron un ejemplo excepcional.

Textos clásicos

EL ESTADO DE EXCEPCIÓN NO TIENE NADA DE EXCEPCIONAL*

MICHEL TROPER

Profesor Emérito de la Universidad de París X-Nanterre. Miembro del Institut universitaire de France

SUMARIO:

1. Introducción.
2. La doble paradoja de Agamben.
3. El derecho constitucional positivo.

1. INTRODUCCIÓN

Llamamos estado de excepción a una situación en la que, invocando la existencia de circunstancias excepcionales particularmente dramáticas y la necesidad de hacerles frente –pensemos por ejemplo en una catástrofe natural, una guerra, una insurrección, actos terroristas o una epidemia–, quedan suspendidas de forma provisional la aplicación de las normas que regulan ordinariamente la organización y el funcionamiento de los poderes públicos dando lugar a la aplicación de otras, evidentemente menos garantistas, que suponen una mayor concentración del poder y la restricción de derechos fundamentales.

Hasta hace relativamente poco, los juristas se han sentido poco atraídos por esta cuestión. La historia, no obstante, ha sido pródiga en acontecimientos graves, que han conducido a descartar las normas generalmente aplicables –desde el gobierno revolucionario, hasta los poderes especiales de la guerra de Argelia–, pero tal operación no se ha consumado de sólo a través de la aplicación de reglas formalmente constitucionales, y raras eran las constituciones que incluían disposiciones relativas al estado de excepción. Por ello, los tratados o manuales clásicos de derecho constitucional no contienen sino esporádicos y precarios desarrollos sobre este tema, e incluso un autor, cuyo nombre es sistemáticamente hoy día asociado a toda reflexión sobre el estado de excepción, no señala apenas nada en la obra que dedica al derecho constitucional: la teoría de la Constitución.

* Traducido del francés por Enrique Guillén López

En Francia, es sobre todo a partir de 1958 cuando se aborda la cuestión del estado de excepción, ya que la Constitución de la Quinta República incluyó un artículo 16 que concretamente confería al Presidente de la República poderes excepcionales en situaciones de crisis. Pero el artículo 16 sólo fue abordado doctrinalmente desde el punto de vista político. Lo que se pretendía ante todo era alertar del riesgo de que un Presidente de la República se sirviera de esta disposición para llevar a cabo un golpe de estado y establecer una dictadura.

Es sobre todo tras el 11 de Septiembre cuando comienza el interés por el estado de excepción, pero los juristas, tanto en Francia como en los Estados Unidos, solían emprender sus análisis desde la perspectiva de los derechos humanos. Se constataba así que las medidas tomadas tras los atentados, primero en los Estados Unidos, después en otros países, como en Gran Bretaña, sobre todo, tenían por objeto la restricción de los derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física, la libertad de expresión, la libertad de circulación, la protección de la vida privada o el derecho a la libertad personal. El debate se centraba fundamentalmente en la cuestión de saber si el peligro terrorista justificaba cualquier restricción de estos derechos –y, en caso afirmativo, cuál sería el grado de limitación que podía ser justificado– así como en precisar la estructura institucional que debería operar durante estos períodos¹. En otras palabras, los problemas que se discutían eran problemas prácticos, de política jurídica, o bien problemas teóricos, pero que no se derivaban del análisis del derecho positivo –esto es de normas en vigor– sino de la filosofía política o moral.

Así pues, son sobre todo los filósofos los que se han interesado por el estado de excepción. Además de por su rabiosa actualidad, este interés se explica por diferentes razones.

La primera se refiere a la razón con la que habitualmente se justifica la proclamación del estado de excepción, la preservación de la democracia. Nos encontramos en presencia de circunstancias graves –una guerra internacional, civil, el terrorismo, una catástrofe natural– y se ponen en marcha mecanismos excepcionales; esto es, se concentra el poder en las manos de algunos órganos que habitualmente ejercen el poder, se les atribuyen competencias más amplias y se les permite restringir libertades fundamentales. Pero si de lo que se trata es de afrontar estas circunstancias, de

1 Entre los más recientes y mejores, se puede citar a B. ACKERMAN, *Before de Next Attack. Preserving Civil Liberties in a Age of Terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006; D. DYZENHAUS, *The Constitution of Law; Legality in a Time of Emergency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

preservar la democracia, ¿no son los medios a los que se recurre –por definición no democráticos– un riesgo de lesión del fin mismo que pretenden lograr?

De otro lado, el derecho del estado de excepción nos lleva a reflexionar sobre lo que es normal y lo que es excepcional. Podemos abordar esta relación desde diferentes puntos de vista. Cabe, en primer lugar, mantener que la excepción es, sencillamente, una situación diferente de la situación normal, una situación que, por consiguiente, justifica que se apliquen reglas diferentes a las habituales. Esto no implica que las reglas diferentes válidas para una situación particular sean realmente excepcionales salvo en un sentido muy poco específico del término «excepcional». Así, podemos considerar un acto jurídico cualquiera, una ley, una ordenanza municipal, un reglamento de empresa, que contiene un conjunto de reglas que concluyen con una fórmula de estilo del tipo: «excepcionalmente, estas reglas no se aplicarán el 14 de julio, día de la Fiesta Nacional, día en el que se aplicarán las disposiciones de la ley o de la ordenanza n.º...». En este caso, las reglas aplicables el 14 de julio y las que son válidas para el resto de los días son simplemente reglas diferentes, previstas para situaciones diferentes. Las primeras sólo se denominan excepcionales para indicar que la situación que regulan es menos frecuente, pero en absoluto cabe entender con esta expresión que la situación así caracterizada sea poco deseable o que las reglas que le sean aplicables sean malas y tolerables únicamente en función del carácter singular y temporalmente limitado de la situación.

Pero podemos también definir la situación normal como aquella que es deseable y la excepcional la que solo es aceptable cuando –y en la medida en que– tuviera por objeto la vuelta a la normalidad.

Numerosas confusiones sobre el estado de excepción resultan de esta ambigüedad de la palabra excepción: algunas veces el estado de excepción es un conjunto de reglas excepcionales, adoptadas con pesar, pero justificadas por su finalidad, que es el retorno a la normalidad; mientras que en otros casos, nos encontramos en presencia de reglas diferentes para situaciones diferentes. De esta forma se llama excepcional tanto a una dictadura provisional o a una restricción de las libertades públicas que pretenden afrontar un complot terrorista o una tentativa de golpe de estado, como a una situación en la que tras una catástrofe natural en una parte del territorio los poderes excepcionales se confieren, por ejemplo, a un prefecto para permitirle adoptar rápidamente las medidas necesarias, que sin embargo no suponen afectación real de los derechos fundamentales.

En tercer lugar, el estado de excepción no puede ser definido al margen de las reglas que le son aplicables, que son, por lo tanto, constitutivas del estado de excepción. En efecto, es rigurosamente imposible dar una definición objetiva del

estado de excepción que condujera a aplicarle las reglas previstas. Consideremos, por ejemplo, el caso de la Constitución francesa de 1958, cuyo artículo 16 permite al Presidente de la República adoptar «las medidas exigidas por (las) circunstancias» excepcionales. El Presidente no se ve así limitado por sus atribuciones competenciales ordinarias y puede adoptar medidas que «normalmente» corresponderían al poder legislativo o al poder ejecutivo, esto es, al gobierno. Pero ¿cuáles son estas circunstancias excepcionales? El artículo 16 parece aportar una definición: son aquellas que concurren «cuando las instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales son amenazados de una forma grave inmediata y el funcionamiento regular de los órganos constitucionales se ve interrumpido». Pero, ¿qué es una interrupción en el funcionamiento regular de los órganos constitucionales o una amenaza grave inmediata sobre la integridad del territorio? El artículo 16 no lo precisa, y sólo podría hacerlo con la ayuda de términos que deberían ser a su vez objeto de definición inmediata. Pese a ello, este artículo 16 concede al Presidente de la República la potestad de apreciar si las circunstancias son tales que justifican que ejerza los poderes excepcionales. Este poder de apreciación se ejerce sin control, salvo la eventual acusación de alta traición que pueden plantear las dos Cámaras. En otras palabras, si no concurre tal acusación, es necesario considerar que jurídicamente las circunstancias que el Presidente de la República haya considerado excepcionales son efectivamente excepcionales, y justifican así la aplicación de los poderes de crisis.

Nada tiene de extraña la conclusión anterior. Desde el punto de vista jurídico, en efecto, no hay realidad objetiva, ya sea natural o social, sino tan sólo realidades cualificadas por el derecho. Pongamos un ejemplo sencillo: es imposible afirmar, al margen de cualquier calificación jurídica, que una persona está casada, o que a una persona, por estar casada, se le deben de aplicar las reglas del matrimonio, puesto que la única definición posible de persona casada es que está sometida a las reglas del matrimonio; esto es, el objeto mismo que se trata de regular no puede ser definido sino por las reglas que lo regulan. Lo mismo ocurre con el estado de excepción. Por lo tanto, no podemos considerar que el estado de excepción sea previo a las reglas que lo regulan. El estado de excepción es la situación que es objeto de las reglas sobre el estado de excepción. Más aún, el estado de excepción es aquella situación que una autoridad competente decide considerar como estado de excepción.

Pero, si el estado de excepción fascina, es sobre todo porque en el periodo en el que está en vigor el poder político es a menudo concentrado e ilimitado, lo que lleva a ciertos filósofos a pensar que es allí –y no en los periodos de normalidad– donde se podría percibir y analizar la esencia misma del poder político. Esta idea ha sido sobre

todo expresada con gran contundencia por el filósofo italiano Giorgio Agamben², en una obra reciente, así como en un largo artículo publicado por *Le Monde*³.

Considero necesario exponer y analizar esta tesis antes de contrastarla con el derecho constitucional positivo.

2. LA DOBLE PARADOJA DE AGAMBEN

Para apoyar la tesis según la cual el estado de excepción revela la esencia del poder, Agamben mantiene que el estado de excepción pone de manifiesto una doble paradoja: que el estado de excepción es una situación en la que la excepción se convierte en la regla, y que el estado de excepción es una suspensión del derecho definida por el derecho.

La primera paradoja invocada por Agamben se refiere al hecho de que la excepción se convierta en la regla; según él, «el estado de excepción tiende a presentarse cada vez más como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea». Como apoyo de esta afirmación, cita evidentemente la suspensión de la Constitución en caso de guerra o de catástrofe natural, pero como estos supuestos no son muy frecuentes, incluye en la misma categoría la aplicación de ciertas disposiciones constitucionales que absoluto están previstas para circunstancias excepcionales. Es el caso del poder atribuido al gobierno, en Italia o en Francia, de dictar disposiciones legislativas durante un determinado periodo o sobre ciertas materias.

Cabría añadir a ello que las circunstancias excepcionales habían venido siendo percibidas desde siempre como situaciones a las que se trataba de poner fin con la ayuda de los instrumentos excepcionales que las mismas autorizaban, pero que desde el 11 de Septiembre y lo que hemos convenido en llamar la «guerra contra el terrorismo», no se puede contemplar el fin de estas circunstancias, esto es, el momento de cese de toda amenaza de ataque terrorista. El Estado de excepción tendería a convertirse en permanente y a justificar graves lesiones a los derechos humanos, como las que han convertido a la prisión de Guantánamo en un triste símbolo.

Sin embargo, tenemos que subrayar el carácter profundamente heterogéneo de los casos citados. El poder legislativo subsidiario del gobierno no es en absoluto asimilable a los poderes excepcionales ya que hablamos tan sólo de medidas destinadas a facilitar la producción normativa en momentos ordinarios. Podemos juzgar críticamente estas prácticas. Es perfectamente legítimo, incluso, ver en ellas una lesión a

2 G. AGAMBEN, *État d'exception*, Paris, 2004.

3 «L'état d'exception», en *Le Monde*, 11 de diciembre de 2002.

la democracia representativa o a la separación de poderes, pero estas potestades sólo son excepcionales si las medimos en relación a un modelo ideal de democracia. No vienen amparadas por el carácter excepcional de una situación concreta y no constituyen ciertamente una suspensión del derecho.

En lo que se refiere a la «guerra contra el terrorismo», es cierto que se distingue de las circunstancias excepcionales porque está probablemente destinada a durar, pero en caso de que así sea, las reglas aplicables en este supuesto sólo serán reglas diferentes en razón de su objeto.

La palabra *excepción* no se refiere, pues, aquí, a una regla para una situación particularmente grave, sino antes bien a una regla cuya aplicación *debería* ser más rara, mientras que la *regla propiamente dicha* sería la que debe ser más frecuentemente aplicada. Decir que la excepción se convierte en la regla significaría tan solo, por tanto, que se aplican con demasiada frecuencia reglas que no deberían ser aplicadas sino raramente, y con menos frecuencia reglas que deberían ser aplicadas más a menudo. Tales afirmaciones descansan únicamente sobre juicios de valor sobre el contenido de las reglas y la pertinencia de su aplicación.

Pero la afirmación según la cual «el Estado de excepción tiende siempre a presentarse como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea» es susceptible de entenderse de otra manera a la luz de las teorías de Carl Schmitt: es en el Estado de excepción donde se revela la esencia del poder político, esto es, la soberanía. De acuerdo con la célebre definición de Schmitt «es soberano el que decide sobre el estado de excepción»; esto es, tanto el que decide sobre la entrada en vigor del estado de excepción como el que durante este período ejerce un poder sin límites⁴.

No obstante, la ambigüedad misma de la definición revela su debilidad, puesto que si llamamos «soberanía» a un poder sin límites, un órgano solo es realmente soberano si puede simultáneamente decidir la entrada en vigor del estado excepcional y ejercer el poder una vez esta decisión ha sido adoptada, sin control y sin límite temporal. Porque si, efectivamente, un órgano puede decretar un estado de excepción que atribuye el ejercicio del poder a otro, ninguno de los dos es soberano. Así, la fórmula muestra bien que estos poderes pueden distinguirse fácilmente y veremos como de hecho lo son.

En lo que se refiere a la segunda paradoja, Agamben subraya que las medidas excepcionales son «medidas jurídicas que no pueden comprenderse jurídicamente, de modo que el estado de excepción se presenta entonces como la forma jurídica de

4 C. SCHMITT, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988.

lo que no puede adoptar forma jurídica (...) Esta articulación es paradójica considerando que lo que debe estar inscrito en el interior del derecho se muestra fundamentalmente como algo externo ya que se corresponde, nada menos, con la suspensión del ordenamiento jurídico mismo»⁵. La paradoja estribaría, en definitiva, en que el derecho suspendería el derecho.

Se pueden plantear múltiples objeciones a este argumento. La principal sería que una verdadera paradoja es una frase que se contradice a sí misma porque es autorreferencial, como lo es la famosa paradoja griega: «yo soy un mentiroso». Se habla aquí de paradoja porque si es cierto que soy un mentiroso he emitido una proposición verdadera, y por lo tanto no soy un mentiroso, con lo que la proposición es falsa; pero si es falsa, soy realmente un mentiroso, y por tanto la proposición es verdadera. Lo mismo ocurre con las paradojas normativas: si proclamo la orden: «Desobedezcanme», y me desobedecen tal y como he demandado, me están obedeciendo, y si me obedecen, me desobedecen.

¿Estamos ante una paradoja de este género? En absoluto. En primer lugar, es empíricamente falso que en el estado de excepción haya una suspensión completa del derecho; la suspensión nunca deja de ser parcial. Decir que se suspende completamente el derecho significaría que desaparecen las reglas sobre el derecho de propiedad o sobre la filiación. Nunca se da una situación parecida. Ningún estado de excepción, ninguna revolución, por radical que sea, ha adoptado nunca ni adoptará jamás una medida semejante. La revolución bolchevique de 1917 no suspendió todo el derecho y muchas de sus partes se mantuvieron durante muchos y largos años.

Pero sobre todo, la norma jurídica, que suspende una parte del derecho y establece el estado de excepción, no es en absoluto autorreferencial; la decisión de quien suspende la constitución no señala que él mismo queda suspendido. No hay, por tanto, paradoja. No podría, por otra parte, haberla ya que nunca hay derecho al margen del derecho. De la misma manera que el Rey Midas transformaba en oro todo lo que tocaba, el derecho transforma en derecho todo lo que toca y si una regla que permite concentrar los poderes exceptúa una regla precedente, ésta sería una regla jurídica y por consiguiente la excepción también sería jurídica. En ningún momento ésta se sitúa al margen del derecho.

Nuestra conclusión sería, por tanto, que el estado de excepción no tiene nada de paradójico, que no es una suspensión del derecho sino que está siempre definido y configurado por el derecho, que siempre supone la aplicación de un marco jurídico

5 *Le Monde* y en la monografía citada; cfr, por ejemplo, pp. 58 y 61.

que sustituye a otro conforme a lo establecido en una norma jurídica superior. Y así se desprende del análisis del derecho positivo.

3. EL DERECHO CONSTITUCIONAL POSITIVO

Podemos distinguir dos tipos de situaciones jurídicas: aquellas en las que el estado de excepción no es sino la aplicación de las disposiciones constitucionales y aquellas en las que los poderes excepcionales se aplican en ausencia de toda disposición constitucional. Veremos de este modo cómo el estado de excepción es siempre un estado definido jurídicamente.

El primer tipo de situaciones es el más sencillo. Se refiere a aquellas en las que existen reglas constitucionales explícitas, como el artículo 48 de la Constitución de Weimar o el artículo 16 de la Constitución francesa de 1958. También hay que adscribir a esta categoría la Convención Europea de Derechos Humanos que permite, excepcionalmente, limitar los derechos fundamentales.

Como ya hemos advertido, en el caso del artículo 16 corresponde únicamente al Presidente de la República la doble capacidad de calificar la situación y decidir si es preciso o no que asuma los poderes excepcionales; solo él es el llamado a adoptar las medidas exigidas por las circunstancias y solo a él le corresponde decidir cuándo pondrá fin al período de excepcionalidad. Evidentemente debe evacuar consultas pero no está en absoluto obligado a observar los consejos que reciba.

Debido a esta importante discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones, se ha estimado que el artículo 16 hacía del Presidente un dictador temporal y algunos han evocado la definición de Carl Schmitt según la cual «soberano es el que decide sobre el Estado de excepción». Pero el Presidente de la República no es ciertamente soberano en este sentido; de un lado, porque si bien es cierto que solo él toma la decisión de activar el artículo 16, esta decisión puede ser controlada a posteriori; y por otro, al menos algunas de las medidas exigidas por las circunstancias son susceptibles de ser recurridas.

A propósito del primer aspecto, debemos subrayar que, en el sentido del artículo 16, el Parlamento permanece reunido y puede acusar al Presidente de la República cuando considere que su conducta pueda ser constitutiva de un delito de alta traición para que sea juzgado por el Tribunal Supremo. Bien es cierto que el delito de alta traición no ha sido definido en modo alguno, ni por la Constitución ni por el Código penal. El delito de alta traición no se refiere a la traición común y no se recoge en el Código penal. Debido a las circunstancias excepcionales este delito puede ser libremente configurado y debe, por tanto, concebirse de la siguiente manera:

es el delito por el que el Parlamento puede exigir responsabilidad penal al Presidente de la República. Asimismo, el Presidente, cuando active el artículo 16, no puede desconocer que corre el riesgo de que el Parlamento considere esta acción constitutiva de un delito de alta traición. La capacidad de interpretar a su antojo el artículo 16 se ve contrarrestada por la que tiene atribuida el Parlamento de interpretar libremente el concepto de alta traición. En la medida en que hay dos interpretaciones soberanas que pueden refrenarse mutuamente, ningún órgano puede ser considerado como soberano.

De otro lado, si bien el Presidente puede adoptar solo las «medidas exigidas por las circunstancias», el Consejo de Estado señaló, en su decisión de 2 de marzo de 1962 (Caso Rubin de Servens) que algunas de estas medidas eran de carácter reglamentario, por lo que podían ser objeto de recursos jurisdiccionales.

Por otro lado, las reglas constitucionales no son las únicas reglas explícitas; podemos encontrar otras reglas a nivel infraconstitucional, concretamente reglas legislativas. En Francia, se han aplicado leyes para afrontar circunstancias consideradas como excepcionales, lo que no implica una suspensión general del derecho sino, por el contrario, una aplicación del derecho. Para responder, por ejemplo, al golpe de los generales de Argelia, el General De Gaulle aplicó el artículo 16 sin suscitar demasiados reparos; y pudo someter a referéndum un proyecto de ley para otorgar la independencia a Argelia. Este proyecto de ley también contenía poderes especiales atribuidos al Presidente de la República para afrontar circunstancias particulares.

De esta forma, no solamente no hay en este caso suspensión alguna del derecho sino que tampoco hay suspensión de la Constitución ya que el conjunto de estas disposiciones constituye una suerte de constitución material para tiempos de crisis. Ello nos coloca ante la tesitura de elaborar una tipología de estas constituciones.

En primer lugar podemos distinguir las que sustituyen completamente a la Constitución de la normalidad y aquellas que, como en el caso francés, permiten subsistir y operar, al menos de forma parcial, la constitución ordinaria.

Cabe también distinguir:

- en función del órgano que adopte las medidas durante los estados excepcionales: el Parlamento, el Jefe del Estado, el Gobierno o un Tribunal.
- en función de que el órgano que ejerza los poderes de crisis sea el mismo que ha determinado el estado de excepción, o un órgano diferente; y, en este caso, en función de que se trate de un órgano administrativo o una cámara parlamentaria.

- en función de que se hayan previsto o no controles sobre la decisión de decretar el estado de excepción o sobre las medidas excepcionales adoptadas, y según sea la naturaleza de ese control (parlamentario o jurisdiccional);
- en función del órgano competente para decretar el fin del estado de excepción⁶.

Aún más destacables son las situaciones en las que no existen en la Constitución disposiciones explícitas sobre el estado de excepción. Podríamos vernos tentados a creer que en este caso solo podría instaurarse con la violación de la Constitución y no podría tener otro objeto que la suspensión de ésta.

Pero tal opinión, de hecho bastante extendida, descansa sobre el erróneo presupuesto de que norma constitucional y disposición de la constitución son conceptos que se confunden. Pero no es así, en realidad. La norma solo es el significado prescriptivo que atribuimos a cualquier hecho, a una disposición, a un conjunto de disposiciones o una situación material. En todo sistema, sea el que sea, existen órganos con competencia para determinar estos significados. De este modo, existan o no disposiciones constitucionales explícitas, estos órganos tienen la potestad, cuando la necesidad se haga sentir a la vista de las circunstancias, de invocar una norma que permita la aplicación de un estado de excepción para amparar la validez de las acciones adoptadas por el órgano del estado de que se trate y permitirle tomar decisiones que, en otras circunstancias, serían contrarias a derecho.

Existen numerosas técnicas para hacerlo. La más frecuente consiste en aplicar una disposición no incluida en la Constitución que se suspende o un principio implícito. Así, la Convención Nacional decidió en 1793, inmediatamente después de haber aprobado la Constitución, que esta Constitución no podría ser aplicada de forma inmediata y que el gobierno debía ser revolucionario hasta que se alcanzara la paz; y todo ello sin que la Constitución de 1793 contuviera ninguna disposición que previera su propia suspensión. Pero lo cierto es que la Convención fue elegida sobre la base de una resolución de la Asamblea Legislativa de 10 de agosto de 1792, tras la toma de las Tullerías, para ejercer el poder constituyente y el poder constituido. Se puede, por tanto, considerar que la aprobación de la Constitución de 1793 no puso fin a los poderes de la Convención y que su suspensión venía amparada por la resolución de 10 de agosto.

6 Es interesante reparar en el ingenioso sistema defendido por Bruce Ackerman: el estado de excepción debería ser confirmado por el Congreso antes de que expire el plazo, y transcurrida la primera prórroga, las sucesivas exigirían una mayoría cada vez mas agravada de los miembros del Congreso.

Una segunda técnica consiste simplemente en reformar la constitución para introducir disposiciones que habiliten potestades excepcionales. Éste fue el recurso empleado por Francia en 1940, pero también de forma implícita en 1962, cuando el Presidente de la República sometió a referéndum un proyecto de ley cuyo objeto era permitirle negociar la independencia de Argelia y atribuirle la potestad de dictar cuantas normas reglamentarias fueran necesarias para el cumplimiento de los acuerdos adoptados.

En realidad, la plasticidad del derecho y la autonomía de la que gozan los órganos que lo interpretan permiten atribuir un fundamento jurídico a cualquier decisión, incluso a un golpe de estado militar. Un ejemplo extremo pero bien significativo se produjo en el año 2000 cuando el Tribunal supremo de Pakistán decidió por unanimidad, tras el golpe de estado del general Musharraf, que la intervención del ejército fue legal –ya que estaba justificada por la corrupción en la que nadaba el régimen precedente– y que el ejército podía ejercer el poder durante un período transitorio⁷.

Todo estado de excepción se basa, así, sobre una regla que, al menos, es implícita ya que no se trata sino de un instrumento para justificar la concentración del poder en ciertas manos, sin que sea posible que nadie pueda afirmar con algún efecto jurídico que las circunstancias no merecen esta enorme alteración de la distribución del poder ni las restricciones que sufrirán los derechos fundamentales.

Por consiguiente, puesto que el derecho se aplica siempre, tanto en períodos de normalidad como en los excepcionales, podemos concluir que existen dos series de reglas de derecho, aplicables a dos tipos de situaciones diferentes, y así el estado de excepción no tiene nada de excepcional.

Resumen

El autor mantiene que el estado de excepción es aquella situación que una autoridad competente decide considerar como estado de excepción. Igualmente considera que no supone una suspensión del derecho sino que está siempre definido y configurado por el derecho; que siempre supone la aplicación de un marco jurídico que sustituye a otro conforme a lo establecido en una norma jurídica superior. Esta es la conclusión que desprende del análisis del derecho positivo francés contestando así la teoría de Giorgio Agamben, según la cual es durante la excepcionalidad –y no en los períodos de normalidad– donde se podría percibir y analizar la esencia misma del poder político

Palabras clave

Teoría del estado, Constitución, Excepción, normalidad, Agamben, Francia.

7 *New York Times*, 13 de mayo de 2000.

Abstract

The author maintains that the state of emergency is the situation where the competent authority decides to consider as a state of emergency and which involves a suspension of rights but is always defined and configured by law; it always means the application of a legal framework that replaces another in accordance with what is established in a higher legal norm. This is the conclusion that emerges from the analysis of French positive law, thus answering the theory of Giorgio Agamben, according to which it is during exceptionality –and not in periods of normality– that one could perceive and analyze the very essence of political power

Key words

Theory of State, constitution, exception, normality, Agamben, France.

Jurisprudencia

**LA NUEVA AMENAZA TERRORISTA Y SUS
(NEGATIVAS) REPERCUSIONES EN EL
ORDENAMIENTO PENAL Y CONSTITUCIONAL***
**Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional núm.
39/2016, de 30 de noviembre**

MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS
*Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología
Universidad de Granada*

SUMARIO:

1. Introducción.
2. El art. 575 cp. radicalización terrorista.
3. La sentencia de la audiencia nacional núm. 39/2016, de 30 de noviembre.
4. Valoraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

El peso que desde siempre han tenido y tienen los atentados terroristas en la conciencia pública, su excepcional repercusión mediática, así como su –en no pocas ocasiones– instrumentalización política, son aspectos que hacen que los legisladores penales no se hallen nunca satisfechos con el arsenal penal antiterrorista disponible, por más que la experiencia histórica venga demostrando que el éxito de la lucha contra tan temible fenómeno depende en muy escasa medida de la legislación.

La irrupción en Occidente del terrorismo islamista en forma de atentados de terribles consecuencias físicas en las víctimas directas, a la vez que psicológicas en el seno de la población en general, ha dado lugar a imbuir a este tipo de delincuencia

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Ciber-Hache. Incitación a la violencia y discurso del odio en Internet. Alcance real del fenómeno, tipologías, factores ambientales y límites de la intervención jurídica», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Referencia: DER2014-53449-R.

de unas características impensables en relación al «viejo» terrorismo que ha venido asolando varios países europeos desde hace décadas, entre ellos España. Ejemplos que confirman esta afirmación no faltan, desgraciadamente, si se analizan los atentados terroristas cometidos en suelo europeo en las últimas fechas, como los llevados a cabo en París en los meses de enero y noviembre de 2015, los cometidos en el año 2016 en Bruselas, Niza o Berlín, o los recientemente perpetrados en Londres y Estocolmo en los meses de marzo y abril del presente año 2017.

Al contrario de lo que sucede con el terrorismo tradicional, de corte etno-nacionalista (ETA, IRA) o social-revolucionario (RAF, Brigadas Rojas), el terrorismo de base yihadista plantea serias dificultades de investigación y enjuiciamiento, no sólo a causa de la peculiar forma de difusión, reclutamiento y adoctrinamiento amparados en su propia concepción tergiversada del credo mahometano, sino también por el hecho de que los distintos grupos o células que componen esta «ideología del odio» –sin contar con un fenómeno en auge cual es el de los (mal) denominados «lobos solitarios»– pueden organizarse y actuar de forma independiente unos de otros, sin una organización-cúpula dotada de interconexión interna que permita acceder a la misma y desmantelarla a través de la identificación y desarticulación de cualquiera de aquéllos.¹ Por otro lado, la existencia de este «nuevo» terrorismo islamista se desarrolla en muchos casos en el seno de comunidades humanas en las que las relaciones personales aparecen imbuidas de una especie de endogamia social casi siempre caracterizada por la presencia de un fuerte vínculo religioso, lo que dificulta enormemente la distinción entre los contactos relacionados con la actividad terrorista *strictu sensu* y aquellos otros basados exclusivamente en el funcionamiento ordinario de la propia comunidad musulmana y que, evidentemente, carecen de relevancia jurídico-penal.

Junto a la actual amenaza proveniente de estructuras organizadas en el ámbito del terrorismo islamista crece al mismo tiempo el temor frente a aquellos sujetos que, sin pertenecer formalmente a una determinada organización o grupo, caen en las garras de esta «ideología del odio», radicalizándose –en ocasiones en un lapso temporal meteórico– y llevando a cabo actos preparatorios más o menos alejados en el tiempo con vistas a la futura comisión de un atentado terrorista, adquiriendo por ejemplo materiales incendiarios o explosivos, recaudando sumas de dinero, participando en un curso de adiestramiento paramilitar o bien decidiendo partir hacia

1 Para un análisis en profundidad de las diferencias entre el terrorismo tradicional y el terrorismo de base yihadista, véase: M.A. CANO PAÑOS, «Reflexiones en torno al “viejo” y al “nuevo” terrorismo», *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 7, 2009, pp. 1-30.

el primer frente de batalla, localizado actualmente en conflictos como los de Siria o Irak. En el sentido apuntado, resulta llamativo cómo la inmensa mayoría de los terroristas que han actuado en Europa en los últimos dos años presenta un perfil socio-comportamental homogéneo: se trata de jóvenes de religión musulmana con edades comprendidas entre los 20 y los 35 años, nacidos y/o crecidos en Europa pero que, por una serie de factores psicológicos, etno-culturales, socio-económicos, políticos o religiosos, deciden dar la espalda a los valores que rigen en Occidente, decidiendo llevar a cabo la yihad contra sus propios conciudadanos. En ocasiones con consecuencias devastadoras como muestran los trágicos ejemplos de París, Niza o Berlín.

Paralelamente aumenta la importancia de aquellas plataformas físicas o –sobre todo– virtuales, dedicadas al intercambio de contenidos de carácter yihadista, las cuales, llegado el caso, pueden resultar apropiadas para servir como instrucciones destinadas a la comisión de atentados o bien para incitar a la violencia terrorista. En este sentido puede observarse cómo Internet viene jugando en las últimas fechas un papel de extraordinaria importancia en la expansión de la ideología radical islamista.² Una importancia similar a la hora de la preparación de atentados adquiere el traslado de sujetos radicalizados a la primera línea de conflicto, uniéndose para ello a organizaciones terroristas como el Estado Islámico (EI) y, en ocasiones, regresando a territorio europeo con la decidida intención de llevar a cabo acciones terroristas. Así, existen informaciones contrastadas que indican que un número considerable de individuos adscritos a la ideología yihadista radical y residentes en Occidente se han trasladado en las últimas fechas a países como Irak o Siria con el objetivo de convertirse en «soldados universales de Allah»,³ ya sea actuando en la primera línea del frente (Oriente próximo), ya sea en la retaguardia (países occidentales).

2 Sobre el papel de Internet en el concreto ámbito del terrorismo islamista, véase, en detalle: M. A. CANO PAÑOS, «El binomio Internet/Terrorismo islamista», *Iter Criminis*, n.º 21, Cuarta Época, Mayo-Junio, 2011, pp. 115-161. Más recientemente: M. A. CANO PAÑOS, «Odio e incitación a la violencia en el contexto del terrorismo islamista. Internet como elemento ambiental», *InDret*, n.º 4, 2016, pp. 1-37. En general, sobre la relación entre el fenómeno terrorista e Internet, véase: G. Weimann, *Terrorism in Cyberspace. The next generation*, Woodrow Wilson Center Press: Columbia University, 2015.

3 Véase al respecto: «Diez mil europeos a la yihad», diario *El Mundo*, edición *online* de 9 de marzo de 2015. Según las últimas estimaciones de Naciones Unidas, la propaganda llevada a cabo por EI ha conseguido reclutar entre los años 2015 y 2016 a más de 35.000 combatientes extranjeros procedentes de 100 países distintos para unirse a las filas del EI en Siria.

Por todo lo explicado, la amenaza proveniente del terrorismo islamista ha hecho que, también en el caso de España, los distintos gobiernos hayan venido considerando como insuficientes los instrumentos de inteligencia, policiales y, sobre todo, jurídico-penales destinados a hacer frente a este tipo de terrorismo que, no cabe duda, resulta cuantitativa y cualitativamente distinto al ejercido por la organización ETA. Esto ha dado lugar a impulsar una serie de medidas legislativas dirigidas a combatir esa amenaza de carácter difuso, omnipresente y tremendamente peligrosa. Medidas que, como se verá en los epígrafes siguientes, han dado lugar a extender y difuminar hasta límites insospechados los contornos típicos de lo que hasta hace pocas fechas se venía entendiendo como delincuencia terrorista, afectando también negativamente a una serie de derechos fundamentales de la persona dotados de respaldo constitucional.

Entre ese conjunto de medidas, y desde una perspectiva exclusivamente jurídico-penal, conviene en primer lugar retroceder siete años en el tiempo y destacar, aunque sea brevemente, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (LO 5/2010 en lo sucesivo), por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP en lo sucesivo).⁴ Dicha Ley de reforma incidió sensiblemente en los delitos de terrorismo, regulados fundamentalmente en los arts. 571 a 580 CP. Para el legislador español del año 2010, las disposiciones contenidas en el CP 1995, pensadas fundamentalmente para combatir un tipo de terrorismo interno de corte nacionalista, representado por la organización ETA, no eran susceptibles de ser aplicadas con igual eficacia a otro fenómeno terrorista que, como se ha indicado anteriormente, denota importantes diferencias en su estructura organizativa, repertorio de violencia, capacidad operativa y alcance transnacional. A partir de estos presupuestos, la LO 5/2010 afectó en buena medida a los delitos de terrorismo regulados en el Texto Punitivo. Así, junto a una reestructuración de las tipologías delictivas asociadas a dicho fenómeno, la reforma del año 2010 amplió las conductas de colaboración —al incluir explícitamente entre las mismas los actos dirigidos a captar, adoctrinar, adiestrar o formar a un sujeto—, avanzando al mismo tiempo en la incriminación de los actos preparatorios punibles. También definió un nuevo delito de financiación del terrorismo, incluyendo tanto conductas dolosas como

4 Para un análisis detallado de las reformas operadas en los delitos de terrorismo por parte de la LO 5/2010, véase, entre otros: M. CANCIO MELIÁ, «Delitos de terrorismo», en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 521 y ss.; M. A. CANO PAÑOS, «Los delitos de terrorismo en el Código Penal español tras la reforma de 2010», *La Ley Penal*, n.º 86, 2011, pp. 17-33.

imprudentes, y estableciendo asimismo la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. Además, se tipificó una nueva figura de propaganda, consistente en la difusión pública de «mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer» la comisión de delitos terroristas (anterior art. 579.1 CP). Finalmente, la mencionada LO 5/2010 incorporó una serie de institutos penales de gran calado, como la controvertida medida de libertad vigilada.

Ya el propio Preámbulo de la mencionada LO 5/2010 indicaba claramente –aunque, como se verá posteriormente, de forma equivocada– que con la reforma operada en los delitos de terrorismo se pretendían incorporar al ordenamiento interno español «algunas novedades que dan cumplimiento a las obligaciones legislativas derivadas de la Decisión Marco 2008/919/JAI». En este sentido, los arts. 3 y 4 de la Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo, sufrieron una importante modificación como consecuencia de la entrada en vigor el día 9 de diciembre de 2008 de la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre (DM 2008 en lo sucesivo). Dicha modificación ha tenido indudablemente gran relevancia en los distintos ordenamientos jurídicos europeos, en tanto que la misma extendía las conductas punitivas a fenómenos terroristas poco atendidos hasta entonces y que podrían sintetizarse en tres cuestiones esenciales: (1) La provocación a la comisión de delitos de terrorismo; (2) El reclutamiento terrorista; (3) El adiestramiento de terroristas. Como a nadie escapa, se trata de conductas que en mayor o menor medida aparecen vinculadas al «nuevo» terrorismo islamista, aunque las mismas, desde una perspectiva dogmático-penal, se encuentran más o menos alejadas de la efectiva comisión de una acción ejecutiva de naturaleza terrorista.

Resulta evidente que la nota esencial que define esta nueva línea legislativa comunitaria es esencialmente la de su carácter preventivo. Prevención en tanto que la Unión Europea, ante la gravedad e imprevisibilidad de los actos terroristas que amenazan a la seguridad de los países occidentales en el siglo XXI, entendía que resultaba esencial acudir al Derecho penal como instrumento profiláctico necesario. Esta finalidad preventiva que sin duda dirigió la modificación operada por la DM 2008 se perfilaba fundamentalmente a través de un adelantamiento de las fronteras de lo punible, configurando para ello tipos de peligro abstracto (provocación a la comisión de un delito terrorista, reclutamiento y adiestramiento de terroristas), los cuales se sitúan lejos de la lesión efectiva de un bien jurídico protegido. Pues bien, dicha finalidad preventiva se vio claramente reflejada en la reforma de los delitos de terrorismo operada por la mencionada LO 5/2010.⁵

5 Este alejamiento de las fronteras de lo punible en relación con actos que no suponen una

Pues bien, en el año 2015, y una vez que el terrorismo yihadista había dejado de nuevo su impronta en territorio europeo con los terribles atentados cometidos en el mes de enero en París y unas semanas más tarde en Copenhague, los dos partidos entonces mayoritarios en España (PP/PSOE) firmaron a comienzos de febrero un pacto de Estado conjunto dirigido a «afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo».⁶ El mencionado acuerdo constaba de una declaración de unidad y un total de ocho puntos que debían desarrollarse en el futuro. De ellos, el más importante era sin duda una proposición de Ley Orgánica destinada a modificar el CP para hacer frente a las «nuevas formas de terrorismo».⁷ Dicha proposición de ley debía tramitarse separadamente del Proyecto de Ley Orgánica dirigida a modificar en profundidad el entonces vigente Texto Punitivo.

Tras su tramitación parlamentaria, el 31 de marzo de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en mate-

lesión efectiva del bien jurídico ha sido tradicionalmente calificada por un sector considerable de la doctrina penal española como «peligrosa», en la medida en que supone, a su vez, un cierto desenfoque del principio de ofensividad, contribuyendo en cierta manera a esa «confusión de misiones» entre el Derecho penal y otras ramas del ordenamiento jurídico como puede ser el Derecho policial. Todo esto podría determinar la inconveniencia del recurso al Derecho penal y, derivado de lo anterior, incluso la inconstitucionalidad. Véase al respecto: G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2015, p. 319.

6 Véase: «Gobierno y PSOE firman el cuarto acuerdo antiterrorista en democracia», diario *El País*, edición de 2 de febrero de 2015. Consultable en Internet: http://politica.elpais.com/politica/2015/02/02/actualidad/1422891425_334894.html (último acceso: 19 de mayo de 2017).

7 En concreto, los puntos 1 y 2 del mencionado Pacto antiterrorista venían redactados en los siguientes términos: «1. Promover la modificación del Código Penal en materia de delitos de terrorismo, a través de una Proposición de Ley Orgánica que ambas fuerzas suscribimos, y a cuya firma o apoyo convocamos al resto de fuerzas parlamentarias. La modificación del Código Penal que esta Proposición recoge tipificará los delitos de terrorismo, con independencia de que se realicen o no en el seno de un grupo u organización terrorista, atendiendo a la finalidad con que se cometen, y cuyo elemento común es la provocación de un estado de terror en la población. Tipificará, así, como delito de terrorismo el desplazamiento al extranjero para incorporarse a una organización terrorista o colaborar con ella. Asimismo contemplará las conductas propias de las nuevas formas de terrorismo, especialmente en aspectos como la captación y el adiestramiento de terroristas, incluido el adiestramiento pasivo, el uso de las redes de comunicación y tecnologías de la información a estos efectos, la financiación de organizaciones terroristas y las distintas formas de colaboración activa con ellas. 2. Acordar que, tal y como ha venido recogiendo nuestro ordenamiento jurídico, a los delitos de terrorismo con resultado de muerte les será siempre aplicable la máxima pena privativa de libertad recogida en el Código Penal».

ria de delitos de terrorismo (LO 2/2015 en lo sucesivo).⁸ Como puede observarse, el tratamiento de la delincuencia terrorista por parte del legislador español adquiriría nuevamente tintes de «legislación especial» o «de excepción», al decidirse a acometer la reforma de los delitos de terrorismo en una Ley Orgánica independiente y extramuros de aquella otra destinada a reformar el Texto Punitivo.⁹

El Preámbulo de la mencionada Ley Orgánica de reforma del CP en materia terrorista hace referencia explícita a la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 2178, de 24 de septiembre de 2014, relativa a las amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas. Dicha normativa internacional apela a los Estados miembros de la Organización «a que aseguren el enjuiciamiento criminal de toda persona que participe en la financiación, planificación o comisión de actos de terrorismo». También extiende la recomendación a personas «que presten apoyo a estas organizaciones». Asimismo, la citada Resolución pide a los Estados «que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede debidamente reflejada la gravedad del delito».

Como se verá en los sucesivos epígrafes, la LO 2/2015 ha supuesto sin lugar a dudas un cambio estructural importante, tanto cuantitativo como cualitativo, de lo que hasta ahora se venía concibiendo como delincuencia terrorista en el ordenamiento jurídico español. Cambio que podría sintetizarse y definirse con las notas de Derecho preventivo, expansionista y simbólico.

En los epígrafes sucesivos, el análisis de la nueva normativa penal vinculada a la delincuencia terrorista se va a centrar únicamente en el art. 575 CP, el cual castiga conductas relacionadas con el denominado «adiestramiento y adoctrinamiento pasivo», la auto-radicalización y el traslado a un país extranjero con finalidades terroristas. Tras dicha aproximación teórica, el presente trabajo tiene como objetivo abordar

8 BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27.177-27.185. Hay que decir que el mismo día se publicó en el BOE la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, la cual dio lugar a que el Texto Punitivo sufriera la reforma más profunda desde su aprobación en el año 1995, ya que la mencionada LO afectó a un total de 252 artículos.

9 Efectivamente, si uno analiza la evolución de la legislación antiterrorista en España, puede observarse cómo, desde la reinstauración de la democracia, han sido varias las leyes que han tratado el fenómeno terrorista, en algunos casos extramuros del CP. Así, por ejemplo, la LO 9/1984, de 26 de diciembre «contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 CE», sistematizó en un *corpus iuris* único –y al margen, por tanto, del CP– los instrumentos jurídicos más relevantes para la represión del terrorismo, tanto sustantivos como procesales.

críticamente la primera sentencia dictada en España en aplicación del mencionado precepto, concretamente en relación a un caso de «auto-adoctrinamiento».

Como se verá a continuación, dicho análisis, tanto desde una vertiente teórica como práctica, no hace sino confirmar los problemas –algunos de ellos de estricta legalidad– que plantea la nueva regulación de los delitos de terrorismo en España y su negativa afectación a una serie de derechos fundamentales que cuentan con el correspondiente respaldo constitucional.

2. EL ART. 575 CP. RADICALIZACIÓN TERRORISTA¹⁰

Este (amplio) precepto penal supone sin lugar a dudas una auténtica novedad en la legislación penal española en materia de terrorismo, ya que con el mismo se pretende dar respuesta a la nueva fenomenología delictiva vinculada al terrorismo transnacional de base yihadista, y más concretamente en relación a los perfiles de autor. Tal y como al respecto señala GARCÍA ALBERO, en ninguna otra infracción de las reguladas en la Sección relativa a los delitos de terrorismo afloran las tensiones que la comprensible preocupación por abordar el nuevo terrorismo yihadista está

10 Art. 575 CP:

«1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones.

2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior.

Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.

Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

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 controlado por un grupo u organización terrorista».

sometiendo a principios hasta ahora asentados del Derecho penal en un Estado democrático.¹¹

Efectivamente, al contrario de lo que sucedía, por ejemplo, con el terrorismo de ETA, donde los mecanismos de captación, adoctrinamiento, reclutamiento y adiestramiento seguían la lógica de un entramado político-social-delictivo donde las cadenas de mando y sus eslabones se hallaban minuciosamente estructurados, el terrorismo islamista se caracteriza por su completa desestructuración, de modo que los eventuales «soldados universales de Allah» no necesitan estar insertos en un entramado donde se llevan a cabo las tareas de captación, adoctrinamiento, reclutamiento y adiestramiento, sino que más bien lo pueden hacer *motu proprio*, incluso desde su propio hogar, accediendo para ello a las tecnologías de la información y comunicación (TIC's). En el sentido apuntado puede observarse cómo, actualmente, la radicalización islamista de no pocos individuos se produce exclusivamente *online*, a través del contacto directo o indirecto con el aparato ideológico de grupos, organizaciones, ya incluso otros individuos aislados, los cuales utilizan foros, chats, redes sociales o plataformas audio-visuales para difundir su mensaje radical. De este modo, los espacios físicos que hasta ahora habían tenido un protagonismo nada despreciable en la captación, adoctrinamiento y reclutamiento yihadista (mezquitas o sus entornos, prisiones, redes sociales analógicas, centros culturales) compiten actualmente en vano con el poder de persuasión de Internet y los denominados «ciber yihadistas».

Es indudable que ello supone una vuelta de tuerca a la amenaza terrorista, en cantidad y calidad. Lo que resulta más discutible es si el Derecho penal constituye la mejor «arma» para combatir el fenómeno.

En este punto resulta en primer lugar necesario señalar que la tipificación que acomete el art. 575 CP va más allá de lo exigido por los compromisos internacionales asumidos por España. Así, según lo dispuesto en la anteriormente mencionada Resolución 2178/2014, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el Protocolo Adicional del Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo, de 20 de octubre de 2015, los Estados Miembros (incluidos los de la Unión Europea) deben tipificar como delito el hecho de recibir o proporcionar «adiestramiento» con finalidades terroristas. Sin embargo, conviene recordar que la DM 2008 no exige que se tipifique como delito el hecho de recibir adiestramiento

11 R., GARCÍA ALBERO, «Comentario al Artículo 575», en: G., QUINTERO OLIVARES (Dir.), y F., MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II, 7.ª Ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 1906.

con fines terroristas, sino sólo el hecho de proporcionarlo. Pues bien, como a nadie escapa, el «adocctrinamiento» (político, ideológico, religioso, etc.) es algo distinto al adiestramiento. Y el concepto de adocctrinamiento no aparece en ninguno de los instrumentos internacionales que han sido reseñados; muy al contrario de lo que sucede en el referido art. 575 CP, que lo mencionada (y sanciona) expresamente.

Como se puede observar del tenor literal del art. 575 CP, uno de los objetivos declarados de la reforma del año 2015 en los delitos de terrorismo es profundizar y, al mismo tiempo, extender la punición del denominado «terrorismo individual» en los casos de adiestramiento y adocctrinamiento pasivos (apartado 1 del art. 575 CP), auto-radicalización (apartado 2) y traslado a un país extranjero (apartado 3), bien para participar en acciones terroristas, bien para integrarse en o colaborar con una organización o grupo de esa naturaleza. El objetivo de la reforma penal del año 2015 es combatir de la manera más efectiva posible el fenómeno de los terroristas individuales o «lobos solitarios», es decir, aquellos sujetos que se radicalizan y llevan a cabo acciones terroristas sin estar (oficialmente) insertos en un entramado grupal.

Para ello se pretende activar la respuesta punitiva del Estado en una fase temprana en lo temporal, interviniendo en aquellos casos en los que, por ejemplo, un sujeto recibe adocctrinamiento o adiestramiento por parte de terceras personas, o bien se auto-radicaliza por sí mismo mediante la consulta de materiales o el acaparamiento de contenidos de naturaleza terrorista, o bien se traslada a países en conflicto con el aparente objetivo de unirse a grupos yihadistas. En este sentido, conviene señalar que el Preámbulo de la LO 2/2015 establece que «[E]l Código Penal no debe, en ningún caso, perder esa perspectiva de tipificación de las conductas articuladas en torno a organizaciones o grupos terroristas, pero es evidente que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual (...)», y añadiendo: «[N]o menos importante es el fenómeno de los combatientes terroristas desplazados que deciden unirse a las filas de las organizaciones terroristas internacionales o de sus filiales en algunos de los escenarios de conflicto bélico en que los yihadistas están participando, singularmente, Siria e Irak».

Un vistazo al contenido típico del art. 575 CP permite inferir que el legislador español del año 2015 utiliza la técnica de tipificación de delitos de peligro abstracto para abordar cuestiones relacionadas con el adocctrinamiento y adiestramiento terroristas. En este sentido, el legislador –no sólo español– considera que la evolución del fenómeno terrorista, en calidad y en cantidad, impone la necesidad de abordar los riesgos que el mismo entraña, estando convencido de que hay bienes jurídicos de elevada importancia, como la vida, que requieren que su protección penal se adelante, castigando conductas que se consideran peligrosas para ellos. No cabe duda de

que en las distintas constelaciones contempladas en el art. 575 CP se está delante de los denominados delitos de peligro abstracto, en los cuales el legislador presume que ciertas actividades entrañan siempre un determinado peligro, de manera que su realización se supone, sin más, peligrosa según un juicio que proporciona la experiencia social. Ahora bien, que los sistemas penales modernos, para cumplir las misiones de tutela que la sociedad les encomienda, necesiten establecer infracciones de peligro o riesgo, no significa que, tanto el legislador en general como jueces y tribunales en particular, hayan de resignarse a desprestigiar el cumplimiento, en el ámbito de esos delitos, de los principios esenciales del Derecho penal, como el principio de ofensividad.

Como se verá a continuación, la producida ampliación de la intervención penal a estadios tan alejados de la efectiva ejecución de una acción delictiva presenta evidentes reparos, tanto dogmático-penales como constitucionales e incluso de política-criminal.

Tal y como se ha señalado anteriormente, el apartado 1 del art. 575 CP hace referencia al denominado «adiestramiento y adoctrinamiento pasivos», a saber, los casos en los que un sujeto se deja instruir por otro en una serie de conductas enumeradas en la mencionada disposición, y ello con la finalidad (elemento subjetivo del injusto) de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en el Capítulo VII del propio Título XXII. Se trata fundamentalmente tanto de la transmisión de habilidades y aptitudes que se engloban dentro del adiestramiento para-militar o de combate, como del liso y llano adoctrinamiento ideológico. En un principio, el adoctrinamiento guarda relación con medidas y prácticas educativas y de propaganda dirigidas a inculcar determinadas normas, valores, estilos de vida o formas de pensar, las cuales, llegado el caso pueden llevar intrínseca la justificación ideológica de un movimiento radical violento. Según señala el Diccionario de la RAE, adoctrinar es «instruir a alguien en el conocimiento o enseñanzas de una doctrina, inculcarle determinadas ideas o creencias».

Por otra parte, la conexión de todas estas actividades (adiestramiento o adoctrinamiento) con un futuro atentado terrorista debe producirse únicamente a partir de la existencia de una intención delictiva por parte del autor. Por lo demás, y teniendo en cuenta que la (futura) acción terrorista no es necesario que haya sido planeada en detalle a partir de la idea que de la misma se ha formado el autor, resulta suficiente que éste haga uso de los conocimientos adquiridos en un momento temporal todavía no concretado para que con ello entre ya en acción el aparato represor del Estado. Se observa por tanto el anteriormente mencionado adelantamiento de las barreras de punición.

Una primera valoración del contenido del apartado 1 del art. 575 CP, tras el análisis efectuado en los párrafos anteriores, arroja como resultado la existencia, en general, de evidentes reparos de naturaleza dogmático-penal con respecto a la legitimidad de instaurar esta novedosa punición de actos preparatorios llevados a cabo por sujetos individuales; actos preparatorios que se encuentran situados en estadios bastante alejados tanto de la tentativa punible como de la propia ejecución delictiva. Y es que de la conducta consistente en dejarse instruir en la fabricación o manejo de determinadas armas, objetos o sustancias, y –con menos motivo– en la recepción de adoctrinamiento ideológico, todavía no se puede deducir que exista un potencial de peligrosidad (concreta) para la vida o la libertad de una o varias personas, o bien la estabilidad y seguridad del Estado; incluso en aquellos casos en los que el (potencial) autor abriga la seria intención de iniciar la preparación de un (futuro) atentado terrorista. Más bien al contrario, el objetivo principal de este sujeto está situado todavía en su foro interno, es decir, dentro de su propia esfera jurídica. Si se produjera una interrupción de la cadena de acontecimientos prevista mentalmente por el autor tras la realización de uno de los actos previstos en el art. 575.1 CP, en ese caso la conducta de aprendizaje, fabricación o adquisición quedaría reducida a lo sumo a una acción indeseable desde una perspectiva social, pero en ningún caso merecedora de reproche penal. Por consiguiente, en todos estos casos la eventual lesión o puesta en peligro de un bien jurídico está situada en un estadio temporal incierto y nada concretizado, ubicándose el acto preparatorio en una fase de planificación precoz en lo temporal y vaga en lo material.

Dicho esto, no cabe duda de que algunas de las conductas contenidas en el analizado apartado 1 del art. 575 CP sí que presentan un eventual grado de peligrosidad con respecto a bienes jurídicos de gran valor. Así, puede observarse un cierto contenido de injusto de carácter objetivo si se atiende a conductas de carácter preparatorio en las que aparecen aparatos explosivos, armas químicas o biológicas, entre otras. Por consiguiente, algunas de las constelaciones que recoge el mencionado precepto cumplen en teoría con los requisitos generales con respecto a la creación de un riesgo para bienes jurídicos de importancia, el cual eventualmente podría resultar merecedor de reproche penal a través de la correspondiente creación de un delito de peligro abstracto.

Quizá el problema central en relación al elemento subjetivo del tipo contenido en el art. 575.1 CP, a saber, «la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo», se encuentra básicamente en la existencia y –sobre todo– constatación de aquellas circunstancias que permitan afirmar a ciencia cierta que realmente se da en el autor esa específica intencionalidad delictiva.

Así, en estadios tan tempranos ubicados en la fase inicial de los actos preparatorios –piénsese, por ejemplo, en la mera participación de un individuo en un curso *online* de entrenamiento yihadista, o en su regular seguimiento de un curso de adoctrinamiento ideológico en la yihad impartido por un líder religioso a través de una serie de lecciones– difícilmente puede demostrarse que ese sujeto se encuentra ya preparando un atentado terrorista. Más bien al contrario, este último puede escudarse en la afirmación de que su participación o seguimiento tenían como finalidad la mera curiosidad en los métodos utilizados por la violencia terrorista en pleno siglo XXI, o bien el vivir una experiencia espiritual asociada a su credo religioso. Tal y como señala GARCÍA ALBERO, en la tarea de aportar y constatar la prueba –indiciaria por necesidad– relativa a tal elemento subjetivo del injusto, descansa por completo la delimitación entre lo que resulta penalmente relevante por un lado y el ejercicio de derechos fundamentales básicos (a difundir y recibir información, a la libertad ideológica, a la libertad de expresión, etc.), por otro.¹²

Por si esto fuera poco, la nueva regulación contenida en el art. 575.1 CP resulta muy perturbadora en lo que hace referencia a la conducta identificada como «adoctrinamiento»,¹³ ya que la misma abre la vía a que se incriminen meras manifestaciones de opinión, lo cual hace que aquella sea difícilmente compatible con derechos tan fundamentales como la intimidad, la libertad ideológica o la libertad de expresión.¹⁴ Efectivamente, mientras que el adiestramiento (pasivo) dirigido a, por ejemplo, la construcción de un artefacto explosivo, puede quizá denotar una cierta peligrosidad de cara a la futura comisión de una acción terrorista, no cabe afirmar lo mismo con respecto al simple adoctrinamiento en, por ejemplo, los ideales del yihadismo militante. Es evidente que el «adoctrinamiento», conducta difícilmente distinguible de la mera expresión de ideas, no puede ser objeto de tipificación penal, por mucho que dichas ideas puedan resultar discutibles en un Estado social y democrático de Derecho, ya que las mismas entran dentro de la libertad de expresión,

12 R. GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, p. 1907.

13 Si la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, criminalizó la acción de adoctrinamiento en el art. 576 apartado 3 CP, la cual se identificaba con el hecho de formar o adoctrinar a alguien (adoctrinamiento activo), la LO 2/2015 ha dado un paso más al incriminar el hecho de ser adoctrinado.

14 Véase al respecto, en relación a la conducta de adoctrinamiento prevista en el anterior art. 576.3 CP, tras la reforma operada mediante la LO 5/2010: M. Cancio Meliá, *op. cit.*, p. 528; J. C. Carbonell Mateu, J. Mira Benavent, y T. S. Vives Antón, «Delitos de terrorismo», en: T. S. Vives Antón *et al.*, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.^a Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 792; F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 18.^a Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 929-930.

salvo que se trate eso sí de una forma de proposición o provocación ya punible de forma general en el art. 579 CP en relación a los delitos de terrorismo, o bien integre un delito de enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo, previsto en el art. 578 CP.¹⁵

Además, conviene señalar que en este concreto aspecto, ya el legislador español del año 2010 no se ajustaba a la realidad cuando se refería a la DM 2008 para explicar –y justificar– la introducción en el Texto Punitivo de la conducta de «adoc-trinamiento». Efectivamente, la mencionada Decisión Marco no hace en ningún momento referencia al adoctrinamiento dentro de las conductas recogidas en el Art. 3.2. En cambio, sí que establece en el núm. 14 de los Considerandos que «la expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión Marco y, en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo». Asimismo, la DM 2008 establece expresamente en su Art. 2 que las previsiones relativas a la captación y al adiestramiento de terroristas no pueden tener por efecto «exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a la libertad de expresión». Por tanto, también el adoctrinamiento deberá relacionarse, en último término, con los métodos para cometer delitos de terrorismo. Es decir, inculcarle a alguien una idea sólo podrá ser delictivo si dicha idea implica la comisión de delitos con tal de defenderla.

De este modo, con la reforma del año 2015 se produce una ampliación de los supuestos de adoctrinamiento, sometiéndose a la correspondiente conminación penal los actos de adoctrinamiento pasivo. Por consiguiente, ahora puede ser responsable penalmente por un delito de terrorismo aquel sujeto que recibe a través de Internet material para, por ejemplo, formarse ideológicamente en una determinada doctrina. Lógicamente, la inferencia y prueba del elemento subjetivo del injusto característico y definidor del art. 575 CP se muestra aquí extremadamente problemática, salvo que el adoctrinamiento recibido, por sus características, esté no sólo subjetivamente, sino también objetivamente orientado a obtener la capacitación suficiente de cara a la comisión de un delito de terrorismo.

15 En opinión de Llobet Angl, la tipificación que del adoctrinamiento ya se llevaba a cabo en el art. 576.3 CP, introducido por la mencionada reforma del año 2010, podría conllevar el castigo de manifestaciones ligadas a la ideología de un sujeto que simplemente aludieran a los principios religiosos del Islam realizadas en mezquitas, sin realizar mención alguna a la comisión de delitos. Véase: M. Llobet Angl, «Terrorismo», en: Memento Experto Francis Lefebvre, *Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2010, p. 599.

En segundo lugar, el apartado 2 del repetido art. 575 CP recoge la conducta relativa a la auto-radicalización (adiestramiento y/o adoctrinamiento autodidacta) es decir, aquellos casos en los que un sujeto lleva a cabo «por sí mismo» cualquiera de las actividades previstas en el apartado 1 de la misma disposición. Se trata básicamente de aquellas constelaciones en las que no se da una especie de relación clara «maestro-alumno», sino que es el propio sujeto quien, de forma autodidacta, decide formarse ideológica y/o para-militarmente con el eventual objetivo de cometer delitos de terrorismo.

Dos son las conductas típicas que pueden integrar el contenido de injusto, las cuales vienen determinadas por tres verbos nucleares: «acceder» y «adquirir o poseer» y que determinan el contenido típico de las modalidades delictivas recogidas respectivamente en los párrafos 2 y 3 del art. 575.2 CP.

En el primer caso se trata de utilizar básicamente la red global de Internet para consultar contenidos que, según señala el precepto, «estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines».

A nadie escapa que los conceptos más vaporosos y problemáticos del art. 575.2 párrafo 2 CP son precisamente los que se refieren a que los contenidos consultados por el sujeto activo «estén dirigidos» o «resulten idóneos» para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a la colaboración con cualquiera de estas agrupaciones o respecto a sus fines. No cabe duda de que aquí se está delante de sendos conceptos jurídicos indeterminados y tremendamente ambiguos que se compadecen mal con el principio de taxatividad, lo cual deja en manos del Tribunal encargado de enjuiciar una determinada conducta la difícil decisión en torno a si la misma reúne las características predicables de la delincuencia terrorista en general y del contenido típico del art. 575 CP en particular. La fórmula «que estén dirigidos» o «resulten idóneos», empleada por el legislador del año 2015 en el art. 575 apartado 2 CP, exige prueba –indiciaria por necesidad– de tal elemento del tipo, lo cual, a nadie escapa, adquiere aquí nuevamente una importancia fundamental para delimitar aquellos casos penalmente relevantes de aquellos otros impunes que se insertan en el ejercicio de derechos fundamentales básicos.

En el segundo caso, la conducta típica consiste en adquirir o poseer documentos que, también aquí, «estén dirigidos» o que por su contenido «resulten idóneos» para llevar a cabo delitos de terrorismo, o bien para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. También con respecto a esta modalidad delictiva pueden reproducirse en su integridad las críticas esbozadas en el párrafo anterior en relación a la primera de

las dos alternativas, entre ellas el peligro que supone penalizar el simple y puro «adoctrinamiento» ideológico. Además, la referencia implícita que se hace a que el sujeto activo debe adquirir o poseer dicho material con la finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos de terrorismo tipificados en el Capítulo VII, supone añadir altas dosis de inseguridad jurídica, ya que deberá ser el propio Juez o Tribunal quien, con los elementos probatorios que obran en su poder, decida si los hechos son susceptibles de ser perseguidos como delitos de terrorismo, o si más bien constituyen actos sin relevancia penal alguna. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un individuo de religión musulmana, devoto en su práctica, el cual ejerce su labor investigadora en un centro universitario, y que tiene almacenados en su ordenador documentos con un claro contenido yihadista, admitiendo aquél que la finalidad de su posesión era exclusivamente científica. Por consiguiente, y siguiendo de nuevo a GARCÍA ALBERO, no podría entenderse presumida sin más tal finalidad, ya que ello puede resultar contrario al derecho fundamental a la presunción de inocencia, que entre otras cosas impide que algunos de los elementos típicos se presuman en contra del acusado.¹⁶

Es evidente que, en la práctica, cualquier explicación alternativa verosímil de por qué se ha accedido habitualmente a contenidos de carácter radical, o por qué se poseen, debilita la posibilidad de prueba de tal elemento (finalidad periodística, de investigación, etc.). Pero el problema es que cuando no concurren dichas circunstancias, el recurrente y habitual acceso a dichos contenidos considerados como de carácter «radical», los cuales, aun no estando directamente enderezados a incitar a la violencia terrorista, simplemente se piensa que son «idóneos» para espolearla, empujará inevitablemente a un tratamiento de la prueba indiciaria que, llegado el caso, puede colisionar de forma grave con el principio del Derecho penal del hecho, ya que eventualmente las creencias, la religión, la procedencia geográfica o cultural, la conducción o forma de vida del acusado pueden determinar, aún sin que se expliciten, las conclusiones inferenciales del Tribunal encargado de subsumir una determinada conducta dentro del contenido típico del art. 575.2 CP. Paradigmático en este sentido resulta lo establecido en la STS 503/2008, de 17 de julio, donde recuerda que, para considerar a un sujeto como «terrorista», resulta insuficiente con establecer que el acusado tenga determinadas ideas acerca de la religión, un sistema político o una forma de entender la vida. «No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos,

16 R. GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, pp. 1909-1910.

probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción» (Fundamento de Derecho núm. 4, *in fine*).

A partir de lo explicado en los párrafos anteriores, esta segunda modalidad contemplada en el apartado 2 del art. 575 CP da lugar a un peligroso adelantamiento de las barreras de protección, a estadios en los que apenas se ha dado el paso del simple pensamiento o ideación a conductas de una gran equivocidad en cuanto a los objetivos perseguidos. Por todo ello, Jueces y Tribunales, a la hora de subsumir una determinada conducta en el mencionado tipo delictivo, deberían acreditar otros elementos indiciarios, además de los que se acaban de expresar, para con ello determinar la tipicidad de la mencionada conducta, so pena de vulnerar derechos fundamentales tan básicos como la libertad de recibir información, la libertad de expresión o la libertad ideológica.¹⁷

Finalmente, el apartado 3 del art. 575 CP regula una conducta sin duda novedosa en el ordenamiento jurídico español y que se encuentra en relación directa con el terrorismo islamista transnacional: el traslado de un individuo radicalizado a un territorio extranjero para integrarse en o colaborar con un grupo u organización terrorista, o bien para capacitarse de cara a la comisión de delitos de terrorismo. Se

17 Tal y como acertadamente señala GARCÍA ALBERO, «el legislador podría haber configurado un tipo penal consistente en la simple posesión, aún el acceso, a material gráfico o audiovisual que, con inequívoca finalidad apologética o propagandista, consista en la representación de un delito de terrorismo, como ha hecho en otros ámbitos (por ejemplo, pornografía infantil e incluso en los delitos de incitación al odio cuando se posee determinado material con la finalidad de distribuir). Pero no lo ha hecho. En consecuencia, no se está ante un simple delito de acceso o posesión calificado por la clase de contenido, sino por el objetivo que persigue el sujeto: capacitarse para cometer delitos de terrorismo». R. GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, p. 1911. En el polo opuesto, ZARAGOZA AGUADO, defensor de la existencia del contenido típico del art. 575.2 CP, considera que hay que tener en cuenta que el mencionado tipo penal no sólo se integra por un elemento objetivo o material, sino que, además, es necesaria la concurrencia de dos requisitos sin los cuales no habrá conducta delictiva; requisitos que, en opinión del mencionado autor, acotan el ámbito de la tipicidad y permiten deslindar las acciones punibles de otras que deben ser objeto de protección como ejercicio lícito de derechos. Los dos requisitos son: (1) Un elemento teleológico, ya que los hechos deben ejecutarse con la finalidad de capacitarse para cometer cualquiera de los delitos regulados en el Capítulo VII; (2) Un elemento normativo, en cuanto que los contenidos de las comunicaciones *online* deben estar dirigidos o ser idóneos, y los documentos que se adquieran o se posean deben estar dirigidos o, por su contenido, resultar idóneos, para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con ellos o en sus fines. Véase: J. ZARAGOZA AGUADO, «Comentario al Artículo 575», en M. GÓMEZ TOMILLO, y A. M. JAVATO MARTÍN (dres.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo VI, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 643.

trata en este caso de afrontar el problema de los combatientes terroristas extranjeros, también denominados «*foreign fighters*».

Una de las razones para la tipificación de esta conducta se encuentra en los compromisos adquiridos por España a partir de la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas núm. 2178, de 24 de septiembre de 2014, a la cual hace referencia expresa y reiterada el Preámbulo de la LO 2/2015. Así, la mencionada Resolución señala entre otras cosas lo siguiente: «La lucha contra el extremismo violento, que puede conducir al terrorismo, en particular la prevención de la radicalización, el reclutamiento y la movilización de personas hacia grupos terroristas y su conversión en combatientes terroristas extranjeros, es un elemento esencial para hacer frente a la amenaza a la paz y la seguridad internacionales que representan los combatientes terroristas extranjeros», por lo que exhorta a los Estados Miembros «a que intensifiquen sus esfuerzos por luchar contra este tipo de extremismo violento».

Lo que pretende el apartado 3 del art. 575 CP es someter a la correspondiente conminación penal a aquellos sujetos más o menos radicalizados residentes en España y que deciden viajar a países en conflicto como Siria o Irak para unirse a las filas del EI. Tal y como han señalado las fuerzas de seguridad y los servicios de inteligencia occidentales, estos sujetos constituyen una seria amenaza para la seguridad ya que, en no pocos casos, pueden decidir retornar al país en el que residían originariamente con el objetivo de llevar a cabo una acción terrorista.

El precepto en cuestión exige que el traslado se efectúe a «territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista», lo que excluye traslados a zonas donde, pese a verificarse actividad terrorista por parte de organizaciones o grupos, estos no ostentan sin embargo un control efectivo sobre el territorio. Además, para que una organización o grupo pueda calificarse de terrorista, habrá que estar a los listados de Naciones Unidas y de la propia Unión Europea.

Hay que decir que esta tercera modalidad admite formas imperfectas de ejecución, de manera que la tentativa de trasladarse o desplazarse, sin conseguir finalmente ese objetivo, es punible.¹⁸ La acción en sí misma, si se acredita la estancia en esos territorios bajo la cobertura o disciplina de organizaciones o grupos terroristas,

18 Así, y haciendo en este caso referencia a la legislación británica, en el mes de marzo del año 2015, tres jóvenes «yihadistas» británicos, con edades comprendidas entre los 17 y los 19 años, fueron deportados al Reino Unido por parte de las autoridades de Turquía nada más llegar al aeropuerto de Estambul, ya que, al parecer, la intención de estos individuos era viajar hasta la frontera con Siria para unirse a las filas del EI. Una vez en territorio británico, los tres jóvenes fueron ingresados en prisión preventiva en aplicación de la Ley Antiterrorista del año 2006. Véase: «Detenidos tres jóvenes británicos en Turquía al tratar de cruzar a Siria», diario *El País*, edición de 15 de marzo de 2015.

puede ser constitutiva igualmente de un delito de integración en organización o grupo terrorista del art. 572 CP; disposición que se aplicaría preferentemente en virtud de las reglas establecidas por el art. 8 CP (principios de absorción y alternatividad).

Con respecto a esta tercera modalidad típica hay que decir que, también aquí, el problema central reside en acreditar la presencia inequívoca del elemento subjetivo del tipo, a saber, la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, o para colaborar con o integrarse en una organización o grupo terrorista. Se trata básicamente de poder afirmar en sede judicial la existencia y constatación de aquellas circunstancias que permitan afirmar a ciencia cierta que realmente se da en el autor esa específica intencionalidad delictiva. Así, en estadios tan tempranos ubicados en la fase inicial de los actos preparatorios –piénsese por ejemplo en la mera asistencia de un individuo a un campo de entrenamiento yihadista, o bien en el viaje que un sujeto realiza a Oriente próximo para eventualmente alistarse en un grupo insurgente– difícilmente puede demostrarse que ese sujeto se encuentra ya preparando un atentado terrorista. Más bien al contrario, este último puede escudarse en la afirmación de que su asistencia o su viaje tenían como finalidad el vivir una experiencia de aventura, la visita de unos familiares o amigos, ya incluso su integración en un grupo armado para combatir un régimen que considera dictatorial. Y en un contexto como el descrito, marcado sin duda por la situación tanto geográfica como política de la región, resulta una tarea sumamente complicada para los órganos judiciales españoles dilucidar si un determinado individuo que, por ejemplo, ha regresado a España tras una estancia en países como Irak o Siria, ha participado realmente en un curso de entrenamiento yihadista, ha luchado integrado en uno de los bastiones del EI o, por el contrario, se ha dedicado a hacer senderismo, a visitar a sus familiares, o a combatir las tropas gubernamentales sirias fieles a Bashar al-Assad.

Como conclusión a lo explicado a lo largo de este epígrafe en relación a la disposición del art. 575 CP hay que decir que un Derecho penal liberal respetuoso con el Estado de Derecho no puede nunca tipificar penalmente la actitud interna de un sujeto, su concreta ideología, por muy radical y tergiversada que ésta pueda parecer; ni incluso tampoco la eventual predisposición de aquél a hacer uso de la violencia, aunque sea con fines terroristas.

Lo señalado en el párrafo anterior resulta coherente, además, con los postulados que debe respetar el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. Efectivamente, un Derecho penal acorde con los principios que marcan dicha forma de Estado tiene y debe tener el cometido político-social de prevención de comportamientos externos (no así de voluntades ni actitudes *internas*) en la medida de su

peligrosidad objetiva para bienes jurídicos, sean estos individuales o colectivos. El fundamento del castigo de fases anteriores a la consumación ha de verse, pues, en la mencionada *peligrosidad objetiva* de determinados actos dirigidos a consumir el delito, desde el momento en que dicha peligrosidad se manifieste ya *ex ante*.

Esa peligrosidad específica, sin duda presente en los casos de voluntariedad común de varios sujetos, no se da ciertamente con respecto a la nueva tipología de «terrorista individual» que la reforma del CP de este año 2015 ha introducido en el art. 575 CP. De este modo, con las conductas recogidas en el mencionado precepto se echa definitivamente por tierra un principio que tradicionalmente había estado vigente en el Derecho penal español con un amplio respaldo doctrinal: la impunidad de los actos preparatorios en el caso de autores individuales.

3. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL NÚM. 39/2016, DE 30 DE NOVIEMBRE

3.1. Introducción

Una vez entrado en vigor el controvertido art. 575 CP, y ante el cariz que están adquiriendo los atentados terroristas cometidos en suelo europeo por parte de islamistas radicales, la mayoría de ellos jóvenes musulmanes pertenecientes a las Segundas y Terceras generaciones de inmigrantes asentadas en distintos países del Viejo Continente, era solo una cuestión de tiempo que la justicia española aplicase dicho precepto a un supuesto caso de (auto)radicalización islamista en territorio español.¹⁹

Así, el 19 de septiembre de 2016 se dictó por parte del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 Auto de apertura de juicio oral contra Mohammed Akaarir, un joven de 24 años de nacionalidad marroquí nacido en Tánger en el año 1992 y residente en la localidad guipuzcoana de Rentería, al considerársele en principio

¹⁹ Varias han sido las sentencias dictadas en los últimos años en España en las cuales se ha condenado a sujetos por su participación más o menos activa en organizaciones y grupos terroristas de naturaleza yihadista. Entre las más importantes, además de la que se ocupó de los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 1.ª) núm. 47/2013, de 2 de julio, por la que se condenó a Faisal Errai, un individuo marroquí de 29 años, por un delito de colaboración con la organización terrorista Ansar Al Mujahideen, así como la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 4.ª) núm. 21/2014, de 29 de mayo, por la que se condenó a Mudhar Hussein Almaliki, saudí de 53 años, por un delito de integración en organización terrorista, al considerársele un miembro destacado del aparato de propaganda de la red Ansar Al Mujahideen.

responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo y menosprecio o humillación a las víctimas de los arts. 578.1 y 2 y 579bis 1 y 2 CP.²⁰

Sin embargo, con carácter previo a la celebración del acto del juicio oral, celebrado en la Audiencia Nacional el día 17 de noviembre de 2016, el Tribunal planteó a las partes personadas si la conducta delictiva que se sometía a juicio podría ser constitutiva del delito previsto y penado en el art. 575.2 párrafo 3 CP (adiestramiento/adoctrinamiento autodidacta),²¹ calificación que fue asumida tanto por el Ministerio Fiscal como por la abogada defensora del joven Akaarir.

3.2. Antecedentes de hecho

La base fáctica constituida por los hechos probados en los que, posteriormente, la Sección 3.^a de la Audiencia Nacional fundamentó su fallo condenatorio, señala que Mohammed Akaarir, al menos desde el mes de febrero de 2015 y como usuario de la red social Facebook, fue accediendo a través de Internet a distintas páginas «de contenido yihadista radical violento», algunas de las cuales tenían como objetivo prioritario difundir los fines de la organización terrorista Estado Islámico (EI). Todos esos contenidos de carácter más o menos «radical», entre los que se encontraban mayoritariamente vídeos, fotografías y dibujos, los fue publicando el joven marroquí en su muro de la mencionada red social, sin ningún tipo de restricción de privacidad y de modo habitual, guardando también algunos de ellos en la memoria de su teléfono móvil. Entre dichos contenidos pueden destacarse (por orden cronológico a partir de la fecha de publicación) los siguientes:²²

El 3 de agosto de 2015, Mohammed publicó en su muro de Facebook dos fotografías en las que se veía, en la primera de ellas, a varios policías golpeando con

20 Véase al respecto: http://politica.elpais.com/politica/2016/12/01/actualidad/1480610059_604014.html (último acceso: 31 de enero de 2017).

21 «Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad [capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este capítulo], adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines».

22 Si bien en la sentencia se reproducen un total de 23 fechas, las cuales transcurren entre el 3 de agosto de 2015 y el 27 de marzo de 2016, durante las cuales la policía pudo comprobar la existencia de publicaciones, consideradas de contenido radical, en la cuenta de Facebook del acusado, a continuación únicamente se van a reproducir aquellos documentos que, en principio, podrían tener mayor relevancia desde un punto de vista penal para, eventualmente, considerar aplicable lo dispuesto en el art. 575.2 párrafo 3 CP.

grandes palos «a un musulmán»,²³ mientras que la segunda mostraba una especie de solar con decenas de cadáveres, al parecer calcinados. Ambas fotografías llevaban de origen la misma leyenda (en árabe): «Así está la situación de los musulmanes en Burma. El Profeta de Allah dice que quien no se preocupa por la situación de los musulmanes no es musulmán».

El 15 de septiembre de 2015, el joven marroquí publicó un vídeo, tomado de la página personal de Facebook de un individuo llamado Amer Kharat Kiwan, en el que se ven imágenes de un bombardeo sobre una población siria, dando paso a imágenes de niños fallecidos, gravemente heridos o en situaciones extremas, apuntando el vídeo al presidente sirio, Bashar Al-Assad, como responsable de todo ello. Mohammed guardó y publicó en su muro dicho vídeo, añadiendo el comentario siguiente: «Mirar lo que sufren y luego les llaman terroristas» (*sic*).

El 21 de noviembre de 2015, una semana después de los terribles atentados terroristas cometidos en París el 13 de noviembre, Mohammed publica en su muro un dibujo en el que se ve una mujer árabe abrazando a un niño que llora, y un hombre llevando en brazos un bebé muerto, todo ello bajo el lema «Free Palestine! Needs more hands... to help them...to pray for them», añadiéndose el siguiente comentario: «Me duele más los míos. Los míos nadie les llora. Los míos no son noticia. Los míos son los palestinos» (*sic*).

El día 4 de febrero de 2016, Mohammed Akaarir publica en su muro un vídeo que muestra el discurso de un líder religioso en el que éste –en árabe– señala que 40.000 musulmanes están muriendo de hambre, al tiempo que exhibe una fotografía de niños y adultos hambrientos. Continúa la arenga diciendo que ellos son gente de la *sunna* y que van a seguir luchando y no van a morir de hambre, aunque para ello tengan que comer hojas de los árboles. Las imágenes del discurso se intercalan con flashes de imágenes de guerra: bombas sobre una mezquita, imágenes de niños muertos, imágenes de un helicóptero abatido con guerreros triunfantes, entre otras. Todo ello acompañado de un cántico a capella (*nasheed*) y una sucesión rápida de imágenes.

Según señala la Sentencia, es a partir del mes de febrero del año 2016 cuando los mensajes que publica Mohammed Akaarir en Facebook comienzan a sucederse con mayor frecuencia, considerándose «cada vez más radicalizados, en los que cada vez es más explícita y directa la violencia de sus imágenes», apareciendo también las llamadas al martirio y los alegatos a la yihad. Asimismo, continúa señalando la Sentencia que las páginas a las cuales acude Mohammed empiezan a ser de carácter

23 Según relato fáctico de la propia sentencia.

marginal, de difícil localización, en las que se incluyen consignas para el caso de que Facebook las localice y cierre. Entre las publicaciones consideradas de carácter radical por los Magistrados de la Sala 3.^a de la AN pueden destacarse las siguientes:

El 9 de febrero de 2016, Mohammed publica un vídeo con el título (en árabe): «Nasheed. No sobrevivo sin salvaros». En dicho vídeo, el cual al parecer muestra imágenes de guerra con «una técnica fílmica depurada», se escucha una arenga llamando a la yihad sobre imágenes de muyahidines. En un momento de la *nasheed* se proyecta un dibujo en el que aparece un jinete sobre un caballo, de fondo la luna llena y en su mano, según señala la Sentencia «una bandera negra con la shahada»,²⁴ la cual, según los magistrados, constituye un «símbolo de las organizaciones terroristas islamistas radicales». La *nasheed* en cuestión contiene frases como la siguiente: «Quiero que seáis como el relámpago, como el rayo, disparadles con las flechas, matadlos, matadlos, da igual donde sea, inundadlos en la sangre». Mohammed guardó y publicó en su muro dicho vídeo y leyenda, añadiéndole personalmente el siguiente comentario en árabe: «El mejor nasheed de la yihad. Allah nos hará ganar y no perder» (*sic*).

Un día más tarde, el 10 de febrero de 2016, el joven marroquí publica una fotografía de él mismo, donde aparece con la cabeza cubierta con un gorro y con la nariz y boca tapadas con un pañuelo, empuñando un arma corta que resulta ser falsa. Junto a él, un amigo, con el rostro descubierto, y simulando apuntar con un arma larga imaginaria hacia la cámara. A dicha fotografía propia, Mohammed añadió como título, en caracteres árabes, el lema: «Allah es grande, los traidores y los infieles se van a enterar. Allah nos va a hacer ganar al pueblo del Kuffar».

El día 14 de febrero de 2016, Mohammed comparte un vídeo, extraído de la página «Taqwallah», que bajo el título en francés «Rappel sur la mort» (Recordatorio sobre la muerte) realiza una reflexión sobre la necesidad de tener presente siempre la muerte, y la necesidad de estar preparado para ella. El texto, recitado en árabe sobre una música *a capella* de fondo y subtulado con textos en francés, va acompañado de imágenes bucólicas de un entierro, la preparación del cadáver en una morgue, su traslado, el entierro e imágenes de amaneceres, atardeceres, etc.

24 La «shahada» o profesión de fe islámica, es la declaración de fe en un único Dios (*Allāh* en árabe) de acuerdo a la fe islámica y las enseñanzas de Mahoma. Su recitación («No hay más Dios que Allah y Mahoma es su profeta») se considera uno de los cinco pilares del Islam, según la concepción suní. Cuando se pronuncia sinceramente, en voz alta y ante los dos testigos requeridos por la tradición, quien la ha manifestado puede considerarse como musulmán.

El 16 de febrero de 2016, Mohammed publica dos vídeos y dos fotos, con sus correspondientes textos añadidos. Ambos vídeos con duras escenas de matanzas de niños, con imágenes de sus cadáveres calcinados, así como escenas de salvamento posteriores a bombardeos sobre la población civil en ciudades sirias. Al primer vídeo, Mohammed añade el siguiente comentario: «Así acaban los niños y mujeres en Siria con los ataques de Rusia y Francia (Ase no se puede vivir así. Todos los días) Allah'akbar Allah! Los que matan a los niños por ser musulmanes y los que quieren terminar con la religión verdadera. Estamos en la guerra Santa la tercera guerra mundial contra el islam. 80 países contra un Estado: Iraq y sería (Siria)» (*sic*).

En los siguientes días, el acusado prosigue con la actividad de buscar en Internet vídeos y fotografías de radicalismo yihadista, guardando y publicando en su muro de Facebook muchos de ellos, de similar contenido a los ya descritos anteriormente. Así, el 8 de marzo, Mohammed publica cuatro vídeos, siendo el tercero de ellos el que tiene un comentario personal añadido por el propio joven marroquí. En el vídeo se ve un grupo de musulmanes, de rodillas en el suelo, desnudos salvo la ropa interior, con las manos atadas a la espalda con bridas. Sus captores, con grandes palos de madera cilíndricos, y agarrándolos por el pelo, les golpean en la cara, la espalda, los brazos, les dan patadas, etc. Mohammed publica el mencionado vídeo añadiendo el siguiente comentario: «Como torturan a los musulmanes sunnís... y luego les llaman terroristas... les hacen serlo» (*sic*).

El 20 de marzo publica una *nasheed* del EI, la cual va acompañada por una imagen de la propia organización terrorista. La imagen es un dibujo en blanco sobre fondo negro de un caballo blanco al galope, saltando, con las crines al viento y siendo perseguido por una manada de lobos. Sobre su lomo aparece impresa la bandera negra del EI. Escrito en árabe, en la parte superior derecha del vídeo, aparece el texto «Si no eres un muyahidín que lucha por el camino de Dios no seas un judío que lucha en el camino de satanás». En los créditos del vídeo aparecen enlaces para contactar directamente con canales de comunicación directa con EI.

El día 28 de marzo, Mohammed publicó un documental de 50 minutos de duración sobre el EI y su propaganda, al que añadió el siguiente comentario: «La verdad del ISIS y por eso no la quieren los políticos» (*sic*).

Ante el incremento de sus publicaciones y la –en palabras del Tribunal– «radicalización de las mismas en el alineamiento con el islamismo yihadista», Mohammed Akaarir fue detenido por la policía autónoma vasca (Ertzaintza) el día 5 de abril de 2016. En el momento de su detención le fue incautado su teléfono móvil, en cuya memoria externa se hallaron 14 mensajes guardados conteniendo diversos *nasheeds*,

cánticos y oraciones «de carácter radical yihadista», así como algunos otros documentos con instrucciones sobre cómo y qué se debe enviar por las redes sociales.

3.3. Resolución condenatoria

Tras la celebración de la vista oral y la práctica de la prueba, la cual básicamente consistió en el visionado de las fotografías, dibujos y vídeos publicados por Mohammed Akaarir a través de Internet, así como en las testificales de los funcionarios de la Ertzaintza que habían realizado las tareas de seguimiento al acusado durante meses, el Tribunal consideró que el joven marroquí había consumado el delito de «autoadoctrinamiento con la finalidad terrorista» contemplado en el art. 575.2 apartado 3 CP, por lo que le impuso una pena de dos años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por un periodo de nueve años, decretando sustituir la pena privativa de libertad, una vez cumplidas las dos terceras partes de la misma, por su expulsión del territorio español por un período de seis años, así como a la medida de libertad vigilada por un periodo de cinco años si, obtenida la libertad, decidiese Mohammed regresar a España. Todo ello con expresa imposición del pago de las costas procesales causadas en el procedimiento.

3.4. Fundamentación jurídica. Valoración crítica

Los aspectos más controvertidos de la Sentencia de la Audiencia Nacional que aquí se somete a análisis se encuentran sin lugar a dudas en la valoración de las pruebas (documentales y testificales) presentadas durante la fase del juicio oral; pruebas que, como se ha señalado anteriormente, sirvieron de base para condenar a una pena de prisión al joven marroquí de 24 años, al considerarle autor de un delito de auto-adoctrinamiento previsto en el art. 575.2 párrafo 3 CP.

Como ya se indicó en su momento, la conducta delictiva recogida en el mencionado precepto constituye un delito de peligro abstracto, en el cual la protección de determinados bienes jurídicos (individuales y colectivos) asociados a la delincuencia terrorista se adelanta a estadios más o menos alejados de la propia preparación delictiva, y con más motivo de la tentativa punible. En este concreto caso, el legislador español del año 2015 presume que ciertas actividades relacionadas con el adoctrinamiento y/o adiestramientos pasivos entrañan un determinado peligro para bienes jurídicos de eminente valor en la sociedad. Es por ello que, en un sistema democrático y de garantías del justiciable como es el español, la valoración de la prueba y, en este concreto caso, la acreditación de los siguientes extremos deviene fundamental para, eventualmente, dictar una sentencia condenatoria *ex art. 575 CP*.

Así, en primer lugar, resulta necesario dilucidar si el joven Mohammed Akaarir realizó todas las actividades *online* que se enumeran en la Sentencia con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en la Sección Segunda del Título VII del Capítulo XXII. En segundo lugar, y haciendo en este caso referencia a la conducta enjuiciada, a saber, el eventual «autoadoctrinamiento», hay que verificar si los documentos que el acusado adquirió y/o tenía en su poder estaban dirigidos o, por su contenido, podrían resultar idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o bien a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines, tal y como reza el mencionado párrafo 3 del art. 575.2 CP.

Pues bien, si se analiza el contenido del fallo condenatorio, y más concretamente la valoración de la prueba, la sensación agrídulce, cuando no de desasosiego, se va acrecentando paulatinamente a medida que uno va avanzando en su lectura. Efectivamente, el Tribunal comienza no poniendo en duda el carácter radical de los mensajes publicados por Akaarir en su muro de Facebook, señalando entre otras cosas lo siguiente: «Basta ver las imágenes, durísimas, de muchos de los mensajes de los vídeos, que no precisan siquiera de la comprensión de cuanto en ellos se recita. Basta oír el tono de soflama de la voz de los discursos, el fluir de la música salmódica de unos, la vibrante y enardecedora de otros, la técnica agresiva de los vídeos, los flashes intercalados, la técnica de depurado adoctrinamiento. (...) Si a tal visión unimos la lectura del contenido de los mensajes, traducidos del árabe, la naturaleza de los vídeos, fotografías y post guardados no deja lugar a dudas».

Es decir, el Tribunal no considera en principio necesario entrar siquiera en la comprensión de las arengas, discursos o textos –escritos mayoritariamente en árabe– que aparecen en los documentos publicados por el acusado en Internet. Sólo la imagen visual y el tono en el que los productores de los vídeos se dirigen a los potenciales receptores dejan entrever, en palabras de los magistrados, un contenido radical yihadista, suficiente para imputar un delito de terrorismo a todo sujeto que adquiera o tenga en su poder dicho material. Lógicamente, una interpretación como la defendida por los magistrados de la AN en esta sentencia deja poco margen de duda: cualquier sujeto que adquiera o tenga en su poder propaganda yihadista que, por ejemplo, reproduzca imágenes icónicas basadas en videojuegos con alto contenido violento como el GTA o Call of Duty, estará cometiendo una conducta subsumible en el art. 575.2 párrafo 3 CP. En todos estos casos, la valoración de la prueba siguiendo los márgenes establecidos por un proceso con todas las garantías deviene por tanto superflua, siendo suficiente la imagen visual que uno adquiere al visionar/escuchar determinado material.

Por otro lado, la sucesión temporal del material publicado por Mohammed Akaarir en Internet, y más concretamente la evolución en cantidad y calidad de los vídeos, fotografías y dibujos aparecidos en su cuenta personal de Facebook, lleva al Tribunal a constatar un «veloz adoctrinamiento y asunción de los principios y valores del yihadismo radical», lo cual, en opinión de los magistrados, se ve respaldado por la prueba pericial practicada en el plenario a agentes de la Oficina Central de Inteligencia de la Ertzaintza, quienes constataron que en el caso de Mohammed se había producido «un proceso muy, muy rápido de radicalización», el cual «les alarmó»; llegando a afirmar que el joven marroquí había pasado «en muy poco tiempo todo el proceso de radicalización». A este respecto, la Sentencia hace mención a la existencia, en general –y sin dar más explicaciones sobre la base teórica que fundamenta sus afirmaciones– de un proceso de (auto) radicalización islamista el cual se extendería a lo largo de las siguientes cuatro etapas: (1) Victimismo; (2) Culpabilización; (3) Solución; (4) Activismo. Proceso el cual el Tribunal ve confirmado en la persona de Mohammed Akaarir si se atiende a las características y la sucesión temporal de los documentos publicados por éste en Internet. En este sentido, la SAN señala, entre otras cosas, lo siguiente: «En la segunda fase del proceso de auto-adoctrinamiento ya se han asumido los postulados del grupo EI, mostrando un apoyo explícito en las redes sociales. Mohammed constituye una más de las piezas fundamentales en la estrategia de estos grupos armados, como es servir de amplificador de sus mensajes. Así, se podría llegar a considerar que Mohammed está realizando a su manera la yihad mediática». Ciertamente, hay que considerar exagerado y carente de todo fundamento el subsumir dicha actividad *online* desplegada por el joven marroquí como un indicio evidente de apoyo a una organización terrorista como el EI, sobre todo si se considera que la mayoría de los documentos publicados por Akaarir eran vídeos donde se mostraban, no atentados terroristas o ejecuciones, sino bombardeos de ciudades sirias por parte de tropas rusas y aquellas otras afines al régimen de Al-Assad, o bien fotografías o dibujos en los que se mostraba la solidaridad con la causa palestina («Free Palestine! Needs more hands... to help them... to pray for them»), dibujo publicado por Mohammed el día 21 de noviembre de 2015). Por otra parte, resulta sorprendente cómo el Tribunal, a pesar de estar convencido de que Mohammed estaba realizando la «yihad mediática», siguió considerando la existencia de un delito del art. 575 CP, no decantándose eventualmente por aplicar un delito de colaboración con organización o grupo terrorista, previsto como se sabe en el art. 577 CP.²⁵

25 Si ir más lejos, la SAN 47/2013, de 2 de julio condenó a Faisal Errai por un delito de colaboración con organización terrorista, al considerársele responsable de la gestión de una serie de foros *online* pertenecientes a la organización Ansar Al Mujahideen.

Con respecto a la tercera fase del proceso de (auto)radicalización señalado *supra*, el Tribunal llega a afirmar que la «solución» a la que ha llegado Mohammed, «siguiendo el ideario de adoctrinamiento yihadista», es la necesidad de usar la violencia contra los infieles. Para ello, los magistrados llegan incluso a hacer referencia a mensajes publicados o compartidos por el joven marroquí; mensajes que, en opinión de aquellos, constituyen sin duda casos «de incitación al odio interreligioso» y odio contra el pueblo europeo. Dicha afirmación la respaldan haciendo referencia explícita a un vídeo publicado el 7 de marzo de 2016, en el que un individuo, en árabe, reivindica el territorio del Sahara para Marruecos («Sahara magrebí»); vídeo al cual Mohammed añade el siguiente comentario: «Oye que Sahara es de nuestros abuelos y de marruecos. Putos europeos. Viva Marocco» (*sic*). Si uno tiene en cuenta el contenido que últimamente, y con respecto a los más variados temas, aparecen en miles de cuentas de Twitter, donde la dignidad de diversas personas y colectivos es literalmente pisoteada a través de mensajes con un contenido ético absolutamente repudiable, no puede por más que ruborizar que los magistrados de la AN considerasen como incitación al odio interreligioso el comentario desplegado por Mohammed Akaarir en la mencionada fecha.

No menos sorprendentes son los argumentos que el Tribunal utiliza para considerar cumplida la cuarta fase del proceso de (auto)radicalización islamista («activismo»). Así, se señala que, en esta fase, Mohammed ya rubrica sus mensajes, en varias ocasiones, con el «grito de guerra yihadista» (*Al.lahu akbar!*), incluyéndolo explícitamente en sus comentarios. Dejando de lado el absolutamente respetable mayor, menor o nulo grado de religiosidad (con respecto a una u otra confesión) de todos y cada uno de los Magistrados que componen la Sección 3.^a de la AN, produce ciertamente sonrojo que juristas que desarrollan su actividad profesional en estadios tan altos del sistema judicial español identifiquen sin mayor rigor como «yihadista» una expresión en árabe, ligada en este caso al credo mahometano, la cual es utilizada indistintamente y en todos los contextos de su vida cotidiana por todas las personas que profesan el Islam, y que significa, lisa y llanamente, «Allah es el más grande». Se trata de una profesión de fe muy utilizada en el mundo musulmán como exclamación informal y expresión formal de devoción por Allah. Lo mismo cabe decir cuando el Tribunal, al entrar a valorar un dibujo en el que aparece un jinete sobre un caballo, portando una bandera negra con la *shahada*, considera que la misma constituye, sin más, un «símbolo de las organizaciones terroristas islamistas radicales». En este caso, sorprende nuevamente que los miembros de la AN olviden que la *shahada* o, lo que es lo mismo, la profesión de fe, constituye ni más ni menos que el

Primer Pilar del Islam.²⁶ Una cosa es asociar una determinada bandera (en este caso la de EI) a una ideología radical absolutamente rechazable y condenable, y otra muy distinta asociar, sin más, a dicha bandera un concepto clave del credo musulmán –la *shahada*– el cual debe mantenerse absolutamente al margen de cualquier valoración o interpretación de naturaleza radical.

Continúa el Tribunal señalando que en esta cuarta fase, el joven marroquí comienza a colgar vídeos en los que se recogen «explícitas amenazas a Occidente», difundiendo además material audiovisual de carácter «radical» como vídeos místicos y de guerreros de EI, así como algunos vídeos de preparación para la muerte heroica. Para ello, el Tribunal hace referencia a un vídeo publicado por el joven marroquí el día 20 de marzo de 2016 donde aparece una *nasheed* de EI, en la cual, entre otras cosas, se muestra «un caballo con la bandera de EI; perseguido por lobos, cántico que es una alabanza a la yihad; o la imagen, creada por él mismo, en la que se le ve empuñando un arma corta, con el rostro (boca y nariz) tapados, así como el pelo, con el comentario “Dios es grande. Los traidores y los infieles se van a enterar. Dios nos va a hacer ganar al pueblo del *kuffar* ”». Para los magistrados de la AN, «este mensaje, directamente elaborado por él, requiere poca interpretación, y carece de credibilidad el alegato exculpatorio efectuado en el plenario de que es una foto hecha de broma, o que había fumado hachís. La rotundidad y claridad de la imagen y el texto han de ser interpretados en los claros términos de su enunciado».

Los argumentos expuestos en los párrafos anteriores –y que, como aquí se señala, carecen por completo de cualquier rigor jurídico– sirven al Tribunal para concluir que el material publicado por Mohammed Akaarir en su perfil de Facebook demuestra que el joven marroquí se había imbuido de la ideología radical de la organización terrorista EI, empezando no solamente una actividad proselitista encaminada a ensalzar las bondades de dicha organización, sino también a realizar amenazas más o menos explícitas hacia todos aquellos que no siguiesen los postulados de EI, o hacia los países que se enfrentasen a ella.

Así, en la parte final de la sentencia se señala que la finalidad del art. 575.2 párrafo 3 CP, a saber, el «capacitarse para la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo contemplados en el capítulo», la cual, por cierto, el Tribunal considera «de dificultosa prueba», se encuentra sin embargo acreditada en las conductas que se someten a enjuiciamiento, dado el «avanzado estado del autoadoctrinamiento alcanzado por Mohammed, quien había asumido total y plenamente los postulados y fines del Estado Islámico, colaborando de forma activa en la difusión de sus ac-

26 Véase al respecto la nota n.º 24.

tividades, fines y doctrinas, en un estadio límite con el delito de colaboración con organización terrorista, o incluso, con el delito de pertenencia a la misma».

Ciertamente criticables resultan asimismo los argumentos que adopta el Tribunal para constatar que los documentos adquiridos, publicados o almacenados por Mohammed en su teléfono móvil estaban dirigidos o bien, por su contenido, resultaban idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. En este sentido, el Tribunal utiliza una serie de expresiones para cimentar jurídicamente la existencia de un delito de auto-adoctrinamiento yihadista y, en buena lógica, acreditar el cumplimiento del elemento del tipo; expresiones que, no obstante, están en las antípodas de un Derecho penal, tanto sustantivo como procesal, dirigido a subsumir una determinada conducta en un tipo delictivo y a lograr acreditar la verdad material y formal de los hechos. Expresiones que, no cabe duda, crean altas dosis de inseguridad jurídica. Efectivamente, cuando la sentencia señala entre otras cosas que «basta ver las imágenes», que «los mensajes de los vídeos (...) no precisan siquiera de la comprensión de cuanto en ellos se recita», que «basta oír el tono de soflama²⁷ de la voz de los discursos», «el fluir de la música salmódica» o «la técnica de depurado adoctrinamiento», en ese caso no se está sino introduciendo un modo de pensamiento penal que, se considera, debería estar definitivamente proscrito en un Estado social y democrático de Derecho: el denominado Derecho penal de autor, donde no se califican y penalizan hechos delictivos, sino más bien formas de ser y de comportarse por parte de un determinado sujeto, o bien percepciones subjetivas que uno pueda tener con respecto a un sujeto y/o una ideología.

Y, mal que pese, no puede argumentarse de forma distinta en el concreto caso de Mohammed Akaarir. Por un lado, y una vez analizados con minuciosidad los documentos (fotografías, dibujos, vídeos y material escrito) publicados por Mohammed en su cuenta de Facebook,²⁸ resulta difícil considerar que los mismos estuviesen directamente dirigidos a incitar a la violencia terrorista, constituyendo más bien manifestaciones de opinión que sin duda no tienen por qué ser compartidas, pero que, conviene reiterar, no constituían una incitación directa o indirecta a la comisión de delitos de terrorismo, no resultando tampoco «idóneas» para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o bien para colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

27 La expresión «soflama» se repite en tres ocasiones a lo largo de la sentencia.

28 A la cual se pudo tener acceso a la hora de realizar el presente trabajo debido a que, sorpresivamente, dicha cuenta de usuario de Facebook no fue cerrada por los gestores de la mencionada red social.

Por otro lado, las actividades del joven marroquí dirigidas a la difusión de material relacionado en mayor o menor medida con la problemática actual asociada al conflicto sirio y a la existencia de una determinada organización terrorista (EI), la cual tiene entre sus objetivos imponer mediante la violencia un califato universal, no podían verse respaldadas (a efectos de justificación) por una determinada finalidad, ya sea ésta periodística, religiosa o científica. De este modo, lo que hizo el Tribunal es simplemente unir esa prueba indiciaria (documental y testifical) a una serie de características –fundamentalmente personales– asociadas a la persona de Mohammed Akaarir, como por ejemplo su edad, religión, procedencia geográfica o cultura, estilo de vida o creencias, para, de este modo, inferir la existencia de un individuo radicalizado que constituía un peligro manifiesto para la seguridad pública. Esto revela la indubitada existencia de un Derecho penal de autor, donde la criminalización de una determinada conducta se asocia, no a una serie de hechos fácticos con caracteres de delito, sino más bien a una serie de condiciones presentes en la persona de su autor, las cuales, en el supuesto que se analiza en el siguiente trabajo, le predestinaban por decirlo así a convertirse en un terrorista.

En otro orden de cosas, resulta también tremendamente criticable la criminalización que el Tribunal realiza de la conducta relativa al (auto)adoctrinamiento,²⁹ si bien hay que decir que, en este caso, la AN no hace sino cumplir a rajatabla con el –polémico, como se ha visto en epígrafes anteriores– contenido típico del art. 575.2 párrafo 3 CP, donde explícitamente se sanciona el hecho de que un sujeto utilice *motu proprio* la red global de Internet para adoctrinarse en una ideología (islamista) radical. En este sentido, resulta llamativo cómo los miembros del Tribunal olvidan la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en relación al mayor atentado terrorista cometido jamás en España. Así, en la STS 503/2008, de 17 de julio, dirigida a resolver un recurso de casación interpuesto en su día contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional en relación a los referidos atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid, se señala que para condenar por un delito de terrorismo resulta insuficiente con establecer que un sujeto tenga determinadas ideas acerca de la religión, un sistema político o una forma de entender la vida. «La acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. (...) La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al

29 En concreto, los conceptos «adoctrinamiento» o «autoadoctrinamiento» aparecen en 19 ocasiones a lo largo de la sentencia, la cual tiene apenas 36 páginas.

delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. (...) Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo. (...) No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción».

Por consiguiente, la eventual «radicalización» terrorista de Mohammed Akaarir en el caso sometido a enjuiciamiento por parte de la AN, a efectos de considerar la real puesta en peligro de bienes jurídicos de especial importancia, debería haberse manifestado a través algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones concretas encaminadas a la obtención aquellos medios idóneos para llevar a cabo una (futura) acción terrorista. Si bien ello puede darse en el caso de la participación de un sujeto en cursos de adiestramiento terrorista, o bien adquiriendo o poseyendo instrucciones para, por ejemplo, construir una bomba, más difícil resulta, sin embargo, constatar la existencia de un peligro para bienes individuales o colectivos por el mero hecho de publicar un dibujo en Internet en el cual aparece, a lomos de un caballo blanco, la efigie de un jinete que porta en uno de sus brazos una bandera de EI, o bien de una fotografía en la que el joven marroquí acusado, con el rostro tapado por un pañuelo, aparece empuñando una pistola de juguete.

Por todo lo explicado a lo largo de los párrafos anteriores, no pueden en absoluto compartirse los argumentos utilizados por la AN para condenar a Mohammed Akaarir por un delito de auto-doctrinamiento en virtud de lo establecido en el art. 575.2 párrafo 3 CP. Si bien no puede ponerse en duda el desvalor social de muchos de los documentos publicados por el joven marroquí en su portal de Facebook, o bien de algunos de los comentarios vertidos por él sobre los mismos, ello debería dar lugar, a lo sumo, a una eventual reprobación moral, sin que, por el contrario, se tuviese que poner en marcha la maquinaria punitiva estatal. Más bien al contrario, supuestos como el que es objeto de estudio en el presente trabajo pueden dar lugar a minar la eficacia de derechos fundamentales básicos como son la libertad ideológica o la libertad de expresión. Baste en este punto señalar que, actualmente, no son pocos los sujetos que, bajo el manto de los mencionados derechos, se escudan en un mayor o menor anonimato para, a través de redes sociales como Twitter o Facebook, realizar comentarios

ofensivos y humillantes que superan con creces cualquier límite de pudor, empatía y consideración con respecto a la dignidad humana, pero que en muchos casos ni siquiera son penados.³⁰

Ni que decir tiene que sujetos como Mohammed Akaarir pueden con el tiempo –y bajo determinadas circunstancias– constituir auténticas bombas de relojería. Individuos que, con el devenir de los acontecimientos y su progresivo nivel de radicalización, pueden acabar insertos en entramados terroristas más o menos homogéneos, y realizar acciones letales, bien en el primer frente de batalla (Siria o Irak), bien la retaguardia (países europeos). Ejemplos de lo explicado no han faltado, desgraciadamente, en los últimos meses.

Con todo, procesos como el desarrollado por el joven marroquí pueden justificar, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad y lesividad, una investigación, un control policial o de los servicios de inteligencia, ya incluso una restricción temporal de algunos derechos individuales, como por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones, en la medida en que tal forma de expresarse represente un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas «puedan avanzar hacia la acción», tal y como al respecto indica la mencionada STS 503/2008. Lo que resulta ya más dudoso es que el Derecho penal tenga que intervenir en semejantes fases del todo punto alejadas de la efectiva lesión de un bien jurídico, ya sea éste individual o colectivo.

3.5. ¿Posibilidad de considerar la existencia de un delito de enaltecimiento del terrorismo?

Tal y como se indicó en un epígrafe anterior, el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas formuladas con anterioridad a la celebración del juicio oral, había calificado los hechos cometidos por Mohammed Akaarir como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo y menosprecio o humillación de las víctimas a través de Internet, del art. 578 apartados 1 y 2 CP. Sin embargo, el Tribunal, a la hora de tipificar penalmente los hechos declarados probados, estimó que la publicación a

30 Siendo miles y miles los tristes ejemplos, podría aquí destacarse el caso de una usuaria española de Facebook, declarada antitaurina, la cual en el año 2016 publicó un mensaje en el que deseaba la muerte a un niño valenciano de ocho años, enfermo de cáncer y cuyo sueño era ser torero. «Adrián, vas a morir» es el deleznable mensaje que esta usuaria publicó en la mencionada red social, provocando con ello una oleada de reacciones de condena, dando lugar incluso a una investigación por parte de la Fiscalía.

través de Facebook de los mensajes descritos en el relato fáctico, constituía ciertamente un delito de enaltecimiento del terrorismo, pero que, «visto el contenido de tales mensajes, el ritmo creciente de la presencia en la red de los mismos, la radicalidad exponencialmente expuesta en ellos, así como la posesión personal y de acceso directo, de documentos de contenido radical yihadista», había que considerar que los hechos conllevaban un «plus de gravedad y de antijuridicidad», por lo que debía aplicarse directa y preferentemente el art. 575 CP.

Dichas afirmaciones no pueden desde luego ser compartidas. Si ya resulta de por sí dudoso que la conducta realizada por Mohammed a través de Internet pudiera quedar subsumida dentro de un delito de radicalización autodidacta, las dudas se acrecientan si cabe aún más a la hora de considerar la existencia de una de las tipologías reguladas en el art. 578 CP. En dicho precepto aparecen perfectamente diferenciadas dos conductas distintas. Por un lado, el enaltecimiento o justificación del terrorismo y sus autores. Por otro, la realización de actos que entrañen desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de los delitos terroristas. En ambos casos se establece un plus de desvalor jurídico cuando las mencionadas conductas se hacen a través de Internet.

Con respecto a la primera modalidad delictiva, el enaltecimiento del terrorismo o de sus autores puede únicamente calificarse como apología en un sentido impropio, ya que el art. 578 CP no exige el requisito de la provocación, siquiera indirecta, a la comisión de delito de terrorismo alguno (pues para la directa ya está la provocación *ex art. 18 CP*, pudiéndose aplicar el art. 579.3 CP, disposición que expresamente incrimina la provocación terrorista).

Por consiguiente, las conductas de enaltecimiento del terrorismo presentan una sustantividad propia, siendo una forma «autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron» (STS de 3 de marzo de 2010).

Así pues, la figura se mueve en una discutible y difusa zona «intermedia» entre la libertad de expresión amparada por la Constitución Española (libertad ideológica y opinión, de los arts. 16.1³¹ y 20.1 CE³²) y el delito de apología o provocación *ex art. 579 CP*.

31 Art. 16.1 CE: «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

32 Art. 20.1 CE: «Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente

A partir de estas consideraciones, la jurisprudencia del TS ha señalado entre otras cosas que habrá que estar al caso concreto y a la ponderación de las circunstancias de toda índole para verificar, tras un riguroso análisis, caso por caso, si «tanto las concretas frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes», llevan a determinar «si se está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio de *favor libertatis* debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal» (STS 585/2007, de 20 de junio).

Pues bien, si se analizan con detenimiento la totalidad de documentos publicados por Mohammed Akaarir en su cuenta de Facebook, difícilmente pueden encontrarse elementos fácticos que permitan subsumir, aunque sea una sola publicación, dentro de un delito de enaltecimiento del terrorismo. Según reiterada jurisprudencia del TS, «enaltecer» equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Por su parte, «justificar» significa ni más ni menos que hacer aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal. A partir de estas consideraciones, no puede decirse que los vídeos, fotografías y dibujos publicados por Mohammed a través de Internet supusiesen una alabanza a las acciones terroristas cometidas por organizaciones como EI, justificando su existencia y pidiendo de forma genérica y retórica la continuación de sus actividades. Más bien al contrario, no hay ni un solo vídeo que reproduzca ejecuciones, acciones suicidas o actos violentos de similar naturaleza cometidos por individuos u organizaciones terroristas, o bien publicaciones en las que se vitoree o ensalce a miembros, por ejemplo, de EI.

Además de la examinada en los párrafos anteriores, el art. 578 CP incorpora otra modalidad comisiva que no puede ser en cambio tachada de carente de desvalor de resultado. Se trata en este caso de realizar actos que «entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares». Es indudable que en este inciso aflora la tutela del honor y la dignidad humana como referentes que justifican un tipo penal, máxime si se tiene en cuenta que la realidad criminológica pone de manifiesto que no se está frente a hechos infrecuentes y que sin duda el clima social que genera el terrorismo los favorece. Ahora bien, no es menos cierto que, en no pocos casos, los bienes jurídicos tutelados adolecen de una notable indeterminación, de ahí que quepa exigir un particular rigor por parte de

los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción».

los Tribunales de justicia a la hora de identificar el desvalor de resultado en relación con el presente tipo penal.

Pues bien, tampoco con respecto a esta segunda constelación puede considerarse que Mohammed Akaarir llevase a cabo actos que podrían ser catalogados como un delito de humillación a las víctimas del terrorismo. Por un lado, la inmensa mayoría de los vídeos reproducidos por el joven marroquí hacían referencia a bombardeos sobre la población civil siria, o a acciones en las que, aparentemente, aparecían individuos de religión musulmana que estaban siendo objeto de una serie de sevicias y humillaciones. Ni uno sólo de los documentos reproducidos durante la vista oral mostraba imágenes y/o comentarios sobre acciones terroristas cometidas en suelo occidental. Por otro lado, el grabado que Mohammed publica el 21 de noviembre de 2015, haciendo alusión indirecta a los atentados de París cometidos apenas una semana antes, no suponen en modo alguno una humillación de las víctimas en territorio francés, ya que lo único que hace Mohammed es indicar que, para él, las víctimas que más le duelen son las palestinas. Dicho comentario, y dejando de lado el hecho que el mismo resulte más o menos repudiable desde una perspectiva moral, entra de lleno en el derecho a la libertad de expresión, por lo que dicha conducta no puede objeto de represión penal.

En consecuencia, y a partir de los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, tampoco la actividad desplegada por Mohammed Akaarir a través de Internet podría ser subsumible en un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación de las víctimas según lo establecido en el art. 578 CP.

4. VALORACIONES FINALES

La LO 2/2015 que ha sido objeto de análisis a lo largo de los anteriores epígrafes constituye un vivo ejemplo de lo que se conoce como «Derecho de prevención frente a peligros». Efectivamente, sobre la base de una latente amenaza procedente de variados ámbitos de la criminalidad –entre ellos la violencia terrorista–, el actual discurso penal en la mayoría de los países europeos viene dominado fundamentalmente por un interés en establecer y mantener los mayores niveles de seguridad posibles en la población, aunque ello suponga menoscabar esferas de libertad del individuo y principios fundamentales no sólo del Derecho penal, sino también de otras áreas no menos importantes como es el Derecho constitucional. Y, en este sentido, España no constituye desde luego una excepción.

Desde una perspectiva penal sustantiva, y bajo el trasfondo de una efectiva o supuesta situación de peligro, puede observarse cómo el legislador español se mues-

tra a favor de crear la base legal necesaria para la criminalización de actos ubicables en estadios bastante alejados no sólo de la tentativa, sino de la propia preparación delictiva. Lo que se persigue con la nueva regulación es básicamente impedir la comisión de atentados terroristas actuando para ello en una fase lo más tempranamente posible. Es lo que podría denominarse «defensa frente a peligros de carácter abstracto mediante un Derecho penal desenfrenado». Por otra parte, el concepto de terrorismo se difumina, abarcando una serie de conductas ajenas por completo a lo que tradicionalmente se venía considerando como violencia terrorista, lo cual no hace sino poner en serio peligro principios fundamentales del Derecho penal como el de taxatividad o el de proporcionalidad.

Y es que, con las reformas operadas en los delitos de terrorismo en el año 2015, la imposición de una pena no se conecta a la comisión de un determinado injusto —ciertamente, en la adquisición de determinadas habilidades o destrezas, o —sobre todo— en el adoctrinamiento ideológico en las bondades de la yihad, y teniendo para ello en cuenta, además, la función limitadora de la pena inherente al principio de culpabilidad, no puede vislumbrarse la existencia de un injusto merecedor de reproche penal como el previsto en el art. 575 CP, por mucho que puedan adivinarse «intenciones maliciosas» en el autor de los hechos— sino que lo que realmente se pretende es «llegar a tiempo» para impedir actividades terroristas que, a lo sumo y con respecto a determinadas constelaciones de casos, se encuentran en una más que temprana fase de preparación. Propósitos, intenciones, planes, motivos o convicciones pueden desde luego aparecer junto a la actuación delictiva de un determinado sujeto. Pero esos elementos de carácter subjetivo nunca pueden, aisladamente considerados, justificar la imposición de una pena, ni en los casos en los que aparecen por sí mismos, ni tampoco cuando se encuentran vinculados a una conducta de carácter neutro que no está dirigida claramente a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Pues bien, el análisis que en la segunda parte del presente trabajo se ha realizado de la controvertida Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 39/2016, de 30 de noviembre, confirma que el Tribunal encargado de imponer una pena de prisión al acusado adivinó una serie de «intenciones maliciosas» en la persona de Mohammed Akaarir, considerando como típicamente de contenido yihadista un conjunto de publicaciones que, en todo caso, deberían estar respaldadas por la libertad ideológica y de expresión. Justo lo contrario es lo que decidió el Tribunal en su sentencia, aplicando el discutido delito de adoctrinamiento autodidacta previsto en el art. 575 CP y llevando a prisión a un sujeto de 24 años, sin antecedentes penales. Está por ver qué es lo que sucederá cuando ese joven cumpla su condena.

La aquí reproducida crítica no puede ni debe conducir a poner literalmente a los pies de los caballos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, auténticos baluartes de la democracia y que tanto éxito consiguieron en su momento a la hora de afrontar el terrorismo de ETA; éxito que, en mayor o menor medida, también están logrando en el contexto del terrorismo islamista. Ahora bien, para considerar a un individuo como «yihadista» debe partirse de una sospecha de criminalidad concreta, basada en hechos evidentes que vislumbran una resolución para cometer delitos, un «paso al acto», tal y como indicó en su momento la anteriormente comentada STS 503/2008. En el polo opuesto, la mera consulta o publicación de determinado material de naturaleza «radical», o bien el proferir expresiones que hacen referencia directa o indirecta a un determinado conflicto de carácter político o religioso, no deben conducir sin más a poner en marcha toda la maquinaria policial y judicial.

En el fondo, y ligado con lo explicado en el párrafo anterior, toda la legislación penal aprobada en España en las últimas fechas –entre la que se encuentra sin duda la citada LO 2/2015–, y que se basa exclusivamente en criterios de seguridad, ostenta ante todo una importancia de carácter *ideológico* para la clase política, más que una eficacia *práctica* para el conjunto de la ciudadanía. Por consiguiente, resulta conveniente plantearse la pregunta de si la continua creación de normas penales para hacer frente a la amenaza proveniente del terrorismo transnacional –unidas todas ellas y en todo caso a intervenciones de carácter procesal que afectan a la esfera de los derechos fundamentales del ciudadano– encuentran su legitimación en una *real* amenaza proveniente de esa forma de violencia de especial virulencia, la cual –se piensa– únicamente se puede afrontar mediante los mecanismos de los que dispone el sistema penal, o si más bien la clase política pretende con la incesante cascada de reformas –de carácter preventivo– armarse de argumentos (punitivos) para, en el peor de los casos, hacer frente al reproche de no haber hecho todo lo posible para impedir un atentado terrorista.

Con leyes de reforma como la aprobada en el año 2015, el Estado de Derecho vigente hasta ahora en España se daña a sí mismo mucho más de lo que podrían hacerlo los propios terroristas. Las conquistas que en el ámbito de la justicia penal se han logrado a la hora de consolidar principios tales como el de proporcionalidad, el de intervención mínima o el de culpabilidad no pueden ser objeto de sacrificio en el altar de la prevención. Y lo mismo cabe decir cuando se hace referencia a derechos fundamentales, protegidos por la Constitución, como son la libertad de opinión o la libertad ideológica.

Resumen

La reforma de los delitos de terrorismo llevada a cabo en España en el año 2015 ha dado lugar a ampliar hasta límites desconocidos las conductas susceptibles de ser consideradas como terroristas. Entre las mismas hay que destacar el denominado «auto-adoctrinamiento», regulado en el art. 575 del Código Penal. Tras la entrada en vigor de la reforma, en noviembre del año 2016 se produjo en España la primera condena por auto-radicalización yihadista a través de Internet, dictada por la Audiencia Nacional. El objetivo de este trabajo es realizar un análisis crítico tanto de la reforma penal como de la mencionada sentencia, debido fundamentalmente al menoscabo que se produce de derechos fundamentales como la libertad ideológica y la libertad de expresión.

Palabras clave

Terrorismo islamista, adoctrinamiento, radicalización, derechos fundamentales, libertad de expresión.

Abstract

The reform of terrorist crimes carried out in Spain in the year 2015 has led to a considerable expansion of the behaviours considered as terrorist acts. Among these it must be highlighted the so-called «auto-indoctrination», regulated in the Art. 575 of the Spanish Penal Code. Following the entry into force of the reform, in November 2016, the Spanish National Court issued the first condemnatory sentence related to a jihadi self-radicalization on the Internet. The objective of this paper is to carry out a critical analysis of both the criminal reform and the aforementioned sentence, mainly due to the considerable restrictions of fundamental rights such as ideological freedom and freedom of expression.

Key words

Islamist terrorism, indoctrination, radicalization, fundamental rights, freedom of expression.

Recibido: 25 de mayo de 2017

Aceptado: 23 de junio de 2017

Legislación

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN EUROPEA

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga

1. Directiva (UE) 2017/164 de la comisión de 31 de enero de 2017 por la que se establece una cuarta lista de valores límite de exposición profesional indicativos de conformidad con la directiva 98/24/CE del consejo y por la que se modifican directivas 91/322/CEE, 2000/39/CE y 2009/161/UE de la comisión.

La Unión Europea, partiendo de la Directiva 98/24/CE, ha venido considerando la importancia de proteger la salud de aquellos profesionales que están expuestos a agentes químicos durante su jornada laboral.

El objetivo de esta Directiva es el de ampliar el número de sustancias de riesgo, agregando una cuarta lista de valores límite de exposición profesional, a la que necesariamente habrán de ajustarse los estados.

Se modifican igualmente algunas de las referencias a sustancias que figuraban en Directivas anteriores, y se establece un período transitorio para la adaptación por parte de los estados a su regulación.

2. Directiva (UE) 2017/159, del consejo de 19 de diciembre de 2016, por la que se aplica el acuerdo relativo a la aplicación del convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007, de la organización internacional del trabajo, celebrado el 21 de mayo de 2012, entre la Confederación de Cooperativas Agrarias de la Unión Europea (COGECA), la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) y la Asociación de las Organizaciones Nacionales de Empresas Pesqueras de la Unión Europea (EUROPÊCHE).

La publicación del Convenio a través de una Directiva Comunitaria obedece a la idea de fomentar su conocimiento en el ámbito de aplicación de la norma. La Comisión consultó a los interlocutores sociales, de conformidad con el art. 154, apartado 2, del TFUE, sobre la conveniencia de promover la aplicación del Conve-

nio, y la Confederación General de Cooperativas Agrarias de la Unión Europea, la Federación de los Trabajadores del transporte, y la Asociación de las Organizaciones Nacionales de Empresas Pesqueras, de la Unión Europea, celebraron un Acuerdo de cara a esa difusión, con la finalidad de ir creando la codificación de un acervo en el sector.

Las condiciones de aplicabilidad que de este acuerdo, se sostienen en el art. 155, aptdo. 2 del TFUE en relación con el art. 288 del mismo texto normativo, que exige la formulación de una Directiva.

El art. 1 de la Directiva contiene la definición del contenido del Acuerdo en los términos en que ha sido aprobado, como Convenio sobre el trabajo en la pesca en el ámbito de la Unión europea.

El art. 2 establece la salvedad de las condiciones más favorables de otros acuerdos que les sean aplicados a trabajadores de la Unión, dejando a salvo esas condiciones, leyes, o reglamentos.

En relación con las obligaciones de los estados, la Directiva exige la aplicación en un plazo máximo de hasta el 15 de noviembre de 2018, y les faculta para establecer un capítulo sancionatorio, en términos de eficacia, proporcionalidad y carácter disuasorio.

El texto del Convenio contiene algunos principios generales de importancia. Considera la actividad de la pesca como peligrosa, exige unas condiciones de trabajo dignas, con aportación de paliativos al aislamiento geográfico, la fatiga, el esfuerzo, y otras más que exigen una asistencia médica de calidad, alojamiento, descansos compensatorios, protección social y medidas compensatorias.

En el contenido propio del convenio, se definen en primer lugar los conceptos de pesca, pescador, buque, y otros propios de la actividad (art. 1), el ámbito de aplicación, (art. 2), en el que se acuerda dar carácter general al convenio extendiéndolo a todos los trabajadores de la Unión, con algunas excepciones respecto de las condiciones más beneficiosas a que se hace referencia en el Acuerdo.

En segundo lugar, las condiciones generales de contratación, en las que se garantiza la seguridad de los trabajadores, su formación y el cumplimiento de las normas de seguridad.

En tercer lugar, los requisitos exigidos para esa contratación, edad mínima de 16 años, condiciones de aprendizaje, y la exigencia de pasar un examen médico.

En cuarto lugar, una regulación de horario de trabajo, descansos, con establecimiento de jornadas mínimas y máximas, condiciones de la prestación de los servicios y situaciones de contingencia, como la repatriación de un trabajador que ha de correr a cargo del empresario.

En quinto lugar las condiciones de alimentación y alojamiento, que deben adoptarse igualmente con todas las garantías de salud, instalaciones con ventilación, refrigeración, iluminación, mitigación de ruidos, mobiliario, equipamiento, agua caliente y fría, y posibilidades de queja por esas condiciones en un procedimiento reglado.

Figuran anexos al Acuerdo, las condiciones de trabajo en un acuerdo individual con cada trabajador, que constituye un contrato individual de trabajo, con el detalle de las prestaciones a que este viene obligado, y las que ha de satisfacer el empresario.

En el anexo número dos, las exigencias de habitabilidad de los buques pesqueros, con el detalle de las medidas, diseño y exigencias de iluminación y temperatura. Igual en comedores y servicios sanitarios, cocina y espacios de recreo.

En una iniciativa interesante para los derechos laborales de los trabajadores, que en esta actividad de la pesca, consiguen tener unas condiciones importantes de homogeneidad. Experiencia que de ser seguida por otros sectores de la actividad laboral, puede contribuir a dotar de una fuerza importante a las organizaciones sindicales en el conjunto de la Unión Europea.

3. Directiva (UE) 2017/433 de la comisión de 7 de marzo de 2017, por la que se modifica la directiva 2009/43/CE del parlamento europeo y del consejo, en lo relativo a la lista de productos relacionados con la defensa

Se modifica el Anexo por el art. 1, y en el art. 2 obliga a los Estados a publicar las disposiciones legales para dar cumplimiento a esa modificación.

La razón de ser de esta modificación está en el control que Europa pretende en estos momentos respecto de todo tipo de armas de fuego, por la amenaza terrorista.

4. Directiva delegada (UE) 2017/593, de 7 de abril, de 2016, por la que se complementa la directiva del parlamento europeo y del consejo, en lo que respecta a la salvaguarda de los instrumentos financieros y de los fondos pertenecientes a los clientes, las obligaciones en materia de gobernanza de productos y de las normas aplicables a la entrega o percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios

La Directiva se aplicará a las empresas de inversión, a las sociedades de gestión de conformidad con el art. 6. 4 de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y a los gestores de fondos de inversión alternativos.

Pretende esta Directiva incrementar las garantías hacia los clientes de las operaciones financieras que realiza, en cuanto a las exigencias de información y de transparencia. En ese sentido se exige que las empresas que se dediquen a esta actividad, lleven los registros y cuentas de modo que les permita en cualquier momento y sin demora distinguir los activos mantenidos de cada cliente. Igualmente deberán man-

tener sus registros y cuentas de modo que se garantice su exactitud, manteniendo la necesaria correspondencia con los instrumentos financieros y fondos mantenidos para los clientes, y que puedan utilizarse como pista de auditorías.

Igualmente, deberán adoptar medidas que garanticen los instrumentos financieros de los clientes depositados en un tercero, con la debida diferenciación, introducir mecanismos organizativos para minimizar los riesgos. En relación con el estado, la Directiva exige igualmente una legislación garantista de los fondos depositados por los clientes en las entidades financieras.

En el art. 5 se obliga también a los estados miembros a que exijan a las empresas de inversión que pongan a disposición una información de los clientes a las autoridades competentes, a los administradores concursales y a los responsables de la resolución de entidades inviables. Esta información consistirá en:

- cuentas y registros asociados en los que se identifiquen con facilidad los saldos de los fondos e instrumentos financieros mantenidos para cada cliente.
- lugar en las empresas de inversión mantienen los instrumentos financieros con arreglo al art. 3.
- detalles de las cuentas abiertas en terceros, y acuerdos con tales terceros, así como los detalles de los acuerdos pertinentes con dichas empresas de inversión.
- datos pormenorizados de los terceros que lleven a cabo cualquier tarea externalizada asociada o no.
- las principales personas de la empresa que intervengan en los procesos asociados, incluidos los encargados de la supervisión de requisitos de la empresa en relación con la salvaguarda de los activos de los clientes, y
- los acuerdos pertinentes para establecer la propiedad de los clientes respecto de los activos.

En el art. 3 se regulan las obligaciones de los estados en orden a las necesarias garantías que deben exigirse a estas entidades financieras. En primer lugar deberán exigir experiencia y reputación acreditada. En segundo lugar, cuando una empresa se proponga depositar instrumentos financieros de los clientes en un tercero, los Estados miembros se asegurarán de que la empresa únicamente deposite en una jurisdicción en la que la custodia de los instrumentos financieros por cuenta de otra persona se encuentre sujeta a una regulación y supervisión específica, y de que dicho tercero esté sometido igualmente a esa regulación y supervisión.

Vigilarán igualmente que en aquellos supuestos en que se cumplan estas condiciones, no se lleve a cabo este depósito, a menos que se cumplan los siguientes requisitos: que la naturaleza de los instrumentos financieros o de los servicios de

inversión exija que haya de ser ese país, o que se mantengan por cuenta de un cliente profesional y sea expresamente solicitado por este.

Los estados deberán exigir a las empresas que las cuentas de apertura lo sean en un banco central, en una entidad de crédito autorizada, en un banco autorizado o en un fondo de mercado habilitado.

El art. 4 regula las exigencias a las empresas de inversión por parte de los estados, de que las empresas tengan en cuenta la experiencia y la reputación en el mercado de dichas entidades o fondos del mercado monetario con objeto de asegurar la protección de los derechos de los clientes, así como cualquier requisito legal o reglamentario o práctica de mercado relacionada con la tenencia de fondos de clientes que pueda menoscabar los derechos de los clientes.

Los estados no deben permitir que las empresas de inversión establezcan acuerdos para operaciones de financiación de valores en lo relativo a instrumentos financieros cuya tenencia ostenten por cuenta del cliente, a menos que los clientes hayan otorgado su consentimiento expreso previamente, y esa utilización se contraiga solo a los términos en que se haya prestado.

El art. 6 establece la obligación de que las empresas de inversión usen de manera correcta los acuerdos de garantía, no poniendo a los clientes en peligro de insolvencia. Esta norma se completa con la exigencia del art. 7 de que estas empresas designen un único responsable con destreza y autoridad suficiente para salvaguardar los intereses de estos clientes.

El art. 8 regula las auditorías externas como una garantía más del cliente. Y en ese sentido se proponen a los estados medidas garantistas como la de seguimiento, desarrollo y revisión periódica de esos fondos, información exhaustiva sobre la viabilidad de las operaciones y de sus riesgos, e información con detalle de las garantías.

En cuanto a los productos, el art. 10 también establece obligaciones para que los estados legislen con suficiente información de las empresas. El art. 11 regula los honorarios que deben percibir los asesores por la prestación de los servicios y en qué condiciones deben hacerlo. Y en los arts. 12 y 13 se regulan los honorarios de asesores independientes, y los de investigación por parte de terceros a las empresas de inversión.

La rapidez en la obligación de recepcionar la Directiva, es en este caso llamativa, ya que termina el 3 de julio de 2017, y su aplicación lo será a partir del 3 de enero de 2018.

5. 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

La preocupación de la Unión Europea por la reciente oleada de terrorismo en Europa se muestra en esta Directiva, por la que pretende hacer frente a su erradicación con medidas concretas dirigidas a los estados.

Comienza esta Directiva con una reafirmación en los valores de Europa, referidos al concepto de dignidad humana, libertad, igualdad, solidaridad y respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Define los actos terroristas como una de las violaciones más graves de los valores universales y de la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y el disfrute de esos derechos y libertades. Igualmente es un ataque a la democracia y al Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados en los que se fundamenta la Unión.

De ahí la necesidad de dar una respuesta que se concreta en la Decisión Marco de 2002, que ahora se sustituye, ante el incremento de la amenaza terrorista. Dado el carácter transfronterizo que presenta este fenómeno, es importante la cooperación entre los estados de cara a conseguir la mayor eficacia de las medidas, y el aprovechamiento de los recursos.

La Directiva define los objetivos de esta regulación como el conjunto de normas mínimas, relativas a las infracciones penales y a las sanciones de los delitos de terrorismo, delitos relacionados con un grupo terrorista y con actividades terroristas, así como las medidas de protección, apoyo y asistencia a las víctimas del terrorismo.

A continuación en el art. 2 define los conceptos más relacionados con la actividad.

Entiende por fondos los bienes de cualquier tipo que obren en poder del grupo terrorista, enumerando sin exhaustividad algunos de ellos.

La persona jurídica sería cualquier entidad que lo sea con arreglo al derecho aplicable. Grupo terrorista es toda organización estructurada de más de dos personas, establecida por cierto tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo; entendiéndose por organización estructurada una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro, o una estructura desarrollada.

El art. 3 define los que se deben tipificar por los estados como delitos de terrorismo: atentado contra la vida, atentados contra la integridad física de una persona, secuestro, destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas

de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en plataformas continentales, lugares públicos o propiedades privadas que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico, el apoderamiento ilícito de naves, buques y otros medios de transporte, liberación de sustancias peligrosas, provocación de incendios, u otras situaciones que provoquen peligros para las personas, perturbación de suministros, interferencias en las comunicaciones, amenazas de comisión de actos ilegales, que se produzcan con la finalidad de intimidar a la población, obligar a actuaciones ilegales a los estados, o desestabilizar.

En relación con el grupo terrorista, se considerarán delitos la pertenencia a ese grupo, dirección, y actividad en el mismo.

Otro grupo de delitos se regula en el art. 5 y siguientes, y consiste en la provocación al delito, la captación de personas con esa intencionalidad, el adiestramiento en la fabricación de armas o explosivos, la recepción de esa información, los viajes a estados en los que se puedan cometer esos actos, con la finalidad de llevarlos a cabo, financiación, y otras conductas tendentes a esa actividad.

El art. 14 determina las posibilidades de punibilidad estas conductas, en su grado de complicidad, inducción o tentativa, y en el art. 15 se regulan las sanciones a personas físicas, en el entendimiento de que estas han de ser eficaces, proporcionadas y disuasorias. Igualmente se regulan las penas mínimas y máximas, y los agravantes y atenuantes de las penas.

El art. 16 considera atenuantes las siguientes conductas:

- abandono de la actividad terrorista.
- proporcionar a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no hubieran podido obtener de otra forma, y que les ayude a impedir que se cometa el delito o a atenuar sus efectos, identificar o procesar a los otros responsables criminales, encontrar pruebas o impedir que se cometan otros delitos indicados en los arts. 3 a 12 y 15 de esta Directiva.

En referencia a las personas jurídicas, la Directiva contiene importantes medidas. Se debe exigir por los estados responsabilidad a las personas jurídicas cuando se tenga poder de representación de estas organizaciones, autoridad para tomar decisiones en su nombre, o para ejercer su control, e igualmente, por omisión, cuando se falta al debido control o vigilancia por parte de personas que estén sometidas a su autoridad.

A estas personas jurídicas se las puede sancionar con la inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas, la prohibición del ejercicio de sus actividades, la intervención judicial de la persona jurídica o su disolución, y el cierre temporal o definitivo de los establecimientos que se hayan utilizado para la comisión del delito.

En lo relativo a la jurisdicción ha de tenerse en cuanto el territorio en el que se haya cometido el delito, conforme a criterios complementarios como el hecho de que haya tenido lugar en un buque, que el responsable sea nacional o residente, ciudadanos de otros países presentes en el lugar, y la posibilidad de que los estados amplíen el territorio cuando el delito se haya cometido en otro estado miembro de la Unión Europea.

Se tendrá en cuenta la cooperación entre estados cuando ese delito sea de la jurisdicción de más de un estado, en cuyo caso, habrán de considerarse los siguientes elementos: que el estado miembro sea aquel en el que se ha cometido el delito, que sea el de la nacionalidad del responsable criminal, que sea el del país de origen de las víctimas, o que sea aquel en el que se ha localizado al criminal.

En estos casos ha de valorarse la extradición y demás mecanismos del derecho penal en orden a cumplimentar la necesaria coordinación entre estados.

Son importantes igualmente los instrumentos de investigación de estos delitos. El art. 20 regula este tema y el decomiso de los objetos que procedan. Los estados deben garantizar medios materiales para la investigación de estos delitos, de cara a la eficacia e intentar el bloqueo en las redes sociales de contenidos apologéticos del terrorismo.

El art. 23 reafirma la necesidad de no rebajar los estándares de protección de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 6 del TUE.

Finalmente, los arts. 24 y siguientes se dedican a la regulación de la protección de las víctimas.

El art. 24 establece que los estados miembros garantizarán que la investigación o el enjuiciamiento de estos delitos no dependan de la denuncia o acusación por una víctima del terrorismo u otras personas afectadas al menos si los hechos se cometieron en su propio territorio. Igualmente, se establecerán servicios de apoyo que respondan a las necesidades específicas de las víctimas del terrorismo.

Deberán estar a disposición de las víctimas inmediatamente después del atentado y durante el tiempo necesario. Estos servicios se prestarán teniendo en cuenta las necesidades específicas de cada persona afectada, serán confidenciales y gratuitos, y de fácil acceso. En particular se prestarán estos servicios:

Apoyo emocional y psicológico, como apoyo en casos traumáticos.

Asesoramiento e información sobre cualquier asunto jurídico o pacto o financiero, incluida la de facilitación del ejercicio del derecho de las víctimas del terrorismo, en función del derecho nacional del estado miembro afectado.

Será obligación de los estados garantizar que existan unos mecanismos o protocolos que permitan la activación de los servicios de apoyo a las víctimas del te-

rorismo en el marco de las infraestructuras nacionales de respuesta en casos de emergencia. Dichos mecanismos o protocolos preverán la coordinación de las autoridades, agencias y órganos correspondientes a fin de poder dar respuesta global a las necesidades de las víctimas, y de sus familiares, inmediatamente después del atentado terrorista y durante el tiempo que sea necesario, incluyendo la provisión de medios adecuados para facilitar la identificación de las víctimas y la comunicación entre estos y sus familiares.

Entre las medidas, se prevé la del tratamiento médico adecuado a las víctimas, desde el primer momento y durante el tiempo necesario, así como la asistencia jurídica precisa si han de ser parte en un proceso penal.

En cuanto a la protección de las víctimas, se garantizará por parte de los estados una inmunidad respecto de la intimidación o represalias que pudieran ser tomadas por los grupos terroristas, garantizando por tanto su seguridad, dignidad e integridad física, sobre todo en los actos procesales, como la toma de declaraciones o juicio.

La recepción estatal de la directiva será en todo caso con fecha límite el 8 de septiembre de 2008.

6. Directiva (UE) 2017/853, del parlamento europeo y del consejo de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la directiva 91/477/CEE, del consejo sobre el control de la adquisición y tenencia de armas

El art. 1 de la Directiva define lo que ha de entender por armas de fuego en relación con el contenido de la norma. Será arma de fuego, toda arma portátil que tenga cañón y que esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un perdigón, una bala o un proyectil por la acción de un combustible propulsor.

Componentes esenciales, el cañón, el armazón, el cajón de mecanismos, cerrojo, tambor, cierre y bloqueo.

Munición, el cartucho completo o sus componentes, incluidas las vainas, cebos, la carga propulsora, las balas o proyectiles utilizados en un arma de fuego, siempre que estos componentes estén autorizados en el estado miembro de que se trata.

Y así una serie de conceptos que van a ser utilizados como criterios de determinación para la adquisición o no de las armas de fuego.

Se excluye de la aplicación de esta Directiva, naturalmente, la adquisición o tenencia de armas de fuego por parte de las fuerzas armadas, la policía o las autoridades públicas.

Obliga a los estados a establecer un sistema para regular las actividades de los armeros y de los corredores. Este sistema deberá incluir las siguientes medidas:

- a) El registro de los armeros y corredores que operen en el territorio de ese estado miembro.

- b) La concesión de licencia o autorización para las actividades de armeros y corredores.
- c) Un control de la integridad privada y profesional y de la competencia en la materia del armero o del corredor de que se trate.

En el fichero del registro de portadores de armas se registrará toda la información referente al tipo, modelo, calibre y número de serie del arma.

En cuanto a las licencias de armas, se comprobará la finalidad del uso antes de la expedición, y en cuanto a la venta, se deberá justificar su uso, y el comprador ha de tener más de 18 años, o permiso de sus padres, en el caso de práctica de tiro, o de caza, y ello con independencia del seguimiento a que viene obligado el estado.

Se prevé igualmente la posibilidad de incautación en los casos en que no se acrediten las circunstancias de la concesión de la licencia, y se revisarán los permisos con una periodicidad de cinco años. Igual control se seguirá de las municiones.

En el anexo I se modifica la Directiva anterior en el sentido de clasificar las armas conforme a criterios más exhaustivos, desde el punto de vista de su tipificación, y en anexo II se faculta a los estados para desarrollar cuantas normas sean necesarias para dar cumplimiento a esta Directiva.

Resumen

Este texto recoge las principales novedades legislativas del semestre. Aborda normativa que va desde la protección de los trabajadores, hasta la configuración del terrorismo, pasando por medidas de tutela de los consumidores financieros.

Palabras clave

Protección de trabajadores, terrorismo, protección de consumidores.

Abstract

This chronicle takes account of the main legislative novelties of the European Union. It goes through the protection of workers, the definition of terrorism and the protection of consumers in the finance area.

Key words

Protection of workers, terrorism, consumer protection.

Recibido: el 21 de junio de 2017

Aceptado: el 22 de junio de 2017

Foro

ENTRE PROPORCIONALIDAD E IDENTIDAD: LAS CLAVES DE LA EXCEPCIONALIDAD EN EL MOMENTO ACTUAL*

PEDRO CRUZ VILLALÓN

*Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de
Madrid*

Señoras y señores:

Me dirijo a ustedes con un sentimiento de profunda gratitud y con emoción en este discurso de inauguración del Centro de historia del derecho y de las ideas políticas de Toulouse, que se concibe como un importante enclave de reflexión sobre «las claves de la excepcionalidad».

El sentimiento de gratitud obedece a que soy bien consciente del honor que supone el confiarme la responsabilidad de impartir esta intervención inaugural. También siento la emoción propia de quien ve desfilar ante sí, al preparar estas palabras, una buena parte de su trayectoria profesional.

Y es que sin contar con genuinas credenciales de historiador –ni del derecho ni de las ideas políticas– el estudio de lo extraordinario como categoría del derecho público, o de la excepción, como noción equivalente, me condujeron, en el inicio de mi carrera académica, un poco por azar, a la historia constitucional y, en menor medida, a la historia de las ideas políticas. Un aspecto de no poca importancia de nuestra historia constitucional común (la francesa y la española) constituyó, de esta

* Traducido del francés por Enrique Guillén López. Intervención inaugural en el marco del coloquio interdisciplinar celebrado en la Universidad de Toulouse en los días 30 y 31 de marzo de 2017 con el título «Les ressorts de l'extraordinaire. Police et justice dans la fabrique de l'exception. Perspectives historiques et contemporaines».

forma y a través de la «comparación», mi objeto de estudio durante los años en los que me formé como investigador.

Solo posteriormente la historia dejó paso al presente, bajo la forma del estudio del derecho constitucional español positivo, para ser más preciso.

En primer lugar, quise abordar los interrogantes que suscitaba una constitución entonces joven, la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, aun felizmente en vigor. Esta constitución no carecía de instrumentos para la gestión de situaciones de crisis; más bien al contrario como tendremos ocasión de considerar. Lo procedente, durante los difíciles primeros años de la Constitución, era deducir el contenido de estos diferentes instrumentos de gestión de la urgencia.

Algunos años más tarde, el derecho de la urgencia también ocupó mi labor, desde la perspectiva, en esta ocasión, de la jurisdicción constitucional. Resulta procedente reiterar las consideraciones referidas en relación con la historia del derecho apuntando en esta ocasión al derecho penal: no siendo penalista, en el sentido académico de la expresión, ni juez penal, en un sentido estricto, me correspondió revisar, incluso, casar, sentencias de tribunales penales, ocasionalmente contundentes, relativas, entre otras cuestiones, a la represión de la actividad terrorista.

Y es que el ejercicio de la jurisdicción constitucional, que fue mi dedicación profesional durante el último decenio del siglo pasado, implica en España el control universal –si bien limitado a las garantías constitucionales– de toda la jurisdicción penal.

Finalmente, los problemas relativos a las situaciones de crisis, que yo pensaba haber dejado definitivamente atrás con el fin de mi mandato como juez constitucional, se me presentaron de nuevo, algunos años más tarde. En esta ocasión, bajo la forma de una función muy singular, la de Abogado General en el Tribunal de Justicia de la UE. Y de esta manera fui apelado a pronunciarme sobre las cuestiones relativas a la represión de actividades terroristas o a la crisis de la deuda pública en la zona euro.

Incluso en este momento, cuando la Comisión de Venecia acaba de pronunciarse de forma crítica con la reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que contempla una serie de medidas para que el Estado afronte al desafío *soberanista* de las instituciones de la Comunidad Autónoma de Cataluña, percibo de nuevo sobre mi espalda el incómodo aliento de la excepción.

Pero no es aquí, en Francia, donde procede dar rienda suelta a mis lamentaciones...

Felizmente, la circunstancia que nos convoca hoy pertenece a otro ámbito, al de la reflexión y la discusión, tanto sobre la historia como sobre el presente, de los

instrumentos de los que disponen los poderes públicos en situaciones de crisis. Es el momento de preguntarme específicamente sobre estas cuestiones desde la perspectiva del Derecho constitucional, que es la mía.

Me han surgido muchas dudas sobre el sentido concreto que debía dar a esta intervención. La opción por el presente antes que por la historia me resultaba evidente. Lo más complicado era el camino que debía emprender a continuación, ya que son muchas las preguntas que suscita la urgencia tal y como se presenta actualmente ante nosotros.

Finalmente, me he hecho la siguiente pregunta: si los comparamos con el pasado y partiendo de una aproximación lo más general posible (que no me atrevería a denominar abstracta), ¿cuáles serían los desafíos a los que está sometida la gestión de lo extraordinario en la actualidad?

Es así como he llegado lentamente a advertir el protagonismo del principio de proporcionalidad como posible sucesor del principio constitucional que constituía la clave de la constitución de excepción: el principio de temporalidad. Y es así como, paralelamente, he llegado a estimar que otro principio, el de identidad constitucional, pero con una función diferente a la que cumple normalmente, podría ser invocado para colmar las *porosidades* de lo extraordinario.

Tras haber apuntado esto, podría detenerme aquí, ya que pueden imaginar lo que sigue. No obstante, me agradecerán que sea un poco más explícito.

En primer lugar y muy brevemente acerca de los mecanismos del pasado, como elemento de contraste, tomaré como ejemplo la institución que tuve ocasión de estudiar con más detenimiento: el estado de sitio en tanto que paradigma de un régimen jurídico, limitado tanto temporalmente como en su contenido, que sustituye a la legalidad ordinaria.

El estado de sitio, pues, como situación de excepción, basada sobre el principio de temporalidad. Con ello hago referencia a una característica que ha sido consustancial a los instrumentos de respuesta a lo extraordinario, y que forma parte del mismo concepto de lo «no ordinario»: un régimen jurídico que tiene la voluntad de ser aplicado en espacios temporales acotados, con un comienzo y un fin claramente determinados.

Históricamente, durante el curso del siglo XIX, la constitucionalización de la urgencia presentaba una forma clara. Se trataba de un régimen jurídico alternativo caracterizado por: a) una declaración formal; b) una «constitución de urgencia» concebida como una derogación parcial de la constitución ordinaria; y c) la vuelta a la normalidad. En definitiva: los estados clásicos de urgencia.

El estado de sitio, o sus equivalentes, se configuraba de esta forma como un régimen jurídico alternativo bajo la forma de una «constitución de excepción», que procedía a suspender de manera limitada la constitución ordinaria. Es preciso también señalar que este régimen de suspensión puntual de la constitución se contemplaba así en la medida en que la naturaleza de la urgencia se conocía relativamente bien. Por decirlo muy esquemáticamente, eran las revueltas populares, las alteraciones violentas del orden público, las que debían encontrar respuestas a través de los mecanismos de los estados excepcionales.

Es cierto que, con el paso del tiempo, se renunció ocasionalmente a identificar con carácter puntual las suspensiones de la constitución ordinaria. En su lugar se erigió lo que los alemanes denominan la «clausula general», de la que la Constitución francesa de 1958 es un buen ejemplo, pero siempre sin poner en cuestión el principio de temporalidad.

Es precisamente este principio el que está hoy cuestionado: los estados sometidos a la temporalidad pierden actualidad en el momento en el que otros instrumentos de la excepción se consolidan. Para ilustrar lo que señalo me apoyaré en la experiencia española contemporánea.

En este sentido, es preciso comenzar por señalar que en esta Constitución no faltan supuestos de excepción: se trata de un considerable elenco que excede los tres «estados excepcionales» –jurisdicción militar eventualmente incluida– y en el que hay que incluir las previsiones de intervención excepcional en el ámbito de una comunidad autónoma (artículo 155 CE), así como la legislación antiterrorista, que ha recibido ocasionalmente la denominación de suspensión individual de las garantías de los derechos (art. 55. 2 de la Constitución). Soslayo los Decretos-leyes, cuya utilización los separa completamente de los reglamentos de necesidad, pese a que ésta fuera una de las posibilidades abiertas por la interpretación literal de la Constitución.

Al cabo de casi cuatro decenios de aplicación de esta Constitución, la situación en España es tal que la panoplia de los estados de urgencia clásicos, con una sola excepción, no ha sido utilizada nunca. La única salvedad se refiere a la declaración, hace algunos años, de la modalidad menos grave, esto es, el estado de alarma, para hacer frente a una huelga de los controladores aéreos, que fueron sometidos a las autoridades militares, de forma constitucionalmente cuestionable, cabría añadir. De otro lado, conviene señalar que cuando se produjo el golpe de estado de 1981, aun no se había dictado la ley orgánica sobre los estados excepcionales, lo que hubiera permitido a los golpistas declarar el estado de guerra según la legalidad franquista. Pero eso es todo lo que procede señalar al respecto en esta sede.

Por otra parte, la legislación antiterrorista o suspensión individual de garantías, que permite sobre todo ampliar el plazo de tres días ordinariamente previsto para la detención preventiva así como restricciones a la libre elección de asistencia letrada, continúa en vigor de manera permanente desde 1978.

Hoy mismo, cuando la organización terrorista ETA acaba de anunciar la destrucción de su arsenal de armas, es fácil aventurar que nadie va a plantear la cuestión de la oportunidad de la derogación de esta legislación. Es preciso subrayar, en este sentido, que esta actitud de la clase política se explica por la circunstancia de que esta legislación, prevista inicialmente con una duración acotada y sucesivamente prorrogada, ha sido objeto de una normalización sin paliativos. En efecto, desde hace más de 30 años, la previsión del artículo 55.2 de la Constitución es parte ordinaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contando con la misma estabilidad que el resto de sus disposiciones.

Esto no es sino un ejemplo extraído de una experiencia nacional, que expresa bien una tendencia más general: lo que aparece como aparentemente extraordinario, invocando la aplicación de una legislación con vocación temporal, *se desliza* en la actualidad cada vez más hacia lo ordinario, perpetuando la «vigencia» del instrumental normativo que fue su objeto. Y lo que es aún más grave, es posible que las circunstancias excepcionales desaparezcan sin que la legislación ideada para hacerles frente haga lo propio.

La consecuencia de todo ello es que el sistema binario ordinario/extraordinario, o normalidad/excepción, que ha sido desde siempre el fundamento en este ámbito, ya no se ajusta en absoluto a la realidad de nuestro momento. Ello tiene como consecuencia que las intervenciones institucionales, legislativas y de otro tipo, señalan con bastante imprecisión los límites temporales: los estados de crisis así como la respuesta de los poderes públicos, acaban careciendo de fecha de caducidad.

Frente a una situación, en la que de forma creciente, la frontera entre la tranquilidad constitucional y a urgencia se desvanece, la constitucionalización de los caminos de lo extraordinario está adoptando nuevas formas.

Ya he aludido a ellas: hemos comenzado haciendo referencia a la creciente importancia del principio de proporcionalidad. Pero no deberíamos confiar en su suficiencia absoluta. De ahí que la identidad constitucional, en el sentido que se precisará de inmediato, resulte convocada con alguna urgencia.

Pero ocupémonos, en primer lugar, de la proporcionalidad. Cambio de registro aquí para situarme en el ámbito de mi experiencia profesional más reciente, la de la UE, la del Derecho de la Unión. Efectivamente, como en toda Europa, y, en particular, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, el principio de proporcio-

nalidad comienza a ocupar una posición central en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Permítanme apoyarme en dos casos que he conocido de manera especial y en los que he tenido una cierta presencia activa como Abogado General, los casos *Digital Rights Ireland* y *Gauweiler*, éste más conocido por el nombre de caso OMT.

El primer asunto, *Digital Rights Ireland*, se refiere a una limitación de derechos fundamentales en el contexto de la represión de actividades terroristas. El segundo, el caso OMT, a una reconsideración de las competencias del BCE en el contexto de la reciente crisis financiera de Europa.

En lo que se refiere al primer caso, se debe observar como punto de partida el artículo 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prevé, bajo ciertas condiciones, una «limitación» de los derechos y libertades, advirtiendo que la Carta no prevé la posibilidad de «suspensión» de estos. Este silencio de la Carta sobre la «suspensión» de derechos sorprende un tanto por el contraste con lo establecido en la Convención Europea de Derechos Humanos, que abre a los estados signatarios una posibilidad, amplia aunque no ilimitada, de suspensión de derechos y libertades (artículo 15).

No procede en este momento analizar con mayor detalle las posibilidades que abre este silencio de la Carta. Nos basta con tomar nota de que la frontera entre suspensión y limitación puede eventualmente no ser tan clara como pensamos. El artículo 52. 1 de la Carta establece, en todo caso y entre otras, la condición de que la limitación de los derechos y libertades se lleve a cabo respetando el principio de proporcionalidad, razón por la que la Directiva 2006/24 se declarará contraria a la Carta.

Es preciso conocer que esta Directiva obligaba, en especial, a los estados miembros a imponer a los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas la obligación de conservar durante «un período mínimo de 6 meses y máximo de 2 años», a contar desde la fecha de la comunicación, todo un conjunto de datos personales. No era discutible de que esta previsión debía considerarse como una «limitación» del derecho al respeto de la vida privada. La cuestión estribaba en si la Directiva había sido respetuosa con las condiciones previstas en el artículo 52 de la Carta para este tipo de injerencias en el ámbito de los derechos fundamentales. A tal objeto, mientras el Abogado General comenzaba analizando el cumplimiento de la primera de las condiciones establecidas por la Carta, la relativa a que la limitación hubiera sido «contemplada por la ley» en los términos de la jurisprudencia del TEDH, llegando a una conclusión negativa, el Tribunal de Justicia se decantó por abordar directamente

la condición relativa al respeto del principio de proporcionalidad, llegando a una conclusión igualmente negativa.

En efecto, con un minucioso planteamiento que incluye las tres fases del control de proporcionalidad, el Tribunal determinó que la Directiva «sobrepasó los límites que exige el respeto del principio de proporcionalidad en relación con según los artículos 7, 8 y 52.1 de la Carta», declarándola «nula».

Regreso ahora al segundo caso, el caso *Gauweiler*, llamado así por el apellido del primer demandante ante el Tribunal constitucional alemán, que por vez primera plantea la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo. En este caso nos reencontramos con el principio de proporcionalidad, pero bajo otro aspecto: la proporcionalidad como principio que rige con carácter general el ejercicio de las competencias de la Unión, tal y como se consagra en el artículo 5.4 del TUE: «En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados».

Esta dimensión de la proporcionalidad, que hasta este momento había tenido un papel bastante discreto en la jurisprudencia del Tribunal, servirá de base para el control de un programa de compra masiva por parte del Banco Central Europeo de títulos de deuda soberana de algunos estados de la zona euro, en una situación que el propio Banco consideró como excepcional. Esquemmatizando mucho una vez más, hay que señalar que el BCE había declarado su firme voluntad de adquirir masivamente títulos soberanos de aquellos estados de la zona euro obligados a pagar tipos de interés insostenibles en los mercados financieros.

La cuestión esencial estribaba en saber si este planteamiento del BCE, tan solo anunciado en el momento en el que se impugna, podía considerarse una manifestación de la política monetaria, competencia exclusiva del BCE. Eso es lo que el BCE defiende, aun cuando la consideraba una medida «no convencional» de política monetaria. Una vez más, es preciso señalar que el Derecho de la Unión no ha previsto una modificación de las competencias del BCE en situaciones excepcionales.

En sus conclusiones, el Abogado General partía de la excepcionalidad de la situación. Estas fueron concretamente mis palabras: «Ya por lo que hace al fondo del asunto, el Tribunal de Justicia se ve enfrentado a las dificultades que tradicionalmente han presentado para el derecho público las situaciones de emergencia». En estos términos, consideré que era ante todo la proporcionalidad de la medida contemplada la que debía ser sometida a examen, habida cuenta sobre todo de la falta de tipicidad de la acción del BCE: «el control del respeto al principio de atribución desde la perspectiva del principio de proporcionalidad –así lo señalaba– resulta im-

perativo en las circunstancias de una medida que se presenta como no convencional y justificada en razón e circunstancias excepcionales».

En su sentencia, como se ha apuntado, el Tribunal de Justicia también emprenderá un control del programa OMT, tal y como se conocía, fundado en el principio de proporcionalidad. En cualquier caso, el Tribunal evitó hacer una conexión directa con la excepcionalidad de la situación, que sin embargo aparecía como evidente a los ojos de cualquiera.

Estos dos ejemplos, extraídos del Derecho de la Unión son representativos de la creciente importancia atribuida al principio de proporcionalidad en situaciones excepcionales. La cuestión es, no obstante, la siguiente: ¿tiene el recurso casi universal al principio de proporcionalidad el suficiente carácter balsámico habida cuenta de la evolución que tiende a borrar la línea que hasta el día de hoy había separado lo ordinario de lo extraordinario?

Para que así fuera tendríamos que contar, en primer lugar, con la que podríamos llamar una cultura de la proporcionalidad. Con ello quiero decir que tendríamos que asumir una cierta familiaridad con las diferentes maneras de tratar la proporcionalidad. Esta cultura existe ya, sin duda, al menos en algún sentido. Pienso, sobre todo, en los miembros de la policía bien aleccionados en lo que supone el uso de la fuerza en circunstancias normales, cuando, por ejemplo, llega el momento en el que emplear un arma de fuego puede ser aceptado como una respuesta proporcionada. Pero en lo que se refiere a los grandes momentos, por denominarlos de algún modo, ¿pueden el principio de proporcionalidad y su control convertirse en el mecanismo universal, desplazando un modelo jurídico preciso regido por el principio de temporalidad?

A mi juicio la proporcionalidad nos emplaza a todos en el sentido en que va a jugar un papel absolutamente decisivo en el control de las respuestas de los poderes públicos a situaciones de crisis. Son muchas las cuestiones que se abren. Me limito a apuntar la siguiente dificultad. Por su naturaleza, el principio de proporcionalidad entraña un elemento de discrecionalidad más o menos apreciable, pero en ningún caso soslayable, que se reconoce tanto al legislador como a la administración. Este elemento es en principio suficientemente importante como para ser sometido al control jurisdiccional. Pero no obstante resulta muy probable que el juez, al ejercer su control, se sienta obligado a respetar este espacio de decisión discrecional atribuido al resto de los poderes públicos. Se corre así el riesgo de que este control de proporcionalidad se vea reducido a la interdicción de la arbitrariedad, lo que está lejos de ser suficiente en la materia de la que nos ocupamos.

De esta manera llego al último argumento de mi intervención, esto es, al principio de identidad constitucional en tanto que necesario instrumento que complementa al principio de proporcionalidad. Si en el contexto del nuevo argumentario de la excepción, la proporcionalidad representa lo flexible, lo maleable, la identidad debe representar la estabilidad, lo que debe mantenerse firme. Recurriendo a la expresión alemana, sería la constitución «resistente a la excepción».

No obstante, parto en esta ocasión de un pretexto originalmente francés. En su discurso en el Eliseo el 3 de enero de 2005, con ocasión de las felicitaciones formales por el nuevo año dirigidas al Presidente de la República, el Presidente del Consejo Constitucional, Pierre Mazeaud, decía estas palabras: «Quiero hablar aquí de todo lo que es inherente a nuestra identidad constitucional, en el doble sentido del término «inherente»: crucial y distintivo. En otras palabras: de la esencia de la República».

En los albores de 2005, en efecto, una de las grandes polémicas políticas en Francia, así como en toda la Unión, era la ratificación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, que emplazaba por vez primera, en el derecho primario, el principio de primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho de los Estados Miembros, cualquiera que fuera su rango. La cuestión consistía en saber si, y eventualmente ante qué, esta primacía del Derecho de la Unión podía ceder. Y éste era, como es bien sabido, el sentido de la lapidaria fórmula del Presidente del Consejo constitucional en enero de 2005.

Efectivamente, a partir del Tratado de Maastricht, la identidad constitucional, aunque no necesariamente en esos términos, se invoca con más frecuencia por los Tribunales superiores de los Estados Miembros, ya sean constitucionales o no. Comenzaba a extenderse por doquier la idea de que el Derecho de la Unión no podría en ningún caso lesionar el núcleo duro de la constitución de los Estados Miembros, núcleo cuya determinación correspondería en exclusiva a cada Estado y a sus órganos jurisdiccionales superiores.

En este sentido, las palabras «esencia» y «esencial» expresan habitualmente esta idea. «Constitutional essentials», en inglés; lo esencial, en francés; estas palabras, entre otras, pertenecen hoy al lenguaje común del constitucionalista europeo. Lo mismo ocurre con las identidades de referencia republicanas. Para el Presidente del Consejo Constitucional, en las palabras que se han citado, «la República» –en mayúsculas, sin duda– hacía referencia a la República francesa. En Francia son palabras cargadas de significado –a veces el adjetivo más aún que el sustantivo–: los «valores republicanos», las «leyes de la República». Y así se llega a uno de los elementos más delicados de la identidad constitucional, la combinación de lo que pertenece a la idea de constitución en un sentido abstracto, a cualquier constitución que merezca

ser llamada como tal, y de lo que se refiere a la constitución histórica concreta de cada Estado Miembro, la de Francia, en este caso. La constitución como idea debería corresponder a una idea compartida por la Unión en sentido estricto y a todos sus Estados Miembros. Pero también hay sin duda un núcleo duro en la constitución particular de cada una de las comunidades nacionales que difícilmente será coincidente en todos los estados que integran la Unión.

No es posible entrar más en detalle, pero la Unión en su conjunto tiene ante sí el desafío de lograr un equilibrio que consiga integrar lo común y lo particular en el juego de identidades. Pero aludo a esta noción de identidad constitucional en esta sede por una razón diferente que tan solo me limito a enunciar de la manera más clara posible. Se trata de la idea de que la identidad constitucional, al margen de su función normalmente reconocida como último bastión frente a la primacía del Derecho de la Unión, sea también susceptible de asumir la función de contención frente a las situaciones de crisis.

En efecto, en un contexto en el que el sistema binario normalidad/excepción va progresivamente demostrando su inoperatividad, en una situación en la que el principio de temporalidad se embosca y en la que las líneas de demarcación del régimen jurídico alternativo se oscurecen, resulta urgente, sin perjuicio de las posibilidades que ofrece el principio de proporcionalidad, proveerse de un punto de referencia firme situado al margen de la gravedad de las situaciones.

Así nace la exigencia de construir un arsenal identitario, esto es, un núcleo último de convicciones que no deberían ceder ante las contingencias, por difíciles que puedan ser. Sin minusvalorar su función en el espacio europeo, la identidad constitucional, en la línea de esta feliz fórmula de la esencia de la República, debería cumplir una función más elevada. La identidad constitucional, así concebida, debería marcar «las líneas rojas» ante las que se detendría el principio de proporcionalidad; las líneas rojas a partir de las cuales se extiende el territorio de lo «crucial», en los términos a los que anteriormente se ha hecho referencia. Según este punto de vista, y pese a todas las dificultades reales, es urgente que se genere un consenso sobre lo que está fuera de discusión, incluso en momentos de crisis, sin poner en peligro nuestra identidad, sea la nacional o la europea.

A estos efectos, contamos con ciertas referencias, como los límites planteados por el artículo 15 de la CEDH a la facultad atribuida a los estados signatarios de proceder a una suspensión temporal de los derechos humanos. El derecho constitucional alemán, por su parte, establece la imposibilidad de proceder a la reforma de ciertas partes de la Ley Fundamental, y en especial, del artículo que se refiere a la

dignidad humana. En Francia es en todo caso la forma republicana de gobierno la que está llamada a ocupar esta posición.

En definitiva, concluiré señalando que cada comunidad política soberana está llamada a formular sus propias convicciones últimas; son ellas a las que les corresponde «manufacturar la excepción». Y esto en la medida en la que sus experiencias históricas, a veces extremadamente traumáticas, son diversas. Ha llegado el momento de imaginar la identidad constitucional no solamente en relación con su función en el interior de la compleja arquitectura de la Unión, sino también con la que ha de desempeñar en las situaciones de crisis. Y todo ello con la vocación de integrarse en las tradiciones constitucionales comunes en cuanto que inspiración del Derecho de la Unión. Se impone la necesidad, puede que más imperiosa que nunca, de saber, llegado el momento y en cuanto haya que actuar, tanto la razón por la que habría que sacrificarse un bien jurídico preciado, como la que justificaría que no se sacrificara en ningún caso so pena de privar de su identidad y su razón de ser a comunidades forjadas tras tantos esfuerzos colectivos.

Gracias por su atención.

Resumen

Este trabajo aborda los desafíos a los que se enfrenta el marco jurídico de gestión de las crisis en la actualidad. Certifica así, a que el principio de temporalidad ha cedido y que ha venido a reemplazarlo el principio de proporcionalidad. No obstante concluye alentando un entendimiento del principio de identidad constitucional que pueda servir de referencia firme para resaltar las líneas rojas que no deben ser cruzadas ni siquiera en situaciones de excepcionalidad.

Palabras clave

Normalidad, excepción, TJUE, principio de proporcionalidad, identidad constitucional.

Abstract

This paper focusses on the current challenges of the legal framework for crisis management. It certifies, that the principle of temporality has failed and that the principle of proportionality has replaced it. Nevertheless, he concludes by encouraging an understanding of the principle of constitutional identity that can provide a firm reference to highlight the red lines that should not be crossed even in situations of exceptionality.

Key words

Normality, exception, CJEU, principle of proportionality, constitutional identity.

Noticias de libros

**«COMMON EUROPEAN LEGAL THINKING.
ESSAYS IN HONOUR OF ALBRECHT WEBER»,
EDS. BLANKE, H.-J., CRUZ VILLALÓN, P., KLEIN,
T., ZILLER, J, SPRINGER, 2016**

JOSÉ M^a PORRAS RAMÍREZ

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

La muy completa colección de ensayos que, bajo la rúbrica, «*Common European Legal Thinking*», se ha publicado, en honor del Prof. Albrecht Weber, con ocasión de su setenta aniversario, contando con la participación de una numerosa pléyade de discípulos y colegas, ha supuesto la aparición de una obra de referencia en el estudio del Derecho de la Unión Europea. El Prof. Weber es muy conocido en España e Iberoamérica, además de por la notable repercusión científica de su dilatada obra, por los estrechos y prolongados vínculos académicos que ha mantenido con destacados iuspublicistas hispanos, entre los que sobresale el gran maestro del Derecho constitucional español del último medio siglo, el Prof. Rubio Llorente.

El Prof. Weber es la antítesis de lo que Ortega y Gasset llamaba, primero, en «*Misión de la Universidad*», y, posteriormente, en su obra más divulgada «*La rebelión de las masas*», al referirse al «especialista», ese «bárbaro moderno», esto es, esa persona inclinada a renunciar a la creación de una visión integral de su disciplina y propensa, más bien, a reducir su campo de estudio (en el que se considera experto), hasta el extremo de llegar a ignorar lo que, a su juicio, excede al mismo, mostrándose así incapaz de contextualizar y relacionar los conocimientos, proyectándolos en relación al momento histórico que le ha tocado vivir. Muy al contrario, el Prof. Weber, digno heredero de la magna escuela alemana de profesores de Derecho Público, ha dirigido su interés en relación a prácticamente todos los ámbitos del viejo *Ius Publicum*,

que, como indicaba Ulpiano y se recoge en el Digesto, «*quod ad statum rei Romanae spectat*». Así, ha analizado cuantas relaciones o vínculos, regulados por el Derecho, tienen por referente o fuente necesaria a la forma de organización política que, en cada circunstancia, adopta la comunidad humana, llámese ésta municipio, «land» o región, Estado, federación, organización internacional, sociedad global, o Unión Europea. De ese modo, a su dimensión primigenia como internacionalista, se unen su condición de estudioso del Derecho público alemán, tanto en su vertiente administrativa como constitucional y comparada, del Derecho de la Economía y, sobre todo, y muy especialmente, del Derecho Europeo, al ser, en relación a este último ámbito, sin duda, uno de los pioneros o precursores de la interpretación del Derecho de la, hoy, Unión.

Así, el espléndido libro homenaje que ha promovido, desde el cariño y la admiración, fundamentalmente su discípulo, el Prof. Hermann Blanke, se compone de trabajos que no son sino desarrollos de sus propuestas germinales y que invito a leer atentamente. De ese modo, habida cuenta de la inquietud constante demostrada por el homenajeado por el estudio de los procesos de integración supraestatal, en general, y de construcción de la Unión Europea, en particular, en el marco de la globalización, la mayor parte de los trabajos del libro homenaje se vinculan a este punto. Y gracias a las aportaciones de autores como Cruz Villalón, Arnold, Cromme, Constantinesco, Cardoso da Costa, Starck, Galett, Delperée, Mokrosch, Regenbogen, von Borries, Sommermann y Barnés se sigue el curso del extraordinario proceso de integración económica y política emprendido en el interior de las viejas Comunidades Europeas, haciendo hincapié en su aportación a una cultura constitucional y administrativa común, fundada en unos mismos valores y principios.

Mas la Unión que conocemos padece hoy una auténtica crisis sistémica, que remueve y sacude sus fundamentos. Así lo demuestra el haberse puesto en cuestión aquéllos, junto con las instituciones y políticas promovidas por la misma en un contexto mundial en el que se advierte un claro cambio de rumbo de la globalización (reparemos en el auge del proteccionismo o en la contracción de los movimientos internacionales de capital), tal y como la conocíamos, siquiera desde la caída del muro de Berlín, cuando el proceso de integración de los mercados de bienes, capitales y servicios había experimentado una aceleración aparentemente irrefrenable. Mas el problema está, no sólo en la envergadura del desafío, ciertamente muy considerable, sino en la tibia y muy imperfecta respuesta que la Unión está dando a sus problemas. Así, a la vieja cuestión, no resuelta, del «déficit democrático» de las estructuras de gobierno de la Unión, en relación a aspectos tan relevantes como la legitimación, el control, la transparencia o la participación popular, que genera una brecha notable

en la relación que se establece entre representantes y representados; se han agregado otros no menos importantes. Muy especialmente ha de hacerse referencia a la prolongada crisis económica y financiera, iniciada en 2008, que ha afectado tan especialmente a la Eurozona, generando, a modo de respuesta, un modelo de gobernanza inaceptable, ya que devalúa la significación alcanzada por el principio democrático. También ha de hacerse mención al problema, que es, al tiempo, oportunidad, que suscita el Brexit, esto es, el abandono del Reino Unido de la Unión, incitado por el referéndum de 2016 y la posterior declaración del Parlamento y el Gobierno británicos. Y, asimismo, han de constatarse, en no menor medida, factores como el riesgo que para la cohesión social y la integración supone el aumento general de la xenofobia y el nacionalismo populista; el debilitamiento del Estado del Derecho en Europa del Este; la extensión del terrorismo yihadista; la política aislacionista promovida por los Estados Unidos de Trump; la amenaza rusa a la estabilidad política y económica de los Estados del Este de Europa; la tensión suscitada en el entorno geopolítico de la Unión como consecuencia del fracaso de las «primaveras árabes» y la quiebra de regímenes políticos del Norte de África y Oriente Medio, convertidos hoy, ya en Estados fallidos, ya en Estados fracturados por la guerra civil o el terrorismo; o sujetos a una progresiva deriva autoritaria o consolidados en su carácter dictatorial. A todos estos factores se liga la extraordinaria oleada migratoria que ha supuesto la afluencia, desde 2015, de millón y medio de seres humanos que buscan asilo y refugio en territorio europeo. Todos estos elementos confluyen generando una suerte de «tormenta perfecta», al no haber recibido, por parte de la Unión, sino respuestas, ya incompletas, ya decepcionantes, que no están a la altura de tamaño desafío.

Así, en la obra que se comenta se hace cumplida referencia a estos factores de crisis, que han merecido la prolongada atención intelectual del propio Weber, exigiendo, como cobra testimonio en los ensayos que se recogen en el libro homenaje, la aportación de soluciones plausibles. Ciertamente, la *gobernanza económica de la Eurozona* presenta errores de configuración ostensibles, de todos bien conocidos. Así varios de los trabajos que se contienen en el libro homenaje ofrecen propuestas constructivas orientadas a su corrección y mejora, conforme a una impecable lógica constitucional. En ese sentido, quisiera destacar los trabajos, que invito a leer detenidamente, de los Profs. Håde, Blanke y Böttner.

Asimismo, ha de hacerse referencia a otro ámbito capital en el que se han proyectado las inquietudes intelectuales del homenajeado, en relación a la Unión Europea, y de las que se hace eco la obra editada por Springer. Me refiero a la *protección*, hoy, diríamos, inevitablemente, conforme a Pernice, «*multinivel*», de los derechos fun-

damentales. Así, trabajos como los de Müller-Graf, Stern, Vidal Prado y Renoux insisten en la posición esencial que los derechos fundamentales juegan en el proceso de integración europea, procediendo a su estudio, tanto en su dimensión procedimental, como material. En lo que a la primera de ellas se refiere, cabe destacar no sólo el interés por perfeccionar los mecanismos jurisdiccionales de garantía de los derechos, sino la voluntad de precisar la significación alcanzada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en el marco de la relación entre ordenamientos. Y, a su vez, desde una perspectiva sustancial, las aportaciones a esa «cultura jurídica europea común», en materia de derechos, se orientan, en la obra de referencia, a la protección de las minorías, en el marco de una concepción de la Constitución en la que existe una clara voluntad de exaltar la significación alcanzada por el pluralismo, ya sea en su vertiente política (de ahí su interés por la relación entre sistemas normativos y, en particular, por el diálogo entre parlamentos y entre jurisdicciones, evidenciada en la aportación de Fromont); territorial (por eso sus estudios sobre regionalismo y federalismo en la UE, que Luther y Nicolás Muñoz subrayan) y, sobre todo, social (lo que explica su atención a las minorías, ya sean éstas étnicas, lingüísticas o religiosas, cuestión ésta en la que se exponen Garlicki, Klein, Eichenhofer, Horspool, y Ziller).

De todo ello se ofrece cumplida referencia en un libro en el que se insiste, de manera reiterada y común, en apostar por más, y no por menos Europa, y en el que sus autores abogan por el aumento de las competencias de carácter federal que posee la Unión, si se quieren obtener respuestas rápidas, inmediatas y eficaces a los desafíos que hoy se nos presentan. Sólo así el primer proyecto mundial consistente de democracia postestatal que representa la Unión podrá afrontar los retos y amenazas crecientes de un mundo globalizado. Para ello servirá de gran ayuda recurrir a esa cultura jurídica europea común, la cual se asienta en los valores y principios constitucionales compartidos, y que no está de más recordarlos, no son otros que la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y los derechos humanos, incluidos los de las personas pertenecientes a las minorías, junto con el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres, sin distinción por causa alguna. Cultura jurídica europea común que se enriquece con la dedicación de intelectuales de la altura de Albrecht Weber y con obras como la dirigida en su honor por Hermann Blanke.

**«LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESPAÑA.
ESTUDIOS EN HOMENAJE A MANUEL
ARAGÓN REYES», EDICIÓN A CARGO DE F.
RUBIO LLORENTE, JAVIER J. CAMPO, JUAN J.
SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, P. BIGLINO CAMPOS
Y A. GÓMEZ MONTORO, CENTRO DE ESTUDIOS
POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, 2016**

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

El homenaje académico es un género clásico en nuestra disciplina. Se trata, sin embargo, de un tipo de libro difícil de clasificar y más aún de recensionar, en tanto que conjuga de un modo particular diversidad y unidad. Es diverso porque reúne a un amplio número de autores, cada uno de los cuales muestra su consideración al agasajado mediante una investigación. A partir de ahí, la metodología y el tema son libres. Erraríamos, por tanto, si en los homenajes buscamos libros de escuela; aunque no es menos cierto que revelan al menos una huella, pues habitualmente recogen la contribución de estudiosos que han mantenido una estrecha relación. No obstante, la unidad emerge en torno a la figura del homenajeado. Es él, y no otra circunstancia, la que motiva la reunión de ensayos. Y la razón última suele ser un hito en su carrera, normalmente una onomástica de cifra redonda o la jubilación.

Estas obras, por tanto, suelen ofrecer un variopinto recorrido por las materias propias de la disciplina y será el lector el que paulatinamente irá escogiendo aquí y allá los temas que le resultan más sugerentes. Curiosamente, el homenaje acaba siendo un libro de lectores. Con paciencia, a menudo de forma discontinua en co-

nexión con las inquietudes personales, se van rescatando uno a uno los ensayos hasta el punto de que cada lector conforma una comprensión particular de la obra. Pero es que, además, es un libro que va cambiando con el tiempo. Los autores tienden a incorporar dos tipos de ensayos. Trabajos de gran actualidad, que pasado el tiempo adquieren la cualidad de ensayos de referencia. O bien artículos que aspiran a ofrecer las claves principales de un tema al momento dado y que, sin quererlo, paran el tiempo y sirven al estudioso del futuro para hacerse una imagen cabal de cómo eran las cosas en el aquel entonces y en qué medida se han experimentado transformaciones.

El libro del que se da noticia en estas páginas es un buen ejemplo de lo dicho. Resulta banal destacar una vez más la contribución del Profesor Aragón Reyes a nuestra disciplina. El currículum que cierra la obra es expresivo de la magnitud de su trabajo, pero también de su importancia. Poco más se puede añadir. Y en cualquier caso el prólogo de Rubio Llorente ofrece claves adicionales para quien pretenda además conocer algunos rasgos de la historia personal del homenajeado.

Estamos, pues, ante una obra que reconoce la larguísima trayectoria profesional de Aragón Reyes. Y aunque ya he dicho que no hemos de buscar en ella un espíritu de escuela, sí que se hace presente un halo, en tanto que la mayoría de los autores son constitucionalistas más jóvenes que él y que desempeñan su labor en Universidades donde el Profesor Aragón ha tenido una influencia destacada. Es por ello que la temática se ensambla a la perfección con los temas que el homenajeado ha tratado durante su extensa labor académica y que hasta cierto punto, dada su presencia en los momentos germinales de nuestra disciplina, conforman los asuntos estándar del derecho constitucional, aquellos en los que nos reconocemos.

Comienza el libro con una sección dedicada a la «Forma parlamentaria de gobierno y fuentes del derecho». En el ámbito de las fuentes nos encontramos con problemas clásicos, como el carácter dual de la ley, pero la mayoría están atentos a las novedades, bien conjugando asuntos típicos con nuevos perfiles (el decreto-ley autonómico) o bien abordando cuestiones inéditas como la nueva Ley de Tratados, las habilitaciones reglamentarias de la Ley de Publicidad, o la jurisprudencia en México. En el ámbito de la forma de gobierno, hallamos tres trabajos que analizan cuestiones clásicas a la luz del presente –responsabilidad de los poderes públicos, reforma electoral y democracia–, a los que se unen ensayos que abordan aspectos actuales, como la nueva oficina presupuestaria, las comisiones parlamentarias o las enmiendas. Al margen queda el trabajo del Ángel Garrorena, siempre atento a la textura dogmática de nuestra disciplina y que quizá debería haber abierto la siguiente sección.

Aunque es cierto que este segundo apartado, «Constitución y su garantía jurisdiccional», versa solo sobre la garantía jurisdiccional. Encontramos en ella trabajos relativos al derecho procesal constitucional, la responsabilidad civil de los magistrados constitucionales, aspectos singulares del recurso de amparo y el recurso de inconstitucionalidad, y un destacado ensayo final sobre el modelo de justicia constitucional.

La tercera sección lleva por título «Organización territorial del Estado». Como seguramente no podía ser de otro modo, tiene una mirada puesta en un pasado insatisfactorio a la vez que se otean las posibilidades de futuro. Respecto a lo primero existen trabajos sobre federalismo, la lengua, los problemas de integración infraestatal en la Unión o la cuestión del referéndum. En lo atinente a lo segundo, se plantea el nuevo federalismo judicial, el orden federal como modelo, la reforma del sistema de distribución de competencias o las tendencias de la unidad de mercado.

La última sección trata de los «Derechos y su protección». Aquí es vano cualquier esfuerzo de sistematización. Ciertamente encontramos algunos ensayos de teoría general como el referido a las disposiciones generales de la Carta, la protección jurisdiccional de los derechos, el papel de los Tribunales Constitucionales y la jurisdicción ordinaria en la protección multinivel, o la interpretación de los derechos. Todo lo demás es un riquísimo panorama que estudia el derecho de manifestación, la nacionalidad española, el secreto de las comunicaciones, la vida privada, la libertad religiosa, la igualdad, las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral, el acceso a la información, la prueba prohibida, los servicios de inteligencia, la publicidad institucional, el control de convencionalidad, los límites penales a los derechos fundamentales o la intimidad.

Estamos, por tanto, ante un libro de altísimo nivel que clava picas en las líneas centrales de nuestra disciplina. Es, por tanto, un trabajo que cobra una dimensión objetiva y se desliga de su propósito inicial, el regalo a un maestro querido, para ofrecer elementos científicos a toda la comunidad. Hay, sin embargo, un recorrido más profundo y en gran medida intangible. Los homenajes tienen la ambición de ceñir en un instante toda una carrera profesional, que un nuestro oficio comporta también la dimensión subjetiva que nace de las relaciones personales, que por fortuna son el magma del que inexorablemente brota la ciencia. Es una tarea imposible ese querer parar el tiempo, pero al menos deja una huella de lo que ha sido. Estoy seguro de que el Profesor Aragón ha leído con generosidad y atención el Homenaje. Pero debe hacerlo también con orgullo, porque este Homenaje está a la altura y refleja el carácter humano y científico de quien ha sido y es una personalidad imprescindible en el Derecho Constitucional teórico y práctico de nuestro país.

PROCESO DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE MANUSCRITOS

CONTENIDO TEMÁTICO DE LOS MANUSCRITOS

La ReDCE publicará trabajos de investigación relacionados con el Derecho constitucional europeo en sentido amplio, de manera que abarca la teoría general del Derecho constitucional europeo, problemas concretos del Derecho constitucional de la Unión Europea y cuestiones referentes al Derecho constitucional de los distintos países, siempre que aborden temas de dimensión europea.

REQUISITOS FORMALES DE LOS MANUSCRITOS

1. Salvo casos excepcionales, el manuscrito no podrá superar las treinta páginas DIN A-4, con formato Times New Roman 12, espacio 1.5 y separación automática entre párrafos. Se prescindirá del uso de cursivas en el texto principal.
2. Contendrá un título y un sumario con los epígrafes más relevantes. También deberá incorporar un resumen de medio folio como máximo y una relación de palabras clave, en castellano y en inglés.
3. Las notas a pie de página estarán redactadas en formato Times New Roman 10, espacio simple y separación automática entre notas.
 - a) Para citar monografías se procederá del siguiente modo: R. SMEND, *Constitución y Derecho constitucional*, trad. J. M. Beneyto Pérez, CEC, Madrid, 1985, p. 58 y ss.
 - b) Para los artículos la cita se hará así: P. HÄBERLE, “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, ReDCE, núm. 1, 2004, p. 7 y ss.
 - c) Para obras ya citadas se procederá de la siguiente manera: R. SMEND, op. cit., p. 22 y ss.
 - d) Para obras citadas previamente cuando se hayan citado varias del mismo autor, se mencionará específicamente el título de la obra referida: R. SMEND, *Constitución y Derecho constitucional*, cit. , p. 22 y ss.

CRITERIOS DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE LOS MANUSCRITOS

1. Se rechazarán los manuscritos que no versen sobre un tema de Derecho constitucional europeo.
2. Dentro del ámbito temático señalado se puede tratar de un trabajo general, de un comentario jurisprudencial o de un comentario legislativo.

3. Serán criterios generales de evaluación los siguientes:
 - a) Oportunidad del tema elegido.
 - b) Planteamiento de la investigación.
 - c) Claridad en la estructura argumentativa.
 - d) Originalidad.
 - e) Coherencia de las conclusiones.
 - f) Conocimiento de la principal bibliografía.

PROCESO Y PLAN DE SELECCIÓN Y REVISIÓN DE MANUSCRITOS

1. El manuscrito se enviará en versión electrónica a los siguientes correos: balaguer@ugr.es o montilla@ugr.es, indicando el autor y modo de contacto. Los editores darán acuse de recibo y, preservando el anonimato del autor, lo enviarán a dos revisores anónimos.
2. Los revisores anónimos leerán el trabajo y emitirán en el plazo de dos meses un informe con alguna de estas posibilidades: El manuscrito puede publicarse/El manuscrito no puede publicarse si no se realizan las correcciones indicadas/ No se aconseja la publicación del manuscrito.
3. La decisión última para determinar los trabajos que se publican corresponde al equipo de dirección de la Revista, teniendo en cuenta los informes y dentro de la disponibilidad de la ReDCE. Si alguno de estos informes exige correcciones en el original evaluado, se valorará si tales correcciones han sido realizadas y, si se estima conveniente, se podrán pedir informes adicionales. En ningún caso se publicarán manuscritos con dos informes que aconsejen su no publicación.

THOMSON REUTERS PROVIEW

¡ENHORABUENA!

USTED ACABA DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **YA INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

DESCÁRGUELA AHORA Y APROVÉCHESE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES



Acceso interactivo a los mejores libros jurídicos desde iPad, Android, Mac, Windows y desde el navegador de internet



THOMSON REUTERS

FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



SELECCIONE Y DESTAQUE TEXTOS

Haga anotaciones y escoja los colores para organizar sus notas y subrayados



USE EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN

Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado



HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN

Vuelva a las páginas por las que ya ha navegado



ORDENAR

Ordene su biblioteca por: Título (orden alfabético), Tipo (libros y revistas), Editorial, Jurisdicción o área del derecho, libros leídos recientemente o los títulos propios



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS

Escoja la apariencia de sus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores



MARCADORES DE PÁGINA

Cree un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página



BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA

Busque en todos sus libros y obtenga resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra



IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN

Transfiera todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad



SUMARIO NAVEGABLE

Sumario con accesos directos al contenido



THOMSON REUTERS



INSTRUCCIONES PARA ACCEDER A LA VERSIÓN ELECTRÓNICA DE ESTA REVISTA

- La compra de esta revista en **papel le da derecho a acceder a su versión electrónica** gracias a la aplicación de eBooks ProView de última generación desarrollada por Thomson Reuters.
- Al comprar la revista, tanto en modalidad suscripción como un número individual, **le habrán solicitado su Correo Electrónico**. Si no es así, por favor, póngase en contacto con su Agente Comercial o con su Librería de referencia para gestionar el alta en la versión electrónica de la revista.
- A continuación, **Thomson Reuters le enviará un Correo Electrónico con el Asunto "ProView - Confirmación de acceso"** donde se le detallarán los **pasos a seguir** para registrarse en ProView (si es la primera vez que usa la aplicación). En este proceso de registro, usted deberá de crear su propio Nombre de Usuario y Contraseña. Finalmente, en dicho Correo Electrónico, se le detallará desde dónde podrá acceder y/o descargarse la aplicación para consultar su revista en formato electrónico.
- En cualquier caso, en la siguiente página encontrará las **instrucciones** para acceder y/o descargarse ProView.
- Recuerde que la aplicación ProView podrá usarla tanto desde su **ordenador como desde una tableta**.
- Para más información sobre ProView, por favor, acceda a la siguiente página web:

<http://www.tienda.aranzadi.es/proview/>

Cómo acceder a Thomson Reuters Proview™:

- **iPad:** Acceda a AppStore y busque la aplicación **"ProView"** y descárguela en su dispositivo.
- **Android:** acceda a Google Play y busque la aplicación **"ProView"** y descárguela en su dispositivo.
- **Navegador:** acceda a **www.proview.thomsonreuters.com**
- **Aplicación para ordenador:** acceda a **http://thomsonreuters.com/site/proview/download-proview** y en la parte inferior dispondrá de los enlaces necesarios para descargarse la aplicación de escritorio para ordenadores Windows y Mac.



