

SEGURIDAD HUMANA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

EN DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO

VIRIDIANA MOLINARES HASSAN
JOAN LLUÍS PÉREZ FRANCESH
(Compiladores)





LOS AUTORES

Viridiana Molinares Hassan

Doctora en Derecho Público y Filosofía Jurídico Política, Universidad Autónoma de Barcelona (España).

Carlos Andrés Orozco Arcieri

Doctor en Derecho con especialidad en Sociología Jurídico-penal en la Facultat de Dret y el Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans (OSPDH), Universidad de Barcelona (España).

Manuel Carrasco Durán

Doctor en Derecho, Universidad de Sevilla (España).

Josep Cañabate Pérez

Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona (España).

Guillermo García González

Doctora en Derecho, Universidad Estatal de Tblisi (Georgia) y Universidad Autónoma de Barcelona (España).

Lela Janashvili

Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona (España).

José María Delgado Rodríguez

Doctor en Derecho. Universitat Internacional de Catalunya.

Tomás Gil Márquez

Doctor en Derecho, Universidad Abad Oliva-CEU Barcelona (España).

Montserrat Nebrera González

Doctora en Derecho, Universidad de Barcelona (España).

Montserrat Campos Quesada

Doctoranda en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona (España).

SEGURIDAD HUMANA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

EN DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO





La colección SOCIOLOGÍA DEL DERECHO incluye obras en las que se describe el derecho en términos de estructuras, instituciones, sistemas, ideologías, tipos de legitimación, formas de dominación, etc., obras interesadas en observar la reproducción de la vida social a través del derecho desde perspectivas propias de las ciencias sociales, en las que el derecho aparece como una forma parcial de realización (o funcionamiento) de la sociedad y no como un objeto externo, separado de la sociedad. Asimismo, esta colección incluye obras en las que se logre observar el derecho y la sociedad desde la literatura; ya que la sociología del derecho mantiene una especial relación con el arte y, en especial, con la literatura.

SEGURIDAD HUMANA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

EN DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO



VIRIDIANA MOLINARES HASSAN
JOAN LLUÍS PÉREZ FRANCESCH
(Compiladores)

Carlos Andrés Orozco Arcieri
Viridiana Molinares Hassan
Manuel Carrasco Durán
Josep Cañabate Pérez
Guillermo García González
Lela Janashvili
José María Delgado Rodríguez
Tomás Gil Márquez
Montserrat Nebrera
Montserrat Campos Quesada

Área metropolitana
de Barranquilla (COLOMBIA), 2019

UN UNIVERSIDAD
DEL NORTE

Editorial

Seguridad humana y derechos fundamentales: en defensa del Estado de derecho / comp., Viridiana Molinares Hassan, Joan Luís Pérez Francesch --Barranquilla: Editorial Universidad del Norte, 2019

292 p. ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN 978-958-789-094-5 (impreso)

ISBN 978-958-789-095-2 (PDF), ISBN 978-958-789-096-9 (ePub)

1. Seguridad ciudadana. 2. Derechos humanos. 3. Filosofía del derecho. 4. Terrorismo--Legislación. 5. Protección de datos--Aspectos legales. 6. Derecho a la salud. 7. Lavado de activos. I. Molinares Hassan, Viridiana, comp. II. Pérez Francesch, Joan Luís, comp. III. Tít

(342 S456 ed. 18) (CO-BrUNB)



Vigilada Mineducación

www.uninorte.edu.co

Km 5, vía a Puerto Colombia, A.A. 1569

Área metropolitana de Barranquilla (Colombia)

© 2019, Universidad del Norte

Viridiana Molinares Hassan, Joan Lluís Pérez Francesch, Carlos Andrés Orozco Arcieri, Manuel Carrasco Durán, Josep Cañabate Pérez, Guillermo García González, Lela Janashvili, José María Delgado Rodríguez, Tomás Gil Márquez, Montserrat Nebrera, Montserrat Campos Quesada

Coordinación editorial

Zoila Sotomayor O.

Asistente editorial

María Margarita Mendoza

Diseño y diagramación

Álvaro Carrillo Barraza

Diseño de portada

Joaquín Camargo

Corrección de textos

Eduardo Franco Martínez

Procesos técnicos

Munir Kharfan de los Reyes

Impreso y hecho en Colombia

Imageprinting (Bogotá)

Printed and made in Colombia

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

CONTENIDO

PRÓLOGO.....	1
1. ¿DERECHO A LA SEGURIDAD O SEGURIDAD DE LOS DERECHOS?	
LA CRÍTICA DE ALESSANDRO BARATTA A LA IDEOLOGÍA DEL	
DERECHO A LA SEGURIDAD.....	7
<i>Carlos Andrés Orozco Arcieri</i>	
<i>Viridiana Molinares Hassan</i>	
Introducción.....	7
La crítica de Karl Marx a la seguridad como derecho humano	9
La crítica de Alessandro Baratta a la ideología del	
derecho humano a la seguridad.....	14
Origen de la revista <i>La questione criminale</i> :	
desmitificar el concepto de criminalidad	14
Los derechos humanos en el pensamiento de Baratta.....	18
¿Derecho a la seguridad o seguridad de los derechos?.....	24
Conclusiones	28
Referencias.....	30
2. ¿TIENE SENTIDO DISMINUIR LAS GARANTÍAS EN LOS	
PROCESOS POR CAUSA DE TERRORISMO? DISTINTOS	
MODELOS EN DERECHO COMPARADO.....	33
<i>Manuel Carrasco Durán</i>	
Los modelos de lucha contra el terrorismo en derecho	
comparado, según las garantías procesales.....	33
El modelo del estado de guerra: los Estados Unidos.....	36
El modelo del estado de excepción: el Reino Unido y	
otros países del ámbito anglosajón	43
El modelo de los poderes policiales.....	53
Conclusiones y críticas	61
Referencias.....	67

3. ¿SE HA ROTO EL FRÁGIL EQUILIBRIO ENTRE GARANTÍA

DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y SEGURIDAD?

DIRECTIVA (UE) 2016/681 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL
CONSEJO, DE 27 DE ABRIL DE 2016, RELATIVA A LA UTILIZACIÓN
DE DATOS DEL REGISTRO DE NOMBRES DE LOS PASAJEROS (PNR) 75

Josep Cañabate Pérez

Introducción 75

La aprobación de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento
Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016: el contexto
de la creciente amenaza yihadista en territorio europeo 79

La implementación del esquema PNR:
las UIP y los sistemas de análisis masivo de datos 83

Análisis del PNR en relación con la protección de
datos personales 89

La falta de transparencia y claridad en la determinación
de los criterios de elaboración de los “perfiles de interés” 91

Sobre los derechos individuales de los pasajeros y los
derechos de información, de acceso y de rectificación 96

Falta de proporcionalidad y de necesidad de
las medidas acordadas 97

Falta de transparencia en los métodos de
recopilación, acceso y uso 100

Periodo de conservación de los datos 102

Conclusiones 104

Referencias 106

4. LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE

LOS TRABAJADORES POR MOTIVOS DE SEGURIDAD:

LOS EXÁMENES DE SALUD OBLIGATORIOS 109

Guillermo García González

Vigilancia de la salud y garantía de los derechos
fundamentales de los trabajadores 109

Vigilancia de la salud y exámenes de salud laboral 109

La vigilancia de la salud y los derechos
fundamentales inespecíficos 111

Principios jurídicos de tutela de los derechos fundamentales del trabajador en relación con la vigilancia de la salud.....	113
El principio general de voluntariedad: la trascendencia del consentimiento en vigilancia de la salud.....	116
Fundamento del principio de voluntariedad.....	117
La información como elemento esencial del consentimiento en vigilancia de la salud	118
Ordenación y dinámica del consentimiento	119
Fundamento de la obligatoriedad de la vigilancia de la salud por motivos de seguridad	123
Naturaleza y significado de los supuestos de obligatoriedad	126
La obligatoriedad basada en razones de índole preventiva	126
La obligatoriedad basada en motivos de salud pública.....	127
La obligatoriedad fundada en una disposición legal.....	131
La garantía colectiva de la obligatoriedad.....	133
La determinación de los reconocimientos médicos como obligatorios: el deber del trabajador de someterse a los exámenes de salud	137
Conclusiones	140
Referencias.....	143
5. DERECHOS HUMANOS Y HUMAN TRAFFICKING:	
ANÁLISIS DE SUS FACTORES Y ELEMENTOS.....	149
<i>Lela Janashvili</i>	
Los factores que causan <i>human trafficking</i>	155
Factor económico.....	155
Factor social.....	156
Factor político.....	158
Factor tecnológico	159
Elementos de la <i>trafficking</i>	160
Conclusión.....	164
Referencias.....	166

6. REFLEXIONES SOBRE EL BLANQUEO DE CAPITAL Y SU RELACIÓN CON EL CRIMEN ORGANIZADO EN ESPAÑA.....	171
<i>José María Delgado Rodríguez</i>	
Introducción.....	171
Regulación institucional.....	172
Organización de las Naciones Unidas.....	172
Europa.....	174
España.....	177
Estrategia de Seguridad Nacional.....	182
Propuesta.....	183
Reflexión final.....	186
Referencias.....	188
 7. LA VIDEOVIGILANCIA EN ESPACIOS PÚBLICOS, UN INSTRUMENTO DE CONTROL: NORMATIVA EN ESPAÑA Y MECANISMOS DE SUPERVISIÓN	191
<i>Tomás Gil Márquez</i>	
Introducción.....	191
Las relaciones entre la intimidad y la seguridad.....	195
Normativa estatal.....	198
Regulación autonómica.....	200
Especial referencia a las cámaras unipersonales: el caso de la Policía Local de Santa Adrià de Besòs.....	202
Conclusiones	204
Referencias.....	205
 8. LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS REGIONALMENTE INTEGRADOS: ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA (OEDE).....	207
<i>Montserrat Nebrera</i>	
Introducción: ¿una seguridad frente al Estado?	207
Integración y disgregación en la UE y su efecto sobre la seguridad	211

La política de seguridad en la UE a partir de 2003.....	218
La OEDE como fórmula de cooperación europea.....	219
Referencias.....	223
9. GÉNESIS DEL SISTEMA DE	
SEGURIDAD NACIONAL EN ESPAÑA	225
<i>Montserrat Campos Quesada</i>	
Introducción	225
Configuración del Sistema de Seguridad Nacional como política pública de Estado.....	229
Diseño estructural del Sistema de Seguridad Nacional.....	236
Consejo Nacional de Seguridad Marítima	245
Consejo Nacional de Ciberseguridad.....	247
Comité Especializado de Inmigración	250
Comité Especializado de Seguridad Energética.....	252
Comité Especializado de Situación	255
Configuración de órganos en materia de seguridad.....	258
Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado.....	258
Dirección General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo	260
Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo	262
Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.....	265
Comisión Interministerial de Asilo y Refugio	270
Conclusión.....	272
Referencias.....	273

PRÓLOGO

Joan Luís Pérez Francesch

Universitat Autònoma de Barcelona

Coordinador de la Red Interuniversitaria de Estudio de
las Transformaciones Constitucionales del Estado

El lector tiene entre sus manos el libro que reproduce las aportaciones de miembros de la Red Interuniversitaria de Estudio de las Transformaciones Constitucionales del Estado que tengo el honor de coordinar y que ve la luz, nuevamente, gracias al apoyo de la Universidad del Norte y en especial a la profesora y discípula mía, la doctora Viridiana Molinares Hassan.

En el capítulo 1, la doctora Viridiana Molinares Hassan, y el doctor Carlos Andrés Orozco de la Universidad del Norte, disertan sobre el “¿Derecho a la seguridad o seguridad de los derechos? La crítica de Alessandro Baratta a la ideología del derecho a la seguridad”. Analizan el significado y las implicaciones histórico-sociales de la comprensión de la seguridad como un derecho humano a partir de la crítica realizada por el filósofo y sociólogo del derecho Alessandro Baratta.

El capítulo 2, a cargo del doctor Manuel Carrasco Durán, de la Universidad de Sevilla, se titula “¿Tiene sentido disminuir las garantías en los procesos por causa de terrorismo? Distintos modelos en derecho comparado”. En este se lleva a cabo una clasificación de la normativa antiterrorista aplicada en distintos países a causa de los atentados del 11 de septiembre de 2001 utilizando como criterio las garantías procesales. 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. En su opinión, ha de 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 una ponderación en la 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. Finalmente, la experiencia enseña que no se contribuye a la lucha contra el terrorismo con medidas que buscan favorecer la discrecionalidad del ejecutivo creando espacios fuera del control judicial. 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 mejor los problemas de política internacional que crean el entorno en el cual se genera dicho discurso.

El capítulo 3, a cargo del doctor Josep Cañabate Pérez, de la Universitat Autònoma de Barcelona, reflexiona sobre: “¿se ha roto el frágil equilibrio entre garantía de la protección de datos personales y seguridad? Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR)”. Para el autor, las enormes posibilidades que ofrecen las analíticas masivas automatizadas de datos, el conocido como *big data*, no puede desdeñarse como un potente instrumento para luchar contra el terrorismo y contra aquellos delitos de mayor gravedad. El esquema PNR es un claro ejemplo de las posibilidades que las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) pueden aportar para lograr la prevención, la detección, la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave. No obstante, debe someterse a unos límites y a unas salvaguardias muy estrictas. Igualmente, para no cuestionar su proporcionalidad y la necesidad, se debería restringir a aquellas personas sobre las cuales

haya alguna sospecha fundamentada en investigaciones. De este modo, se evitaría investigar tecnológicamente a todos los ciudadanos, puesto que la automatización no evita la injerencia en los derechos.

Por su parte, el doctor Guillermo García González, de la Universidad Internacional de La Rioja, realiza en el capítulo 4 un cierto giro temático para analizar las “Limitaciones de los derechos fundamentales de los trabajadores por motivos de seguridad: los exámenes de salud obligatorios”. Sostiene que las múltiples lagunas normativas existentes en vigilancia de la salud y las dudas interpretativas acentuadas por las diversas resoluciones judiciales han de suplirse en la práctica mediante el recurso a la negociación colectiva, que está llamada a desplegar en este campo toda su capacidad de adaptabilidad y su innegable plasticidad.

El capítulo 5, de la doctora Lela Janashvili, de la Universidad Estatal Ivane Javakhishvili de Tbilisi, se refiere a los “Derechos humanos y *human trafficking*: análisis de sus factores y elementos”. Analiza la preocupación de la sociedad civil, política y académica por la trata de personas y su vinculación con la criminalidad organizada transnacional, o dicho de otra manera, la necesidad de responder a un grave atentado a los derechos humanos. Podemos afirmar que tiene importantes condicionamientos estructurales en la injusticia social, la economía global, la inseguridad humana, las relaciones laborales precarias y las desigualdades de género.

El capítulo 6 son unas “Reflexiones sobre el blanqueo de capitales y su relación con el crimen organizado en España”, a cargo del doctor José María Delgado Rodríguez, de la Universitat Internacional de Catalunya. España se sitúa entre los Estados con más altas cotas de delitos relacionados con la corrupción y economía sumergida. El blanqueo de capitales está íntimamente vinculado al crimen organizado transnacional (tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de personas, prostitución, tráfico de órganos y la corrupción de los funcionarios públicos), y bajo el denominador de lo que se ha venido a designar como “las cuatro cabezas de la hidra del blanqueo”: a) crimen organizado, b) corrupción, c) fraude fiscal y d) financiación del terrorismo. Concluye el autor que se deberían armonizar todas las legislaciones

sobre la materia, ofrecer mayor formación y que esta fuera transversal a los distintos funcionarios encargados de investigar y reprimir esta actividad delictiva, potenciar la creación de unidades policiales y judiciales especializadas, conseguir que estos delincuentes relacionados con el crimen organizado cumplan íntegramente la penas, evitando los indultos, aglutinar todos los foros mundiales sobre el blanqueo y terminar con la hipocresía, como la reciente lista de paraísos fiscales elaborada por la Unión Europea (UE).

El capítulo 7, “La videovigilancia en espacios públicos, un instrumento de control: normativa en España y mecanismos de control”, escrito por el doctor Tomás Gil Márquez, de la Universitat Autònoma de Barcelona, rastrea en la relaciones entre la videovigilancia como nuevo elemento tecnológico y su utilización en los ámbitos securitarios como instrumento de prevención de la inseguridad ciudadana. La cuestión planteada obliga a analizar las posibles colisiones entre la garantía de la seguridad y los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Española, la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Cuestiones estas que están provocando un aumento muy importante de la sensación de inseguridad y cambios significativos en la lucha contra el nuevo terrorismo global. La legislación española en esta materia es anterior a los sucesos terroristas a los que hemos hecho referencia, pero ya en ella se establecen los principios básicos a los que debe sujetarse en España la videovigilancia, principios garantistas que persiguen evitar un uso abusivo de este nuevo mecanismo de control, garantizando el respeto a los derechos y las libertades fundamentales, a través de un régimen de autorización que opera como árbitro en la búsqueda de ese anhelado equilibrio entre la libertad y la seguridad.

En el capítulo 8, la doctora Montserrat Nebrera, de la Universitat Internacional de Catalunya, desarrolla su trabajo sobre “Libertad y seguridad en Estados regionalmente integrados: algunas reflexiones a propósito de la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE)”. Nos plantea el siguiente dilema: ¿es posible compatibilizar la libertad y la seguridad en un contexto de integración regional, como es el de la UE con sucesos recientes de voluntad de desmembración de Estados? El caso de la OEDE

puede ejemplificar hasta qué punto se contraponen los objetivos de garantizar los derechos humanos y una política de seguridad eficaz.

Y en el capítulo 9, la doctora Montserrat Campos Quesada, de la Universitat Autònoma de Barcelona, presenta “Génesis del Sistema de Seguridad Nacional en España”, que trata el concepto estratégico de seguridad nacional y describe su dimensión orgánica. En este fin, el Sistema de Seguridad Nacional como política pública de Estado se expresa de forma estructural y competencial para afrontar los trascendentales desafíos que nos plantean las multifacéticas amenazas globales presentes en el siglo XXI. En esta compleja tesitura, era más que pertinente una novación de la arquitectura securitaria nacional como baluarte del Estado social y democrático de derecho. Frente a los graves envites de la vida actual, la autora sostiene que la sociedad democrática requiere un concepto de seguridad que se profile como el crisol del desarrollo económico, de preservación de la libertad y de la prosperidad de los ciudadanos, así como con plena garantía de estabilidad en sus instituciones.

Finalmente, quiero transmitir una vez más mi agradecimiento a la doctora Molinares por su afán intelectual, su buen hacer, su constancia y, sobre todo, su capacidad de mantener viva la Red Interuniversitaria de Estudio de las Transformaciones Constitucionales del Estado desde ambos lados del Atlántico. Mi colaboración con ella siempre ha sido fructífera, por medio de convenios y acuerdos para tirar adelante iniciativas, como la presente.

De hecho, este libro es producto de esta Red, que engloba universidades de Colombia, España, Italia y Georgia. Se trata de un producto más de la labor investigadora que se ha ido desarrollando hace ya más de un decenio por medio del Grupo de investigación sobre Libertad, Seguridad y Transformaciones del Estado, de la Universitat Autònoma de Barcelona, el grupo de Investigación en Sociología del Derecho de la Universidad del Norte y que es el germen de multitud de iniciativas, en actividades desarrolladas en el Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS), y en diversos convenios para fomentar el intercambio de docentes y doctoran-

dos. Quisiera destacar el éxito alcanzado por el Instituto de Derecho Español de la Universidad Estatal Ivane Javakhishvili de Tbilisi, así como el convenio para fomentar la estancia de doctorandos de la Universidad del Norte en la Universitat Autònoma de Barcelona.

1

¿DERECHO A LA SEGURIDAD O SEGURIDAD DE LOS DERECHOS? LA CRÍTICA DE ALESSANDRO BARATTA A LA IDEOLOGÍA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD¹

Carlos Andrés Orozco Arcieri
Viridiana Molinares Hassan

Universidad del Norte

INTRODUCCIÓN

¿Seguridad? ¿Inseguridad? ¿Es segura la seguridad? Múltiples interrogantes surgen cuando aparecen términos como el de *seguridad*. Hace parte del vocabulario común cotidiano, en el que suele aparecer en su versión negativa (inseguridad) como comodín en los intentos de expresar los sentimientos individuales y, a la vez, colectivos. Una sensación de inseguridad que no es exclusiva de una clase social o de una parte del mundo. Pero ¿acaso es la sensación de inseguridad un elemento común a los individuos, las masas, las sociedades occidentales contemporáneas?

Una de las principales causas en la expansión de la sensación de inseguridad reside en la instrumentalización política que se hace del término, a través de las constantes políticas del miedo. Bude (2014), por ejemplo,

¹ En este capítulo, se presentan resultados parciales de la investigación *La filosofía y la sociología del derecho de Alessandro Baratta* adscrita al Grupo de Investigación en Sociología del Derecho de la Universidad del Norte.

advierte el cambio en el modo de integración social de las sociedades contemporáneas, un cambio que va de la promesa de ascenso a la amenaza de exclusión. Así, el miedo se apodera del yo miedoso, que ahora se hace sujeto del temor, entrando en juego las políticas del miedo. Pero existe un miedo particular que protagoniza la instrumentalización política: el miedo al delito. Tal como explica Pavarini (2006a), la demanda insatisfecha de seguridad social produce una necesidad social de seguridad, la cual se pretende satisfacer recurriendo a la reivindicación tanto de la dimensión simbólica del sistema represivo como de un espacio privado (no público) para su defensa. De aquí que en las democracias occidentales de los países más desarrollados, explica Pavarini, se hace alusión a la seguridad como un derecho de la mayoría de los ciudadanos que se ve amenazada por la acción desviada de unas minorías. Así, las políticas del miedo contribuyen a elevar la percepción de inseguridad frente al delito,² recurriendo a lugares comunes que le permiten construir un concepto de *seguridad* que funciona como instrumento de manipulación.³

² Sobre la percepción de inseguridad, véase Mosconi (2000) y Padovan & Vianello (1999).

³ Tal como advierte Mosconi (2006, p. 88 y ss.), en el estudio del delito, la definición del término *seguridad* implica un conjunto de elementos y de variables que determinan su contenido, su efectividad y su percepción: los problemas y las expectativas subjetivas, el rol de los actores sociales, los factores a los que se asocian las representaciones de inseguridad, las imágenes, los estatus sociales, los sistemas de relaciones y de interacciones, los efectos de los fenómenos conflictuales, entre otros. Estas variables no aparecen en las políticas del miedo al delito que apelan a la seguridad. Por otra parte, vale la pena recordar las indicaciones de Foucault sobre el estudio de la seguridad. En la distinción entre dispositivos de seguridad y mecanismos disciplinarios (ley y reglamento) trazada por Foucault, encontramos una importante advertencia frente al examen de la seguridad: la necesidad de estudiarla en su realidad fáctica y no en su nivel abstracto. Tal como explica Foucault (2007, p. 66 y ss.), mientras la disciplina es esencialmente centrípeta, por lo que “funciona aislando un espacio, determinando un segmento”, los dispositivos de seguridad son centrífugos, ya que tienen una “tendencia constante de ampliarse”. Según el autor, la disciplina “concentra, centra, encierra”, de ahí que su primer gesto consiste en circunscribir un espacio de actuación; en cambio, los dispositivos de seguridad se van integrando a nuevos elementos relativos a la producción, el consumo, el mercado mundial, entre otros. Además, mientras la disciplina busca reglamentarlo todo, los dispositivos de seguridad “dejan hacer”. Esta distinción le permite advertir que “la ley prohíbe, la disciplina prescribe y la seguridad, sin prohibir ni prescribir, tiene la función esencial de

Esto cobra vital importancia cuando se piensa en el miedo al delito que mayor interés despierta en la actualidad: el terrorismo.⁴

Pero ¿existe realmente un derecho a la seguridad? En este capítulo, nos proponemos analizar el significado y las implicaciones histórico-sociales de la comprensión de la seguridad como un derecho humano a partir de la crítica realizada por el filósofo y sociólogo del derecho Alessandro Baratta⁵ (1933-2002). Para lograr este objetivo, es necesario conocer la desmitificación del concepto de *criminalidad* que lleva a cabo el autor a través de una serie de publicaciones en la revista italiana *La questione criminale*. Teniendo en cuenta que nuestra intención es evidenciar el carácter ideológico de la comprensión de la seguridad como derecho humano, consideramos conveniente analizar previamente la crítica a los derechos del hombre realizada por Karl Marx en *La cuestión judía*.

LA CRÍTICA DE KARL MARX A LA SEGURIDAD COMO DERECHO HUMANO

La seguridad entendida como derecho humano aparece en las declaraciones de derechos francesas de finales del siglo XVIII.⁶ A continuación, presentamos las más importantes:

Declaración de los derechos del hombre, aprobada el 22 de abril y decretada el 29 de mayo de 1793.

Artículo 1. Los derechos del hombre en sociedad son la igualdad, la libertad, la seguridad, la propiedad, la garantía social y la resistencia a la opresión.

responder a una realidad de tal manera que la respuesta la anule”. La seguridad, en otras palabras, actúa en la realidad y no en el ámbito imaginario de la ley, ni en lo complementario de la realidad, tal como lo hace la disciplina.

⁴ Sobre los problemas para una definición jurídica de terrorismo, véase Fletcher (2006).

⁵ Sobre Alessandro Baratta, véase Becchi (2008), Bergalli (2004, 2006), Marra (2006), Orozco (2013a), Pavarini (2006b) y Rivera y Bernal (2004).

⁶ Sobre las declaraciones de los derechos del hombre, véase Gauchet (2012).

Artículo 9. La seguridad consiste en la protección acordada por la sociedad a cada ciudadano para la conservación de su persona, de sus bienes y de sus derechos.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Acta constitucional de 24 de junio de 1793.

Artículo 1. El fin de la sociedad es la felicidad común. El gobierno está instituido para garantizar al hombre el disfrute de sus derechos naturales e imprescriptibles.

Artículo 2. Estos derechos son la igualdad, la libertad, la seguridad, la propiedad.

Artículo 8. La seguridad consiste en la protección acordada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, sus derechos y sus propiedades.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Proyecto de Constitución para la República francesa de 23 de junio de 1795.

Artículo 2. Los derechos del hombre en sociedad son la libertad, la igualdad, la seguridad, la propiedad.

Artículo 7. La seguridad consiste en la acción de todos para garantizar a cada cual el goce y la conservación de sus derechos.

Declaración de los derechos y de los deberes del hombre y del ciudadano. Constitución de la República francesa de 22 de agosto de 1795

Artículo 1. Los derechos del hombre en sociedad son la libertad, la igualdad, la seguridad, la propiedad.

Artículo 4. La seguridad resulta de la reunión de todos para garantizar los derechos de cada cual.

Frente a estas declaraciones de derechos, Marx (Marx y Engels, 1981, p. 364) advierte en *La cuestión judía* que los llamados derechos del hombre⁷

⁷ Sobre la crítica de Marx a la distinción entre hombre y ciudadano, véase Löwith (1995).

(*droits de l'homme*) no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad. La seguridad aparece como el más alto concepto social de la sociedad burguesa, basada en el concepto de la *policía*,⁸ bajo la idea de que toda la sociedad existe solo para garantizar a cada uno de sus miembros la conservación de su persona, de sus derechos y de su propiedad. Pero tal como señala Marx (p. 365), con este concepto de *seguridad* la sociedad burguesa no se eleva sobre su egoísmo, más bien, la seguridad consiste en el aseguramiento del egoísmo.

Marx (Marx y Engels 1981, p. 366) concluye que los llamados derechos humanos (libertad, igualdad, propiedad y seguridad) no van más allá del hombre egoísta, miembro de la sociedad burguesa, bajo una construcción del individuo replegado en sí mismo, en su interés privado y separado de la comunidad; y unido a una comprensión de la sociedad como un marco externo a los individuos, como limitación de su independencia originaria. Por tanto, el único vínculo que los cohesiona es la necesidad natural, el interés privado, la conservación de su propiedad y de su persona egoísta.

La crítica de Marx va dirigida a evidenciar la construcción jurídica de las relaciones sociales basada en la ideología de la sociedad burguesa respecto de la comprensión de la sociedad y del individuo. El rechazo de estos derechos humanos radica en que son concebidos bajo el modelo del individuo como miembro de la sociedad civil, es decir, desde el punto de vista del interés personal. Aquí es necesario recordar que Marx hace alusión a la noción de *sociedad civil* que toma de la filosofía del derecho de Hegel, en la que, siguien-

⁸ Foucault (2007, p. 356 y ss.) evidenció una transformación histórica de la semántica, en especial del término *policía*, dentro de lo que denominó “el conjunto tecnológico característico del nuevo arte de gobernar según la razón de Estado”. En los siglos XV y XVI, el término *policía* tiene diversos usos: una forma de comunidad o asociación regida por una autoridad pública, el conjunto de los actos de gobernar o regir, el resultado positivo y valorado de buen gobierno. Pero, a partir del siglo XVII, el término *policía* cobrará un nuevo significado, asociado al conjunto de los medios que incrementan las fuerzas del Estado, a la vez que se mantiene el buen orden.

do a su vez los planteamientos de la economía política clásica (en especial Adam Smith y David Ricardo), se reconoce el trabajo abstracto como base de la sociedad civil, ámbito en el que Hegel (1970) circunscribe el sistema de las necesidades y su satisfacción, separado del Estado y de la familia.

La seguridad definida como derecho humano aparece vinculada a una modificación histórica de la comprensión de las relaciones sociales. Esa nueva comprensión individualista se logra observar en el iusnaturalismo moderno,⁹ en la teoría liberal del individualismo posesivo¹⁰ (en particular, en la filosofía política de Hobbes), en el proyecto moderno de codificación¹¹ y, en general, en el proyecto jurídico moderno que instituye un nuevo modelo de sociedad.¹² La institucionalización del individualismo propietario se tradujo en la sociedad de masas del siglo XX en un individualismo de masa.¹³

⁹ Sobre el aislamiento del individuo en el derecho natural racional, véase Ruiz (2009). En el derecho natural racional, se logra observar una modificación de la concepción de la naturaleza humana, pasando de la sociabilidad propia del iusnaturalismo medieval al aislamiento moderno. Tal como explica Ruiz (p. 189 y ss.), el iusnaturalismo medieval estaba asentado en el modelo aristotélico de la sociabilidad natural del hombre, en el cual se entiende que existe una variedad de conjuntos o agrupaciones sociales, formada por elementos plurales e interrelacionados entre sí, como la familia, la tribu o el clan, la ciudad, el reino, etc., que han sufrido transformaciones lentas y naturales, en el sentido de independientes de la expresa voluntad humana. Por tanto, en el iusnaturalismo medieval, la organización social y política aparece como natural y superior a los individuos. En el iusnaturalismo moderno, en cambio, el punto de partida es la comprensión del hombre como ser apolítico y asocial, por lo que en las construcciones teóricas las formas de relación y agrupación humanas aparecen dentro de dicotomías cerradas, excluyentes y antitéticas: o estado de naturaleza o sociedad civil. Aquí, la organización social y política se entiende como voluntaria y al servicio de los individuos.

¹⁰ Sobre los supuestos del individualismo posesivo, véase Macpherson (1962).

¹¹ Sobre el proceso de codificación y sus ideologías, véase Tarello (1971).

¹² Sobre el proyecto jurídico moderno, véase Costa (1975).

¹³ Tal como explica Barcellona (2003, p. 105), el individualismo de masa es la realización del individualismo propietario, ya que existe una conexión entre el proceso de masificación y el principio de la igualdad formal propio de la concepción del hombre moderno como sujeto jurídico; a pesar de que, aparentemente, conduciría a la negación de la forma de la subjetividad jurídica, el individualismo de masa es una consecuencia del desarrollo de los principios organizativos implicados en la concepción originaria del individualismo propietario burgués de la ideología.

Hasta aquí hemos advertido con Marx el carácter ideológico de la comprensión de la seguridad como derecho humano. Pero ¿qué entiende Marx por ideología¹⁴? Se trata de representaciones ilusorias, apariencias opuestas a la realidad, que tienen la pretensión de presentarse como totalidad, pero, al provenir de invenciones de la clase burguesa, son parciales y fragmentarias. Para explicar la ideología, Marx recurre a una serie de metáforas físicas y fisiológicas, de las que se destacan dos en particular: la metáfora de la cámara oscura de las primeras máquinas de fotografías y la metáfora de la retina en el funcionamiento del ojo humano. En ambos casos, lo que observamos es producto de una imagen invertida. Por tanto, lo que Marx quiere insinuar con su concepto de *ideología* no es otra cosa que la de un reflejo invertido y deformado de lo real. Sin embargo, no se trata simplemente de una mentira o de una ilusión, ya que la ideología proporciona el lenguaje de la vida real y es fundamental en la objetivación de la realidad social.¹⁵ Se trata, más bien, de una falsa conciencia¹⁶ opuesta a una comprensión real del objeto.¹⁷

¹⁴ Es difícil encontrar un texto de Marx dedicado exclusivamente al concepto de *ideología*. Lo que presentamos a continuación proviene de la lectura transversal de la obra de Marx, con especial énfasis en la *Ideología alemana* (Marx & Engels, 1978), apoyados en las indicaciones de Ricoeur (1966).

¹⁵ Tal como explican Giddens y Sutton (2015, p. 219), Marx consideró la ideología como un factor importante en la reproducción de la dominación de la clase capitalista. Sostuvo que los grupos de poder son capaces de controlar las ideas dominantes que circulan en la sociedad, legitimando su propia posición de privilegio.

¹⁶ Precisamente, Baratta destacará la importancia de esta definición marxiana de ideología y la aplicará en su crítica a la ideología de la defensa social, afirmando que Marx se refiere a la ideología en un sentido negativo, entendida como la falsa conciencia que legitima instituciones sociales, atribuyéndoles funciones ideales diversas de las que realmente ejercen. Sobre la crítica de Baratta a la ideología de la defensa social, véase Orozco (2013b).

¹⁷ Tal como explica Kosik (1967), la principal obra de Marx, *El capital*, está constituida metodológicamente sobre la distinción entre falsa conciencia y comprensión real de la cosa, de suerte que las categorías principales de la comprensión conceptual de la realidad investigada se dan por pares: fenómeno/esencia, mundo de la apariencia/mundo real, apariencia externa del fenómeno/ley del fenómeno, movimiento visible/movimiento real interno, representación/concepto, falsa conciencia/conciencia real, sistematización doctrinaria de las representaciones (ideología)/teoría y ciencia.

La crítica de Marx evidencia el carácter ideológico de la concepción de la seguridad como derecho humano. Con rigor insuperable, tal como afirma Bloch (1961), Marx mostró el contenido de clase de los llamados derechos del hombre.

LA CRÍTICA DE ALESSANDRO BARATTA A LA IDEOLOGÍA DEL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD

Origen de la revista *La questione criminale*: desmitificar el concepto de criminalidad¹⁸

La desmitificación del estigma de criminal y, sobre todo, del problemático concepto de *criminalidad* a partir de una teoría materialista de la desviación, constituye uno de los cimientos de un movimiento crítico dentro de la criminología en Europa y Latinoamérica, el cual estuvo inspirado, precisamente, en las investigaciones e iniciativas académicas organizadas por Baratta, desde su dirección del Institut für Rechts- und Sozialphilosophie de la Universität des Saarbrücken en Sarre y publicando una serie de escritos a partir de 1975 con la recién fundada revista italiana *La questione criminale*.¹⁹

¹⁸ Aquí se retoma lo publicado en Orozco (2013b).

¹⁹ El nombre de la revista, en el periodo que aquí nos interesa, es decir, desde su fundación en 1975 hasta su primera interrupción en 1981, es *La questione criminale: Rivista di ricerca e dibattito su devianza e controllo sociale*. Al parecer fue Melossi (1995, p. 148) quien sugirió por primera vez este nombre para la revista. *La questione criminale* aparece por primera en 1975 en Bolonia (Italia) como una revista cuatrimestral de estudios e investigaciones sobre la desviación y el control social, publicada por la editorial italiana Il Mulino. Los directores y fundadores de la revista fueron Alessandro Baratta (Saarbrücken) y Franco Bricola (Bolonia). El primer comité de redacción estuvo conformado por el Gruppo penalistico di Bologna. El nacimiento de la criminología crítica en Italia (Mosconi, 2006) se lleva a cabo en el seno de esta revista (Sorrenti, 1992), la cual aparece en el ámbito del panorama cultural italiano junto con otras revistas que sostienen una ideología política de izquierda: *Politica del diritto*, *Democrazia e diritto*, *Quale giustizia*, *Critica del diritto* y *Quaderni piacentini*. Tal como explica Sorrenti (1992), *La questione criminale* fue la primera revista italiana interesada en proporcionar una interpretación marxista de la desviación. Algunas de las revistas que se encargaron de divulgar las propuestas de los criminólogos críticos fueron *Kriminologisches Journal* (Alemania), *Déviences et société* (Francia) y *Crime and Social Justice* (América del Norte). El clima cultural que llevó a la

La dinámica política en la que se encontraba la República italiana, en los años en los que aparece la revista, estaba centrada en evidenciar la instrumentalización política de la represión penal, la cual estaba dirigida a neutralizar los intereses de emancipación del movimiento obrero. Esta revista se presenta a la opinión pública en respuesta al “llamado” de apoyo intelectual de los partidos políticos de izquierda (en especial, del mismo Partido Comunista Italiano que corporeizaba los intereses de este movimiento obrero), los cuales podrían haber estado interesados en la elaboración de propuestas alternativas que les permitieran replicar las políticas penales oficiales (Bergalli, 2004). En la crisis económica y política de la década de setenta, la legislación de emergencia acabó completamente con el proceso de democratización de los años precedentes, introduciendo una ideología de la emergencia según la cual esta iba dirigida a controlar el orden social y hacer frente a la crisis económica (Silveira, 1998).

Baratta (1975) presenta *La questione criminale* como una revista que propone un análisis alternativo y crítico frente al discurso que en ese momento se venía realizando en Italia en relación con el fenómeno de la criminalidad; por cierto, este último es un *discorso dei politici*, ya que viene mediatizado a través del eslogan *difesa dell'ordine pubblico*, lo cual produce una distorsión de la realidad. Precisamente, la crítica que formula la revista, ya desde su presentación, va dirigida no solo a evidenciar los efectos ideológicos de estabilización conservadora (*oscillazione contingente dell'allarme sociale*) implícitos en la manipulación del fenómeno de la criminalidad, propia de la mediatización de las alarmas sociales, tanto en Italia como en gran parte de Europa occidental; más bien, la crítica de la revista va dirigida, además, a evidenciar las funciones de cohesión y consenso que en la clase media, en relación con el sistema sociopolítico, realizan este tipo de alarmas sociales. La revista se propone una correcta

formación del movimiento de la criminología crítica en Italia ya se había desarrollado en Inglaterra (*The New Criminology*), en Alemania (*Arbeitskreis Junger Kriminologen*) y en general en Europa (*European Group for the Study of Deviance and Social Control*). En Italia, surge la necesidad de un medio de divulgación de los criminólogos críticos y es esa la función que desempeñó *La questione criminale*.

elaboración del problema del fenómeno de la criminalidad, el cual se origina en el ámbito de la desviación y del control social, en la realidad de los comportamientos criminalizados y en el proceso mismo de criminalización, donde aparecen las contradicciones del sistema sociopolítico y de las relaciones de hegemonía. Por tanto, el objeto de análisis crítico, por parte de la revista *La questione criminale*, es el derecho penal y los mecanismos de aplicación de la ley, desde una visión global de la dialéctica economía/política en la sociedad contemporánea. El movimiento dialéctico se describe a partir del desplazamiento de las preocupaciones analíticas del observador, el cual se suele ubicar en las zonas de criminalidad definidas legalmente y concretamente perseguidas, y que ahora, tal como lo propone Baratta, debe dirigir su atención al proceso de criminalización y, en general, a todo el ámbito de los comportamientos desviados y socialmente negativos.

La desmitificación de los conceptos de criminalidad y de criminal se realiza desplazando el discurso predominantemente técnico de la ciencia jurídica, preocupada exclusivamente en hallar los factores de la criminalidad de aquellos comportamientos criminalizados, hacia la sociología, capaz de elaborar un análisis de los factores de la criminalización, es decir, de los mecanismos y procesos de criminalización y de control social de la desviación. De esta forma, en la presentación de la revista *La questione criminale*, Baratta vincula el análisis de los factores de la criminalización dentro de una teoría social marxista, es decir, una teoría materialista de la desviación y de la criminalización de inspiración marxista preocupada por la desmitificación de las construcciones sociales del fenómeno de la criminalidad, elaboradas en general por los políticos y por la ciencia jurídica.

En su intervención en el debate sobre orden público y crisis político-económica organizado por la revista *La questione criminale* (Baratta, 1977, pp. 278-286), analiza la función que cumple en la sociedad la polarización de la percepción social, evidenciando las particularidades del caso italiano (como la manipulación de la información sobre los actos de violencia y terrorismo político que vive Italia en esos años). En el fondo, sugiere Baratta, de lo que

se trata es de analizar a fondo la estructura de la representación de la violencia para comprender la función objetiva y el diseño político que sirve de fundamento en el proceso de producción y manipulación de esta representación en el sentido común, en los medios masivos de comunicación y, en general, en la opinión pública. En el centro de este proceso, se encuentran dos asociaciones semánticas: la violencia política es asociada con la percepción general de la criminalidad y, a la vez, con la percepción general de la disidencia política. De esta forma, todo tipo de violencia presente en el sistema de la sociedad encuentra en el terrorismo una catarsis, a través de la mistificación del orden público.

Baratta considera que para realizar un análisis realista del problema del orden público es necesario distinguir entre dos objetos de estudio e investigación. Por un lado, debe realizarse un análisis de las condiciones estructurales que se relacionan, tanto a los contenidos y a las formas actuales de la disidencia política como al tipo de reacción institucional que tiende a encontrar y los aspectos represivos que tiende a asumir. Por otra parte, se debe realizar un análisis de la imagen construida en la percepción social de la criminalidad en general y de la criminalidad política en particular, y sus elementos mistificadores. Baratta insiste en que solo este último análisis permite comprender los peligrosos efectos, para la causa del movimiento obrero, de la construcción de la imagen de la criminalidad política, una construcción mitificada de los problemas sociales (*mitizzazione dell'ordine pubblico*) y, en general, de la realidad. De hecho, Baratta considera que en la perspectiva del movimiento obrero italiano, la batalla por las garantías constitucionales constituye una parte fundamental para la construcción de la democracia socialista, en la cual se asume un valor material: el hombre como sujeto y su autonomía crítica y creativa en relación con el sistema político. Sin embargo, esta democracia socialista debe construirse teniendo en cuenta dos cuestiones: ante todo, desde el punto de vista estratégico, se debe aprender de la historia y dejar a un lado la vaguedad propia del concepto de *dictadura del proletariado*; además, desde el punto de vista táctico, las garantías de las libertades individuales son condición necesaria (pero no suficiente) para la democracia socialista.

Hasta aquí hemos presentado brevemente el contexto cultural, político y académico del intento de Baratta por desmitificar los fenómenos de criminalidad. A continuación, analizaremos la importancia de los derechos humanos en el pensamiento de Baratta, para luego conocer su crítica a la ideología del derecho humano a la seguridad.

Los derechos humanos en el pensamiento de Baratta²⁰

Desde inicios de la década de los ochenta, Baratta se propuso la elaboración de una categoría analítica denominada referente material, la cual le permitiría definir la objetividad en el análisis de la sociedad y de los problemas sociales en los que aparecen relaciones de desigualdad, de explotación y de dominio (Baratta, 1981). En un principio, la necesidad de mantener abierta la posibilidad de la elaboración de tal categoría analítica apareció formulada en el contexto de una crítica materialista a los posibles efectos mistificadores de la aplicación del *labelling approach*. Según Baratta, aunque la criminología crítica acepta el cambio de paradigma que representó la aplicación del *labelling approach* en el ámbito criminológico, esto no significa que se desconozca la existencia objetiva de situaciones y acciones socialmente negativas. Estas situaciones socialmente negativas constituyen la objetividad en el materialismo de Baratta y con ellas nuestro autor buscaba superar las debilidades e insuficiencias derivadas de una concepción abstracta y ahistórica de la sociedad.

Por otra parte, las dificultades teóricas en la elaboración de una tal objetividad obligó a Baratta a recurrir a tres ámbitos de investigación: a) una teoría de la construcción de los problemas sociales (Schutz, Berger, Luckmann), b) una teoría de las necesidades (Hegel, Marx, Heller) y c) una teoría de la comunicación libre del poder (Habermas). Pero, a pesar de este interés, Baratta no elaboró ninguna teoría alrededor de esta síntesis.

Más bien, la síntesis de estos instrumentos analíticos, desde una nueva formulación del problema de la objetividad en las Ciencias Sociales, le

²⁰ Aquí se retoma lo publicado en Orozco (2014).

permitió a Baratta la siguiente hipótesis de trabajo: si se entiende por negatividad social aquellas situaciones o comportamientos que niegan o reprimen necesidades reales, entendidas, a su vez, como la posibilidad que tienen los individuos en función del desarrollo de las capacidades de producción material y cultural en una determinada sociedad, de existir y de expandir la propia existencia, y además si se construyen los problemas sociales en una comunicación libre del poder entre los portadores de estas necesidades reales, se podrá entonces considerar que se ha llevado a cabo una construcción objetiva de la categoría analítica. En este caso, la categoría analítica se esconde detrás de lo que en su momento Baratta consideraba como negatividad social.

Sin embargo, ni en estas reflexiones de principios de la década de los ochenta, ni en su obra posterior, Baratta elaboró una teoría en relación con esta negatividad social, más allá de estas reflexiones. Simplemente mantuvo su interés por la elaboración de una categoría analítica que denominó referente material.

Baratta encuentra en los derechos humanos (definidos jurídicamente) una positividad de las necesidades reales.²¹ En sus *Notas para una teoría de la liberación* de 1987 toma como punto de partida el análisis marxiano de la sociedad, según el cual las relaciones de explotación y de dominación vienen dadas en la propiedad privada de los medios de producción y en la dominación burocrática de estos; y a través de este marco teórico, reflexiona a

²¹ Hasta el final de su vida Baratta se interesó en los derechos humanos, véase Baratta (1999a, 2001). En 2001, por ejemplo, pronunció una serie de conferencias sobre los derechos humanos con el título *La costruzione culturale dei diritti umani*, las cuales fueron organizadas por el Istituto italiano per gli studi filosofici del 9 al 12 de abril en el Palazzo Serra di Cassano a Napoli. Sobre el interés de Baratta en la década de los noventa por los derechos humanos, véase Becchi (2004, p. 18 y ss.): “Im Laufe der neunziger Jahre wurde er sich jedoch der Krise bewusst, die jene Bewegung durchlief und versuchte ihr zu entgehen, indem er insbesondere das Thema der Menschenrechte neu entdeckte und es allmählich in einen breiteren philosophischen Diskurs einbezog: jener Bedürfnisse und der menschlichen Entwicklung [...] Es ist diese letzte Phase im Werk von Baratta, die noch grösstenteils zu entdecken bleibt und in der Probleme und Themen rein philosophischer Art kraftvoll wiederkehren”.

fondo sobre la naturaleza de los derechos humanos. Según Baratta, desde una perspectiva histórica:

derechos humanos y necesidades reales fundamentales pueden definirse como las concretas potencialidades de realización y desarrollo de la existencia y de la dignidad de los individuos, correspondientes al grado de desarrollo alcanzado por las fuerzas productivas en una sociedad determinada; es decir, de la capacidad de producción de bienes materiales y culturales. Las relaciones de propiedad y de poder en una sociedad pueden entrar en contradicción con el grado de desarrollo de las fuerzas productivas; en estos casos se frustra una parte más o menos grande de las posibilidades de realización y de desarrollo de la existencia de los portadores y suministradores de fuerza productiva en la sociedad. Situaciones de este tipo se presentan siempre en presencia de relaciones de explotación y de dominación que pueden depender estructuralmente, tanto de la propiedad privada de los medios de producción, como de una dominación burocrática de los mismos. (Baratta, 1987, p. 107)

Si Baratta entiende por violencia estructural toda situación en la cual las necesidades reales fundamentales y los derechos humanos son reprimidos y violados, entonces el fin del derecho no puede ser otro que la reafirmación del contenido que se expresa en la forma jurídica.

En este contexto, cabe preguntarnos si la defensa y reafirmación de los derechos humanos constituya un cierto garantismo de Baratta. Para afrontar correctamente esta cuestión, debemos tener en cuenta la contención de la violencia institucional que propone Baratta a partir de su escrito de 1985 sobre el derecho penal mínimo. En este escrito, Baratta busca el *nomos* del referente material, es decir, la definición y la normatividad que debe asumir la necesidad real para su regulación normativa que la proteja. Baratta se propuso realizar una articulación programática de la idea de la mínima intervención penal como idea-guía para una política penal a corto y mediano plazo, como respuesta a la problemática cuestión de los requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos en la ley penal.

En el análisis que realiza Baratta, el concepto de los *derechos humanos* asume dos funciones: una función negativa en relación con los límites de la intervención penal y una función positiva en relación con la definición del objeto (posible pero no necesario) de la tutela por medio del derecho penal. En ambos casos, Baratta (1985, pp. 443 y ss.) considera que solo un concepto histórico-social de los derechos humanos constituye el instrumento teórico adecuado para la estrategia de la máxima contención de la violencia punitiva.²²

La pena es violencia institucional, es decir, limitación de derechos y represión de necesidades reales fundamentales de los individuos mediante la acción legal de los funcionarios del poder legítimo. Es una violencia útil, desde el punto de vista de la reproducción del sistema social existente y, por tanto, del interés de quienes poseen el poder, para el mantenimiento de las relaciones de producción y de distribución desigual de los recursos (Baratta, 1985, p. 446).

En su interés por contener la violencia estructural, Baratta (1993, p. 11) identifica los derechos humanos con las necesidades reales históricamente determinadas, considerando al sujeto histórico como portador de necesidades reales (*reale Bedürfnisse*), las cuales representan las potencialidades de existencia y de calidad de vida de las personas, los grupos y los pueblos, que corresponden a un determinado grado de desarrollo de

²² Según Baratta (Baratta & Pavarini 1998), la función punitiva aparece dentro de las promesas de la modernidad, en un fenómeno histórico en el que el derecho constituye una autolimitación del poder estatal que surge reivindicando el monopolio de la violencia física, lo cual tiene como consecuencia: a) la concepción de la pena como derecho y como deber del soberano; b) la racionalidad funcional de la pena como instrumento de defensa de bienes jurídicos fundamentales; c) la limitación de la pena a la respuesta a comportamientos de personas físicas previstos por la ley e investigados a partir de un proceso que obedece a reglas establecidas; y d) la preeminencia de bienes jurídicos protegidos y la igualdad de los ciudadanos frente al sistema de la justicia criminal. De igual forma, Baratta (1995) consideró el derecho penal moderno como un fruto tardío de la modernidad, en el que aparecen en un plano ideológico las promesas de libertad, humanidad, justicia e igualdad.

la capacidad de producción material y cultural en una formación económico-social.

En este contexto, los derechos humanos son la proyección normativa, desde el punto de vista de deber ser, de las necesidades reales; y, según Baratta, el contenido normativo de los derechos humanos entendidos en esta concepción histórico-social:

excede, por tanto, a sus transcripciones en los términos del derecho nacional y de las convenciones internacionales, así como la idea de justicia sobrepasa siempre sus realizaciones en el derecho e indica el camino hacia la realización de la idea del hombre, o sea, del principio de la dignidad humana. Pero la historia de los pueblos y de la sociedad se presenta como la historia de los continuos obstáculos que dicho camino encuentra, la historia de la continua violación de los derechos humanos, o sea, del permanente intento por reprimir las necesidades reales de las personas, de los grupos humanos y de los pueblos. (1999a, p. 11)

De igual forma, el contenido de los derechos humanos, según Baratta, sirve de indicador de potenciales situaciones en las relaciones sociales que deben ser reguladas por el derecho. Pero la construcción de este derecho depende de la institucionalización de estructuras y relaciones sociales, de la producción de símbolos, mitos y valores, y de la elaboración de un discurso ético en el cual los mismos derechos sean objeto de argumentación. En últimas, Baratta (1999a, p. 13) considera que la proyección normativa de las necesidades reales que se concretiza en el contenido de los derechos humanos es inseparable de la lucha por su realización e implementación.

Por otra parte, Baratta (Baratta y Pavarini 1998) insistió en la elaboración de un proyecto de alianza entre aquellos grupos sociales que a lo largo de la historia han sufrido la negación de sus derechos humanos, los cuales llevarían a cabo una refundación del pacto social de la modernidad. Se trata de una preocupación de Baratta por ampliar el sujeto histórico, la cual aparece claramente en sus escritos de la década de los noventa. Esta preocupación se hizo evidente en sus reflexiones sobre la

cuestión de género²³ (Baratta, 1999b). Baratta advirtió que el objetivo estratégico en la lucha por la igualdad de género no debe limitarse a la búsqueda de una equitativa repartición de los recursos y de las posiciones entre los dos sexos, sino que más bien debe aspirar a la deconstrucción de la conexión ideológica de la dominación y a una reconstrucción social del género que logre superar las dicotomías artificiales que están en la base del modelo androcéntrico de ciencia y poder masculino. Por ejemplo, las formas de pensamiento, el lenguaje y las instituciones sociales tienen implicadas estructuralmente la dicotomía masculino-femenino. En la construcción social del género, las cualidades contrapuestas a los dos sexos son, en últimas, instrumentos simbólicos de la distribución de los recursos en las relaciones de poder existentes. Baratta propone un modelo androgénico de identidad entre masculino y femenino:

L'identità androginia di femminile e maschile non è dunque una conseguenza, ma una condizione ideologica del superamento di tutte altre separazioni, a cominciare da quella di pubblico e privato [...] Se l'androginia è la condizione ideologica di un progetto globale di emancipazione, la condizione materiale è la trasformazione della struttura economica, il superamento della separazione di pubblico e privato nei rapporti di produzione, di politica ed economia, di proprietà e proprietà sociale dei mezzi di produzione, di mercato e politica²⁴. (Baratta, 1999b, pp. 109 y ss.)

²³ Baratta pronunció una serie de conferencias sobre la cuestión de género con el título *Il paradigma di genere: dalla questione criminale alla questione umana*, las cuales fueron organizadas por el Istituto italiano per gli studi filosofici del 20 al 23 de marzo de 2000 en el Palazzo Serra di Cassano a Napoli.

²⁴ Traducción al castellano: La identidad andrógina de femenino y masculino no es una consecuencia, sino una condición ideológica de la superación de todas las otras separaciones, comenzando por aquella entre público y privado [...] Si la androginia es la condición ideológica de un proyecto global de emancipación, la condición material es la transformación de la estructura económica, la superación de la separación entre público y privado en las relaciones de producción, de política y economía, de propiedad y propiedad social de los medios de producción, de mercado y política.

Sin embargo, la ampliación del sujeto histórico que elabora sus propios referentes materiales no elimina las dificultades que tal elaboración comporta. En la descripción dialéctica de la realidad que lleva a cabo Baratta, no solo se justifican y legitiman los derechos humanos, los cuales constituyen el referente material de la autoconciencia del sujeto histórico que elabora el concepto como forma, sino que además, y como consecuencia de esto, la elaboración de la categoría analítica sobre la negatividad social permanece atrapada dentro de los límites del *nomos*.

¿Derecho a la seguridad o seguridad de los derechos?

Como hemos visto, los derechos humanos constituyen el *nomos* en el pensamiento de Baratta. La preocupación por la elaboración de un concepto analítico como lo pretendía ser el referente material lo lleva a asumir una posición en defensa del derecho. Pero el *nomos* de Baratta viene justificado dentro de la democracia: “La democracia es la autoorganización de la respuesta a sus necesidades por parte de sus portadores, añado un adjetivo, de la respuesta pública, no privada. La democracia es la autoorganización de la respuesta pública a sus necesidades por parte de los portadores” (2002, p. 45).

En este sentido, los derechos humanos no tendrían ningún valor si detrás de su protección jurídica no existiera una permanente lucha democrática por la autoorganización (Baratta, 2002, p. 14). Aquí la influencia de Ernst Bloch es fundamental,²⁵ ya que Baratta considera que la posibilidad de transformar la realidad depende de los proyectos políticos que, como utopías concretas, sean elaboradas por el sujeto histórico: El eje de la política como proyecto, el acto originario constituyente de la democracia como organización de los portadores de necesidades reales, es la grandiosa enseñanza del utopismo concreto de Ernst Bloch, el principio de la esperanza (2002, p. 22).

²⁵ Sobre el tema, véase Orozco (2014).

Pero el *nomos* es ante todo forma, y como tal, es también una segunda naturaleza, que corre el riesgo de permanecer entre funciones simbólicas derivadas de su carácter mitológico y funciones de estabilidad derivadas de su carácter de técnica social. La tendencia del sistema penal a la absorción de la realidad social, a través de sus figuras míticas ideadas por el conocimiento tecnocrático, al negar la facticidad de las relaciones sociales, pone en riesgo la verificación efectiva de la satisfacción de las necesidades reales, contenidas en la dignidad humana.

Frente a esta tendencia del sistema penal a la absorción de la realidad social, Baratta recurre a un planteamiento del problema de la seguridad desde una concepción de la política como proyecto de ciudadanía: en el sistema jurídico, las necesidades se presentan en la forma de derechos (Baratta, 2001, p. 20); por tanto, el objetivo debe dirigirse a una política integral de protección y satisfacción de los derechos humanos y fundamentales (p. 22).

Entendiendo la política como proyecto de ciudadanía, Baratta (2002, p. 27) afirma que los derechos humanos consagrados en las convenciones de derecho internacional y los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones de los Estados de derecho representan el modelo o norma que imprime la dirección de este proyecto; de forma tal que, por un lado, el consenso aparece como fundamento de validez de la norma, mientras, por otro, las necesidades humanas representan el fundamento de su justicia.

Apoyándose en un concepto de necesidades reales, Baratta (2002, p. 28) define los derechos humanos y fundamentales como la transcripción normativa de las necesidades, lo que le permite entender la satisfacción de las necesidades como realización de los derechos. Baratta (2001, p. 19) entiende por necesidades básicas aquellas que se han estabilizado en la historia natural del hombre, por lo que tienen un alto grado de constancia en el tiempo y en el espacio; en cambio, las necesidades reales son aquellas que se producen en la relación dinámica, propia de la historia social del hombre, entre satisfacción de necesidades, desarrollo de las capacidades y surgimiento de nuevas necesidades.

Ahora bien, ¿existe un derecho humano a la seguridad? Tal como explica Baratta (2002, p. 28), la seguridad es una necesidad humana y una función general del sistema jurídico que no tiene un contenido propio; además, respecto al sistema de las necesidades, es una necesidad secundaria, y en cuanto al sistema de derechos, es un derecho secundario. Por tanto, afirma Baratta, un derecho fundamental a la seguridad no puede ser otra cosa que el resultado de una construcción falsa y perversa. Es la construcción ideológica de la fortaleza Europa, con sus políticas prevalentemente represivas, en la que la seguridad no implica certeza subjetiva del derecho y condiciones objetivas de vida que garanticen la satisfacción de las necesidades, sino más bien un concepto de *seguridad* reducido a orden (Messner, 2006, p. 204).

Por tanto, según Baratta, un derecho fundamental a la seguridad es una ideología.²⁶ Aquí debemos retomar la definición de ideología que más arriba hemos especificado. La ideología es un reflejo invertido y deformado de lo real. Pero, además, consiste en una falsa conciencia que legitima instituciones sociales, atribuyéndoles funciones ideales diversas de las que realmente ejercen.

En este sentido, las políticas del miedo y las instrumentalizaciones de los problemas sociales por parte de actores sociales y organizaciones, en los

²⁶ Para comprender el interés de Baratta por la crítica ideológica, es necesario tener en cuenta las siguientes indicaciones. Por un lado, Baratta es un autor cuyos análisis de la sociedad se encuentran vinculados al pensamiento de Marx, y desde este punto de vista, el interés por la ideología es apenas natural. Pero, por otro lado, es importante señalar la influencia que ejerció sobre Baratta en relación con su interés por la ideología, los seminarios, las discusiones y las publicaciones que se llevaron a cabo en la Universität des Saarlandes en Saarbrücken y en la Universität zu Köln en Colonia. Estas actividades estuvieron fomentadas y lideradas por Werner Maihofer desde mediados de la década de los sesenta, y debemos señalar que Baratta reemplaza a Maihofer, a partir de la década de los setenta, en la dirección del Instituto de Filosofía Social de la Universität des Saarlandes. En este sentido, podemos afirmar que el interés de Baratta por identificar y criticar las ideologías jurídicas está relacionado con las discusiones contemporáneas entre filosofía y sociología jurídicas que se llevaron a cabo con especial ahínco en la República Federal Alemana (Barcellona, 1984; De Giorgi, 1979).

casos en los que se apela a un pretendido derecho humano a la seguridad, resultan ser construcciones falsas, ideológicas.

Pero ¿a cuáles políticas de seguridad hace alusión Baratta cuando realiza su crítica? Se refiere a las políticas de prevención del delito y de seguridad en Europa y los Estados Unidos en el último cuarto del siglo XX. Son políticas caracterizadas por un interés en la retribución y la neutralización que tuvieron como consecuencia un dramático incremento de la población carcelaria e, incluso, de la aplicación de la pena de muerte. En este contexto, el derecho a la seguridad viene representado por un recurso constante a la represión penal. Se trata de políticas de criminalización de sectores marginales.

Baratta (2001) propuso dos tipos ideales opuestos de política: el modelo ilegítimo de la política de prevención y seguridad (modelo dominante en Europa y los Estados Unidos, aún hoy) y el modelo de política integral de protección e implementación de derechos fundamentales y humanos. El modelo ilegítimo se caracteriza por la exclusión social, por una idea de seguridad de los fuertes frente al riesgo proveniente de los débiles, por una política tecnocrática, centralista, reduccionista (exclusividad de la represión penal) frente a las posibles soluciones de los problemas sociales, una seguridad privada considerada como negocio, en últimas, un modelo sustentado en la pretensión de la defensa de un supuesto derecho a la seguridad cuya protección se realizaría a través de la reducción de los derechos fundamentales. Es el modelo actual de la Europa fortaleza y del encarcelamiento masivo²⁷ y racial de los Estados Unidos.²⁸

Frente a este modelo de derecho a la seguridad, Baratta propuso un modelo de seguridad de los derechos, basado en la inclusión social, en la se-

²⁷ Sobre el tema, véase Davis (2016).

²⁸ Sobre el tema, véase Simon (2012). Según Simon, uno de cada tres varones negros, uno de cada siete varones de origen hispánico, uno de cada diecisiete varones blancos irán a la cárcel en el transcurso de sus vidas. La probabilidad de que un varón afroamericano hoy vaya a prisión es más alta que la probabilidad de que asista a la universidad, contraiga matrimonio o se incorpore a las Fuerzas Armadas.

guridad de los derechos de todas las personas, bajo la idea de una política democrática que busca el empoderamiento de los débiles y excluidos, una política local y participativa, entendiendo la seguridad como servicio público, en el marco de la Constitución y los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

En este capítulo, hemos presentado un análisis de la crítica de Alessandro Baratta al pretendido derecho humano a la seguridad. La crítica va dirigida a evidenciar el carácter ideológico de esa construcción. Para ello, hemos iniciado observando la crítica al derecho humano a la seguridad realizada por Karl Marx y su concepto de *ideología*. Posteriormente, hemos presentado el contexto cultural del pensamiento de Baratta, su planteamiento en torno a los derechos humanos, para finalmente comprender su crítica a la comprensión de la seguridad como derecho humano.

Como vimos, Marx consideró que los llamados derechos humanos (libertad, igualdad, propiedad y seguridad) hacen parte de la ideología burguesa que construye al individuo como un ser replegado en sí mismo, en su interés privado y separado de la comunidad. En este sentido, la seguridad aparece como el más alto concepto social de la sociedad burguesa, basada en el concepto de la *policía*, bajo la idea de que toda la sociedad existe solo para garantizar a cada uno de sus miembros la conservación de su persona, de sus derechos y de su propiedad. Con este concepto de *seguridad*, la sociedad burguesa no se eleva sobre su egoísmo: más bien, la seguridad consiste en el aseguramiento del egoísmo. La crítica de Marx va dirigida a evidenciar la construcción jurídica de las relaciones sociales basada en la ideología de la sociedad burguesa respecto de la comprensión de la sociedad y del individuo. El rechazo de estos derechos humanos radica en que son concebidos bajo el modelo del individuo como miembro de la sociedad civil, es decir, desde el punto de vista del interés personal.

Posteriormente, presentamos el contexto cultural, político y académico del intento de Baratta por desmitificar los fenómenos de criminalidad y analizamos la importancia de los derechos humanos en su pensamiento. La

desmitificación de los conceptos de *criminalidad* y de *criminal* se realiza desplazando el discurso predominantemente técnico de la ciencia jurídica, preocupada exclusivamente en hallar los factores de la criminalidad de aquellos comportamientos criminalizados, hacia la sociología, capaz de elaborar un análisis de los factores de la criminalización, es decir, de los mecanismos y procesos de criminalización y de control social de la desviación.

Por otra parte, Baratta encuentra en los derechos humanos una positividad de las necesidades reales. El contenido de los derechos humanos sirve de indicador de potenciales situaciones en las relaciones sociales que deben ser reguladas por el derecho. Pero la construcción de este derecho depende de la institucionalización de estructuras y relaciones sociales, de la producción de símbolos, mitos y valores, y de la elaboración de un discurso ético en el cual los mismos derechos sean objeto de argumentación. Baratta considera que la proyección normativa de las necesidades reales que se concretiza en el contenido de los derechos humanos es inseparable de la lucha por su realización e implementación.

Bajo una comprensión de la política como proyecto de ciudadanía, Baratta afirma que los derechos humanos consagrados en las convenciones de derecho internacional y los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones de los Estados de derecho representan el modelo o norma que imprime la dirección de este proyecto.

Por tanto, un derecho humano a la seguridad es una construcción ideológica. Más bien, Baratta propone una política integral de protección y satisfacción de los derechos humanos y fundamentales.

Frente a los escenarios nacionales e internacionales, en los que se intensifica el recurso a la represión penal (cada vez con más rendimientos económicos de empresas de seguridad, de cárceles privadas, de muros y offendículas), la crítica de Baratta a la ideología del derecho a la seguridad cobra una vital importancia y vigencia. En últimas, insistir en esta crítica es una forma de brindar herramientas analíticas para luchar contra las políticas represivas que caracterizan los modelos del derecho a la seguridad.

REFERENCIAS

- Baratta, A. (1975). Presentazione. *La questione criminale*, 1, 3-6.
- Baratta, A. (1977). Intervento. In: Ordine e democrazia nella crisi. Un dibattito interno alla sinistra. *La questione criminale*, 3, 278-286.
- Baratta, A. (1981). Criminologia critica e riforma penale: osservazioni conclusive sul dibattito 'Il codice Rocco cinquant'anni dopo' e risposta a Marinucci. *La questione criminale*, 3, 349-89.
- Baratta, A. (1985). Principi del diritto penale minimo: per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. *Dei delitti e delle pene*, 3, 443-473.
- Baratta, A. (1987). Notas para una teoría de la liberación. *Revista Poder y Control*, 1, 107-119.
- Baratta, A. (1993). Die Menschenrechte zwischen struktureller Gewalt und strafrechtlicher Strafe: Über den Beitrag der Kritischen Kriminologie zur aktuelle Grundsatzdiskussion über Strafrechtssoziologie und-politik. En M. Martinek, J. Schmidt & E. Wadle (Eds.), *Festschrift für Günther Jabr zum siebzigsten Geburtstag* (pp. 9-24). Tubinga, Alemania: J. C. B. Mohr.
- Baratta, A. (1995). Prefazione. En S. Moccia, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale* (pp. Xi-xxvi). Nápoles, Italia: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Baratta, A. (1999a). Bedürfnisse als Grundlage von Menschenrechten: Gedanken zu einer integrierten öffentlichen Politik der Sicherheit der Rechte auf lokaler Ebene. En H. Jung, U. Neumann y G. Ellscheid (Eds.), *Rechtsbegründung-Rechtsbegründungen. Günter Ellscheid zum 65. Geburtstag* (pp. 9-18). Baden: Nomos.
- Baratta, A. (1999b). Il paradigma del genere dalla questione criminale alla questione umana. *Dei delitti e delle pene: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, 1(2), 69-116.
- Baratta, A. (2001). Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti? En S. Anastasia & M. Palma (Eds.), *La bilancia e la misura: giustizia, sicurezza, riforme* (pp. 19-36). Milán, Italia: Franco Angeli.
- Baratta, A. (2002). Introduzione. *Dei delitti e delle pene: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, 9(1-2-3), 27-32.

- Baratta, A. (2007a). Democracia y derechos del niño. *Justicia y Derechos del Niño*, 9, 17-25.
- Baratta, A. (2007b). La niñez como arqueología del futuro. *Justicia y Derechos del Niño*, 9, 7-15.
- Baratta, A. & Pavarini, M. (1998). La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo. *Dei delitti e delle Pene*, 1, 7-24.
- Barcellona, P. (1984). *I soggetti e le norme*. Milán, Italia: Giuffrè.
- Barcellona, P. (2003). *Diritto senza società: dal disincanto all'indifferenza*. Bari, Italia: Dedalo.
- Becchi, P. (2004). Alessandro Baratta als Rechtsphilosoph. En *Gedenkfeier für Universitätsprofessor Dr. jur. Dr. h.c. mult. Alessandro Baratta, 2. Juli 2003* (pp. 7-19). Saarbrücken, Alemania: Universität des Saarlandes.
- Becchi, P. (2008). Maestri del novecento: Alessandro Baratta filosofo del diritto. En *Ritorno al diritto: I valori della convivenza* (pp. 67-81). Milán, Italia: Franco Angeli.
- Bergalli, R. (2004). Alessandro Baratta: filósofo del derecho (penal) y de la política. En F. Pérez Álvarez (ed.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta* (pp. 165-182). Salamanca, España: Universidad de Salamanca.
- Bergalli, R. (2006). La sociologia giuridico-penale di Alessandro Baratta in Spagna e in America Latina: problemi, equivoci, fallacie. En R. Marra (Ed.), *Filosofia e sociologia del diritto penale: atti del convegno in ricordo di Alessandro Baratta (Genova, 6 maggio 2005)* (pp. 45-64). Turín, Italia: Giappichelli.
- Bloch, E. (1961). *Naturrecht und menschliche Würde*. Fráncfort del Meno, Alemania: Suhrkamp.
- Bude, H. (2014). *Gesellschaft der Angst*. Hamburgo, Alemania: Hamburger Edition.
- Costa, P. (1975). *Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del Liberalismo Classico: Vol. I. Da Hobbes a Bentham*. Milán, Italia: Giuffrè.
- Davis, Á. (2016). *Democracia de la abolición: prisiones, racismo y violencia*. Madrid, España: Trotta.
- De Giorgi, R. (1979). *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. Bari, Italia: De Donato.

- Fletcher, G. P. (2006). The indefinable concept of terrorism. *Journal of International Criminal Justice*, 4(5), 894-911.
- Foucault, M. (2007). *Seguridad, territorio, población: Curso en el Collège de France (1977-1978)*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Gauchet, M. (2012). *La revolución de los derechos del hombre*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Giddens, A. y Sutton, P. (2015). *Conceptos esenciales de sociología*. Madrid, España: Alianza.
- Hegel, G. W. F. (1970). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Werke 7. Frankfurt del Meno, Alemania: Suhrkamp.
- Kosik, K. (1967). *Dialéctica de lo concreto*. Ciudad de México, México: Grijalbo.
- Löwith, K. (1995). *Von Hegel zu Nietzsche: Der revolutionäre Bruch im Denken des neunzehnten Jahrhunderts*. Hamburgo, Alemania: Felix Meiner.
- Macpherson, C. B. (1962). *The political theory of possessive individualism*. Nueva York, EE. UU.: Oxford University Press.
- Marra, R. (Ed.). (2006). *Filosofia e sociologia del diritto penale: atti del convegno in ricordo di Alessandro Baratta (Genova, 6 maggio 2005)*. Turín, Italia: Giappichelli.
- Marx, K. & Engels, F. (1978). *Werke*. Band III. Berlín, Alemania: Dietz Verlag.
- Marx, K. & Engels, F. (1981). *Werke*. Band I. Berlín, Alemania: Dietz Verlag.
- Melossi, D. (1995). Il penalista, il sociologo e la costituzione: un ricordo personale di Franco Bricola. *Sociologia del diritto*, 1, 145-153.
- Messner, C. (2006). Diritti umani e sicurezza: realtà possibile e reali possibilità nel pensiero di Alessandro Baratta. En R. Marra (Ed.), *Filosofia e sociologia del diritto penale: atti del convegno in ricordo di Alessandro Baratta (Genova, 6 maggio 2005)* (pp. 187-206). Turín, Italia: Giappichelli.
- Mosconi, G. (2000). *Criminalità, sicurezza e opinione pubblica nel Veneto*. Padua, Italia: Cleup.
- Mosconi, G. (2006). Traduzione ed evoluzione della criminologia critica nell'esperienza italiana: questione criminale e diritto penale. En R. Marra (Ed.), *Filosofia e sociologia del diritto penale: atti del convegno in ricordo di Alessandro Baratta (Genova, 6 maggio 2005)* (pp. 65-91). Turín, Italia: Giappichelli.
- Orozco Arcieri, C. A. (2013a). *La filosofía del derecho del joven Alessandro Baratta: una lectura de sus escritos del periodo 1959-1968*. Bogotá, Colombia: Temis.

- Orozco Arcieri, C. A. (2013b). La crítica de Alessandro Baratta a la ideología de la defensa social. *Revista Crítica Penal y Poder*, 4, 49-71.
- Orozco Arcieri, C. A. (2014). La esperanza en los derechos humanos: la influencia de la idea de reconciliación (Versöhnung) mesiánica de Ernst Bloch en la obra de Alessandro Baratta. En J. S. Bernal Crespo y C. E. Guzmán Mendoza (Eds.), *Los derechos humanos: una mirada transdisciplinar* (pp. 298-349). Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte.
- Pavarini, M. (2006a). Sicurezza dalla criminalità e governo democratico della città. En E. Dolcini & C. Paliero (Eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci: Vol. I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale* (pp. 1019-1050). Milán, Italia: Giuffrè.
- Pavarini, M. (2006b). Dell'insostenibile prevenzione: alcuni spunti di Alessandro Baratta su scienza penale e teoria della pena. En R. Marra (Ed.), *Filosofia e sociologia del diritto penale: atti del convegno in ricordo di Alessandro Baratta (Genova, 6 maggio 2005)* (pp. 93-119). Turín, Italia: Giappichelli.
- Ricoeur, P. (1966). *Lectures on ideology and utopia*. Nueva York, EE. UU.: Columbia University Press.
- Rivera Beiras, I. y Bernal, C. (2004). Alessandro Baratta: el pensamiento crítico y la cuestión criminal. *Revista Anthropos*, 204.
- Ruiz Miguel, A. (2009). *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid, España: Trotta.
- Silveira Gorski, H. C. (1998). *El modelo político italiano. Un laboratorio: de la tercera vía a la globalización*. Barcelona, España: Edicions Universitat de Barcelona.
- Simon, J. (2012). *Gobernar a través del delito*. Barcelona: Gedisa.
- Sorrenti, M. (1992). *Il pensiero criminologico di Alessandro Baratta* (Tesis de grado, Università degli Studi di Milano, Milán, Italia).
- Tarello, G. (1971). *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII: Corso di Filosofia del Diritto*. Génova, Italia: Edizioni Culturali Internazionali Genova.
- Padovan, D. & Vianello, F. (1999). Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza. *Dei delitti e delle pene*, 1, 247-286.

2

¿TIENE SENTIDO DISMINUIR LAS GARANTÍAS EN LOS PROCESOS POR CAUSA DE TERRORISMO? DISTINTOS MODELOS EN DERECHO COMPARADO

Manuel Carrasco Durán

Universidad de Sevilla

LOS MODELOS DE LUCHA CONTRA EL TERRORISMO EN DERECHO COMPARADO, SEGÚN LAS GARANTÍAS PROCESALES

El objetivo de este capítulo es clasificar la normativa antiterrorista aplicada en distintos países a causa de los atentados del 11 de septiembre de 2001 utilizando como criterio las garantías procesales.

La normativa antiterrorista aprobada tras el 11 de septiembre de 2001 muestra una nueva realidad jurídica ajena a la clásica distinción entre estado de paz o de normalidad y estados de excepción. La peculiaridad del terrorismo yihadista ha provocado que en distintos Estados se haya dado lugar a un régimen jurídico intermedio que pretende adaptarse a la necesidad de garantizar la eficacia contra esta nueva forma de terrorismo. Se trata de un terrorismo caracterizado por su capacidad para generar acciones que afectan de manera indiscriminada a un número amplio de personas en su vida y en su integridad física, para actuar en cualquier lugar del mundo a través de estructuras flexibles y deslocalizadas y para utilizar las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) como medio para la difusión de sus mensajes y la organización de sus acciones. Existía ya previamente una legislación antiterrorista en distintos Estados europeos, y España, Alemania y Francia son una muestra de ello, pero, sin duda, la emergencia del terro-

rismo yihadista ha intensificado la sensación de amenaza y, en consecuencia, ha extendido el ámbito del paquete normativo destinado a combatir el terrorismo con medidas especiales.

En nuestra opinión, pueden distinguirse en el derecho comparado varios modelos de tratamiento jurídico de la lucha contra el terrorismo.¹ 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 y por la ampliación de los tipos penales y el agravamiento de las penas.

Las medidas integrantes de este modelo suelen limitar, en especial, 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 y a la presunción de inocencia.²

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 un paradigma de

¹ Se advertirá claramente en nuestro trabajo el eco de la propuesta de Rosenfeld (2005) para clasificar en distintos modelos la respuesta dada por los órganos judiciales al revisar la aplicación de medidas contra el terrorismo. Nosotros, sin embargo, nos situamos en el espacio de la legislación antiterrorista. Como se verá, en este contexto, las categorías utilizadas no son idénticas e, incluso, adquieren un significado diferente. Puede encontrarse una reciente reelaboración de las ideas de este autor en Garapon & Rosenfeld (2016). Sobre modelos de normativa antiterrorista, véase Benazzo (2004), De Vergottini (2004) y Thuillier (2004).

² Para una revisión general de la forma en que las medidas antiterroristas afectan a distintos derechos fundamentales, véase Álvarez y González (2006), Carrasco (2010), Catalina (2006) y Tenorio (2010). Un interesante, y actual, estudio de derecho comparado, con amplias referencias jurisprudenciales, puede encontrarse en Pertici (2016). De igual manera, para un examen de las consecuencias en el derecho de los atentados del 11 de septiembre de 2001, véase Revenga (2010).

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, en especial 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. Este modelo, que denominaremos estado de excepción, 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.

Utilizaremos las garantías procesales como criterio de distinción entre los distintos modelos, porque resulta útil para marcar la extensión de los poderes discrecionales de las autoridades en la aplicación de las medidas preventivas dirigidas a evitar acciones terroristas. La actuación de los órganos judiciales supone el instrumento de control más potente de la discrecionalidad de la Administración. En un panorama en el que resulta de uso común la ampliación del margen para que los agentes de la autoridad adopten decisiones en nombre de la lucha antiterrorista que afectan a varios derechos fundamentales, resulta de utilidad marcar la línea que divide entre los modelos de discrecionalidad “controlada” y los modelos en los que la discrecionalidad encuentra espacios por donde escapa al control, con el evidente riesgo de que se convierta en arbitrariedad.

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, los Estados Unidos han empleado el modelo del estado de guerra. Examinaremos a continuación en detalle estos tres modelos, comenzando por el último de los señalados.

EL MODELO DEL ESTADO DE GUERRA: LOS 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 según la cual el país estaba en *guerra contra el terrorismo*,³ 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 terroristas⁴.

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 los 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 (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001) previó la posibilidad de detener a una persona extranjera hasta que sea expulsada, si se considera que está implicada 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

³ Debe recordarse el discurso del presidente George W. Bush ante las dos cámaras del Congreso de los 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.

⁴ (Gómez, 2010, p. 95).

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 afectados.⁵ 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 los Estados Unidos la calificación de una persona de “combatiente enemigo”,⁶ sobre la base de unas circunstancias extremadamente vagas y aplicables solo a personas de nacionalidad no estadounidense.⁷ La revisión de esta 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.

Se sabe que la situación fue evolucionando con el paso del tiempo, a causa del progresivo cuestionamiento de la citada normativa que llevó a cabo el Tribunal Supremo.⁸ En *Hamdi v. Rumsfeld*,⁹ de 28 de junio de 2004, el Tribunal Supremo señaló que la calificación de un ciudadano estadounidense de combatiente enemigo, y su consiguiente detención

⁵ Sobre el tema, en general, Frosini (2006) y Gómez (2011).

⁶ El origen de esta expresión está en una resolución del Tribunal Supremo de 1942, mediante la cual aquel se declaró incompetente para juzgar acerca de la legitimidad de un proceso especial seguido en comisiones militares contra algunos saboteadores militares, respecto de los cuales se entendió que no podían ser considerados prisioneros de guerra. Véase Frosini (2006, p. 39).

⁷ (Gómez, 2011, p. 69).

⁸ 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 Bin (2007), De Vergottini (2004), Dworkin (2004), Fallon Jr & Meltzer (2007) y Franklin (2008). En sentido crítico, resaltando el limitado alcance de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, véase Cerda-Guzman (2008), Fiss (2006), Gómez (2010) y Tenorio (2010). Sobre el tema, resulta en especial interesante Revenga (2010).

⁹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 541 U.S. (2004).

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*,¹⁰ el Tribunal Supremo admitió tácitamente la posibilidad de que los ciudadanos estadounidenses detenidos como *enemy combatant* presentaran un *habeas corpus* ante un juez ordinario.¹¹ La decisión de mayor alcance del Tribunal Supremo, en esta primera etapa, es la dictada en *Rasul v. Bush*, en la que considera que los detenidos en Guantánamo quedan sujetos a las leyes y la jurisdicción federales y que aquellos tienen derecho a presentar un *habeas corpus* ante un tribunal federal, con independencia de su nacionalidad.¹²

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 Memorandum Wolfowitz, que sería posteriormente completada por el Memorandum 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 unos *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 solo se admitía si la comisión la consideraba 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

¹⁰ *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004).

¹¹ Dworkin (2004b) critica que el Tribunal Supremo afirmara que el tribunal competente sería aquel en que el detenido estuviera recluso, lo cual permitía al Gobierno trasladar a los detenidos a lugares en los cuales existieran tribunales de línea más conservadora.

¹² Revirtiendo el precedente sentado en el caso *Johnson contra Eisentrager*, de 1950. La referencia es *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

simples rumores.¹³ 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 guerra.¹⁴

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 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 los 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 2006,¹⁵ 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 Guantánamo.¹⁶

¹³ Blocher (2006). Es significativo del resultado que arroja la regulación de estos tribunales el título del artículo de Goldstein (2007), “Habeas without rights”.

¹⁴ 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 Franklin (2008).

¹⁵ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

¹⁶ Un comentario específico en español a esta sentencia se encuentra en Bollo (2006).

Finalmente, el escollo de la falta de autorización del Congreso fue salvado mediante la *Military Commission Act*, aprobada en 2006.¹⁷ 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 enemigo.¹⁸ 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.

Se establece con carácter general la elección de un abogado defensor militar. La ley permite la elección de un abogado civil, pero este debe haber sido calificado previamente de 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 de 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.

¹⁷ (Costas, 2007).

¹⁸ Blocher (2006) pone de relieve cómo Estados Unidos habría invertido la regla según la cual los combatientes capturados de cuyo estatus se duda deben ser tratados como prisioneros de guerra hasta que un tribunal competente determine lo contrario.

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 casos.¹⁹ 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 lo hayan sido 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 Supremo.²⁰ 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, lo que incluye 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 aquellos un instrumento sustitutivo que les permitiera someter a discusión las pruebas aportadas por el Gobierno y la propia detención.²¹

¹⁹ (Costas, 2007, p. 8).

²⁰ (Costas, 2007, p. 11).

²¹ *Boumediene v. Bush* 553 U.S. 723 (2008). Véase comentarios a esta sentencia en Revenga (2010, pp. 229 y ss.) y Dworkin (2008).

La práctica muestra la excepcional capacidad de persistencia de este régimen excepcional. Ya con el presidente Barack Obama, la orden ejecutiva Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantanamo Bay Naval Base 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 los 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 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 Agencia Central de Inteligencia (Central Intelligence Agency [CIA]).²²

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 los 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

²² (Gómez, 2010, pp. 93-95).

materia de prueba y la facultad de las comisiones de examinar su propia competencia en cada asunto.²³

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 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 los 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 dispuestas²⁴ y excluyendo dichas medidas de cualquier control efectivo, creando una situación de “ausencia de derecho” o, dicho de otro modo, de total discrecionalidad.²⁵ 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.

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

El 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

²³ Carrasco (2010, pp. 45-47) y, más por extenso, Loredó (2011).

²⁴ Sobre este tema, véase Franklin (2008) y Álvarez y González (2006).

²⁵ 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.

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 1973.²⁶

Esta ley supuso una restricción general de derechos y una supresión de garantías judiciales, lo que conllevaba en especial la autorización para proceder, igualmente sin 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 el arresto, y cuya vigencia, prevista también como provisional, fue prolongándose anualmente hasta 1954.²⁷

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 terrorismo.²⁸

²⁶ Para un examen de la normativa antiterrorista británica anterior a 2001, véase Rodríguez (2010, pp. 100-106).

²⁷ Irlanda del Norte quedó sometida, así, a un régimen que ha sido denominado “exilio interno”, propio de un territorio extranjero. Véase Bonner (2007, p. 82).

²⁸ 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.

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.

Mientras, la Prevention of Terrorism (Temporary Provision) Act, de 1974, previó la posibilidad de detenciones sin control judicial por un periodo de 48 horas, prorrogables por cinco días más, por orden del Ministerio del Interior.²⁹

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 judicial, como muy tarde, en el cuarto día de la detención, si bien el órgano judicial podía ampliar la detención hasta un periodo máximo de siete días, que fue incrementado a catorce por la Criminal Justice Act de 2003 y a veintiocho por la Terrorism Act de 2006,³⁰ 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 2001.³¹ Esta ley, en su parte

²⁹ Esta norma sufrió reformas en 1976, 1984 y 1989. Sobre su evolución hasta 1984, véase Walker (1986, pp. 22 y ss.).

³⁰ El proyecto de ley preveía extender la detención hasta noventa días. Un intento de establecer el periodo máximo de detención en 42 días fracasó al hilo de la discusión parlamentaria del proyecto de Counter-Terrorism Act 2008.

³¹ Sobre la repercusión procesal de las medidas antiterroristas aprobadas en el Reino

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 21³²). Esta detención podía tener lugar no solo en el periodo 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 el supuesto más extremo, podía llegar al arresto domiciliario.³³ 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

Unido tras los atentados contra las Torres Gemelas, véase Sanz (2010). Más en general, sobre la normativa antiterrorista, Rodríguez (2010, pp. 110-122). Desde una perspectiva más cercana a la ciencia política, Gregory (2008, pp. 151 y ss.).

³² Esta figura dio lugar a una nueva derogación del CEDH conforme a su artículo 15.

³³ 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 Wright-Neville (2006, pp. 73 y ss.).

de siete días. La posibilidad de revocación se ceñía al caso de que la orden resultara manifiestamente defectuosa.³⁴

Asimismo, el Reino Unido registra un particular uso de la excepción contemplada en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En 1966, el Reino Unido se acogió al artículo citado. En agosto de 1984, dejó de acogerse a dicho artículo y esto dio lugar a varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) 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 periodo 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 1988 (Marks, 1995).

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 1998.³⁵ 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) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*.³⁶ Esta sentencia³⁷ consideró discriminatoria y desproporcionada la previ-

³⁴ Sobre la regulación de estas órdenes de control, su aplicación y la jurisprudencia a la que han dado lugar, véase Rodríguez (2010, pp. 119-120).

³⁵ 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, véase Rodríguez (2010, pp. 106-117) y Gearty (2005).

³⁶ Véase Rodríguez (2010, p. 113), Gearty (2003, pp. 385-387) y Shah (2005, pp. 416-421).

³⁷ (2004) UKHL 56. Comentarios a esta sentencia en Tomkins (2005) y Bassu (s. f.). Para la comparación entre la jurisprudencia estadounidense y la británica, véase Papachroniou (2005).

sión 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 2005,³⁸ 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 CEDH.³⁹

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 estas 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 CEDH.⁴⁰

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. Estas siguen manteniendo la naturaleza preventiva del control, ya que van dirigidas a personas a las que no se puede perseguir penalmente o expulsar del país, 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

³⁸ (2005) UKHL 71.

³⁹ *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.

⁴⁰ 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.

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 relevantes⁴¹ en los cuales el órgano judicial declara que se puede hacer una solicitud para no dar publicidad a material considerado sensible, por dañar a los intereses de la seguridad nacional. Para estos casos, el órgano judicial puede prever la intervención de un *special advocate*⁴² nombrado por el Attorney General,⁴³ que asume la representación de la parte 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.⁴⁴ 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,

⁴¹ Son aquellos seguidos en materia no penal ante *High Court*, *Court of Appeals*, *Court of Session* o la *Supreme Court*.

⁴² 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.

⁴³ 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*.

⁴⁴ Véase un interesante estudio comparado en Roach (2014).

periodo 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 periodo 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 no fue prorrogada por el Parlamento en febrero de 2007⁴⁵, pero en abril de 2013 se aprobó la *Combating Terrorism Act*, que dio nueva vigencia a las previsiones relativas 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 solo se garantizaba una revisión cada treinta días.⁴⁶ 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*⁴⁷ 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*

⁴⁵ (Novo, 2010, pp. 139-142).

⁴⁶ (Novo, 2010, p. 150).

⁴⁷ (Novo, 2014, pp. 151-154).

of Immigration o del *Solicitor General*, celebrar el trámite probatorio en ausencia de la persona designada en el certificado de seguridad 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 afectada.⁴⁸ La persona detenida en virtud de un certificado de seguridad podía solicitar la revisión judicial de 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 2008,⁴⁹ que estableció que las limitaciones procesales previstas en la International Radiation Protection Association (IRPA) no eran proporcionadas y que el periodo 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 Libertades.⁵⁰

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 aquel, aunque también puede representarlo en los procesos que regula

⁴⁸ (Novo, 2010, p. 168).

⁴⁹ Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) 2008 SCC 38.

⁵⁰ Véase el examen de esta sentencia realizado por Novo (2010, pp. 158-163).

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 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 aquel 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 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 aquel envuelve *a serious question of general importance* y concreta la cuestión. La ley prevé que los procedimientos relativos a inmigración incluidos 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 excepcionar 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 la India y Australia.⁵¹

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 interceptación 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 religioso.⁵²

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 periodo máximo ordinario de cuarenta y ocho horas debe ser autorizada por el juez de las libertades y de la detención. La asistencia de abogado solo se prevé en dicha ley a partir de las primeras setenta y dos 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 y seis jueces auxiliares, y ocho en apelación), lo cual, además, suponía una excepción al juicio por jurado.⁵³ El Consejo Constitucional entendió que estos tribunales penales eran conformes con

⁵¹ Véase, para la India, Carrasco (2010, p. 34), y para Australia, Wright-Neville (2006, pp. 73 y ss.).

⁵² Leyes de 4 de diciembre de 2001 y 22 de agosto de 2002. Véase Carrasco (2010, p. 35).

⁵³ Una ley de 29 de diciembre de 1997 permitía trasladar estos tribunales a otros sitios distintos de París.

la Constitución. En 2006, la competencia de estos órganos judiciales se extendió a la jurisdicción de menores.⁵⁴

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 solo en sus declaraciones.⁵⁵ 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 ciento cuarenta y cuatro horas.⁵⁶ 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 motivado.⁵⁷ 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 ciento cuarenta y cuatro 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 legales.⁵⁸

⁵⁴ (Barrero, 2010, p. 182).

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Art. 706-88 del Código de Procedimiento Penal reformado.

⁵⁷ DCC 2005-532, de 19 de enero de 2006. Véase Barrero (2010, p. 183).

⁵⁸ Esta previsión ha sido confirmada por el Consejo Constitucional. Un detallado

En España, la legislación antiterrorista es, en esencia, la que venía aplicándose como reacción al terrorismo tradicional.⁵⁹ Así, como es conocido, la legislación permite, sobre la base del artículo 55.2 de la Constitución, la extensión del periodo 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 esta fase se hace recaer sobre un abogado designado de oficio.⁶⁰ 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 comu-

resumen de la normativa antiterrorista francesa se puede encontrar en Direction de l'Information Légale et Administrative. Se puede decir que Francia se ha dotado de un auténtico “arsenal legislativo antiterrorista”, como lo denomina Lecucq (2007).

⁵⁹ 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 (Euskadi Ta Askatasuna) 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, la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre y la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que han introducido la figura de la prisión provisional incomunicada (arts. 509 y 510 Ley de Enjuiciamiento Criminal), y la Ley 25/2007, de 18 de octubre, dirigida a transponer directivas de la Unión Europea (UE), y que ha sido modificada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo.

⁶⁰ Arts. 520 bis, 527, 553 y 579.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducidos por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre y Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo. Por otra parte, la legislación admite el uso del agente encubierto (art. 282 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal), 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 del Código Penal). Por otra parte, Damián (2005) expone una tendencia expansiva a la preconstitución de los distintos medios de prueba y a la utilización de la inferencia probatoria a partir de indicios (p. 113).

nicaciones 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.

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 n.º 155 de 31 de julio de 2005, relativa a medidas urgentes con respecto al terrorismo internacional, que convierte en ley el Decreto Ley n.º 144 de 27 de julio del mismo año. 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 italiana.⁶¹ 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 solo puede ser recurrida al tribunal administrativo, si bien el recurso no tiene efectos suspensivos.⁶²

⁶¹ Desde 2001, el artículo 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, Pertici (2016) y Tenorio (2010, pp. 163-165).

⁶² Para un sector de la doctrina, estas previsiones instauran un paradigma de la sospecha y resultan contrarias al derecho de defensa. Véase Pertici (2016).

La última norma de importancia ha sido la Ley n.º 43 de 17 de abril de 2015, de medidas urgentes con respecto al terrorismo, también de carácter internacional, que convierte el Decreto Ley n.º 7 de 18 de febrero del mismo año. Esta norma endurece el tratamiento penal del terrorismo y refuerza los poderes preventivos de los agentes de la autoridad, en especial 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.

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 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 setenta y ochenta, y en el contexto de la lucha contra el terrorismo de la Fracción del Ejército Rojo (Rote Armee Fraktion [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, en algunos casos, 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 (Oberlandesgericht) como órganos para la investigación y el enjuiciamiento de las causas por delitos de terrorismo.^{63, 64} 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.^{65, 66}

En la Unión Europea (UE), 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 euroorden.⁶⁷ En relación con este último instrumento,⁶⁸ debe destacarse la Decisión 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, que concreta los supuestos en que no

⁶³ (Cano, 2003, 2008; Weigend, 2010).

⁶⁴ La figura del testigo especial (*Kronzeuge*) fue suprimida en 1999.

⁶⁵ 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 sustitutiva y modificar la Ley de Pasaportes.

⁶⁶ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha 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 varias normas relativas a la intervención de las comunicaciones y el 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 Carrasco (2010, pp. 40-41).

⁶⁷ En el paquete normativo de la UE en torno a medidas antiterroristas, asumen un papel especial las directivas, las decisiones marco y los instrumentos de *soft law*. Se opta, por tanto, como señala Tinoco, por la aproximación de legislaciones internas, más que por su armonización. Para un detalle de estas normas, véanse Tinoco (2016, pp. 439-463), Jiménez (2009), Rodríguez Izquierdo (2010, pp. 228-235). Sobre los problemas que estas medidas aprobadas en el ámbito de la UE pueden suponer, confrontadas con los estándares nacionales de los derechos reconocidos en las constituciones de los Estados miembros, Rodríguez Izquierdo (2010, p. 236).

⁶⁸ La euroorden está regulada en la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002. Sobre este tema existe gran volumen de doctrina, pero destacamos, por su tratamiento desde la perspectiva de las medidas antiterroristas, Tinoco (2016, pp. 454-461).

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 (TJUE) ha perfilado la interpretación de la normativa relativa a la euroorden reforzando, por un lado, la obligación de proceder a la entrega incluso cuando aquella 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 UE y el Convenio Europeo de Derecho Humanos (sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto *Melloni*⁶⁹) y, 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 Căldăraru*) (Gáspár-Szilágyi, 2016; Martín, 2016; Bustos, 2016).

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. El artículo 3.6 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 penal”.⁷⁰

⁶⁹ Para un examen de los problemas jurídicos planteados por este asunto, véanse Carrasco (2016, pp. 15-19), Besselink (2014, p. 550), De la Quadra-Salcedo (2015, pp. 44 y ss.), Figueruelo (2014), Martín (2014, p. 610), Rodríguez Izquierdo (2015, p. 1526), Ugarte-mendía Eceizabarrena y Ripoll (2013, p. 179) y Van Rijckevorsel (2013, p. 187).

⁷⁰ Además, el artículo 3.5 de la Directiva recoge que, “en circunstancias excepcionales

Mención especial debe hacerse al hecho de que en Francia, tras los atentados terroristas de París y Saint-Denis del 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 CEDH.

En el estado de urgencia,⁷¹ se traspasan al ministro del Interior o al prefecto facultades que ordinariamente corresponden a los jueces. Pueden, así, estas 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, en especial 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 existen razones

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 por la que se sustituye la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002 y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, que prevé normas para asegurar el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo en el ámbito de la UE.

⁷¹ 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.

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 de los existentes previamente.⁷²

CONCLUSIONES Y CRÍTICAS

En la práctica, 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 periodo 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.⁷³ Hemos denominado el citado estándar 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 el 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

⁷² Para Garapon (2005), en Francia el terrorismo se enfoca en un problema de seguridad interna y de naturaleza predominantemente judicial.

⁷³ Para una crítica del uso del derecho penal con efecto preventivo en materia de terrorismo, véase Núñez (2013, p. 298).

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 TEDH 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 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 circunstancias.⁷⁴

Particularmente, debe señalarse que las medidas antiterroristas escapan de la clásica categorización entre estado de normalidad y estados de excepción. De hecho, 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 necesario reconocer la existencia de distintos grados de severidad de las medidas dentro de este modelo. Así, Francia marca un grado de máximo reconocimiento a los agentes de la autoridad de capacidad para adoptar medidas de carácter preventivo. El caso de

⁷⁴ Se aplicó a los afectados la 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 Saldut 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.

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, en especial, 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, en especial en lo relativo a acceso y registro de datos personales. 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, los Estados Unidos, el Reino Unido y otros países del ámbito anglosajón han ido más allá, al enmarcar su respuesta jurídica al terrorismo en un paradigma de la sospecha⁷⁵ 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 sospechosas⁷⁶ mediante el establecimiento de medidas de detención o de limitación de la libertad de circulación previstas en especial 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,

⁷⁵ 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.

⁷⁶ Para el caso de los Estados Unidos, véase Garapon (2006, pp. 136 y 140) y Casas (2002, pp. 227 y ss.).

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 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 los 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 enemigo,⁷⁷ que, en realidad, es también un derecho constitucional del enemigo, ya que se sustancia en la privación de garantías procesales que tienen naturaleza constitucional. 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

⁷⁷ El término se utiliza tomando como modelo la conocida expresión de “derecho penal del enemigo”, que acuñó Günther Jakobs. Véase, por citar solo algunos ejemplos, Damiani (2005, p. 111), Jiménez (2011), Lamarca (2017, p. 40) y Muñoz (2010). No obstante, estos autores identifican con esta expresión cualquier tratamiento normativo del terrorismo que se aleje del régimen jurídico ordinario. Por otro lado, una vez reconocido un estándar básico, comúnmente admitido, de reacción frente al terrorismo que incluye algunas medidas que afectan el proceso, entendemos necesario reservar la expresión de derecho procesal, o constitucional, “del enemigo” a las medidas que se alejan de este estándar básico para limitar drásticamente o privar, en virtud de meras sospechas, del núcleo más fundamental de las garantías judiciales.

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.

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 una ponderación en la 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 yihadista.⁷⁸

Ahora bien, las medidas que hemos examinado plantean tres grandes cuestiones, que se hacen en especial 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 de derecho (la cuestión institucional); y la tercera se refiere a su efectividad (la cuestión de la eficacia).⁷⁹

⁷⁸ 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 el interés público no justifica medidas que extingan la esencia más básica de los derechos de defensa de los demandantes.

⁷⁹ (Hoffmann-Riem, 2003, p. 480).

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 tortura.⁸⁰ 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 seguridad.⁸¹

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. 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 penal.^{82, 83}

Finalmente, la experiencia enseña que no se contribuye a la lucha contra el terrorismo con medidas que buscan favorecer la discrecionalidad del ejecutivo creando espacios fuera del control judicial. 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.

⁸⁰ Este principio fue enunciado por el jurista citado como *you can not have a little bit of torture* en el International Summit on Democracy, Terrorism and Security, celebrado en Madrid del 8 al 11 de marzo de 2005.

⁸¹ (Hoffmann-Riem, 2003, p. 480; Bigo, 2008, p. 373).

⁸² (Damián, 2005, pp. 112-114).

⁸³ Al final, se trata, como señala Serrano-Piedecabras (2002, p. 78), de la sustitución de la “razón jurídica” por la “razón de Estado”.

Incluso, como caso extremo, en los 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, esta normativa haya sido más un obstáculo que una contribución a la lucha contra el terrorismo. España, en el lado contrario, al juzgar a los responsables del atentado del 11 de marzo de 2004 mediante las reglas ordinarias del proceso (sentencias de la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2007 y del Tribunal Supremo del 17 de julio de 2008), muestra que se puede combatir eficazmente el terrorismo desde el modelo de los poderes policiales, sin necesidad de privar de las garantías procesales más sustanciales a los inculpados, ni de excepcionar la normativa procesal más que en los elementos comúnmente admitidos en la práctica actual cuando se trata del enjuiciamiento de delitos de terrorismo.

REFERENCIAS

- Álvarez Conde, E. y González, H. (2006). Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales. *Boletín Elcano*, 77.
- Barrero Ortega, A. (2010). El control de constitucionalidad de la más reciente legislación antiterrorista francesa. En F. J. Pérez Royo y M. Carrasco Durán (Dirs.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional* (pp. 171-186). Madrid, España: Marcial Pons.
- Bassu, C. (s. f.). *La Camera dei Lords giudica illegittima la legislaciones britannica anti-terrorismo*. Recuperado de http://archivio.rivistaaic.it/cronache/estero/lords_terrorismo/index.html
- Benazzo, A. (2004). *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*. Turín, Italia: Giappichelli.
- Besselink, L. (2014). The parameters of constitutional conflict after Melloni. *European Law Review Forthcoming*.
- Bigo, D. (2008)- Prácticas liberales de los regímenes liberales: política del terror y política de la inquietud en el régimen contraterrorista global. En C.

- T. Powell y F. Reinares (Eds.), *Las democracias occidentales frente al terrorismo global* (pp. 351-379). Madrid, España: Ariel.
- Bin, R. (2007). Democrazia e terrorismo. *Forum dei Quaderni Costituzionali*.
- Blocher, J. (2006). Combatant Status Review Tribunals: Flawed answers to the wrong question. *Yale Law Journal*, 116.
- Bollo Arocena, M. D. (2006). 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 (REEI)*, 12.
- Bonner, D. (2007). *Executive measures, terrorism and national security: Have the rules of the game changed?* Hampshire, RU: Ashgate.
- Bustos Gisbert, R. (2016). ¿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 Caldararu (C-659/15 PPU). *Revista General de Derecho Europeo*, 40, 138-155.
- Cano Paños, M. A. (2003). El rasterfahndung en el derecho procesal penal alemán y su aplicación práctica en la lucha antiterrorista. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 5, 1-14.
- Cano Paños, M. A. (2008). 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*, 10, 14-31.
- Carrasco Durán, M. (2010). Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de septiembre de 2001. En F. J. Pérez Royo y M. Carrasco Durán (Dirs.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional* (pp. 13-56). Madrid, España: Marcial Pons.
- Carrasco Durán, M. (2016). *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. Recuperado de <http://congresoace.deusto.es/ponencias-y-comunicaciones/>
- Casas, J. (2002). Las reforma de la legislación sobre inmigración en los Estados Unidos tras el 11-S. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 38, 227-235.
- Catalina Benavente, M. A. (2006). La restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo. *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, 21.

- Cerda-Guzman, C. (2008). La Constitution: une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme? *Revue française de droit constitutionnel*, 1, 41-63.
- Costas Trascasas, M. (2007). La nueva ley estadounidense de comisiones militares: elementos para un análisis crítico desde la perspectiva del derecho internacional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 14.
- Damián Moreno, J. (2005). ¿Un derecho procesal para enemigos? *Revista de Derecho Procesal*, 1, 101-116.
- De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2015). 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*, 53, 34-59.
- De Vergottini, G. (2004). La difícil convivencia entre libertad y seguridad: respuesta de las democracias al terrorismo. *Revista de Derecho Político*, 61, 11-36.
- Decisión 2005/671/JAI del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo
- Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.
- Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.
- Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros - Declaraciones realizadas por algunos Estados miembros con ocasión de la adopción de la Decisión marco.
- 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.

- 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.
- Dworkin, R. (2004a). Guantánamo y la Corte Suprema de Estados Unidos. *Claves de Razón Práctica*, 146, 4-11.
- Dworkin, R. (2004b). What the Court really said (Supreme Court rejection of presidential power to jail people accused of terrorist connections without legal access or review). *New York Review of Books*, 51(13), 26-29.
- Dworkin, R. (2008). Why it was a great victory (Anthony Kennedy). *New York Review of Books*, 55(13), 18-21.
- Fallon Jr, R. H. & Meltzer, D. J. (2007). Habeas corpus jurisdiction, substantive rights, and the war on terror. *Harvard Law Review*, 120(8).
- Figueruelo Burrieza, Á. (2014). 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 M. León Alonso (Coord.), *Derechos y libertades en la sociedad actual* (pp. 1-20). Granada, España: Comares.
- Fiss, O. (2006). The war against terrorism and the rule of law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(2), 235-256.
- Franklin, D. L. (2008). Enemy combatants and the jurisdictional fact doctrine. *Cardozo Law Review*, 29.
- Frosini, T. E. (2006). El Estado de derecho se ha detenido en Guantánamo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 76, 33-74.
- Garapon, A. (2005). ¿Tiene Francia una ventaja en la lucha antiterrorista? *Boletín Elcano*, 73.
- Garapon, A. (2006). Les dispositifs antiterroristes de la France et des États-Unis. *Esprit*, 8, 125-149.
- Garapon, A. & Rosenfeld, M. (2016). *Démocraties sous stress: les défis du terrorisme global*. París, Francia: Presses universitaires de France.
- Gáspár-Szilágyi, S. (2016). Joined cases Aranyosi and Căldăraru: 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*, 24(2-3), 197-219.

- Gearty, C. (2005). 11 September 2001, Counter-terrorism, and the Human Rights Act. *Journal of Law and Society*, 32(1), 18-33.
- Gearty, C. (2003). Civil Liberties and Human Rights. En N. Bamforth & P. Leyland (Eds.), *Public law in a multi-layered constitution* (pp. 385-387). Oxford, RU: Hart Publishing.
- Goldstein, J. A. (2007). Habeas without rights. *Wisconsin Law Review*, 47.
- Gómez Corona, E. (2010). Estados Unidos: política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes. En F. J. Pérez Royo y M. Carrasco Durán (Dirs.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional* (pp. 57-96). Madrid, España: Marcial Pons.
- Gómez Corona, E. (2011). Guantánamo y los tribunales militares de excepción diez años después de los atentados del 11-S. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 93, 377-408.
- Gregory, F. (2008). Policía y estrategia contra el terrorismo global en el Reino Unido. En C. T. Powell y F. Reinares (Eds.), *Las democracias occidentales frente al terrorismo global* (pp. 145-194). Madrid, España: Ariel.
- Hoffmann-Riem, W. (2003). Libertad y seguridad en la estela de los atentados terroristas. *Teoría y Realidad Constitucional*, 12-13, 471-482.
- Jiménez Fortea, F. J. (2009). 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 (Coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal* (pp. 63-98). Madrid, España: Thomson.
- Jiménez Fortea, F. J. (2011). De la restricción de derechos a un “derecho procesal del enemigo”. En A. Masferrer (Coords.), *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo: una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)* (pp. 611-644). Navarra, España: Thomson Aranzadi.
- Lamarca Pérez, C. (2017). Legislación antiterrorista: la normalización de la excepcionalidad. *Jueces para la Democracia*, 88, 39-55.
- Lecucq, O. (2007). *La Constitution à l'épreuve du contre-terrorisme*. Ponencia presentada en VIIème Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, Atenas.
- Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

- Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.
- Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 17.3 de la Constitución, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso, y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Loredo Colunga, M. (2011). El cierre de Guantánamo: el difícil equilibrio entre voluntad política, legalidad y opinión pública. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 11-35.
- Marks, S. (1995). Civil liberties at the margin: The UK derogation and the European Court of Human Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, 69-95.
- Martín Rodríguez, P. J. (2014). 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*, 18(48), 603-622.
- Menéndez, A. J. (2008). Bush II's constitutional and legal theory. The constitution of emergency between law and propaganda. *Working Papers CEPC*, 3.
- Muñoz Conde, F. J. (2010). De la prohibición de autoinculpación al derecho procesal penal del enemigo. En J. R. Serrano-Piedecabras Fernández y E. Demetrio Crespo (Dirs.), *Terrorismo y Estado de derecho* (pp. 107-136). Madrid, España: Iustel.
- Novo Foncubierta, M. (2010). La respuesta de Canadá al terrorismo transnacional: una opción jurisprudencialmente corregida. En F. J. Pérez Royo y M. Carrasco Durán (Dirs.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional* (pp. 123-169). Madrid, España: Marcial Pons.
- Novo Foncubierta, M. (2014). Canadá responde al terrorismo: los "security certificates" y el caso Charkaoui. En M. Revenga Sánchez (Dir.), *Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (pp. 175-215). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Núñez Castaño, E. (2013). *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

- Papapolychroniou, S. (2005). *Le juge constitutionnel, garant de la liberté individuelle dans le contexte de la lutte contre le terrorisme*. Ponencia presentada en el VI Congrès de Droit Constitutionnel Montpellier.
- Pertici, A. (216). Terrorismo e diritti della persona. *Questione giustizia*.
- Reinares, F. (2003). *Terrorismo global*. Madrid, España: Taurus.
- Revenga Sánchez, M. (2010). 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. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, 13(2), 175-188.
- Roach, K. (2014). The 9/11 effect in comparative perspective: Some thoughts on terrorism law in Canada, Spain and the United States. En M. Revenga Sánchez (Dir.), *Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (pp. 21-60). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Izquierdo Serrano, M. (2010). Las líneas de acción contra el terrorismo de la Unión Europea y sus condiciones de constitucionalidad. En F. J. Pérez Royo y M. Carrasco Durán (Dirs.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional* (pp. 211-242). Madrid, España: Marcial Pons.
- Rodríguez Izquierdo Serrano, M. (2015). The Spanish constitutional court and fundamental rights adjudication after the first preliminary reference. *German Law Journal*, 16.
- Rodríguez Ruiz, B. (2010). Entre la soberanía parlamentaria y los derechos humanos: seguridad y política antiterrorista en el Reino Unido. En F. J. Pérez Royo y M. Carrasco Durán (Dirs.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional* (pp. 97-122). Madrid, España: Marcial Pons.
- Rosenfeld, M. (2005). ¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión. *Boletín Elcano*, 73.
- Sanz Hermida, A. M. (2010). Medidas procesales contra el terrorismo en el Reino Unido y limitación de derechos fundamentales: aspectos conflictivos. En J. R. Serrano-Piedecabras Fernández y E. Demetrio Crespo (Coords.), *Terrorismo y estado de derecho* (pp. 499-514). Madrid, España: Iustel.
- Serrano-Piedecabras Fernández, J. R. (2002). Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de Derecho. En L. Zúñiga Rodríguez, C. Méndez Rodríguez y M. R. Diego Díaz-Santos (Coords.), *El derecho penal ante la globalización* (pp. 73-84). Madrid, España: Colex.

- Shah, S. (2005). The UK's Anti-Terror Legislation and the House of Lords: The First Skirmish. *Human Rights Law Review*, 5(2), 403-421.
- Tenorio Sánchez, P. (2010). *Constitución, derechos fundamentales y seguridad: panorama comparativo*. Navarra, España: Thomson Reuters.
- Thuillier, F. (2004). La menace terroriste: essai de typologie. *Revue politique et parlementaire*, 1028, 37-47.
- Tinoco Pastrana, A. (2016). La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal. *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 18(36), 439-463.
- Tomkins, A. (2005). Readings of A v Secretary of State for the Home Department. *Public Law*, 2, 259-266.
- Ugartemendía Eceizabarrena, J. I. y Ripoll Carulla, S. (2013). 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*, 46, 151-197.
- Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001.
- Van Rijckevorsel, E. (2013). Droits fondamentaux (arrêt “Akerberg Fransson”; arrêt “Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal”). *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1, 175-187.
- Walker, C. (1986). *The prevention of terrorism in British rule*. Manchester, RU: Manchester University Press.
- Weigend, T. (2010). Combatiendo el terrorismo en Alemania. En J. R. Serrano-Piedecabras Fernández y E. Demetrio Crespo (Coords.), *Terrorismo y estado de derecho* (pp. 541-556). Madrid, España: Iustel.
- Wright-Neville, D. (2006). La política del miedo: antiterrorismo y democracia australiana. *Boletín Elcano*, 86.

3

¿SE HA ROTO EL FRÁGIL EQUILIBRIO ENTRE GARANTÍA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y SEGURIDAD?

Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo
y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización
de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR)

Josep Cañabate Pérez

Universitat Autònoma de Barcelona

INTRODUCCIÓN

El jueves 14 de abril de 2016 fue un día histórico para la protección de datos personales en la Unión Europea (UE), tras un largo e interminable proceso se aprobó el anhelado Reglamento General de Protección de Datos personales (RGPD).¹ Esta norma, a pesar de las críticas recibidas, supone un claro avance en la armonización de la protección de datos en el territorio de la UE, así como en la extensión de la garantía de los derechos de los afectados y la adaptación a la vertiginosa y exponencial evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC). El RGPD, del mismo modo, aborda el tratamiento de los datos personales mediante una perspectiva muy alineada con el buen gobierno de las TIC

¹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

a través de la introducción de principios como la *accountability* o figuras como el delegado de protección de datos; además cuenta con un claro enfoque a riesgos que se plasma en la exigencia de las evaluaciones de riesgo y de impacto a la protección de datos² (Privacy Impact Assessment [PIA]).

Paradójicamente, en idéntica fecha, junto con el RGPD, el Parlamento Europeo, sin tanto boato y expectación, dio luz verde a la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave; norma que pone en tela de juicio justamente el derecho a la protección de datos intimidad en la UE. Y siendo más críticos, supone un pernicioso deslizamiento hacia modelos de lucha antiterrorista y contra la criminalidad más grave, tales como el estadounidense (Argomaniz, 2009), o dentro del territorio actual de la UE, el de Reino Unido,³ en los cuales se ha otorgado una *preferred position* a la seguridad nacional por encima de los mencionados derechos.⁴ En consecuencia, la coincidencia de fechas entre la aprobación

² Artículo 35 RGPD.

³ En territorio de la UE fue, en efecto, el Reino Unido el que, a pesar de su profunda tradición democrática, siempre se ha caracterizado como un Estado “vigilante”; en 2003, introdujo el sistema conocido como e-Borders a través de un programa piloto entre 2004 y 2006. Este programa incluía el procesamiento del PNR en determinadas rutas aéreas. El sistema de e-Borders pretendía a través del uso del PNR identificar y rastrear los movimientos de terroristas, y determinados objetivos seleccionados por razones de seguridad, así como identificar a individuos responsables de delitos graves. Actualmente, esta iniciativa ha sido sustituida por el Border Systems Portfolio, en el cual las analíticas que se realizan sobre el PNR son consideradas como un elemento fundamental en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia más grave. Véase House of Commons Committee of Public Accounts (2016).

⁴ En los Estados Unidos, se aprobó la Aviation and Transport Security Act 2001, esta fue la primera norma que tras los ataques de septiembre de 2001 estableció como obligatorio el registro de los datos de los pasajeros de las aerolíneas a través del PNR. Esta norma requería a las compañías aéreas que operaban con vuelos hacia, desde, o a través de los Estados Unidos, a proporcionar a las autoridades norteamericanas acceso electrónico a los datos del PNR que incluían nombres, direcciones, datos bancarios, información sobre tarjetas de crédito, e incluso información sobre las comidas solicitadas en los vuelos. Esta ley se debe enmarcar en la nueva doctrina conocida como War on Terror que legitimaba

en sede parlamentaria del RGPD y de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 responde a una suerte de expiación de culpas de una UE que, con la aplicación de la última norma, pone en peligro sus propios principios y valores.

Tal afirmación no es gratuita, sino que se apoya en las iniciativas del propio Parlamento Europeo, que, después de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictase la sentencia *Digital Rights Ireland (DRI)* de 8 de abril de 2014,⁵ la cual anuló la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, mostró sus reservas y dudas legales sobre el Acuerdo entre Canadá y la Unión Europea sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros. En efecto, la cámara legislativa europea solicitó al TJUE un dictamen en el cual se dilucidase su compatibilidad con el marco europeo de derechos fundamentales, en especial la intimidad y la protección de datos. La Gran Sala del TJUE en su Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia del 26 de julio de 2017 sobre el mencionado Acuerdo, finalmente, ha señalado que este instrumento no es compatible con los artículos 7 (respeto a la vida privada y familiar), 8 (respeto a la protección de datos personales) y 52 apartado 1 (principios de necesidad, proporcionalidad y finalidad en la injerencia en los derechos) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Con la DRI y con el reciente Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017, el TJUE ha asentado una doctrina garantista de la intimidad y la protección de datos personales, como ha hecho en otras

a recortar los derechos y las libertades de los ciudadanos norteamericanos y extranjeros a favor de la seguridad nacional.

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 8 de abril de 2014, dictada en los asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12.

resoluciones,⁶ la cual supone un profundo cuestionamiento, no solo de los acuerdos de transferencia de datos PNR a terceros Estados, sino también del esquema PNR que quiere implementar la propia directiva. Igualmente, conviene recordar que el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) ya había recomendado en su Opinión 5/2015⁷ que el legislador europeo aplazase la aprobación de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 hasta conocer el resultado del mencionado dictamen. No obstante, por motivos de oportunidad política, tal como se ha apuntado, se aprobó la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 junto al RGPD apuntalando la idea de un *privacy package*.

En consecuencia, existen fundados argumentos para cuestionar la compatibilidad del esquema PNR establecido por la mencionada directiva y el marco europeo que protege y garantiza la intimidad y la protección de datos personales. Por tanto, la respuesta a la pregunta planteada en el título de este artículo debería ser afirmativa, pues se ha producido un desequilibrio a favor de la seguridad que implica la asunción de la doctrina norteamericana involucionista de derechos y libertades civiles asentada tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 (Kaunert, Léonard y MacKenzie, 2012). Así, el objetivo principal de este estudio es analizar los elementos sustanciales de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 en relación con el respeto a la intimidad y la protección de datos personales. Con tal finalidad, el presente capítulo, además de esta introducción, se divide en los siguientes apartados: “La aprobación de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de

⁶ Véase, v. g. la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 6 de octubre de 2015, sobre la validez de las transferencias de datos a los Estados Unidos, que supuso la anulación de los acuerdos conocidos como Safe Harbor y la posterior aprobación del Privacy Shield.

⁷ European Data Protection Supervisor, Opinion 5/2015, Second Opinion on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the use of Passenger Name Record data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime. Con anterioridad había emitido con fecha 25 de marzo de 2011 un informe sobre la misma materia.

abril de 2016: el contexto de la creciente amenaza yihadista en territorio europeo”; “La implementación del esquema PNR: las unidades de información de pasajeros (UIP) y los sistemas de análisis masivo de datos”; “Análisis del PNR en relación con la protección de datos personales”, a lo que se añade las “Conclusiones” y las “Referencias”.

LA APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2016/681 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 27 DE ABRIL DE 2016: EL CONTEXTO DE LA CRECIENTE AMENAZA YIHADISTA EN TERRITORIO EUROPEO

En abril de 2016, tal como se ha señalado, la UE aprobó la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, la cual deberá ser incorporada a los ordenamientos de los Estados miembros antes del 25 de mayo de 2018.⁸ El objetivo principal de esta norma, como ya se ha apuntado, es permitir que las agencias de seguridad e inteligencia accedan a los datos relativos al PNR para prevenir, detectar, investigar y perseguir casos de terrorismo y delitos graves.⁹

La UE se había planteado con anterioridad a la aprobación de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, siguiendo modelos precedentes como el de los Estados Unidos, Australia, Canadá y el Reino Unido,¹⁰ la necesidad de crear un esquema para analizar los datos de los pasajeros. En efecto, en 2004, la UE adoptó la Directiva 2004/82/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, la cual estableció la obligatoriedad de las compañías aéreas de comunicar los datos de los pasajeros.¹¹ La Directiva, sin embargo, se centraba en la transferencia de la *advanced passenger information* (API). La API difiere del

⁸ Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, artículo 18 (1).

⁹ Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, para. (2).

¹⁰ Véase *supra* notas 5, 6 y 9.

¹¹ Directiva 2004/82/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas.

PNR en que esta contiene la información que se puede registrar automáticamente de los pasaportes de las personas, la cual incluye nombre, fecha de nacimiento, nacionalidad y número de pasaporte. En cambio, el PNR se nutre de la información que proporciona el pasajero cuando lleva a cabo la reserva, en consecuencia, cuenta con una información mucho más detallada que incluye el método de pago, requerimientos relacionados con la dieta del pasajero, información personal de contacto, así como un itinerario completo de viaje. Sin embargo, los datos del API son objetivos, y fijados por las autoridades, mientras que el PNR, al ser suministrado por el propio interesado, contiene información no contrastada. En este sentido, como se verá, desde el punto de vista de la protección de datos, la preocupación se hallaría en la capacidad de las agencias de seguridad de elaborar perfiles muy completos a partir de estos. Estos aspectos son los que motivaron su cuestionamiento, no solo desde las organizaciones de defensa de los derechos civiles, sino también, como veremos, de instituciones como el SEPD.

En todo caso, el menor número de datos afectados propició que la adopción de esta directiva fuese más rápida. Del mismo modo, la Directiva 2004/82/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 dispuso en su artículo 3 que la información relacionada con sus pasajeros debía ser aportada a las autoridades de vigilancia fronteriza a requerimiento de estas. En consecuencia, esta normativa establecía una transmisión de información solo cuando se producía una petición por parte de las autoridades, mientras que el PNR supone una transmisión sistemática de cada vuelo, entrando o abandonando, el territorio de cualquier Estado miembro.¹² Esta diferencia implica una injerencia masiva y generalizada que, como veremos, puede resultar incompatible con la normativa de protección de datos europea.

Tratando de extender estos sistemas analíticos basados en los datos de los pasajeros, el Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (Consejo Europeo, 2010) instó en 2010 a la Comi-

¹² Sobre los antecedentes del actual esquema del PNR, así como los acuerdos con Estados Unidos, Australia y Canadá, véase Pérez, Gil y Gacitúa (2011).

sión Europea a presentar una propuesta sobre la utilización del PNR para prevenir, detectar, investigar y enjuiciar delitos de terrorismo y los delitos graves. En 2011, siguiendo el mandato del mencionado programa, se elaboró la propuesta de Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave. Sin embargo, no llegó a ver la luz porque no se garantizaba suficientemente la protección de los datos personales de los pasajeros.

Tras los intentos frustrados en 2011 de implementar un sistema analítico basado en el PNR, los terribles ataques terroristas que sufrió el corazón de Europa, en París (enero y noviembre de 2015) y en Bruselas (en marzo de 2016), con la escalofriante cifra de 179 víctimas mortales, creó la firme voluntad en la UE de activar sistemas antiterroristas que permitan luchar con instrumentos sofisticados contra esta lacra. Por otra parte, la existencia de los denominados *foreign fighters* que utilizan transporte aéreo para trasladarse a zonas conflictivas de Oriente Medio, en especial las que se encuentran bajo el control del autodenominado Islamic State of Iraq and Syria (ISIS), igualmente hizo que surgiese la necesidad de la creación del sistema basado en el PNR.

Estos adeptos al grupo terrorista, en su mayoría con ciudadanía de algún Estado miembro, regresan a la UE suponiendo una gran amenaza, pues han recibido un fuerte adoctrinamiento que les hace radicalizarse en sus convicciones, a lo que se debe acompañar de un elevado entrenamiento en el manejo de armas y explosivos. Además, muchos de ellos han recibido instrucciones para cooptar nuevos partidarios y organizar cédulas terroristas que pueden acabar cometiendo atentados en la UE (Reinares, 2007). En 2015, en el periodo previo a la aprobación de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se estimaba que el número de ciudadanos procedentes de Francia, el Reino Unido y Bélgica que habían viajado a Siria e Irak para sumarse al ISIS y habían regresado a territorio europeo superaba los 3000 (Lowe, 2016). Estas circunstancias, sin duda muy alarmantes, condujeron a la UE a plantearse la necesidad de

introducir una nueva directiva sobre el PNR para monitorear los flujos de pasajeros de aerolíneas con entrada o salida en la UE.

La lucha antiterrorista se erige, en efecto, en uno de los principales objetivos de la creación de un esquema PNR en la UE. La definición de delitos de terrorismo que se aplica en la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 es la misma que la de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. La definición de los delitos graves, el otro gran objetivo del sistema, engloba las categorías de delito enumeradas en el anexo II de la norma.¹³ La naturaleza de los delitos afecta, además, las condiciones de acceso de las autoridades nacionales competentes, pues el requisito de que la solicitud se base en los denominados indicios suficientes parece no cumplir con los criterios de claridad y concreción establecidos en la DRI.¹⁴ Por otra parte, el umbral es particularmente bajo y puede dar lugar a consultas generalizadas por parte de las autoridades policiales, mientras que no se sabe con certeza quién comprobará la existencia de los mencionados indicios. Por último, en cuanto a las infracciones cubiertas por el ámbito de aplicación de la direc-

¹³ Anexo II. Lista de los delitos a que se refiere el artículo 3, punto 9, es la siguiente: 1. pertenencia a una organización delictiva, 2. trata de seres humanos, 3. explotación sexual de niños y pornografía infantil, 4. tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 5. tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, 6. corrupción, 7. fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de la Unión, 8. blanqueo del producto del delito y falsificación de moneda, con inclusión del euro, 9. delitos informáticos/ciberdelincuencia, 10. delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas, 11. ayuda a la entrada y residencia ilegales, 12. homicidio voluntario, agresión con lesiones graves, 13. tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, 14. secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, 15. robo organizado y a mano armada, 16. tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte, 17. falsificación y violación de derechos de propiedad intelectual o industrial de mercancías, 18. falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos administrativos falsos, 19. tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, 20. tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares, 21. violación, 22. delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, 23. secuestro de aeronaves y buques, 24. sabotaje, 25. tráfico de vehículos robados, 26. espionaje industrial.

¹⁴ Véase sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 8 de abril de 2014, dictada en los asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12.

tiva, aunque en el anexo II se establece una lista, los datos del PNR podrían seguir utilizándose para otras infracciones, incluidas las leves, cuando se detecten en el curso de una investigación posterior a la inicial.

A continuación, se va analizar cómo se implementa el sistema.

LA IMPLEMENTACIÓN DEL ESQUEMA PNR: LAS UIP Y LOS SISTEMAS DE ANÁLISIS MASIVO DE DATOS

Los principales objetivos de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, según su propia exposición de motivos, son garantizar la seguridad, proteger la vida y la seguridad de los ciudadanos y crear un marco jurídico para la protección de los datos del PNR. Para implementar los mencionados objetivos, la norma prevé la creación en cada Estado miembro de la UE (con la excepción de Dinamarca) de un sistema automatizado de recogida, intercambio y análisis del PNR. Igualmente, cabe señalar que los datos PNR pueden compararse con diversas bases de datos sobre personas y objetos buscados. Esta última posibilidad, como veremos, ha sido objeto de críticas por el Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017.

Su finalidad es detectar patrones de comportamiento de personas sospechosas de estar involucradas en delitos de terrorismo y delitos graves que requerirán ulterior investigación. En este sentido, como señaló el SEPDP de forma explícita, los datos PNR no pueden ser utilizados más allá de los fines estrictamente identificados por la propia directiva.¹⁵ En cuanto al desarrollo y la ejecución de este sistema, este se basa en técnicas de *big data*, y se lleva a cabo a través de lo que la propia norma denomina UIP. Los datos del PNR están destinados, en consecuencia, a ser analizados de forma sistemática me-

¹⁵ Apartado 27, European Data Protection Supervisor, Opinion 5/2015, Second Opinion on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the use of Passenger Name Record data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime.

diente procedimientos automatizados, basados en modelos y criterios pre-establecidos. Dichos datos pueden asimismo verificarse automáticamente mediante cotejo con otras bases de datos. En este sentido, el TJUE señala que tales tratamientos pueden proporcionar información adicional sobre la vida privada de los pasajeros aéreos.¹⁶

En todo caso, las analíticas comprenden el procesamiento de un mínimo de diecinueve categorías de datos que van desde los datos identificativos del pasajero, fechas de reserva, datos de pago, itinerarios, información sobre viajeros asiduos, “observaciones generales”, el sistema de información anticipada sobre los pasajeros (API), también incluye a los grupos de personas registrados con el mismo número de reserva e información relativa al equipaje. Queda excluido cualquier dato personal que revele el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las creencias religiosas o filosóficas, la pertenencia a un sindicato, la vida u orientación sexual de una persona.¹⁷

Por otra parte, aun cuando algunos de los datos del PNR, aisladamente considerados, no parezcan poder revelar información importante sobre la vida privada de las personas afectadas, no deja de ser cierto que conjuntamente considerados dichos datos pueden revelar, entre otros extremos, un itinerario de viaje completo, hábitos de viaje, relaciones existentes entre dos o varias personas así como información sobre la situación económica de los pasajeros aéreos, sus hábitos alimentarios o su estado de salud, que podrían incluso proporcionar datos sensibles sobre dichos pasajeros.¹⁸ En este sentido, el SEPD recomendó que la directiva asegurase que los datos

¹⁶ Considerando 131 del Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017.

¹⁷ En todo caso, el Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017 establece que el acceso a los datos PNR para su utilización, o incluso para su conservación, afectan al derecho fundamental al respeto a la vida privada, garantizado en el artículo 7 de la Carta, el cual se corresponde a toda información relativa a una persona identificada o identificable (considerando 122).

¹⁸ Considerando 128 del Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017.

obtenidos perteneciesen a un periodo determinado de tiempo, a una zona geográfica y un círculo particular de personas como aquellas implicadas en delitos de terrorismo y crímenes graves.

Los datos del PNR consisten, por tanto, en información suministrada por los propios pasajeros, que tal como se ha señalado, no ha sido verificada ni por las compañías aéreas ni por ninguna autoridad. Esta información es recogida y conservada en los sistemas de control de reservas y salidas de las compañías aéreas para desarrollar las funciones propias de su actividad de transporte.

Por otra parte, con el establecimiento de las UIP, la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 apuesta por una recopilación descentralizada de los datos del PNR, considerando esta una mejor opción, tal como señala Brouwer (2009), para proteger los datos personales y minimizar los costes de su puesta en marcha y operabilidad. No obstante, desde el punto de vista de la garantía del legítimo acceso, el uso lícito y la seguridad de la información, un modelo centralizado se alinea con las buenas prácticas de la gobernanza de las TIC (*IT governance* [ITG]). En todo caso, los Estados son los que deben hacerse cargo de los costes de estas unidades, así como asumir un protagonismo en los intercambios de información con otros Estados miembros a través de Oficina Europea de Policía (Europol) y utilizando las respectivas UIP. Y atendiendo a la transnacionalidad tanto del terrorismo como de la delincuencia grave se torna en un “objetivo crítico” (SEPD, Opinión 2/2015).

En cuanto al mencionado intercambio de la información entre los Estados miembros, el considerando 19 de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 señala que

Los Estados miembros deben intercambiar a través de Europol los datos PNR que reciban cuando ello se considere necesario para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de delitos de terrorismo o delitos graves. Las UIP deben transmitir, cuando proceda y sin demora, los

resultados del tratamiento de datos PNR a las de otros Estados miembros, para ulterior investigación. Las disposiciones de la presente Directiva se entienden sin perjuicio de otros instrumentos de la Unión relativos al intercambio de información entre la policía u otras autoridades policiales y las judiciales, incluida la Decisión 2009/371/JAI del Consejo, y la Decisión marco 2006/960/JAI. Este intercambio de datos PNR entre las autoridades policiales y judiciales debe regirse por las normas de cooperación policial y judicial y no socavar el alto nivel de protección de la intimidad y de los datos personales exigidos por la Carta, el Convenio n.º 108 y el CEDH. (Exposición motivos Directiva, considerando 23)

A pesar de la relevancia de los Estados en el esquema PNR que se acaba de subrayar, conviene destacar cómo la participación del sector privado en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia grave se amplía considerablemente, sobre todo si se tiene en cuenta que las obligaciones de las compañías aéreas se extienden a los operadores económicos no transportistas (por ejemplo, las agencias de viajes). Además, la inclusión de los vuelos intracomunitarios en el ámbito de aplicación de la directiva amplía considerablemente el alcance de la vigilancia. En efecto, ya en 2011 se observó que los vuelos intracomunitarios representan la mayoría de los vuelos de la UE (42 %), seguidos de los vuelos internacionales (36 %) y solo el 22 % de los vuelos operan en un solo Estado miembro (documento 8016/11 del Consejo). En este marco, el movimiento de la gran mayoría de los viajeros, incluidos los ciudadanos de la UE, se somete a un control constante, independiente de que sean *a priori* inocentes y no sospechosos de ningún delito. De hecho, el funcionamiento del sistema PNR implica la inversión de la presunción de inocencia, según la cual se considera que toda persona puede constituir un riesgo para la seguridad, por lo que es necesario examinarla para confirmar o refutar esta presunción. Además, no hay diferenciación entre los vuelos que transportan a personas en riesgo y otros.

La evaluación de los datos del PNR que realizan las UIP siguiendo el procedimiento que se acaba de describir permite la identificación de personas que no son consideradas sospechosas de estar implicadas en delitos de terrorismo o en delitos graves antes de que un análisis de sus datos PNR indique

puedan existir indicios de lo contrario. Este aspecto, sin duda, es la medida que parece desproporcionada y que puede hacer que nos cuestionemos la necesidad, como se verá más adelante. En todo caso, la propia directiva establece que, para garantizar el derecho a la protección de datos personales y el derecho a la no discriminación, no debe tomarse ninguna decisión que pudiera tener efectos jurídicos adversos para una persona o afectarle gravemente en razón únicamente del tratamiento automatizado de datos PNR (considerando 16, Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 2016).

Como señala el considerando 9 de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016,

mediante la utilización de datos PNR es posible responder a la amenaza de delitos de terrorismo y delitos graves desde una perspectiva distinta del tratamiento de otras categorías de datos personales. Sin embargo, para garantizar que el tratamiento de datos se limite a lo necesario, el establecimiento y la aplicación de criterios de evaluación deben limitarse a los delitos de terrorismo y a la delincuencia grave para las que es pertinente el uso de estos criterios. Deben definirse, por otra parte, los criterios de evaluación de tal manera que el sistema señale el menor número posible de personas inocentes. (considerando 8, Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 2016)

La directiva, que como vemos reconoce los “falsos positivos”, ha creado una categoría jurídica similar a la *person of interest* del derecho estadounidense, es decir, alguien que no es sospechoso en una investigación previa, pero que su comportamiento encaja con un patrón predeterminado que lleva a las autoridades a recabar más información con el fin de prevenir o investigar posibles acciones delictivas. El hecho de que estimativamente unos trescientos millones de pasajeros en la UE sean objeto de tratamiento por los sistemas que estamos analizando, no los sitúa en absoluto dentro de esta categoría de “persona de interés”. No obstante, les convierte en integrantes de un fichero policial durante cinco años, y en objeto de una investigación automatizada, pero investigación, a fin de cuentas. Así pues, se crea un limbo jurídico, ya que en el registro permanecen personas cuyo “análisis” da un resultado

negativo, junto a aquellas con resultado “positivo”, que puede resultar “falso positivo”, y las que realmente sean terroristas o “delincuentes graves”. Evidentemente, el tercer supuesto es el que justifica y legitima el sistema, y puede ser en especial útil para detectar a los ya citados *foreign fighters* del ISIS, o a la criminalidad transnacional. El mencionado caso del Reino Unido se podría esgrimir como precedente de éxito del sistema. Sin embargo, el exprimer ministro francés, Manuel Valls, reconoció, tras los atentados de París y Bruselas, que el esquema PNR no hubiera servido para prevenirlos. Lamentablemente, los atentados de Niza, Berlín y el más reciente en Barcelona reafirman esta idea, mostrando un nuevo tipo de estrategia terrorista que ya no utiliza los aviones o se traslada a través de aeropuertos, sino que convierte a cualquier zona concurrida de las ciudades europeas en un objetivo terrorista a alcanzar sin necesidad de medios y entrenamiento especiales. Por otra parte, la radicalización que conduce al terrorismo se convierte en más difícil de detectar, ya que se producen muchas ocasiones a través de redes sociales, y entornos aislados difícilmente detectables por las fuerzas de seguridad (Montoto, 2012).

Los principales defensores de la norma, entre los que se incluye el Gobierno español y los partidos conservadores europeos, ponen el acento, sin embargo, en el aumento de la eficacia policial, destacando también el régimen de garantías y salvaguarda de los derechos que lleva aparejado el sistema. Estas garantías, que veremos a continuación, habían sido insuficientes para que los grupos de izquierdas y liberales del Parlamento Europeo apoyasen la norma; no obstante, la presión por los mencionados atentados en París y Bruselas, y la aprobación del emblemático RGPD, en tanto que supragarantía del sistema, llevó a aquellos a un cambio de posición.

A pesar de la aprobación de la norma armonizadora de la privacidad en la UE, como ya se anunció al inicio de este estudio, si examinamos los principios de funcionamiento de la herramienta y las medidas de protección previstas por la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, podríamos entender que constituye un verdadero caballo de Troya en el sistema europeo de protección de dere-

chos y libertades, que ha llevado a un nacimiento deslucido al RGPD. A continuación, se van analizar estos aspectos.

ANÁLISIS DEL PNR EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La protección de datos personales ha sido, como se ha visto, la cuestión más problemática y sensible durante el largo proceso legislativo. En este sentido, la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 muestra un manifiesto empeño de salvaguardar la intimidad y la protección de datos personales de los afectados. En primer lugar, señala que su tratamiento debe ser proporcional a los objetivos específicos de seguridad que persigue la norma.¹⁹ Seguidamente, se alinea con los artículos 8 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, los cuales establecen que se debe evitar toda discriminación por motivos como sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Finalmente, atendiendo a la actual grave crisis que atraviesa la UE con los refugiados, la norma proscribía utilizar el resultado del tratamiento de datos PNR para negar a los solicitantes de asilo unas vías seguras y efectivas de acceso al territorio de la UE para ejercer su derecho a la protección internacional.²⁰

¹⁹ En relación con los objetivos, véase el ya analizado artículo 1 apartado 2 de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016: “Los datos PNR obtenidos con arreglo a la presente Directiva podrán tratarse únicamente con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y los delitos graves contemplados en el artículo 6, apartado 2, letras a), b) y c)”.

²⁰ El TJUE establece que la comunicación de datos de carácter personal a un tercero, como una autoridad pública, constituye una injerencia en el derecho fundamental consagrado en el artículo 7 de la Carta, cualquiera que sea la utilización posterior de la información comunicada. Igualmente, sostiene la misma consideración sobre la conservación de los datos de carácter personal y del acceso a esos datos con vistas a su utilización por parte de las autoridades públicas. A este respecto, carece de relevancia que la información relativa a la vida privada de que se trate tenga o no carácter sensible o que los interesados hayan sufrido o no inconvenientes en razón de tal injerencia. Véase Dictamen 1/15 del

No obstante, esta supuesta militancia en defensa de los datos personales que esgrime la norma sufre una quiebra, cuando realizamos el test de conformidad con el marco legal de privacidad europeo del método analítico descrito en el anterior apartado desarrollado por las UIP. En efecto, el sistema PNR, basado en la recogida masiva e indiscriminada de datos personales hace saltar por los aires los principios de proporcionalidad, necesidad y adecuación en la injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos. La más profunda tradición democrática y defensa de los derechos fundamentales exige un sosegado test de ponderación caso a caso cuando se produce la afectación a un derecho fundamental aunque esté motivada por razones de seguridad pública o en el seno de una investigación.²¹ El examen *a posteriori* que requiere la norma no es homologable en ninguna caso a este examen previo y, obviamente, no impide que la vulneración a gran escala e indiscriminada ya se haya producido.

El SEPD en su opinión sobre el proyecto de Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 ya advirtió, como vemos sin mucho éxito, que el sistema debía cumplir con el mencionado test previo de ponderación: “El único propósito que sería compatible

Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017, considerando 124. Véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de mayo de 2003, Österreichischer Rundfunk y otros, C-465/00, C-138/01 y C-139/01, EU:C:2003:294, apartados 74 y 75; de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland y otros, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238, apartados 33 a 35, y de 6 de octubre de 2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, apartado 87.

²¹ No obstante, la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, aboga por todo lo contrario: “Teniendo plenamente en cuenta los principios de la jurisprudencia recientemente expuesta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la aplicación de la presente debe garantizar en el pleno respeto de los derechos fundamentales y el derecho a la intimidad, así como el principio de proporcionalidad. Asimismo, debe responder realmente a los objetivos de necesidad y proporcionalidad para favorecer los intereses generales reconocidos por la Unión y a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia grave. La presente Directiva debe aplicarse cuando exista una justificación suficiente y deben preverse las garantías necesarias para asegurar la legalidad de cualquier tipo de almacenamiento, análisis, uso o transferencia de datos PNR Exposición motivos Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, considerando 22”.

con los requisitos de transparencia y proporcionalidad, sería el uso de datos PNR caso por caso, como se menciona en el Artículo 4.2 (c), pero solo en el supuesto de un amenaza concreta establecida por indicadores concretos”. Además, el supervisor europeo señaló que el legislador debía establecer criterios objetivos que determinasen los límites del acceso y el procesamiento posterior de los datos por parte de las autoridades nacionales competentes. Finalmente, él concluyó que la propuesta de directiva no se ajustaba a los requerimientos de necesidad y proporcionalidad impuestos en los artículos 7, 8 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, el artículo 8 de la CEDH y el artículo 16 del TFEU. El grupo del artículo 29 siguió el mismo punto de vista en marzo de 2015 en una carta dirigida a la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (Letter of the Chair of the ART 29 WP to eHEALTH).

En consecuencia, los retos que plantea el desarrollo del sistema PNR de la UE a la protección de la intimidad y los derechos de protección de datos son graves. En esencia, al igual que en el caso de los acuerdos PNR, la directiva permite la transferencia, el almacenamiento y el tratamiento posterior sistemáticos, generales e indiscriminados de una amplia gama de datos personales de millones de viajeros desde y hacia la UE. Basándonos en la DRI, en las opiniones del SEPD y en el Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017 se va a analizar a continuación los diversos elementos del esquema PNR aprobado que pueden colisionar con la normativa de privacidad de la UE.

LA FALTA DE TRANSPARENCIA Y CLARIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ELABORACIÓN DE LOS “PERFILES DE INTERÉS”

La Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 no describe cómo deben realizarse los análisis del PNR, qué límites y cómo deben confeccionarse los algoritmos que permiten la automatización y la obtención de los perfiles que pueden llegar a ser objeto de posterior investigación. La determinación de los criterios predefinidos o patrones de comportamiento es, en efecto, una cuestión clave a la hora de garantizar la protección de los derechos fundamentales.

La evaluación del riesgo, por otra parte, se lleva a cabo de forma muy poco clara, sobre todo porque esta no prescribe de forma exhaustiva y detallada cómo se analizarán los datos. La justificación subyacente es la elaboración de perfiles de todos los pasajeros y la identificación de patrones de comportamiento por medio de una lógica probabilística, pero no indica que se vaya a desarrollar de esta manera. Por otra parte, la utilización de un sistema de análisis del PNR puede colisionar con el RGPD que exige que el afectado conozca con total transparencia y claridad la lógica que se utiliza en la elaboración de los perfiles.²²

Al SEPD en su opinión sobre el proyecto de Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (SEPD, Opinión 2/2015) ya había recomendado incorporar algunas recomendaciones recogidas de la DRI que intentaban prevenir de los problemas que se han señalado. Esta resolución judicial del TJUE estableció que las reglas, aplicables a los sistemas que tratan de manera automatizada grandes cantidades de datos: a) deben ser específicas y adaptadas a la gran cantidad de datos cuya retención requiere dicha directiva, b) deben atender a la naturaleza sensible de esos datos y c) deben tener en cuenta el riesgo de acceso ilegal a los datos que puedan comprometer su integridad y confidencialidad.

²² Artículo 22 del RGPD. “Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. 1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. 2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado. 3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. 4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado”.

Por otra parte, el *modus operandi* de las UIP puede colisionar también con el artículo 8 apartado 2 del CEDH, y con el artículo 52 apartado 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del TEDH, todo acto legislativo debe cumplir los requisitos de accesibilidad y previsibilidad en cuanto a sus efectos (sentencia Rotaru contra Rumanía). La falta de normas claras sobre la forma en que se llevará a cabo el tratamiento de los datos conlleva que los viajeros no puedan prever el alcance total de la legislación. Ciertamente, hay poderosas razones de seguridad para que la mencionada lógica sea confidencial para los afectados, pero siendo el núcleo del sistema, sería deseable que se sometiese a un control externo, ya sea de un *watchdog*, como señala el TJUE en el Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017 o en la DRI²³ o en el SEPD,²⁴ o lo que sería preferible, atendiendo a la naturaleza de los derechos afectados y la injerencia que experimentan, una autoridad judicial que verificase el respeto a los derechos humanos del sistema (Brouwer, 2009).

²³ Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017, g) garantizar que una autoridad de control independiente se encargue de la supervisión de las normas establecidas en el Acuerdo previsto, relativas a la protección de los pasajeros aéreos frente al tratamiento de los datos del PNR referentes a ellos. Véase también la DRI apartado 60: “En especial, el acceso a los datos conservados por las autoridades nacionales competentes no se supedita a un control previo efectuado, bien por un órgano jurisdiccional, a lo cual ya nos hemos referido más arriba, o bien por un organismo administrativo autónomo, cuya decisión tenga por objeto limitar el acceso a los datos y su utilización a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo perseguido y se produzca a raíz de una solicitud motivada de dichas autoridades presentada en el marco de procedimientos de prevención, detección o enjuiciamiento de delitos”.

²⁴ Opinión del SEPD. La garantía que supone conceder acceso por parte de las autoridades competentes para los datos PNR que no estén enmascarados, debido a la alta sensibilidad de estos datos. La SEPD subraya la necesidad de una aprobación previa de la autoridad judicial o de una autoridad administrativa previa, como ya había sido propuesto por el Comité LIBE en relación con el acceso de Europol. Para la SEPD, esta autorización no es requerida para la transferencia de datos a otros Estados miembros, aunque no para Estados terceros. Por el SEPD recomienda que se establezcan las mismas garantías para todos los accesos a los datos PNR, aplicable a todos los datos PNR que sean procesados en los PIU.

En efecto, ni siquiera se ha adoptado el modelo estadounidense, que exige una autorización y control judicial del tratamiento masivo de datos por la National Security Agency (NSA) y otras agencias de inteligencia, que es llevado cabo por la Federal Intelligence Surveillance Court (Jaeger, Bertot y McClure, 2003). En su lugar, se prevé la existencia de un responsable de protección de datos,²⁵ figura de control interno que no puede suplir el control jurisdiccional. Para acceder a los datos durante el periodo de cinco años, tampoco se establece con claridad la necesidad de autorización judicial, tan solo se prevé esta de manera opcional a partir de los seis meses. Como medida de protección añadida, se establece el enmascaramiento a partir del momento indicado, la cual se antoja insuficiente a los efectos indicados.

En contraposición a estos principios de funcionamiento del esquema PNR, el TJUE en el Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017 manifiesta que el alcance de la injerencia que suponen los análisis automatizados de los datos del PNR en los derechos consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE depende fundamentalmente de los modelos y criterios preestablecidos, así como de las bases de datos en que se apoye ese tipo de tratamiento de datos (apartado 172). En consecuencia, el TJUE establece que los modelos y criterios preestablecidos deberían ser, por una parte, específicos y fiables, de modo que permitan llegar a resultados que seleccionen individuos sobre los que podría recaer una “sospecha razonable” de participación en actividades terroristas o delitos graves de carácter transnacional, y por otra parte, no discriminatorios. Por último, siempre

²⁵ Artículo 5 de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016: “1. La UIP designará a un responsable de la protección de datos para controlar el tratamiento de los datos PNR y aplicar las garantías oportunas. 2. Los Estados miembros dotarán al responsable de la protección de datos de los medios necesarios para que desempeñe sus funciones y cometidos con arreglo al presente artículo de manera eficaz e independiente. 3. Los Estados miembros velarán por que el interesado tenga derecho a ponerse en contacto con el responsable de la protección de datos, como punto de contacto único, para todas las cuestiones relacionadas con el tratamiento de sus datos PNR”.

en el contexto del Acuerdo entre Canadá y la Unión Europea sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros, el alto tribunal europeo entiende que debería precisarse que las bases de datos con las que se cotejan los datos del PNR deben ser fiables, estar actualizadas y limitarse a bases de datos utilizadas en relación con la lucha antiterrorista y los delitos graves de carácter transnacional.

Por otra parte, el TJUE manifiesta que, atendiendo a que los análisis automatizados de los datos del PNR conllevan necesariamente cierto margen de error (los mencionados “falsos positivos”), cualquier resultado positivo obtenido gracias a un tratamiento automatizado de dichos datos debe reexaminarse individualmente por medios no automatizados antes de adoptar una medida individual que produzca efectos perjudiciales para los pasajeros aéreos afectados (Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017, apartado 173). En definitiva, siguiendo el criterio del alto tribunal, una medida de este tipo no debería basarse de forma decisiva exclusivamente en el resultado de un tratamiento automatizado de los datos del PNR.

La Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, en consecuencia, no precisa con claridad y transparencia estos criterios, haciendo una peligrosa concesión al ambiguo e indeterminado concepto de *automatizado*, en el cual, como hemos señalado, radica la esencia del sistema. Y abundando en este aspecto, también hubiera sido deseable que la directiva apostase claramente por principios destacados por el RGDP como la *privacy by design* o la *privacy by default*. Por último, hay datos personales incluidos en el PNR, como la elección de un menú sin cerdo y alcohol en un vuelo, de los que se puede inferir la religión, o el hecho de viajar acompañado de alguien del mismo sexo y que reside en el mismo domicilio, que puede indicar tendencia sexual. En consecuencia, a través de la elaboración de perfiles, se podría vulnerar la propia directiva, que impide el uso de datos sensibles (ideología, religión, orientación sexual, etc.). Por otra parte, se realiza una alarmante remisión genérica, cuando se afirma que podrán consultarse las “bases de datos pertinentes”, pero no deja claro cuáles son. Estas podrían ser

aquellas que almacenan las huellas dactilares de los solicitantes de asilo o los datos de los solicitantes de visado (Eurodac y VIS, respectivamente).

SOBRE LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS PASAJEROS Y LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN, DE ACCESO Y DE RECTIFICACIÓN

La Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 prescribe que cada Estado deberá garantizar que todo pasajero tenga los mismos derechos de protección de sus datos personales, derechos de acceso, rectificación, supresión y restricción, y derechos de indemnización y recurso judicial que los establecidos en el derecho de la UE y nacional y en aplicación de los artículos 17, 18, 19 y 20 de la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. Por otra parte, conviene recordar que el artículo 8, apartado 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, garantiza que las personas cuyos datos de carácter personal hayan sido recogidos tengan derecho a acceder a ellos y a obtener su rectificación (Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017, apartado 218). Además, respecto del artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, el TJUE ya ha declarado que el derecho fundamental al respeto de la vida privada, consagrado en dicho artículo, conlleva que la persona de que se trate pueda cerciorarse de la exactitud y de la licitud del tratamiento de sus datos personales (apartado 219). Para poder efectuar las comprobaciones necesarias, esa persona debe disfrutar del derecho de acceso a los datos que le conciernan y sean objeto de tratamiento.²⁶

Para garantizar el respeto de esos derechos, es importante, como ha señalado el TJUE, que los pasajeros aéreos sean informados de la transferencia de sus datos del PNR y de la utilización de esos datos, siempre que tal comunicación no pueda perjudicar a las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades (Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de

²⁶ Véase la sentencia de 7 de mayo de 2009, *Rijkeboer*, C-553/07, EU:C:2009:293, apartado 49.

26 de julio de 2017, apartado 219). En efecto, tal información resulta, de hecho, necesaria para que los pasajeros aéreos puedan ejercer su derecho a solicitar el acceso a los datos del PNR que les conciernan y, en su caso, su rectificación, así como a interponer, con arreglo al artículo 47, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, un recurso efectivo ante un tribunal.²⁷ No obstante, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE (apartado 219), únicamente debe procederse a esa información siempre que no pueda perjudicar las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades públicas contempladas en el Acuerdo entre Canadá y la Unión Europea sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (apartado 224).

FALTA DE PROPORCIONALIDAD Y DE NECESIDAD DE LAS MEDIDAS ACORDADAS

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en su artículo 52, apartado 1, establece que dentro del respeto del principio de proporcionalidad solo podrán introducirse limitaciones a estos derechos y libertades cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la UE o a la necesidad de protección de los derechos y las libertades de los demás. Cabe añadir que este requisito implica que la legislación que permita la injerencia en dichos derechos debe definir con claridad el alcance de la limitación del ejercicio del derecho afectado.²⁸

Por otra parte, la protección del derecho fundamental al respeto de la vida privada en el ámbito de la UE exige, con arreglo a la jurisprudencia reiterada del TJUE, que las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de esa protección no excedan de lo estrictamente necesario.²⁹

²⁷ Véase la sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Tele2 Sverige y Watson y otros*, C-203/15 y C-698/15, EU:C:2016:970, apartado 121.

²⁸ Véase, Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017, apartado 139, la sentencia de 17 de diciembre de 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832, apartado 81.

²⁹ Apartado 140, Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de

Para cumplir este requisito, la normativa controvertida que conlleve la injerencia debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos se hayan transferido dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso. En particular, esta normativa deberá indicar en qué circunstancias y con arreglo a qué requisitos puede adoptarse una medida que contemple el tratamiento de tales datos, y así garantizar que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario. *A fortiori*, la necesidad de disponer de tales garantías reviste especial importancia cuando los datos personales se someten a un tratamiento automatizado (Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017, apartado 141). Estas consideraciones son aplicables en especial cuando está en juego la protección de los datos sensibles.³⁰

En consecuencia, los datos PNR que obtengan las UIP deberán responder a las legítimas necesidades de las autoridades públicas, para prevenir, detectar, investigar y enjuiciar los delitos de terrorismo y los delitos graves. Esta finalidad, según la propia directiva, debe hacerse con el objetivo de lograr la seguridad, pero también la protección de los derechos fundamentales y, en particular, el derecho a la intimidad y la protección de datos personales.

El SEPD mostró su escepticismo en relación con que la noción de inmediatas amenazas a la seguridad pública y los crímenes transnacionales graves eran suficientemente específicos para ser conformes a la decisión sobre la DRI

2017, sentencias de 16 de diciembre de 2008, *Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia*, C-73/07, EU:C:2008:727, apartado 56; de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland y otros*, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238, apartados 51 y 52; de 6 de octubre de 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, apartado 92, y de 21 de diciembre de 2016, *Tele2 Sverige y Watson y otros*, C-203/15 y C-698/15, EU:C:2016:970, apartados 96 y 103.

³⁰ Sentencias de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland y otros*, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238, apartados 54 y 55, y de 21 de diciembre de 2016, *Tele2 Sverige y Watson y otros*, C-203/15 y C-698/15, EU:C:2016:970, apartados 109 y 117. Véase, en este sentido, TEDH, sentencia de 4 de diciembre de 2008, *S. y Marper c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204, § 103.

(SEPD Opinión 2/15). Por otra parte, incluso llegó a señalar que, de acuerdo con la información con la que se contaba, no había elementos razonables para sostener la necesidad de implantar el PNR para lograr sus objetivos. El SEPD partía de la idea de que se podían utilizar los instrumentos existentes para cumplir con los propósitos del PNR,³¹ es decir, la plataforma SIS (Simplified Invoicing and Settlement³²) y el sistema APIS (Advanced Passenger Information System).³³ El SEPD señaló que, de acuerdo con los elementos disponibles, las últimas versiones de la propuesta no mostraban que se hubiera realizado una evaluación adecuada según las sentencias del TJUE. El alto supervisor europeo completaba la existencia de nuevos enfoques de investigación para monitorear de manera más efectiva a sospechosos conocidos por la policía y las autoridades judiciales. En consecuencia, se sumaba a la crítica que se ha realizado en este artículo en relación con la eficacia del instrumento atendiendo a las nuevas estrategias que está llevando a cabo el terrorismo, las cuales están abandonando significativamente el elemento aéreo y además evitan los controles transfronterizos con movimientos locales o por transporte terrestre (Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017, apartado 2).

En relación con la presunta necesidad de armonización de las normas de protección de datos, los diferentes esquemas de PNR adoptados por varios Estados miembros, el SEPD recuerda que en 2012, a pesar del rechazo de la propuesta por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de

³¹ Esto fue manifestado en la Opinión de 25 de marzo de 2011 del SEPD, y también recogida por el Parlamento Europeo en una de sus resoluciones (Resolución de 11 de febrero de 2011 del Parlamento Europeo).

³² "SIS is the industry platform that facilitates the electronic invoicing and settlement process by streamlining key processes, unifying invoicing standards, and reducing paper wastes, ultimately fostering a simpler and more efficient environment for airlines and aviation business partners –such as ground handlers, maintenance companies, and manufacturers – to engage in business" (IATA, s. f.).

³³ "The APIS Final Rule (AFR), 70 Fed. Reg. 17820 (April 7, 2005), defines the data required within a carrier's electronic arrival and departure passenger manifests. Among other APIS data elements such as name and date of birth, certain document submission requirements apply to travelers arriving into or departing from the United States" (U.S. Customs and Border Protection, s. f.).

Interior, la Comisión lanzó un proyecto para financiar varios PNR nacionales (SEPD Opinión 2/15). Esta iniciativa representó un incentivo para que muchos Estados miembros adopten esquemas nacionales de PNR, contribuyendo a una falta de armonización en la UE de las salvaguardias de protección de datos en aquellos PNR, mientras que la propuesta PNR de la UE tenía por objeto armonizar las diferentes condiciones en las que los Estados miembros podrían recopilar, utilizar e intercambiar los datos PNR procesados. Por tanto, el esquema PNR de la UE no puede verse como una respuesta adecuada desde el punto de vista de la armonización de los problemas de protección de datos a nivel nacional.

Por último, el SEPD declaró que, incluso, si se estableciera la necesidad del régimen PNR de la UE, la propuesta PNR debe cumplir con los requisitos de proporcionalidad (SEPD Opinión 2/15). Esto había sido puesto en énfasis por el TJUE en la DRI, que declaró que, en cualquier caso, las excepciones y las limitaciones en relación con la protección de datos personales deben aplicarse solo en la medida en que sea estrictamente necesario.

FALTA DE TRANSPARENCIA EN LOS MÉTODOS DE RECOPIACIÓN, ACCESO Y USO

El considerando 16 de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 describe dos métodos de transferencia de datos: el método de extracción, en el que las autoridades competentes del Estado miembro que solicita los datos PNR pueden acceder al sistema de reserva de la compañía aérea y obtener una copia de los datos PNR deseados; y el método de transmisión, en el que las compañías aéreas envían los datos PNR a la autoridad solicitante, lo que permite a las compañías aéreas mantener el control de los datos suministrados. La propia directiva considera que el “método de transmisión” ofrece un nivel mayor de protección de los datos y que debe ser obligatorio para todas las compañías aéreas. En efecto, que las fuerzas de seguridad tengan un acceso permanente a los sistemas de información de las compañías aéreas, surge como un medio poco idóneo, pues supone una mayor injerencia en la organización de la compañía. Los formatos de los datos y

los protocolos que establece la directiva para su transmisión son aquellos fijados por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) sobre los datos PNR. Las compañías aéreas que no cumplan con las obligaciones fijadas en la directiva podrán ser sancionadas por los Estados.

Por otra parte, la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 establece que debe garantizarse el intercambio seguro de información sobre datos PNR entre los Estados miembros a través de cualquiera de los canales existentes de cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros, así como en particular Europol a través de la Aplicación Segura de la Red de Intercambio de Información (SIENA) de Europol. En este sentido, el SEPД ya había recomendado en su Opinión que las agencias estatales encargadas de la gestión del PNR se alineen con el régimen aplicable por Europol para restringir las condiciones de acceso. Se debe señalar que Europol está sujeta a escrutinio judicial, después del Tratado de Lisboa de 2009, pues sus acciones están revisadas por el TJUE. Además, la propuesta no menciona claramente cómo limitar estrictamente el acceso y el uso posterior de los datos en cuestión con el fin de prevenir y detectar delitos graves definidos con precisión o de enjuiciamientos penales.

Por otra parte, la UIP procesará los datos, entre otros, con el fin de responder a las solicitudes de las autoridades competentes para proporcionar datos PNR como resultado de tratamiento.³⁴ El SEPД observa que no se proporcionan criterios para acceder a los datos. Esto no cumple con las normas establecidas por el TJUE en el DRI, que establece que el legislador debe establecer los criterios objetivos por determinar los límites del acceso de

³⁴ Artículo 6 Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, apartado 2: “La UIP tratará los datos PNR solo para realizar b) responder en cada caso particular, a las peticiones debidamente razonadas y con suficiente base de las autoridades competentes de que se suministren y traten datos PNR en casos específicos a efectos de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves, y facilitar a las autoridades competentes o, en su caso, a Europol, los resultados de dicho tratamiento”.

las autoridades nacionales competentes a los datos y su posterior uso con fines de prevención, detección o delincuencia, procesamiento por delitos suficientemente graves como para justificar una injerencia. Por tanto, el SEPD alienta al legislador a definir mejor los casos específicos en los que las autoridades competentes pueden acceder a los datos PNR sobre la base de esta propuesta, a fin de garantizar el respeto de los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Finalmente, el texto no establece ninguna condición de procedimiento sobre el acceso de las autoridades policiales. Si seguimos los requisitos establecidos por la DRI, la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 no establece ningún criterio objetivo que permita limitar el número de personas que disponen de la autorización de acceso y utilización posterior de los datos conservados a lo estrictamente necesario teniendo en cuenta el objetivo perseguido. Tampoco se ha establecido una obligación concreta de los Estados miembros de que se fijen tales limitaciones.³⁵

PERIODO DE CONSERVACIÓN DE LOS DATOS

Para finalizar este análisis de la conformidad con el derecho a la protección de datos personales, se va a analizar el periodo de conservación de los datos. Atendiendo a la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, este debe ser el necesario y ser proporcional a las finalidades de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y los delitos graves. Su artículo 12 establece que los Estados miembros se asegurarán de que los datos PNR proporcionados por las compañías aéreas a la UIP se conservan en una base de datos de la unidad durante un plazo de cinco años a partir

³⁵ Apartado 62 de la DRI: “En particular, la Directiva 2006/24 no establece ningún criterio objetivo que permita limitar el número de personas que disponen de la autorización de acceso y utilización posterior de los datos conservados a lo estrictamente necesario teniendo en cuenta el objetivo perseguido. [...] Tampoco se ha establecido una obligación concreta de los Estados miembros de que se fijen tales limitaciones”.

de su transmisión a la UIP del Estado miembro en cuyo territorio tenga su punto de aterrizaje u origen el vuelo.

Al finalizar un plazo de seis meses desde la transmisión de datos PNR, todos los datos PNR deberán ser despersonalizados mediante enmascaramiento de los elementos que podrían servir para identificar directamente al pasajero al que se refieren los datos PNR.³⁶ Transcurrido este periodo, según el artículo 12 de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, solo se permitirá la divulgación de los datos PNR completos cuando se cumplan las finalidades establecidas por la propia norma, y haya sido aprobado por a) una autoridad judicial o b) otra autoridad nacional competente para verificar si se cumplen las condiciones para la divulgación conforme al derecho nacional, con sujeción a la información y revisión *a posteriori* del responsable de la protección de datos de la UIP.

Los Estados miembros se asegurarán de que los datos PNR sean suprimidos de modo permanente al finalizar el periodo de cinco años establecidos por la directa. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de aquellos casos en que se hayan transferido datos PNR específicos a una autoridad competente y se estén utilizando en el marco de un asunto específico a efectos de prevenir, detectar, investigar o enjuiciar los actos de terrorismo o delitos graves, en cuyo caso la conservación de los datos por la autoridad competente se registrará por el derecho nacional.

Los resultados del tratamiento serán conservados por la UIP únicamente durante el tiempo necesario para informar de un resultado positivo a las

³⁶ Artículo 12 apartado 2, datos PNR: “a) nombre(s) y apellido(s), incluidos los de otros pasajeros que figuran en el PNR y número de personas que figuran en el PNR que viajan juntas; b) dirección y datos de contacto; c) todos los datos sobre el pago, incluida la dirección de facturación, en la medida en que contengan información que pueda servir para identificar directamente al pasajero al que se refiere el PNR, o a cualquier otra persona; d) información sobre viajeros asiduos; e) observaciones generales, en la medida en que contengan información que pueda servir para identificar directamente al pasajero al que se refiere el PNR, y f) toda la API recopilada”.

autoridades competentes y a las UIP de otros Estados miembros. Cuando el resultado de un tratamiento automatizado, tras un examen individual por medios no automatizados, según el artículo 12 de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, arroje un resultado negativo, este se podrá almacenar para evitar falsos resultados positivos mientras los datos de base no se hayan eliminado.

Igualmente, se debe señalar que el TJUE en el Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017 aboga por la limitación de la conservación de los datos del PNR tras la partida de los pasajeros aéreos a los de aquellos pasajeros respecto de los que existan elementos objetivos que permitan considerar que podrían presentar un riesgo en materia de lucha contra el terrorismo y los delitos graves de carácter transnacional, lo cual entra en contradicción con los plazos establecidos por la directiva.

Por último, el Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017 establece una importante conclusión: limitar la conservación de los datos del registro de nombres de los pasajeros tras la partida de los pasajeros aéreos a los de aquellos pasajeros respecto de los que existan elementos objetivos que permitan considerar que podrían presentar un riesgo en materia de lucha contra el terrorismo y los delitos graves de carácter transnacional.

CONCLUSIONES

Los últimos atentados que han sacudido dramáticamente las principales capitales europeas han generado una enorme alarma social y han planteado a las autoridades de la UE la necesidad de desarrollar una estrategia contra-terrorista eficaz que pueda garantizar la seguridad de los ciudadanos. En este sentido, las enormes posibilidades que ofrecen las analíticas masivas automatizadas de datos, el conocido como *big data*, no puede desdeñarse como un potente instrumento para lograr luchar contra el terrorismo y contra aquellos delitos de mayor gravedad. El esquema PNR es sin duda un claro ejemplo de las posibilidades que las TIC pueden aportar para lograr

la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave. No obstante, tal como se ha analizado en el presente estudio, esta poderosa arma para garantizar el respeto de los derechos fundamentales, en especial los recogidos en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con el apartado 1 del artículo 52 del mismo texto, debe someterse a unos límites y a unas salvaguardias muy estrictas. Igualmente, para no cuestionar su proporcionalidad y la necesidad se debería restringir aquellas personas sobre las cuales haya alguna sospecha fundamentada en investigaciones. De este modo, se evitaría investigar tecnológicamente a todos los ciudadanos, puesto que la automatización no evita la injerencia en los derechos.

Lamentablemente, se debe concluir que el sistema PNR no cumple plenamente con las exigencias de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y del RGPD, y así lo ha apuntado el SEPD en sus opiniones, y el TJUE en resoluciones como la DRI o en el reciente Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017. En primer lugar, en la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 se debería determinar con mayor claridad y precisión los datos del PNR. En relación con esta cuestión, se habrían de disponer que los modelos y criterios utilizados en el marco del tratamiento automatizado de los datos del registro de nombres de los pasajeros sean específicos y fiables, y garantizar que de ningún modo puedan ser discriminatorios.

Por otra parte, alineándonos con las conclusiones del TJUE, entendemos que el PNR se debe someter la utilización de los datos PNR por las UIP, así como toda comunicación de dichos datos a otras autoridades, a requisitos materiales y procedimentales basados en criterios objetivos. Igualmente, supeditar esa utilización y esa comunicación, salvo en casos de urgencia debidamente justificados, a un control previo efectuado, bien por un órgano judicial, bien por una entidad administrativa independiente, cuya decisión por la que se autoriza la utilización se adopte a causa de una solicitud motivada de esas autoridades, presentada, en particular, en el marco de procedimientos de prevención, de descubrimiento o de acciones penales.

Finalmente, ante los argumentos que se han analizado y defendido en este estudio, debemos responder a la pregunta planteada que el esquema PNR supone un desequilibrio a favor de la seguridad, de manera similar al escenario pos-11 de septiembre en los Estados Unidos, del cual ni siquiera podemos sostener su eficacia contra el terrorismo. A buen seguro el TJUE, siguiendo con su línea jurisprudencial, se pronunciará sobre la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 en los mismos términos que el Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017.

REFERENCIAS

- Acuerdo entre Canadá y la Unión Europea sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros.
- Argomaniz, J. (2009). When the EU is the 'Norm-taker': The Passenger Name Records Agreement and the EU's Internalization of US Border Security Norms. *European Integration*, 31(1), 119-136.
- Brouwer, E. (2009). The EU passenger name record system and human rights. Transferring passenger data or passenger freedom? *CEPS Working Document*, 320.
- Consejo Europeo. (2010). *Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*. Autor.
- Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.
- Decisión marco 2006/960/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea.
- Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.
- Decisión del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol).
- Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017
- Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con

la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

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

Directiva 2004/82/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas.

European Data Protection Supervisor, Opinion 5/2015, Second Opinion on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the use of Passenger Name Record data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime.

House of Commons. (2016). *e-Borders and successor programmes*. Londres, RU: The Stationery Office Limited.

IATA. (s. f.). Simplified Invoicing and Settlement (SIS). Recuperado de <https://www.iata.org/services/finance/sis/Pages/index.aspx>

Jaeger, P. T., Bertot, J. C. & McClure, C. R. (2003). The impact of the USA Patriot Act on collection and analysis of personal information under the Foreign Intelligence Surveillance Act. *Government Information Quarterly*, 20(3), 295-314.

Jordán, J. (2014). Evolución organizativa de la militancia yihadista en España. *Real Instituto Elcano (ARI)*, 12.

Kaunert, C., Léonard, S. & MacKenzie, A. (2012). The social construction of an EU interest in counter-terrorism: US influence and internal struggles in the cases of PNR and SWIFT. *European Security*, 21(4), 474-496.

Kosta, E., Coudert, F. & Dumortier, J. (2007). Data protection in the third pillar: In the aftermath of the ECJ decision on PNR data and the data retention directive. *International Review of Law Computers and Technology*, 21(3), 347-362.

- Letter of the Chair of the ART 29 WP to eHEALTH. Recuperado de <http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news-overview.cfm>
- Lowe, D. (2016). The European Union's Passenger Name Record Data Directive 2016/681: Is it fit for purpose? *International Criminal Law Review*, 16(5), 856-884.
- Montoto I Manent, J. (2012). *Gihadisme: l'amenaça de l'islamisme radical a Catalunya*. Barcelona, España: Angle Editorial.
- Pérez Francesch, J. L., Gil, T. y Gacitúa Espósito, A. (2011). *Informe sobre el PNR. La utilización de datos personales contenidos en el registro de nombres de pasajeros: ¿fines represivos o preventivos?* Barcelona, España: Institut de Ciències Polítiques i Socials.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)
- Reinares, F. (2007). ¿Cuál es la amenaza que el terrorismo yihadista supone actualmente para España? *Boletín Elcano*, 90. Recuperado de <http://biblioteca.ribei.org/1151/>
- U.S. Customs and Border Protection. (s. f.). Advance Passenger Information System (APIS) Document Submission Requirements for Arrival into and Departure from the United States. Recuperado de <https://www.cbp.gov/document/forms/advance-passenger-information-system-apis-document-submission-requirements-arrival>
- Whitman, J. Q. (2004). The two western cultures of privacy: Dignity versus liberty. *Yale Law Journal*, 113, 1151-1221.

4

LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES POR MOTIVOS DE SEGURIDAD: LOS EXÁMENES DE SALUD OBLIGATORIOS

Guillermo García González

Universidad Internacional de La Rioja

VIGILANCIA DE LA SALUD Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Vigilancia de la salud y exámenes de salud laboral

El artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con los artículos 4.2 d) y 19 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, regula el deber genérico de protección empresarial en referencia a los riesgos derivados del trabajo, que se concreta en un haz heterogéneo de obligaciones empresariales específicas y correlativos derechos de los trabajadores, entre los cuales la vigilancia de la salud desempeña un papel primordial.

La vigilancia de la salud tiene como finalidad principal evaluar el impacto que el trabajo tiene sobre la salud. El objetivo esencial de la vigilancia de la salud reside en investigar y analizar la existencia de posibles relaciones entre la exposición a los riesgos profesionales y los perjuicios para la salud de los trabajadores, proponiendo en su caso medidas encaminadas a mejorar las condiciones laborales y el medio ambiente de trabajo (Rodríguez-Jareño, Molinero, Montserrat, Vallès y Aymerich, 2016, p. 148).

La obligación de vigilancia de la salud se regula tanto a nivel nacional como comunitario. A nivel nacional, el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre dispone que “el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo”, precepto que es complementado con el artículo 37.3 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. A través de este conjunto normativo, la legislación comunitaria, esencialmente el artículo 14 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, se transpone al derecho español haciendo hincapié el legislador interno en el carácter específico y finalista de la vigilancia de la salud y en el principio de voluntariedad. Con todo, la trasposición efectuada al ordenamiento jurídico español introduce elementos diferenciales que conforman un sistema de vigilancia de la salud complejo (San Martín, 2004, p. 183).

A pesar de que esta disciplina preventiva comprende mucho más que los reconocimientos médicos o exámenes de salud laboral, no cabe duda de que estos son parte esencial de su contenido y elemento nuclear sobre el que se cimienta la regulación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (Cavas, 2004, pp. 6 y 7).¹

Los exámenes de salud persiguen detectar precozmente cualquier enfermedad o daño que sufra o pueda sufrir el trabajador como consecuencia de la realización de su trabajo, desvelando si las medidas de prevención que se están adoptando o que se prevé adoptar son las adecuadas para eli-

¹ Algún autor, yendo más allá, ha considerado que los reconocimientos médicos constituyen el único medio de vigilar de modo eficaz el estado de salud del trabajador. Véase, en este sentido, Fernández (2004, p. 138). Con todo, y pese a la indudable importancia de los reconocimientos médicos en esta disciplina preventiva, esta no se limita exclusivamente a aquellos sino que implica muchas otras actividades de índole colectiva, tales como controles biológicos, vigilancia epidemiológica, higiene ambiental o campañas de sensibilización y formación en materia sanitaria laboral, de indudable trascendencia en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Cfr. Garrigues (1997, pp. 333-334).

minar o reducir los riesgos para su salud. Del mismo modo, los reconocimientos médicos laborales tienen como finalidad valorar si el trabajador posee la aptitud o capacidad requerida para afrontar de forma segura el trabajo que debe desempeñar (García y Pedrosa, 1999, p. 5).

La vigilancia de la salud y los derechos fundamentales inespecíficos

El derecho a la vigilancia de la salud en el ámbito de las relaciones laborales se inserta de lleno en los problemas que surgen del ejercicio de los derechos fundamentales denominados inespecíficos en el marco del contrato de trabajo (Palomeque, 1991, pp. 31 y ss.). Frente a los derechos fundamentales específicos del ámbito laboral (derecho a la huelga y a la libertad sindical), la doctrina y la jurisprudencia han consolidado la categoría de los derechos fundamentales inespecíficos o de la ciudadanía, cuyo ejercicio se encuentra atemperado en el ámbito de las relaciones laborales por la propia naturaleza del contrato de trabajo en cuanto a prestación por cuenta ajena y bajo el poder de dirección y organización del empleador.²

Resulta evidente que los derechos humanos y libertades fundamentales son derechos inherentes al individuo, incidiendo también en el ámbito de las relaciones laborales. La celebración de un contrato de trabajo implica una prestación personalísima por parte del trabajador, en la que la persona del trabajador esta intrínsecamente implicada (Gil y Gil, 2003). En la relación laboral, los derechos fundamentales del trabajador resultan condicionados o influidos por la inserción en la organización productiva ajena y por la posición jurídica activa del empleador como acreedor del trabajo más que en ningún otro contrato privado (Bravo-Ferrer y Rodríguez-Piñero, 2004).

La formalización de una relación laboral no supone la conformación de un territorio inmune a la eficacia de los derechos humanos y libertades funda-

² También han sido denominados con notable acierto bloque de constitucionalidad en la empresa o ciudadanía en la empresa. Véase Ojeda (2006).

mentales, ni tampoco la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que le son ínsitos. La plena vigencia de los derechos fundamentales en el marco del contrato laboral viene impuesta por la pacífica doctrina constitucionalista del *Drittwirkung* o eficacia horizontal de los derechos y libertades fundamentales, que son ejercitables no solo frente a los poderes públicos, sino también en el ámbito de las relaciones privadas y, consecuentemente, en el marco de la prestación laboral.³ Por ello, los derechos de la persona se incorporan a la relación laboral, generándose lo que se ha denominado recomposición constitucional del contrato de trabajo (Del Rey, 2010, p. 9). Aun así, en el ámbito laboral, el ejercicio de los derechos fundamentales debe ser modulado por las obligaciones propias del compromiso contractual y por el principio de libertad empresarial. Dicha modulación o “modalización” en el ejercicio de los derechos es insoluble con la idea de organización y poder de dirección empresarial inherente al ámbito de las relaciones laborales (Fernández, 1985, p. 426).

La cuestión se presenta harto complicada, pues resulta en muchas ocasiones complejo poder estructurar un marco jurídico estable que permita la pacífica cohabitación del poder de organización empresarial, nota básica de las relaciones laborales, con los derechos fundamentales del trabajador, singularmente su derecho a la intimidad (Martín, 2006, p. 213). Dificultad que se ve acrecentada por la concepción consolidada de los derechos fundamentales entendidos no solo como derechos subjetivos, sino como genuinos derechos positivos que los poderes públicos deben proteger y promover, garantizado su auténtica eficacia; eficacia que conlleva el ejercicio real de dichos derechos por parte de los ciudadanos, su realización, satisfacción y optimización (Häberle, 1991, p. 328). En este sentido, “los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico”, constituyendo “la expresión

³ Véase Cueva y Caro (2006, pp. 253-254). Sobre este punto, cfr. el completo estudio de Molina Navarrete (1991).

jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política”.⁴

Centrando la cuestión en las concretas colisiones que se originan en el ámbito de la relación laboral entre la vigilancia de la salud y los derechos fundamentales, los exámenes de salud laboral llevan implícitos por su propia finalidad y naturaleza una intromisión en la esfera privada del trabajador, que tiene incidencia en distintos derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. En este sentido, afectan directamente a los derechos a la dignidad, a la intimidad, a la libertad personal, a la no discriminación por razones de salud y a la protección de datos de carácter personal.⁵ El análisis de los meritados conflictos y la propuesta de eventuales vías de resolución de estos requieren una reflexión que, excediendo del ámbito jurídico laboral, se adentre en aspectos de índole constitucional.

Principios jurídicos de tutela de los derechos fundamentales del trabajador en relación con la vigilancia de la salud

Con el fin de cohonestar el deber empresarial de garantizar la seguridad y la salud en el trabajo, centrada en este punto en los exámenes de salud laboral, y los referidos derechos fundamentales de los trabajadores, el ordenamiento jurídico español ha articulado distintos principios jurídicos cuya aplicación debe presidir los reconocimientos médicos laborales. Estos principios, matizados en su interpretación por una prolija jurisprudencia, se pueden condensar en los siguientes:⁶

- Principio de voluntariedad en su realización, resultando necesario el consentimiento informado del trabajador para poder practicarlos. Este principio, recogido en el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, admite determinadas excepciones contempladas en el mismo precepto.

⁴ En expresión del Tribunal Constitucional español, ATC 382/1996, de 18 de diciembre.

⁵ Cfr. González (2011, pp. 61-72) y Navarro (2012, p. 151).

⁶ Véanse Lousada y Núñez-Cortés (2016, pp. 19-21) y STS de 10 de junio de 2015, RJ 2015\3397.

- Principio de proporcionalidad, término omnicomprensivo de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Los reconocimientos médicos siempre implican una afectación del derecho a la intimidad del trabajador, reconocido *ex* artículo 18 de la Constitución Española (CE) y que deriva de la dignidad de la persona (art. 10 CE). Distinguiendo entre intimidad personal y corporal, los exámenes de salud laboral siempre afectan la intimidad personal del trabajador entendida como “ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada y de lo íntimo”, incidiendo también en su intimidad corporal salvo en aquellas “actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona”. Teniendo en cuenta esta circunstancia, la intromisión empresarial en la intimidad del empleado debe ser proporcional, idónea y necesaria en atención al fin lícito que se persigue: proteger la seguridad y salud de los trabajadores.⁷ Por ello, los reconocimientos médicos laborales deben ser idóneos en atención al riesgo concreto al que está sujeto el trabajador y proporcionales a este, debiendo el empresario optar por las pruebas o reconocimientos que causen menos molestias a los trabajadores. En este sentido, el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre en relación con el artículo 31.3 f) del mismo cuerpo legal, dispone que el deber de vigilancia de la salud empresarial no se proyecta sobre la salud en general, sino que se limita a la prevención de los “riesgos inherentes al trabajo” que se desempeñe, debiendo ser “proporcionales el riesgo”. Por tanto, no son adecuados los reconocimientos médicos generales que no atiendan a los riesgos concretos a los que está expuesto el trabajador en su puesto de trabajo.⁸

⁷ STC de 15 de noviembre de 2004, RTC 2004\196.

⁸ A pesar de lo señalado, los exámenes de salud laboral siguen siendo en muchas ocasiones genéricos, primando más la cantidad de reconocimientos médicos realizados que la calidad de estos. Algunos estudios han determinado que más de la mitad de los reconocimientos médicos que se realizan son aún genéricos y no respetan el principio de especificidad, véase García, Esteban, Gallo y Guzmán (2007, p. 69). Estudios más recientes revelan la misma tendencia, cfr. Rodríguez-Jareño, Molinero, Montserrat, Vallès y Aymerich (2016, p. 153). Ni los agentes especializados ni los actores sociales se han concienciado aún de la necesidad de concreción en los exámenes de salud. En este senti-

- Principio de igualdad y no discriminación, no pudiendo ser usados los reconocimientos médicos ni los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores “con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador” (art. 22.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre).
- Principio de confidencialidad, íntimamente ligado con el derecho fundamental a la intimidad (art. 18 CE). Los datos de vigilancia de la salud solo resultan accesibles “al personal médico y a las autoridades sanitarias”, no admitiéndose el acceso al empresario o a terceras personas salvo que medie consentimiento expreso del trabajador. No obstante, “el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informadas de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva”. El acceso a los datos derivados de los reconocimientos médicos fuera de las autoridades sanitarias y del personal médico queda, por tanto, limitado desde el punto de vista objetivo (conclusiones con finalidades preventivas en relación con la aptitud para el desempeño del concreto puesto de trabajo) y subjetivo (el empresario y los sujetos con responsabilidades preventivas, entre ellos, los delegados de prevención, el Comité de Seguridad y Salud y la representación unitaria y sindical [González y Aparicio, 1996, p. 154], a los que cabe añadir los trabajadores designados o integrantes de los servicios de prevención) (Lousada y Núñez-Cortés, 2016, p. 125).

do, siguen concurriendo en nuestro ordenamiento jurídico convenios colectivos, muchos de ellos de reciente negociación, que continúan identificando la vigilancia de la salud con reconocimientos médicos generales para todos los trabajadores sin atender a los riesgos específicos. Véase Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal Expasa Agricultura y Ganadería, S. A. (artículo 48), *BOE* 17/9/2008, y Convenio Colectivo de Oficinas de Farmacia de la provincia de Barcelona (artículo 33), *BOPB* 4/9/2015. Estos convenios no hacen sino poner de manifiesto que todavía existe una tendencia inercial en la negociación colectiva que se resiste a adecuarse a la nueva concepción de la vigilancia de la salud configurada por la LPRL. Sobre este punto, véase (Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud [ISTAS], 2004, p. 40) y Sánchez (2013, pp. 18-19).

- Principio de protección de datos personales en relación con los que se derivan de los reconocimientos médicos laborales, y que entronca con el derecho fundamental de autodeterminación informativa (art. 18.4 CE) (cfr. Martínez, 2007). La escueta referencia que el marco normativo preventivo realiza en este punto (limitada al art. 39.3 RSP), no empee la completa aplicabilidad de la regulación existente en protección de datos personales a este ámbito.⁹

Entre todos los principios que el ordenamiento jurídico español articula para permitir la pacífica cohabitación entre los derechos fundamentales de los trabajadores y la obligación empresarial de vigilancia de la salud, merece especial atención por los múltiples conflictos interpretativos que ha ocasionado en su aplicación práctica el principio de voluntariedad. A analizar el alcance y contenido de este principio, se dedican los siguientes apartados del presente trabajo.

EL PRINCIPIO GENERAL DE VOLUNTARIEDAD: LA TRASCENDENCIA DEL CONSENTIMIENTO EN VIGILANCIA DE LA SALUD

El artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, rompiendo la tradición de nuestro ordenamiento jurídico de considerar el reconocimiento médico como obligatorio en el ámbito laboral,¹⁰ acoge el criterio de voluntariedad mantenido por el artículo 14 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989 y por diferentes normas internas vigentes en materia de salud pública.¹¹ El principio general de voluntariedad se instituye como criterio vertebrador de todo el sistema de vigilancia de la salud, convirtiéndose en un elemento interpretativo clave en las posibles controversias que en la práctica puedan surgir.¹²

⁹ Cfr. Pedrosa (2005, pp. 3-48) y Lousada y Núñez-Cortés (2016, pp. 137-156).

¹⁰ Véase artículo 11.E) de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971 y artículos 44 y ss. del Real Decreto 103/1959, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios médicos de empresa.

¹¹ Artículo 10 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, ratificado por el artículo 2.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹² El artículo 22.1 LPRL dispone literalmente que la vigilancia de la salud “solo podrá

Fundamento del principio de voluntariedad

Resulta evidente que la vigilancia de la salud incide directamente en el derecho a la dignidad y a la libertad del trabajador y, esencialmente, en su intimidad personal, afectando las pruebas médicas a la intimidad corporal según los casos, y a la intimidad personal en todos los supuestos al poner de manifiesto informaciones relativas a su salud.¹³

Con el fin de cohonestar el deber empresarial de vigilancia de la salud con los denominados derechos fundamentales inespecíficos, y en especial con el derecho a la intimidad, el legislador ha condicionado las actuaciones empresariales al previo consentimiento del trabajador. Se sigue en este punto la línea marcada en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que determina que la intromisión deviene legítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho otorga al efecto su consentimiento o cuando así estuviera determinado por la propia ley. El trabajador es libre, salvo las excepciones previstas legalmente en el mismo artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, para anteponer la satisfacción de otros derechos que le son propios y que le resultan prioritarios o preferibles a la vigilancia de la salud, asumiendo el riesgo derivado de rehusar el reconocimiento que se le ofrezca.

El empresario, como norma general, cumple con su obligación de vigilar la salud ofreciendo los reconocimientos médicos adecuados a los trabajadores y practicándolos a aquellos que voluntariamente los consientan.¹⁴ Desde esta perspectiva, el derecho a la vigilancia de la salud de los trabajadores se configura como un derecho subjetivo, en cuanto que el ejercicio de tal

llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento”.

¹³ Véase STC de 15 febrero de 1989, RTC 1989\37 y STC de 28 de febrero de 1994, RTC 1994\57.

¹⁴ No cabe alegar un incumplimiento de la obligación de vigilancia de la salud cuando la empresa ha probado que los exámenes de salud han sido ofrecidos al trabajador y este los ha rechazado de modo sistemático. Cfr. STSJ de Madrid de 26 de mayo de 2009, JUR 2009\312263.

prerrogativa frente al sujeto obligado depende de la voluntad de su titular (Martín, 2006, p. 211).

La información como elemento esencial del consentimiento en vigilancia de la salud

Como se ha señalado, la efectiva práctica de los exámenes de salud requerirá salvo las excepciones tasadas legalmente de una conformidad libre, voluntaria e informada del trabajador en los términos dispuestos por el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, norma de aplicación supletoria en lo referente a la información asistencial en procesos que carezcan de regulación especial (disposición adicional 2.^a), supuesto que concurre en relación con los exámenes de salud laboral. La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2004 fue determinante a la hora de configurar el consentimiento del trabajador a los exámenes de salud, instaurando diferentes modelos en función de los bienes jurídicos que pudieran verse afectados con la realización de las pruebas.

Por una parte, se establece para determinados casos, que constituyen la casi totalidad de los reconocimientos médicos, un régimen de consentimiento informado de carácter reforzado, en el que se precisa una acción positiva y directa del empresario, debiendo este proporcionar al trabajador una información de modo directo;¹⁵ información que debe ser transmitida de forma suficiente y comprensible a los trabajadores, incluso las pruebas que se les van a practicar, su finalidad, los riesgos y posibles molestias que les puedan causar y los peligros y riesgos que pueden correr de no someterse al reconocimiento médico (García et al., 2007, p. 80).

¹⁵ No bastando la información genérica proporcionada a través de documentación interna de la empresa o a través de los representantes de los trabajadores o convenio colectivo. Véase Martínez (2004, pp. 403-420).

Este consentimiento así caracterizado debe prestarse en el caso de pruebas o analíticas que puedan llegar a afectar la intimidad corporal del trabajador, además de aquellas que sin hacerlo incidan en el derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquella forma parte, al tener por objeto datos sensibles. También se requerirá este consentimiento informado cuando las pruebas por practicar sean ajenas a la finalidad preventiva de vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo (Martín, 2006, p. 2). En estos tres supuestos, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la ausencia de información suficiente, clara y veraz puede llevar al trabajador a prestar un consentimiento en el que concurra error y por tanto resulte viciado, deviniendo ineficaz.¹⁶

Fuera de estos casos, situación de muy difícil encaje en la práctica, y en lo que resulte previsible en atención al objeto y propósito de los reconocimientos médicos en relación con el trabajo, no habrá vulneración del derecho a la intimidad si el trabajador puede tener acceso, si así lo solicita, al contenido y alcance de la detección, tipo de pruebas que le van a ser practicadas, sus efectos, contraindicaciones y riesgos y las posibles eventualidades y contingencias que en su salud pudieran derivarse de no realizar el reconocimiento médico. De este modo, en estos supuestos, no se exige una acción positiva de información directa y recepticia por parte del empresario respecto del trabajador, sino que bastará con que este pueda tener acceso, si lo solicita, al contenido y alcance del reconocimiento médico que se le va a practicar.

Ordenación y dinámica del consentimiento

El consentimiento debe ser prestado para todas y cada una de las pruebas en que se concrete el examen de salud, de modo que no es válido un consentimiento general sin que el trabajador conozca qué pruebas se le van a realizar

¹⁶ En este sentido, no será eficaz el consentimiento prestado por el trabajador mediante la firma de un contrato de trabajo que contiene una cláusula genérica en la que el trabajador reconoce haber sido informado. En estos términos, STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2007, JUR 2008\72245.

así como su finalidad.¹⁷ Tampoco es admisible la firma por el trabajador en el contrato de trabajo de una cláusula en la que presta su consentimiento de modo genérico.¹⁸

El consentimiento debe ser prestado de forma personalísima por el trabajador incluso si este fuera menor. Solo cuando el “menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención [...] el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor” (art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre).

El trabajador podrá limitar el examen a las partes del cuerpo que desee en defensa de su derecho a la intimidad corporal, pudiendo oponerse a la práctica de pruebas invasivas que puedan suponer una agresión a su integridad física (toma de muestras biológicas como extracciones de sangre y biopsias, por ejemplo). Si las limitaciones impuestas por el trabajador son tan amplias que impiden realizar un examen de salud que cumpla la finalidad para la que está concebido, el empresario se podría negar a asumir el coste de dicha prueba.¹⁹

El consentimiento para el examen de salud no debe ser necesariamente por escrito. Como señala el Tribunal Constitucional,²⁰ ni la Ley 31/1995, de 8 de noviembre impone la forma escrita ni de la CE se puede derivar la exigencia de dicha forma. Desde la perspectiva constitucional, basta con que se verifique la voluntad real del trabajador de someterse a una prueba médica, admitiéndose, por tanto, el consentimiento expreso, en forma escrita u oral, o tácito.²¹ Tampoco la Ley 31/1995, de 8 de noviembre establece requisitos

¹⁷ Véase en relación con las pruebas psicológicas SAN de 31 de enero de 2008, RJCA\2008\10.

¹⁸ STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2007, JUR 2008\72245.

¹⁹ Así lo viene manteniendo la doctrina, véase Cavas (2004, pp. 289-305).

²⁰ STC de 15 de noviembre de 2004, RTC 2004\196.

²¹ Se separa en este punto la jurisprudencia de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la inti-

concretos para el consentimiento del trabajador a los exámenes de salud. Ante la ausencia de prescripción normativa al respecto, no resulta posible exigir determinada forma en la prestación del consentimiento, ya que supondría condicionar un derecho básico del trabajador según elementos no contemplados legalmente. De acuerdo con la doctrina constitucional, bastará con que el consentimiento se derive de actos concluyentes que expresen la voluntad de someterse al reconocimiento médico, sin perjuicio de los requisitos que pueda establecer la normativa infraconstitucional. Así, la negativa del trabajador a suscribir un documento de consentimiento para un examen de salud no implica su negativa a realizarlo, ni mucho menos ampara la dejación de la obligación empresarial de vigilar la salud.²²

Respecto de la remisión que el propio Tribunal Constitucional hace a la normativa infraconstitucional, y en el caso poco probable de que las pruebas que se le vayan a realizar al trabajador incluyan procedimientos diagnósticos invasores o supongan riesgos o inconvenientes de notoria o previsible repercusión negativa en la salud del paciente, se requerirá el consentimiento por escrito en aplicación del artículo 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Y ello, en tanto el Tribunal Constitucional extrapola al ámbito laboral la doctrina general del consentimiento informado sobre acto médico.²³

midad personal y familiar y a la propia imagen. También se aleja de lo prescrito por el artículo 8.2 de la Ley 41/2002, que solo admite el consentimiento verbal o escrito. Esta circunstancia ha llevado a parte de la doctrina a considerar que el consentimiento del trabajador debe revestir necesariamente esta forma. Por todos, Cabeza y Lousada (1998, p. 113) y Lousada y Núñez-Cortés (2016, pp. 53-54).

²² STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 29 de octubre de 2008, AS\2009\240. Tampoco se puede fundamentar la obligación de prestar por escrito el consentimiento en la normativa sobre protección de datos. Véase Informe Jurídico 0648/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos, que señala que, una vez prestado en cualquier modo el consentimiento al examen de salud laboral por parte del trabajador, se entiende dado por imperativo del artículo 22.4 LPRL en relación con el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos por el personal médico del servicio de prevención, lo que no excluye el deber de informar al trabajador sobre este extremo.

²³ Extrapolación que ha sido calificada por parte de la doctrina como excesiva, pudiendo provocar en la práctica efectos perversos, sobre todo en lo que se refiere a la prueba

Con independencia de lo expuesto, el consentimiento debe quedar exteriorizado de alguna forma que refleje la indiscutible voluntad del trabajador de someterse a las pruebas, con lo que, aunque no sea imprescindible, sí que resulta recomendable la autorización por escrito, autorización que en todo caso siempre será revocable. En este sentido, se entiende que revoca el consentimiento prestado el trabajador que llegado el momento se niega a practicarse una prueba concreta. Esta revocación no puede acarrear para el trabajador responsabilidad laboral alguna,²⁴ lo que no obsta para que se le pueda imputar responsabilidad por daños y perjuicios en los términos del artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.²⁵

Cabe plantearse qué papel desempeña la negociación colectiva en relación con el consentimiento del trabajador a la vigilancia de la salud, y si puede reemplazar la autonomía colectiva a la voluntad individual del trabajador en esta materia. El propio tenor del artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre nos da pautas interpretativas definitivas a este respecto, al señalar que “esta vigilancia solo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento”. De la propia fisiología de la norma se colige que el legislador busca la voluntad personal del trabajador como elemento director, al ser sus derechos personalísimos los que están en juego. Por este motivo, deben considerarse ilegales aquellas cláusulas de convenios colectivos que determinan la obligatoriedad general de los reconocimientos médicos en la empresa sin atender a los supuestos excepcionales contemplados en el propio artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre. Ello no implica la exclusión absoluta de

en la prestación del consentimiento informado. Pulido (2004, pp. 2938-2940). En la misma línea, se ha señalado que la mera transposición de la normativa sanitaria al ámbito laboral no resulta eficaz desde el momento en que no se tiene en cuenta la especial posición de los sujetos intervinientes, empresario y trabajador, y la esencial desigualdad de su posición jurídica, en la que el trabajador debe soportar el condicionamiento estructural respecto de gran parte de sus derechos fundamentales. Véase Cardona (1999, p. 11).

²⁴ Véase STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2008, AS 2009\205.

²⁵ Según el cual “el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas”.

la negociación colectiva en este punto, pudiendo regularse por medio de instrumentos colectivos condiciones específicas para prestar el consentimiento y considerarlo válido, siempre que no incidan en el contenido esencial de los derechos personalísimos del trabajador.²⁶ Así, existen convenios colectivos que determinan que la renuncia a realizarse el reconocimiento médico debe formalizarse por escrito²⁷ u otros que exigen el consentimiento expreso por parte del trabajador.²⁸ La validez de estas cláusulas introducidas por la negociación colectiva no debe cuestionarse desde el momento que el propio Tribunal Constitucional determina la posibilidad de que otra normativa regule la forma de prestar el consentimiento. Igualmente, desde el punto de vista de su contenido, dichas cláusulas van dirigidas a crear un escenario de mayor seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones productivas, sin incidir de modo directo en la esencialidad de los derechos fundamentales, que no se ven afectados por la articulación mediante la negociación colectiva de este tipo de instrumentos para exteriorizar el consentimiento.²⁹

Fundamento de la obligatoriedad de la vigilancia de la salud por motivos de seguridad

Como se ha señalado, el cumplimiento de la obligación de vigilancia de la salud debe respetar en todo caso el derecho a la intimidad del trabajador, derecho fundamental de carácter personalísimo que imbrica todo el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, este derecho no tiene carácter absoluto, sino que se encuentra limitado en su disfrute por otros derechos fundamentales protegidos constitucionalmente. Por ello, en ocasiones, el ordenamiento jurídico prevé que la libre voluntad del trabajador de someterse o no a un examen de salud laboral ceda con el fin de salvaguardar otros bienes jurídicos en juego que son considerados

²⁶ Así lo ha venido manteniendo la doctrina. Por todos, San Martín (2004, p. 189).

²⁷ VI Convenio general del sector de la construcción (art. 20), pendiente de publicación, Convenio Colectivo estatal de la madera (art. 100), *BOE* 2/11/2012, y Convenio Colectivo de puertos del Estado y autoridades portuarias (art. 35), *BOE* 11/1/2006.

²⁸ XXI Convenio Colectivo de contratas ferroviarias (art. 65), *BOE* 24/2/2014.

²⁹ Apoya esta tesis Fernández (2008, p. 87).

intereses generales de carácter prevalente (San Martín, 2004, p. 190), y que se anudan indisolublemente con el concepto de *seguridad* entendido como “capacidad de garantía de ciertos valores y elementos que dentro de la estructura mental u organizativa de un colectivo se establecen como prioritarios”.³⁰ Desde esta perspectiva, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, al introducir excepciones a la voluntariedad de los exámenes de salud laboral, se aparta de la lógica contractual y se inserta de lleno en la finalidad jurídico-pública de la prevención de riesgos laborales.

En consecuencia con lo expuesto, el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre establece, separándose de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, que no contempla nada al respecto, los supuestos concretos en los que los reconocimientos médicos laborales tienen carácter obligatorio para el trabajador, trasponiendo al campo de la salud laboral la lógica propia imperante en la normativa sanitaria que contempla, en determinados casos excepcionales, los tratamientos médicos obligatorios.³¹ En este sentido, el artículo 22.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre dispone que del carácter voluntario de los reconocimientos médicos solo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

El Tribunal Supremo entiende que “se trata de tres excepciones concebidas de forma tan amplia” que cuando concurren anulan realmente el requisito general de que el trabajador preste su consentimiento, de modo

³⁰ Véase Ardila (2011, p. 94). Cfr. Avilés (2002, pp. 17-44).

³¹ Véase artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

que la excepción se convierte en norma general, siempre, naturalmente que la medida no se acuerde fraudulentamente [...] y se respete la dignidad y la confidencialidad de la salud [...] y tengan por objeto vigilar el estado de salud de los trabajadores “en función de los riesgos inherentes al trabajo”, de manera que solamente el exceso objetivo en el examen de salud de los trabajadores por no concurrir aquella finalidad o las circunstancias descritas, podría constituir, salvo expreso consentimiento individual del trabajador afectado, una intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad personal.³²

La mera lectura de las excepciones al principio de voluntariedad recogidas en el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre revela que son tan amplias que podrían llegar a convertir la obligatoriedad de los reconocimientos en la regla general. Para evitar estos indeseables efectos de la norma en su aplicación práctica, estas excepciones han sido delimitadas por la jurisprudencia constitucional. En concreto, el Tribunal Constitucional establece que no se puede convertir lo excepcional en norma e impone una interpretación restrictiva a estas excepciones contempladas en el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.³³ De este modo, la alteración del principio general de voluntariedad requiere un juicio de proporcionalidad, de necesidad y de idoneidad. En este proceso valorativo, debe ponderarse la inexistencia de medios alternativos de menor impacto, la indispensabilidad de las pruebas, su capacidad para conseguir el objetivo preventivo y la presencia de un interés prevalente del grupo social o de la colectividad laboral. Solo si concurren estas notas cabría excepcionar legítimamente el principio de voluntariedad e imponer al trabajador el examen de salud obligatorio.³⁴ Ahora bien, el hecho de configurar un examen de salud como voluntario u obligatorio no quiebra en modo alguno las garantías establecidas para la vigilancia de la salud *ex* artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, por lo

³² STS de 28 de diciembre de 2006, RJ 2007\1503.

³³ STC de 15 de noviembre de 2004, RTC 2004\196.

³⁴ Véase Martínez (2002, pp. 403-420). En el mismo sentido, Cavas (2004, pp. 289-305).

que el trabajador mantiene su derecho a ser informado de las pruebas que se le van a realizar, su necesidad, su relación con los riesgos laborales y su finalidad, con el fin de valorar adecuadamente su decisión personalísima de sujetarse a ellos.³⁵

NATURALEZA Y SIGNIFICADO DE LOS SUPUESTOS DE OBLIGATORIEDAD

La obligatoriedad basada en razones de índole preventiva

El artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre señala la obligatoriedad de los reconocimientos médicos cuando su realización “sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores”. El objetivo de esta medida consiste en permitir una correcta valoración de la magnitud de los riesgos de la empresa y su incidencia en el puesto de trabajo y en la salud del trabajador individualmente considerado,³⁶ valoración que sin ese reconocimiento médico no sería posible, por lo que el reconocimiento deviene inevitable (Cavas, 2004, pp. 289-305). En la medida en que los reconocimientos médicos han de resultar imprescindibles para evaluar la incidencia de las condiciones en la salud, no basta alegar la mera conveniencia empresarial ni justificaciones genéricas de su necesidad, sino que hace falta probar los elementos que demuestren que dicha medida es insustituible,³⁷ no operando la excepción en el caso de que existan medios alternativos que permitan evaluar los riesgos que inciden sobre el trabajador. La norma no exige que estos medios alternativos tengan el mismo grado de eficacia que los exámenes de salud, lo cual difícilmente se producirá, por lo que

³⁵ En este sentido, Martínez (2002, pp. 403-420).

³⁶ La evaluación debe entenderse referida al análisis de la influencia de las condiciones de trabajo en los trabajadores singularmente considerados en atención a las circunstancias de cada uno de ellos, y no de modo colectivo, puesto que en este último caso el reconocimiento médico obligatorio podría ser suplido por otros instrumentos propios de la vigilancia de la salud colectiva como los estudios epidemiológicos. Véase García y Pedrosa (1999, p. 40).

³⁷ STSJ de Asturias de 9 de noviembre de 2007, JUR 2008\45467.

debe entenderse que bastará con que resulten suficientes y adecuados para evaluar los riesgos laborales a los que está expuesto el trabajador.

La obligatoriedad basada en motivos de salud pública

Otra de las situaciones en las que de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre los reconocimientos médicos resultan obligatorios se aprecia en los supuestos en que su realización resulte imprescindible “para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa”.

Los dos casos planteados en este supuesto excepcional, poner en peligro la propia salud y hacer peligrar la salud de terceros, tienen su residencia en ámbitos jurídicos esencialmente diferentes, puesto que, mientras el primero reside en el ámbito contractual, el segundo se aparta de este integrándose de lleno en el ámbito jurídico-público. Ello implica el acercamiento a los dos supuestos contemplados en esta excepción desde perspectivas de análisis diferenciadas.

El supuesto más problemático de los contemplados se refiere a la obligatoriedad de los reconocimientos cuando únicamente está en peligro la salud o seguridad del trabajador. Un importante sector doctrinal defiende que el trabajador debe ser libre para asumir sus propios riesgos, más aún cuando se encuentran en juego otros intereses personales como puede ser el derecho a la intimidad.³⁸ Sin embargo, no faltan opiniones que abogan por la licitud de la medida. En este sentido, se aduce que la garantía de la salud del trabajador, incluso contra su voluntad, se cimienta en cierta doctrina constitucional según la cual los derechos fundamentales no son solo derechos subjetivos, sino que constituyen auténticos derechos positivos a ejercer por los poderes públicos. Junto a este argumento, una parte de la doctrina señala que resulta difícil deslindar cuándo el hecho de no someterse a un reconocimiento médico afecta solo al propio tra-

³⁸ Véase González y Aparicio (1996, p. 152) y Pedrosa (2004, pp. 110-111).

bajador o se extiende a terceros, con lo que, al protegerle a este de sus propios riesgos, se estaría protegiendo el interés general concretado en la salud pública (Martínez, 2002, p. 38). Por último, no puede obviarse que el empresario puede resultar responsable si el riesgo se materializa, con lo que realmente el riesgo de un trabajador no es una cuestión que única y exclusivamente le repercuta a él (Sala y Arnau, 1996, p. 120).

La comentada sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2004 ha matizado esta excepción y, partiendo del principio de voluntariedad, ha señalado los requisitos que deben concurrir para que opere la obligatoriedad cuando únicamente está en juego la salud del propio trabajador. En estos supuestos se requiere la existencia de un riesgo o peligro cierto objetivable para que el examen de salud resulte obligatorio (Navarro, 2012, p. 154). En otro caso, si el riesgo o peligro no es cierto y determinable, el trabajador es libre para disponer de la vigilancia de su salud, ya que no concurre un interés colectivo directamente afectado en su decisión, no excediendo el conflicto de los valores de la propia persona que será la que lo deberá resolver en el ejercicio de su autodeterminación (Cavas, 2004).³⁹

Entrando de lleno en el segundo de los casos planteados, la obligatoriedad del reconocimiento médico con el fin de evitar daños a otros trabajadores o a terceros relacionados con la empresa, es pacíficamente admitida en la medida en que están en juego bienes jurídicos de una dimensión esencialmente pública, frente a los cuales el derecho fundamental a la intimidad debe ceder. El peligro que opera como fundamento de la excepción debe ser directo y posible, quedando fuera de este precepto los peligros hipotéticos, indirectos o improbables (Gómez, 2003, pp. 58-60.). Así, y a título meramente ejemplificativo, se han considerado obligatorios los reconocimientos médicos para el personal de las brigadas de prevención y extinción de

³⁹ El Tribunal Constitucional ha vinculado la aplicabilidad de esta excepción al artículo 25 LPRL, en relación con los trabajadores especialmente sensibles, y a los artículos 243 y 244 de la Ley General de Seguridad Social, en relación con los puestos con riesgo de enfermedades profesionales.

incendios,⁴⁰ conductores de máquinas de barrido mecánico,⁴¹ conductores y personal de mantenimiento con trabajo en altura,⁴² trabajos que impliquen manejo de carretillas y traspaletas, trabajos expuestos a estrés térmico por frío, trabajos en espacios confinados y trabajos en altura.⁴³

Al amparo de esta excepción, se han planteado distintas situaciones especialmente conflictivas, entre ellas:

- Posibilidad de realizar de forma obligatoria la prueba de VIH al personal sanitario, supuesto que ha sido aceptado con carácter general por la doctrina para este sector (Romero, 1995, pp. 166 y ss.).⁴⁴ Sin embargo, por medio de la negociación colectiva se han limitado este tipo de exámenes incluso en aquellas actividades con peligro de exposición al virus, exigiendo en todos los casos el consentimiento expreso del trabajador.⁴⁵
- Obligatoriedad de que el trabajador se someta a un reconocimiento médico psicológico en el caso de actividades específicas, como cuerpos y fuerzas de seguridad, por la incidencia del estado emocional en el uso de armas. También se ha considerado esta medida como obligatoria cuando la conducta del trabajador, pese a no ocupar un puesto de peligrosidad intrínseca o cualificada, pueda constituir un peligro para el resto de trabajadores y para las personas relacionadas con el centro de trabajo, de modo que no es adecuado “esperar a que

⁴⁰ STS de 10 de junio de 2015, RJ 2015\3397.

⁴¹ STSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2016, AS 2016\959.

⁴² STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2016, JUR 2016\234171.

⁴³ STSJ del País Vasco de 16 de febrero de 2016, JUR 2016\83662.

⁴⁴ No obstante, la pertinencia de esta prueba y su extensión a todo el personal sanitario resulta discutible dependiendo de la naturaleza del trabajo concreto que se desarrolle y la posibilidad de transmisión. Cfr. Salcedo (2006, pp. 202-203). En idénticos términos, Cardona (1999, pp. 44 y ss.).

⁴⁵ Convenio Colectivo de limpieza de centros sanitarios dependientes del Servicio Aragonés de la Salud (art. 57), BOA 6/8/2013.

el peligro [...] se concrete en un daño o lesión real para adoptar una medida que lo que pretende es evitarlo”.⁴⁶

- Posibilidad de determinar la obligatoriedad de pruebas para valorar el consumo de alcohol o drogas en ciertos supuestos, debiéndose ponderar la procedencia de la medida en función del trabajo realizado y de los criterios de necesidad, proporcionalidad y especificidad (Fernández, 2008, pp. 90 y ss.).⁴⁷ Así, la doctrina ha entendido que esta excepción puede amparar el reconocimiento médico obligatorio respecto de trabajadores cuyas actividades en relación con las drogas o el alcohol representen un riesgo para terceros (Pedrosa, 2004, pp. 80 y ss.), o en aquellos casos en que la ingesta de estas sustancias supusiera un trastorno evidente y significativo que pudiera poner en peligro la salud de otras personas (Elorza, 2005, p. 252). La negociación colectiva ha incluido referencias a este asunto, estableciendo, por ejemplo, que la falta de aptitud por este motivo no determine el despido del trabajador o la adaptación de su puesto, sino que se le conceda una excedencia con reserva de puesto de trabajo hasta su rehabilitación,⁴⁸ o que se le considere en situación de incapacidad temporal con la totalidad de su salario mientras dure esta circunstancia.⁴⁹ Tampoco faltan convenios que niegan de modo absoluto que se realicen pruebas para detectar cualquier tipo de drogodependencias sin el consentimiento expreso del trabajador.⁵⁰

⁴⁶ STSJ de Andalucía, Sevilla, de 1 de julio de 1998, AS 1998\3377. En el mismo sentido, véase STS de 22 de julio de 2005, RJ\2006\84.

⁴⁷ Según esos criterios, se ha entendido que puede proceder este tipo de controles en actividades específicas como las del transporte. Por todos, Cardona (1999, pp. 67-70).

⁴⁸ Convenio Colectivo del campo de la Comunidad Autónoma Canaria (art. 52), BOC 3/3/2011.

⁴⁹ Convenio Colectivo de V-2 Complementos Auxiliares, S. A. (art. 18), BOE 11/4/2014.

⁵⁰ Véase Convenio Colectivo de limpieza de centros sanitarios dependientes del Servicio Aragonés de la Salud (art. 57), BOA 6/8/2013.

La obligatoriedad fundada en una disposición legal

Finalmente, el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre establece que el trabajador deberá someterse obligatoriamente al examen de salud “cuando así esté establecido en una disposición legal”.

Dentro del concepto de *disposición legal* se han de entender comprendidas tanto las normas legales *stricto sensu* como las reglamentarias. Así lo ha venido manteniendo la doctrina mayoritaria⁵¹ y la jurisprudencia⁵², ya que no parece lógico mantener una interpretación estricta del término cuando el sistema jurídico preventivo interno se nutre básicamente de normas reglamentarias.⁵³ A la misma conclusión se llega realizando una exégesis sistemática de nuestro ordenamiento jurídico.⁵⁴

Una de las cuestiones más discutidas ha sido el papel de la negociación colectiva en la determinación de la obligatoriedad de los reconocimientos médicos bajo esta excepción. Un sector doctrinal ha venido manteniendo que en la expresión “disposición legal” del artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre estaban comprendidas no solo las leyes y las normas re-

⁵¹ Véanse Lousada y Núñez-Cortés (2016, pp. 75-77), San Martín (2004, p. 193) y García y Pedrosa (1999, p. 48). En contra, se ha entendido que el término disposición legal única y exclusivamente comprende la ley *stricto sensu*, véase González y Aparicio (1996, p. 152) y Camas (2002, p. 167).

⁵² STSJ del País Vasco de 17 de junio de 2008, JUR\2008\390991 y STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 14 de noviembre de 2005, AS\2006\35.

⁵³ Existen múltiples normas legales y reglamentarias que imponen la obligatoriedad de realizar el reconocimiento médico en determinadas circunstancias. Junto con el artículo 243 de la Ley General de Seguridad Social, cabe señalar el Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido; el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto; el Real Decreto 374/2001, de 6 de abril sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo; y el Real Decreto 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo.

⁵⁴ Cfr. artículo 12.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

glamentarias, sino también los convenios colectivos.⁵⁵ Por el contrario, otro sector de la doctrina negaba a la negociación colectiva la posibilidad de determinar la obligatoriedad de los reconocimientos médicos.⁵⁶ Se argumenta que la extensión del término *disposición legal* a las normas reglamentarias no justifica su ampliación a las normas paccionadas, lo que supondría distorsionar excesivamente la literalidad del precepto (San Martín, 2004, p. 194), más aún si tenemos en consideración el sentido restrictivo que el legislador ha querido dar a las excepciones frente al principio general de voluntariedad de los reconocimientos.

Frente a estas dos posturas, deben acogerse las tesis intermedias que abogan por la posibilidad de que el convenio colectivo determine y concrete la obligatoriedad, pero dentro de los supuestos contemplados en el propio artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.⁵⁷ Es esta la posición que ha mantenido el Tribunal Constitucional, estableciendo que los convenios colectivos no pueden configurar como obligatorios reconocimientos que no lo son *ex lege*. Las disposiciones de carácter laboral de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre y de sus normas reglamentarias constituyen derecho necesario mínimo indisponible, teniendo los convenios colectivos un papel de complemento y reforma *in melius* respecto de lo dispuesto legalmente. Por tanto, ni la empresa unilateralmente ni la negociación colectiva pueden ordenar los reconocimientos médicos de modo que contraríen los preceptos de la ley, debiendo actuar de forma ajustada a las directrices recogidas en el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre⁵⁸ y no de forma autónoma.

Los convenios colectivos se nos presentan como un instrumento idóneo para especificar los supuestos excepcionales contenidos legalmente. No solo es lícito, sino que resulta recomendable, que interpreten, especifiquen y desarrollen los supuestos de vigilancia de la salud obligatoria

⁵⁵ Véanse Sala (2009, p. 101) y Purcalla (1997, pp. 692 y ss.).

⁵⁶ Véanse Gómez (2003, p. 62) y Martínez (2002, p. 45).

⁵⁷ Véanse García y González (1998, p. 207) y García y Pedrosa (1999, p. 48).

⁵⁸ Véase STC de 15 de noviembre de 2004, RTC 2004\196.

configurados legalmente. Así viene ocurriendo en la práctica más reciente, dotando la negociación colectiva de concreción y seguridad jurídica a los supuestos excepcionales contemplados en el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.⁵⁹

A pesar de lo expuesto, no puede obviarse el número significativo de convenios colectivos que, sin atender al régimen legal de la vigilancia de la salud, determinan la obligatoriedad de los reconocimientos médicos con carácter general para toda la plantilla, resultando necesaria una adecuación de la negociación colectiva en este aspecto, que en muchos casos aún está anclada en el régimen de obligatoriedad establecido en la legislación anterior.⁶⁰ También resultan antijurídicos aquellos convenios colectivos que, aunque en apariencia se refieren a las excepciones contempladas legalmente, introducen algún supuesto obligatorio adicional que merece sanción de nulidad al carecer de habilitación legal específica para ello.⁶¹

La garantía colectiva de la obligatoriedad

El artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre estipula que en todos los supuestos en que el empresario pretenda hacer valer una de las excepciones a la voluntariedad será necesario un informe previo de los representantes de los trabajadores en el plazo de quince días, o en el plazo mínimo imprescindible si concurren medidas dirigidas a prevenir riesgos inminentes (art. 36.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre). Introduce de este modo la norma una garantía o tutela colectiva en relación con derechos esencialmente individuales, garantía adicional que no

⁵⁹ Cfr. Convenio Colectivo estatal de la madera (art. 100), *BOE* 27/11/2012 y Convenio Colectivo de Agencia EFE, S. A. (art. 83), *BOE* 15/10/2010.

⁶⁰ Véase Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad (art. 30), *BOE* 18/9/2015. Postura que en ocasiones ha sido amparada por la jurisprudencia. Cfr. STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 7 de enero de 1998, AS\1998\5074.

⁶¹ Es el caso de aquellos convenios que determinan que el trabajador debe someterse obligatoriamente a un examen de salud cuando así sea requerido por la empresa cliente en la que haya de prestar servicios como contratista. Véase Convenio Colectivo de Geotronics España Solutions, S. L. (art. 8.5), *BOE* 9/6/2006. Cfr. STS de 10 de junio de 2015, AS\2015\3397.

resulta incompatible con el libre ejercicio de los derechos personalísimos del trabajador, pues estos operan también como límites de la propia actuación colectiva.

Pese a que el precepto no explicita el contenido del referido informe, es lógico deducir que, además de contener un juicio sobre la adecuación del caso concreto a los supuestos excepcionales tasados legalmente, debe pronunciarse sobre el grado de extensión de la medida y su proporcionalidad.

La indudable utilidad de esta garantía adicional resulta a veces inaplicable por la inexistencia de representación de personal en numerosas organizaciones productivas, y en aquellas empresas que sí cuentan con ellos, poco eficaz debido a la falta de adaptación de la representación de los trabajadores al nuevo modelo organizativo preventivo implantado por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.⁶² El problema se plantea en toda su intensidad en aquellas empresas que no tienen representación unitaria por no alcanzar el mínimo legal de seis trabajadores determinado en el artículo 62 del Estatuto de los Trabajadores. En estos casos, el informe devendrá de imposible realización salvo disposición en contra de la negociación colectiva. La solución a esta laguna legal debe encontrarse en la creación de órganos específicos *ex* artículo 35.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre o en la participación directa de los trabajadores.

A todas estas limitaciones, se deben añadir las dudas interpretativas que ha suscitado la desacertada redacción del precepto y que principalmente se condensan en tres cuestiones: a) los órganos de representación competentes para la emisión del informe, b) los supuestos sobre los que dicho informe debe recaer y c) su eficacia jurídica.

Respecto del primer asunto planteado, quiénes son los representantes idóneos para la emisión del informe sobre la obligatoriedad de los exámenes de salud, la doctrina no es pacífica. Pese a la amplitud en la for-

⁶² Sobre este punto, Mateos (2005, pp. 125 y ss.).

mulación legislativa, parte de la doctrina, basándose en el principio de especialidad, ha entendido que los órganos encargados de la emisión del informe son los delegados de prevención conforme a lo dispuesto en el artículo 19.3 del Estatuto de los Trabajadores y en los artículos 33 y 36 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.⁶³ Algún autor admite que en ausencia de estos se podría dar cabida a la representación común o no especializada (Martínez, 2002, p. 89).

Sin embargo, y lejos de acoger esta exégesis restrictiva, la norma debe interpretarse sin imponer más requisitos adicionales que los que el propio precepto contiene, por lo que en el término *representantes de los trabajadores* deben entenderse comprendidos tanto la representación sindical como la unitaria, incluyéndose en esta última los delegados de prevención (San Martín, 2004, p. 41). La ambigüedad de la prescripción legal quizá deba buscarse en la intención de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de superar la tradicional y rígida configuración de la representación de los trabajadores, admitiendo nuevos modos participativos *ex* artículo 35.4 con el fin de fomentar una auténtica cultura preventiva compartida.⁶⁴

En relación con la segunda cuestión anunciada, y a pesar de que el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre no discrimina entre los tres supuestos excepcionales debiendo concluirse que en todos ellos resulta preceptiva esta medida, se ha sostenido que el informe de los representantes de los trabajadores solo resulta necesario en las dos primeras excepciones señaladas legalmente, no procediendo la emisión de este informe si la obligatoriedad viene impuesta por una disposición legal.⁶⁵ Sin embargo, y atendiendo a la literalidad de la norma, se entiende que no pueden acogerse aquellas tesis que mantienen la escasa utilidad del informe en el supuesto de que la obligatoriedad de la vigilancia de la salud venga determinada por una disposición legal, pues estas plantean en la práctica dudas sobre su

⁶³ Entre otros, Lousada y Núñez-Cortés (2016, p. 82), Gómez (2003, p. 56), Purcalla (1997, pp. 687), González (2011, p. 257) y Poquet (2007, p. 99).

⁶⁴ Profundizan en esta idea, Muñoz y Mercader (2002).

⁶⁵ Entre otros, García y Pedrosa (1999, p. 48) y González (2011, p. 256).

aplicabilidad y alcance en determinadas actividades y tareas, lagunas que el informe de la representación de los trabajadores puede ayudar a integrar. Además, no cabe olvidar la finalidad de control y garantía que cumple la audiencia y consulta a los representantes de los trabajadores.

Por último, y en cuanto al carácter del informe emitido por la representación de los trabajadores, pese a que la norma no se pronuncia al respecto, la doctrina es pacífica al conferir al informe una eficacia meramente formal, de trámite, sin eficacia vinculante, de modo que es el empresario el que debe adoptar la decisión final sobre la voluntariedad u obligatoriedad de los reconocimientos médicos, que deberá ser motivada, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.⁶⁶ Solo cabría que el informe fuera vinculante si así viniera determinado por la negociación colectiva.⁶⁷

La ausencia de informe previo no genera automáticamente la nulidad de la decisión empresarial, aunque sí determina el nacimiento de responsabilidad administrativa *ex* artículo 12.11 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.⁶⁸ Con todo, la inexistencia de este informe puede llegar a determinar la anulación de la medida empresarial si así se hubiera pactado en convenio colectivo.⁶⁹

La negociación colectiva se presenta una vez más como el escenario idóneo para determinar la ausencia de concreción normativa expuesta. Así, y aunque no existen soluciones generales para estas cuestiones, sí que hay diferentes convenios que han ido precisando los órganos competentes para emitir el informe previo a la determinación de obligatoriedad,⁷⁰ o

⁶⁶ Por todos, Cabeza y Lousada (1998, p. 114), De Vicente (1998, p. 29), Fernández (2004, p. 139) y Fernández (2008, p. 87).

⁶⁷ Véase STSJ de Aragón de 27 de febrero de 2008, AS\2008\1376.

⁶⁸ Véase STSJ de Castilla La Mancha de 27 de enero de 2011, AS\2011\1019.

⁶⁹ STSJ de Aragón de 27 de febrero de 2008, AS\2008\1376.

⁷⁰ Véase Convenio Colectivo de Agencia EFE, S. A. (art. 83), BOE 15/10/2010, que atribuye esta competencia a los delegados de prevención.

que han creado órganos de carácter paritario al amparo de lo previsto en el artículo 35.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, asignándoles la función de emitir el informe del artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre y dotándolo de carácter vinculante.⁷¹ Esta última solución se presenta como la vía más apropiada para suplir las indeterminaciones normativas, ya que, sin menoscabar la intervención de la empresa, se confiere un papel esencial a la representación de los trabajadores y se fundamenta desde un punto de vista científico-sanitario la determinación de la obligatoriedad, dando cabida en estos órganos paritarios a los servicios médicos de empresa o servicios ajenos contratados.

LA DETERMINACIÓN DE LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS COMO OBLIGATORIOS: EL DEBER DEL TRABAJADOR DE SOMETERSE A LOS EXÁMENES DE SALUD

Concurriendo los supuestos recogidos legalmente, y previo informe de los representantes de los trabajadores, el reconocimiento médico laboral se constituye en obligatorio. En último término, la determinación de la obligatoriedad es una prerrogativa empresarial que requiere la valoración de cada caso concreto y su subsunción en alguna de las excepciones que permiten alterar el principio general de voluntariedad. La decisión empresarial debe ser justificada y razonada, de modo que es recomendable que se recojan los pronunciamientos del informe preceptivo de los representantes de los trabajadores.

A efectos de conformar adecuadamente la decisión empresarial, y teniendo en cuenta el componente técnico inherente a esta, resulta conveniente, sino imprescindible, que el empresario recabe la opinión cualificada del servicio de prevención propio, ajeno o mancomunado, encargado de la gestión de la prevención en la organización. Parece llamativo, incluso cuestionable, la omisión que hace el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre al papel que debe desempeñar el servicio de prevención

⁷¹ Entre otros, Convenio Colectivo marco del Grupo Endesa (art. 114), *BOE* 13/2/2014.

cuya función, entre otras, es la de asesorar a la empresa sobre la vigilancia de la salud (art. 31.3 f) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre). Resulta incongruente con el sistema organizativo establecido por nuestro ordenamiento jurídico preventivo esta imprevisión, pues los servicios de prevención, en su calidad de órganos especializados, se presentan como un instrumento clave a la hora de determinar la obligatoriedad de un examen de salud en atención a los riesgos existentes en el ámbito productivo. No se puede obviar que la subsunción de un determinado supuesto requerirá conocimientos muy especializados que en la mayoría de las ocasiones no concurren en el empresario (Fernández, 2004, p. 139). Ante el silencio normativo, no cabe exigir este informe adicional, aunque sí que parece necesario y recomendable contar con este para una adecuada conformación de la decisión empresarial.

Constatada la circunstancia excepcional que fundamenta la obligatoriedad de los exámenes de salud laboral, la empresa tiene el deber de proceder a la realización de estos, y el trabajador el derecho y la obligación de someterse a ellos; el derecho subjetivo inicial se convierte ahora en un derecho-deber. La empresa, al ofrecer el examen de salud al trabajador, debe señalar su carácter obligatorio, indicándole las consecuencias que se le pueden derivar frente a la negativa a practicarse dichas pruebas.⁷² La renuncia del trabajador a la realización de las pruebas médicas obligatorias o el mero ofrecimiento al trabajador para que se las realice, no exime al empresario de su responsabilidad legal en materia preventiva.⁷³ Determinada la obligatoriedad, el trabajador resulta obligado a realizarse el examen de salud conforme a lo dispuesto en el artículo 29.2.6 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, en relación con los apartados a), b) y c) del artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores (Fernández, 2004, p. 139). Pese a que el artículo 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre no recoge esta obligación expresamente entre los deberes de los trabajadores, la contempla en su primer apartado cuando establece

⁷² SAN de 31 de enero de 2008, RJCA\2008\10.

⁷³ Véase STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 14 de noviembre de 2005, AS\2006\35.

que corresponde a cada trabajador velar por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad. También se puede entender comprendida en la obligación genérica del artículo 29.2.6 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, que impone al trabajador el deber de cooperar con el empresario para que este pueda garantizar unas condiciones de trabajo seguras (Martín, 2006, p. 215). En último término, se podría fundamentar la obligación en el genérico deber de obediencia ordinario, la buena fe contractual y el deber de diligencia del trabajador en el cumplimiento de su prestación laboral (Gutiérrez-Solar, 1999, p. 257).

Si el trabajador se negara a realizar las pruebas médicas obligatorias estaría contraviniendo sus obligaciones preventivas, teniendo la consideración de incumplimiento laboral de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores, al que se remite expresamente el artículo 29.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre. Se atribuye por tanto al incumplimiento del trabajador naturaleza jurídico-privada, derivándose de este meras consecuencias contractuales, sin que resulte posible sancionarle administrativamente por sus incumplimientos en materia preventiva.⁷⁴ Ello no impide que el trabajador pudiera incurrir en una eventual responsabilidad penal o patrimonial, pues estas no toman en cuenta en su configuración formal la posición contractual del sujeto infractor, sin perjuicio que se atemperen en su intensidad atendiendo a dicha situación en el marco jurídico-contractual.⁷⁵

Frente a la negativa a someterse a un examen de salud obligatorio, el empresario, como garante de la protección eficaz de sus trabajadores, de-

⁷⁴ Posibilidad que sí permitía el marco normativo antecedente en virtud del artículo 160 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Véase Montoya y Pizá (2000, p. 285). Esta cuestión ha sido criticada por parte de la doctrina, pues resulta de difícil entendimiento que un incumplimiento preventivo del trabajador pueda merecer un reproche penal y, sin embargo, ese mismo comportamiento no pueda encuadrarse en una simple infracción administrativa. Véase Poquet (2007, p. 161).

⁷⁵ Véase García (2000, p. 58). Un completo estudio sobre el tema en Poquet (2007, pp. 259-545).

berá emplear todos los medios posibles, incluido el ejercicio de su poder disciplinario, para que se realicen estos reconocimientos.⁷⁶ En este sentido, conviene destacar que muchos convenios colectivos tienen supuestos genéricos de desobediencia en los que se puede incardinar la negativa del trabajador a realizarse un reconocimiento médico obligatorio. Sin embargo, la mayoría de ellos vinculan el incumplimiento del trabajador a la gravedad y la inminencia del riesgo que de este se derive, por lo que, en muchas de las ocasiones, resulta difícil, cuando no imposible, encuadrar en estos supuestos típicos la actuación de un trabajador que no acude a un reconocimiento médico programado o se niega a su realización.⁷⁷

Con el fin de resolver esta laguna, la negociación colectiva, de modo lento y poco homogéneo, comienza a contemplar específicamente en sus disposiciones cuáles son las medidas que puede adoptar el empresario, centradas en el ejercicio de su poder disciplinario, frente a la oposición del trabajador a realizarse un examen de salud o una prueba médica considerada como obligatoria de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.⁷⁸

CONCLUSIONES

El deber genérico de protección empresarial del artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre encuentra en la vigilancia de la salud una de sus más complejas obligaciones. La salud laboral constituye uno de los contenidos preventivos de más difícil regulación, y no solo por la influencia que en su configuración y dinámica tienen los derechos fundamentales, sino porque integra un conjunto de dimensiones que exceden lo meramente jurídico o técnico, para adentrarse en el campo de lo económico, de lo moral, e incluso de lo cultural (Rodríguez-Piñero, 2005, p. 13).

⁷⁶ Cfr. STSJ de Cantabria de 23 de julio de 2010, AS 2010\1821.

⁷⁷ Véase STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2008, AS 2009\205.

⁷⁸ Convenio Colectivo de la empresa Valeo Service España, S. A. (art. 39.16), *BOE* 18/2/2009, que tipifica esta conducta como falta leve. Es considerada como falta grave por el Convenio Colectivo para la actividad de ciclismo profesional (art. 16), *BOE* 15/10/2010. Como falta muy grave está tipificada en el Convenio Colectivo de Hero España, S. A. (art. 36), *BOE* 15/2/2013.

El alcance de los exámenes de salud y, sobre todo, la interpretación del principio de voluntariedad contenido en el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, son cuestiones que deben ser abordadas desde una perspectiva reflexiva, y cuya adecuada delimitación requerirá efectuar un análisis singular en función de las circunstancias concurrentes, teniendo como eje vertebrador del proceso hermenéutico la inherente vinculación de la vigilancia de la salud a bienes jurídicos fundamentales y la necesaria relación teleológica que debe presidir la articulación entre riesgo y método de vigilancia empleado.

Esta tarea resulta harto complicada, ya que a los problemas derivados de la defectuosa redacción del artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, se debe añadir la contradictoria interpretación jurisprudencial de sus contenidos, que no ha hecho sino acentuar las dificultades interpretativas que de la fisiología del precepto se derivaban. Efectuando una interpretación sistemática de estas interpretaciones judiciales divergentes, debe entenderse que la enervación del principio general de voluntariedad constituye un supuesto excepcional que requiere concurren las notas de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, conceptos jurídicos indeterminados que han sido concretados por la jurisprudencia y que deben regir todo el proceso aplicativo en la práctica.

Las múltiples lagunas normativas existentes en vigilancia de la salud y las dudas interpretativas acentuadas por las diversas resoluciones judiciales han de suplirse en la práctica mediante el recurso a la negociación colectiva, que está llamada a desplegar en este campo toda su capacidad de adaptabilidad y su innegable plasticidad. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre configura la negociación colectiva como uno de sus instrumentos principales para crear unas condiciones laborales óptimas. Han de rechazarse, por tanto, las tesis que partiendo de la naturaleza *iuspublicista* de la prevención de riesgos laborales abogan por la autosuficiencia de la normativa preventiva; autosuficiencia que se ha comprobado no concurre en este caso. Tampoco cabe acoger los argumentos que invocan el carácter técnico de la materia para excluir la capacidad integradora de la negociación colectiva en el ámbito preventivo, pudiendo afirmarse

que la seguridad y salud laboral constituyen un contenido nuclear de la autonomía colectiva, tal y como se desprende de una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1, 2.2, 35.4 y 38.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, en relación con el artículo 37 CE y los artículos 82.2, 84.3 y 85.1 del Estatuto de los Trabajadores). Con todo, no resulta posible atribuir a la negociación colectiva la libre configuración sobre el régimen de voluntariedad de los exámenes de salud, que en todo caso debe respetar los límites establecidos legalmente por afectar a derechos de carácter personalísimo. Ello no obsta para que se articulen pactos colectivos con el fin de determinar la obligatoriedad de los reconocimientos, siempre que ellos se encuadren en los supuestos tasados *ex* artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre. En estos pactos, resulta recomendable, sino imprescindible, la intervención cualificada de los servicios médicos de empresa o los servicios de prevención en su calidad de órganos técnicos especializados.

Lejos de ver los vacíos normativos y la dubitativa jurisprudencia como indefiniciones que quebrantan el principio de seguridad jurídica, estos deben ser considerados como una oportunidad para el establecimiento de reglas y pautas interpretativas que permitan adaptar de un modo dinámico la prevención de riesgos laborales a las necesidades que se vayan generando por el avance de las concepciones sociales, en relación con los nuevos modelos productivos y la nueva dimensión de la salud laboral.

Si a través de ese proceso hermenéutico se logra adaptar la normativa a la cambiante realidad y a la variedad de supuestos que se presentan, lo que en principio es una rémora se podrá convertir en un elemento de consolidación en relación con la vigilancia de la salud laboral. Y para esta tarea, el aplicador del derecho cuenta con la ayuda inestimable de los principios constitucionales, el acervo comunitario y el ordenamiento jurídico-laboral, teniendo este conjunto normativo recursos suficientes que permiten suplir cualquier laguna o déficit de una disposición jurídica concreta.

REFERENCIAS

- Ardila Castro, C. A. (2011). Génesis del concepto de seguridad. *Revista Academia y Virtualidad*, 4(1), 88-95.
- Avilés Farré, J. (2002). Por un concepto amplio de seguridad. *Monografías del CESEDEN*, 55.
- Bravo-Ferrer Delgado, M. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2004). Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 3, 1824-1830.
- Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J. F. (1998). *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Granada, España: Comares.
- Camas Roda, F. (2002). *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*. Las Rozas, España: La Ley.
- Cardona Rubert, M. B. (1999). *Datos sanitarios y relación laboral*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Cavas Martínez, F. (2004). Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador. *Aranzadi Social*, 5, 289-305.
- Cueva Puente, C. y Caro Muñoz, A. I. (2006). Multiculturalismo y contrato de trabajo: algunos desafíos de la integración laboral de los extranjeros en España. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 9, 225-282.
- De Vicente Pachés, F. (1998). Vigilancia de la salud y derecho a la intimidad del trabajador. *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 86, 24-35.
- Del Rey Guanter, S. (2010). Notas sobre los derechos fundamentales inespecíficos y el contrato de trabajo en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional. *Trabajo: Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, 4, 9-24.
- Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.
- Elorza Guerrero, F. (2005). Extinción del contrato de trabajo tras realización de examen médico voluntario. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 79, 241-254.
- Fernández Costales, J. (2008). Intimidad de la persona y confidencialidad de datos en el marco de la vigilancia de la salud: el respeto a los derechos del trabajador en los reconocimientos médicos. *Derecho y Salud*, 16(1), 81-108.

- Fernández López, M. F. (1985). Libertad ideológica y prestación de servicios. *Relaciones Laborales*. Tomo I.
- Fernández Marcos, L. (2004). *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su régimen jurídico sancionador* (3.ª ed.). Madrid, España: Dykinson.
- García Blasco, J. y González Labrada, M. (1998). *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*. Civitas: Madrid.
- García Gómez, M., Esteban Buedo, V., Gallo Fernández, M. y Guzmán Fernández, A. (2007). La vigilancia de la salud de los trabajadores 12 años después. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 25(1), 59-86.
- García Murcia, J. (2000). *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*. Aranzadi, España: Elcano.
- García Serrano, A. M. y Pedrosa Alquézar, S. I. (1999). *Vigilancia de la salud de los trabajadores: aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo*. Las Rozas, España: La Ley.
- Garrigues Giménez, A. (1997). *La organización de la prevención en la empresa*. Castelló de la Plana, España: Universitat Jaume I.
- Gil y Gil, J. L. (2003). El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador. *Aranzadi Social*, 5, 1171-1188.
- Gómez Álvarez, T. (2003). *La vigilancia de la salud en el centro de trabajo*. Madrid, España: Tecnos.
- González Díaz, F. A. (2011). Una interpretación sobre los límites a la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores. *Aranzadi Social*, 4(7), 61-72.
- González Ortega, S. y Aparicio Tovar, J. (1996). *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*. Madrid, España: Trotta.
- Gutiérrez-Solar Calvo, B. (1999). *El deber de seguridad y salud en el trabajo*. Madrid, España: Consejo Económico y Social.
- Häberle, P. (1991). La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. En A. López Pina, (Dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, España: Civitas.
- Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud. (2004). *Manual para negociadores y negociadoras en salud laboral*. Madrid, España: Autor.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Lousada Arochena, J. F. y Núñez-Cortés Contreras, P. (2016). *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Madrid, España: Tecnos.
- Martínez Fons, D. (2002). *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez Fons, D. (2004). La vigilancia de la salud en la doctrina del tribunal constitucional: el principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones. *Aranzadi Social*, 5, 403-420.
- Martín Hernández, M. L. (2006). *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*. Madrid, España: Consejo Económico y Social.
- Martínez Martínez, R. (2007). El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas. *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, 5.
- Mateos Beato, A. (2005). La prevención de los riesgos laborales en la aplicación de la administración: medios de control. En Autor, *Responsabilidad medioambiental: aspectos civiles y riesgos laborales*. Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial.
- Molina Navarrete, C. (1991). Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales: el paradigma de “Drittwirkung” laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 3, 63-106.
- Montoya Melgar, A. y Pizá Granados, J. (2000). *Curso de seguridad y salud en el trabajo* (2.ª ed.). Madrid, España: McGraw-Hill.
- Muñoz Ruiz, A. B. y Mercader Uguina, J. R. (2002). El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales. *Aranzadi Social*, 5, 887-904.
- Navarro Nieto, F. (2012). Los reconocimientos médicos como instrumentos de vigilancia de la salud laboral: condicionantes legales y jurisprudenciales. *Aranzadi Social*, 4(11), 151-166.

- Ojeda Avilés, A. (2006). Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa. *Revista de Derecho Social*, 35, 11-34.
- Palomeque López, M. C. (1991). *Los derechos laborales en la Constitución Española*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Pedrosa Alquézar, S. I. (2004). Confidencialidad y protección de datos en la vigilancia de la salud de los trabajadores: bases para una prevención de calidad. *Revista de Trabajo y Seguridad Social: Recursos Humanos*, 253, 3-48.
- Pedrosa Alquézar, S. I. (2005). *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral: regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*. Madrid, España: Consejo Económico y Social.
- Poquet Catalá, R. (2007). *La responsabilidad de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales*. Valencia, España: Universidad de Valencia.
- Pulido Quecedo, M. (2004). Intimidación y contrato de trabajo: sobre el alcance de los reconocimientos médicos de empresa. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 3, 2938-2940.
- Purcalla Bonilla, M. Á. (1997). Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico. *Aranzadi Social*, 5, 675-706.
- Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Real Decreto 374/2001, de 6 de abril sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo.
- Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido.
- Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto. BOE nº 86 11/04/2006.
- Real Decreto 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

- Rodríguez-Jareño, M. C., Molinero, E., Montserrat, J. D., Vallès, A. y Aymenrich, M. (2016). Calidad y adecuación técnica a la normativa de los exámenes de vigilancia de la salud de la población trabajadora en relación con su finalidad preventiva. *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, 19(3), 146-165.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2005). Medio ambiente y prevención de riesgos laborales. En Autor, *Responsabilidad medioambiental: aspectos civiles y riesgos laborales*. Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial.
- Romero Ródenas, M. J. (1995). *SIDA y toxicomanías: un análisis jurídico laboral y de seguridad social* (Universidad de Castilla-La Mancha, Madrid, España).
- Sala Franco, T. (2009). *Derecho de la prevención de riesgos laborales* (5.ª ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Sala Franco, T. y Arnau Navarro, F. (1996). *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Salcedo Beltrán, M. C. (2006). La adopción de medidas de vigilancia de la salud por parte del empresario. En C. Tomás-Valiente Lanuza (Dir.), *La salud: intimidad y libertades informativas*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- San Martín Mazzucconi, C. (2004). La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 53, 181-202.
- Sánchez, A. (2013). CCOO planta cara al convenio de grandes almacenes. *Por Experiencia*, 60. Recuperado de <https://www.porexperiencia.com/articulo.asp?num=60&pag=18&titulo=CCOO-planta-cara-al-convenio-de-grandes-almacenes>

5

DERECHOS HUMANOS Y *HUMAN TRAFFICKING*: ANÁLISIS DE SUS FACTORES Y ELEMENTOS

Lela Janashvili

Universidad Estatal Ivane Javakhishvili de Tbilisi

La denominada *human trafficking* ha atraído mucha atención en los últimos años. Por un lado, este fenómeno puede ser visto como la personificación del lado oscuro de la globalización, ya que está relacionado con el crimen organizado transnacional, el comercio ilegal, la migración ilegal, el tráfico de migrantes y las violaciones de los derechos humanos (Hacker, 2015, p. 12). Sin embargo, coincidimos con Lara (2012) en que, pese a todos estos esfuerzos, aún no hay un conocimiento suficiente del delito de trata y sus consecuencias. Es necesario “visibilizar la trata, para que ocurra lo mismo que con la violencia de género, que inicialmente nadie hablaba de ella y ahora ya existen unidades especializadas” (p. 37).

En los últimos años, la *trafficking* se ha convertido en objeto de mucha investigación, debate académico y promoción en diversas disciplinas y campos, como la criminología, la política, el derecho, los derechos humanos, los estudios de género, la salud pública y la sociología de la migración.

La *trafficking* es un problema que pone en peligro y avergüenza a toda la humanidad. Los traficantes modernos emplean enfoques cada vez más sofisticados, dirigidos a grupos de personas vulnerables para obtener beneficios de la esclavitud de millones de seres humanos. El resultado es una degradación de la dignidad humana que debe ser satisfecha con una respuesta unificada para así poder derrotarlo. A través del tiempo, el con-

cepto *trata* ha sido interpretado de diferentes maneras por organizaciones, gobiernos y la sociedad en general (Staff, s. f.). Solo podemos definir algo que no tiene historia. Y como es un fenómeno con larga historia, complejo y poliédrico, por eso resulta de difícil conceptualización, lo que debe ser considerado bajo el fenómeno de la trata de las personas.

Además, cabe destacar que la *trafficking* ya ha sido el objeto de preocupación de la sociedad internacional desde hace muchos años, y está condicionada por varios factores, entre ellos:

- La globalización y transnacionalización también se han instalado en la delincuencia organizada. Mientras que en el pasado, estos grupos se dedicaban, fundamentalmente, a una sola actividad delictiva, en los últimos años han tendido a diversificar el objeto de sus actividades y, en consecuencia, a ampliar su radio geográfico (Sanz, 2006, p. 22).
- Las nuevas realidades económicas suelen ir acompañadas de nuevas formas de explotación que suponen limitación o supresión de los derechos individuales y, como resulta obvio, el actual momento histórico de mundialización de la economía ha desencadenado un fenómeno no exactamente nuevo, pero que ha adquirido una especial dimensión internacional.
- El incremento de la desigualdad económica.
- La menor capacidad de incidencia en el futuro económico por parte de los países dependientes y subdesarrollados.
- El aumento de la migración (García, 2006, p. 4). Coincidimos con Alonso y Gutiérrez (2010) cuando afirman que las causas de la emigración son múltiples y variadas, como diversas son las modalidades de emigración existente. No coinciden los factores que motivan la emigración temporal, como estrategia ocasional de ahorro, con los que animan a una persona a abandonar de forma definitiva su país para reconstruir su vida en el suelo ajeno.

Entre los factores jurídicos, se destacan los siguientes:

- La gravedad de esta conducta: es un delito que ocupa el tercer lugar en la lista de crímenes transnacionales, situado después del tráfico de drogas y el de armas, aunque las estimaciones señalan que en la presente década la trata de personas va a ocupar el primer lugar por las increíbles ganancias y los beneficios económicos (Staff, s. f.).
- La trata de las personas pisotea los derechos fundamentales y la libertad de las personas, su dignidad, y supone un peligro para el estado psíquico o físico e incluso para la vida de las personas.

Como afirma García,

es uno de los delitos más rentables para los grupos delictivos organizados transnacionales [...] La característica más esencial del fenómeno es que afecta a distintos derechos humanos. Además, estamos ante un tipo de criminalidad organizada transnacional complejo, que dificulta la investigación de los delitos y requiere instrumentos también jurídicos de individualización de la responsabilidad de los miembros de la organización, así como instrumentos internacionales de persecución. (2006, p. 5)

Durante la última década, la atención de la sociedad civil, política y académica se ha centrado en la vinculación entre *human trafficking* y los derechos humanos. Unos elencos de expertos (véase Brysk & Choi-Fitzpatrick, 2012) demuestran que es hora de reconocer que la trata de personas es más una cuestión de derechos humanos y justicia social, arraigada en cuestiones estructurales más amplias relacionadas con la economía global, la seguridad humana y las relaciones laborales y de género.

Este planteamiento implica superar varias de las barreras más difíciles para el desarrollo del discurso de los derechos humanos: los derechos de las mujeres como derechos humanos, los derechos laborales, la migración y diferentes formas de discriminación, etc.

Históricamente, la *trafficking* se abordó al margen del discurso internacional de los derechos humanos. A lo largo del siglo XX, la comunidad

internacional mediante diversos instrumentos jurídicos condenó la *trafficking* como una grave violación de los derechos humanos. Esos esfuerzos para enmarcar la trata de personas como un problema de derechos humanos ha aumentado la preocupación de las organizaciones criminales transnacionales motivó a los gobiernos a desarrollar una nueva legislación internacional (Raigrodski, 2015, p. 82).

Se ha señalado que

para poder plantear la trata de personas como una violación de Derechos Humanos resulta imprescindible recordar cuáles son las características de los Derechos Humanos. Son universales, o sea, pensados para todas las personas sin distinción de sexo, religión, etnia o clase y se aplican en cualquier sistema político; son irrenunciables, nadie puede decidir renunciar a ellos o trasladarlos a otra persona; son integrales, interdependientes e indivisibles, los Derechos Humanos forman un corpus único de igual importancia y relevancia que hace que no se pueda renunciar a uno para defender otro; y por último son jurídicamente exigibles, por lo que los Estados una vez que adoptan las Convenciones y Tratados de Derechos Humanos tienen la obligación de integrarlos en su sistema legal, permitiendo de esta forma la posibilidad de exigir su respecto y cumplimiento. (Genera, Observatori DESC y Grup Antígona UAB, 2011, p. 30)

A partir 1993, con los consensos alcanzados en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena, 14 al 25 de junio de 1993), la trata es considerada una violación a los derechos fundamentales de las personas, ya que vulnera el derecho a la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad personal, en especial en niños, niñas y adolescentes, puesto que atenta contra su derecho a un desarrollo integral.¹ Sin embargo, a la comunidad internacional les preocupaba que la redacción del primer instrumento jurídico internacional moderno sobre la *trafficking* estuviera en las manos de la comisión de Delincuencia de los Estados Unidos y no

¹ Véase [https://www.unicef.org/argentina/spanish/Trata2012\(1\).pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/Trata2012(1).pdf).

de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Raigrodski, 2015, p. 65).

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, tanto en el preámbulo como en sus artículos refleja un acuerdo entre la comunidad internacional sobre los graves problemas de derechos humanos que entraña la trata y la necesidad de respetar y proteger los derechos humanos de las víctimas (Raigrodski, 2015, pp. 90-91).

Coincidimos con Raigrodski (2015) cuando afirma que muchos críticos han señalado que la mayoría de las obligaciones (como atención médica inmediata, asesoramiento, necesidad de vivienda, educación a largo plazo, empleo) no imponen obligaciones “duras”.

La violación de los derechos fundamentales que acompañan a la esclavitud y a las prácticas análogas es prácticamente ilimitada. En los casos más graves, abarca la privación de la identidad (al cambiar en muchos casos el nombre de la persona por otro correspondiente a una religión o identidad étnica distinta), la obligación de hablar en otro idioma y de cambiar de religión o el ejercicio de coerción sobre la víctima, lo cual supone una violación del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En algunos casos extremos, también se impide a las personas que ejerzan su derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, en particular cuando se trata de mujeres a las que se obliga a ser amantes o concubinas de los hombres que las tienen bajo su control, o a ejercer la prostitución. Prácticamente todos los casos entrañan violaciones de la libertad de expresión de las víctimas, así como de su derecho a recibir y difundir información, su derecho de reunión pacífica y su derecho de asociación (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002).

Los derechos humanos más afectados por la trata son:

- La prohibición de discriminar por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
- El derecho a la vida.
- El derecho a la libertad y la seguridad.
- El derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso o trabajo en condiciones de servidumbre por deudas.
- El derecho a no ser sometido a torturas o tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
- El derecho a no sufrir violencia de género.
- El derecho a la libertad de asociación.
- El derecho a la libertad de circulación.
- El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
- El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.
- El derecho a un nivel de vida adecuado.
- El derecho a la seguridad social.
- El derecho del niño a una protección especial.²

A principios de enero de 2010, el Ministerio del Interior de España anunció que la Policía Nacional ha combatido las dos principales mafias de traficantes, las cuales traficaron más de 1000 mujeres para la prostitución forzada. En 2006, el mismo Ministerio anunció que en un periodo de dos años habían “liberado” a 3035 extranjeras sometidas a la prostitución (Waisman, 2010, p. 386).

² http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_sp.pdf. 18.04.2016. 8.15 Pm

LOS FACTORES QUE CAUSAN *HUMAN TRAFFICKING*

A pesar de que es casi imposible de medir el alcance mundial de la trata de personas, la mayoría de los estudios concluyen que el volumen total de las víctimas de trata está aumentando tanto dentro en los países como en el extranjero. Al igual que cualquier comercio ilegal, la trata de personas existe ilegalmente, y los casos se descubren cuando las víctimas intentan escapar y declaran la explotación a las autoridades. Aunque los expertos resaltan que la mayoría de los datos sobre el tráfico no es fiable, el Departamento de Estado de los Estados Unidos estima que entre 600 000 y 800 000 personas son objeto de trata a través de fronteras internacionales cada año, y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) estima que durante un año 2,45 millones de personas permanecen en situaciones de servidumbre involuntaria como resultado de la trata (Dunne, 2011, p. 405).

El primer y más importante factor es la gravedad de este delito. Es un delito que vulnera gravemente los derechos fundamentales del hombre, la libertad, el honor y la dignidad (Duong, 2012, p. 48). También, se amenaza la salud física y psíquica. Las características delictivas de la trata de personas se expresan en la violencia física y psíquica, como la privación de libertad, la coacción, la esclavitud, etc. (Birkenthal, 2011, pp. 27-28). El otro factor muy importante es la dimensión de la trata. Según el informe anual de los Estados Unidos, cada año unas 800 000 personas son víctimas de la trata, de las cuales el 80 % son mujeres y niñas y el 50 % personas menores de edad (Duong, 2012, p. 48).

Además, son varios los factores, los cuales se pueden agrupar según diferentes características, entre ellos, factores económicos, sociales, políticos y tecnológicos.

Factor económico

Entre los factores económicos, se destacan los siguientes:

- Mundialización de la economía y las nuevas realidades económicas.
- Incremento de las desigualdades económicas.

- Menor capacidad de incidencia en el futuro económico por parte de los países dependientes y subdesarrollados.

El grave problema es la falta de empleos de calidad, lo cual es un factor determinante de la emigración, en particular entre los jóvenes con formación de los países en desarrollo. La diferencia entre los salarios de los países receptores y de los países emisores llega a 5. El desarrollo a través del empleo es de 10 a 1. En 2013, más de 230 millones de personas vivían en un país que no era el país en que habían nacido, unos 57 millones más que en 2000; y un 50 % de estas personas eran originarias de Asia meridional (OIT, 2014).

Entre los factores económicos, además, se debe destacar demanda a los trabajadores con una enseñanza específica, lo que en el mercado laboral está muy bien pagada y por eso es atractivo para los traficantes (Greenhill, 2007, p. 29).

Factor social

Cuando hablamos del factor social de la trata, coincidimos con Jiménez y Ballbé (2010) cuando afirman:

Nos encontramos en la era de la globalización y de la sociedad del conocimiento que van unidas y el tema de los derechos de las mujeres y su permanente discriminación es un problema y un reto global. Precisamente en la sociedad del conocimiento en red se pueden comparar las diferentes situaciones discriminatorias de las mujeres y los niveles de discriminación de forma más visual e impactante. Por tanto los principios de la auditoría y evaluación no son solo técnicas puramente de afloramiento de información sino que se convierte en un valor y los instrumentos más efectivos (o decisivos) para asegurar los nuevos derechos de las mujeres y para poner en evidencia los atrasos o los avances de unos países con respecto a otros. Los nuevos derechos tienen que ser analizados y evaluados. Precisamente la efectividad de estos derechos en la globalización está en la evaluación comparativa que no solo se realiza entre Estados, sino que también se lleva a cabo de forma más focalizada en regiones determinadas e incluso en municipios. Por tanto, esto lleva a lo que se ha denominado en el sistema

global, el sistema *glocal* que consiste en hacer un seguimiento de las experimentaciones e innovaciones que se están realizando en muchos puntos del mundo por una comunidad local o regional y que su evaluación, si es positiva, sirve para que sea conocida y pueda ser expansionada por todo el mundo. (p. 262)³

Por su parte, el factor social incluye:

- La pobreza.
- El desempleo.
- El bajo nivel de enseñanza.
- La falta de comunicación en la familia.
- Las familias desintegradas.
- La inseguridad.
- La violencia.⁴
- La indignación social.

³ Sobre el sistema glocal, véase Robertson (2003).

⁴ Jiménez y Ballbé (2010) mencionan las situaciones gravísimas en que las mujeres se encuentran en el mundo contemporáneo. Por ejemplo, la Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) y sus organizaciones miembros en México (la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos [CMDPDH] y el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos [CALDH]) realizaron una misión de investigación entre septiembre y octubre de 2005. La misión pudo constatar que el asesinato de mujeres continúa en aumento en México. En este país, no hay estadísticas globales de la situación, sino algunas en cada estado. Por ejemplo, en el estado de Chiapas, entre 1994 y 2005, hay informaciones de 612 asesinatos a mujeres, y en el estado de México, primer estado en el país en homicidios de mujeres, se reportaron cerca de 500 homicidios tan solo en 2004. Para la misión fue evidente que no hay reconocimiento ni normativo ni fáctico por parte de las autoridades de que la violencia contra las mujeres son violaciones de los derechos humanos. Igualmente, es preocupante la negligencia o corrupción de los funcionarios públicos que trabajan en la administración de justicia, así como la falta de transparencia en la información de casos que se dan por resueltos, particularmente según lo observado por la misión en el estado de Chihuahua (Movimiento Mundial de los Derechos Humanos, 2006).

La prostitución: en estos años de principios del siglo XXI, no hay semana en que la actualidad, en España, en Francia, en Italia y en muchos otros países, no ponga la cuestión de la prostitución, de las prostitutas y de sus clientes sobre el tapete: numerosos artículos en la prensa y reportajes en televisión, propuestas gubernamentales o parlamentarias de reglamentación de la prostitución o de su legalización con la vuelta de los viejos burdeles periódicos, manifestaciones de vecinos hartos por la presencia callejera de las prostitutas (Pozzi, 2000). ¿Cuál es la naturaleza y los límites del espacio que debe reservarse a prostitución en una sociedad? (Guereña, 2003, p. 14.), es una pregunta con respuestas claras: vinculación directa de prostitución y de la trata.

Por otro lado, están todos los factores sociales, relacionados con sentimientos religiosos y educación patriarcal, puesto que en el seno de las familias de los distintos grupos religiosos es normal tener miembros de la familia en condiciones de esclavitud, que no causa la protesta entre ellos (Greenhill, 2007, pp. 27-32).

Factor político

- La falta de voluntad por parte del Estado en la lucha contra de la trata de personas.
- La falta de investigación policial y la corrupción e impunidad.
- El incremento de la migración: la reciente escalada en la trata de personas se ha producido en el contexto de un aumento en la migración humana. La globalización condujo a un aumento del trabajo barato, mientras que los acuerdos comerciales internacionales amplían y favorecen el acceso a los mercados de trabajo para los extranjeros. Los progresos tecnológicos y la urbanización en los países en desarrollo condujeron a poblaciones rurales a las ciudades más grandes en busca de trabajo. A medida que la brecha entre países ricos y pobres sigue aumentando, los trabajadores de países empobrecidos buscan trabajo en los países con las economías más estables. La OIT estima que más de 100 millones de personas migran a lo largo de las fronteras inter-

nacionales cada año en busca de trabajo. Los trabajadores emigrantes que no pueden obtener visados para los países de destino a menudo dependen de los traficantes para cruzar las fronteras internacionales. Los traficantes se aprovechan de los niños, de los hombres, de las mujeres desesperadas (Dunne, 2011, p. 404).

- Los conflictos territoriales⁵ dentro un Estado y entre los Estados (Greenhill, 2007, pp. 27-32), que excluye la cooperación entre países. Esto ayuda a los delincuentes a refugiarse en un país hostil y desde ahí operar en las actividades delictivas
- La legislación imperfecta.
- La corrupción.

Factor tecnológico

Entre los factores tecnológicos, se consideran la facilitación de vías y medios de comunicación, la libre circulación, que hace posible la comunicación entre los grupos delictivos, y dificulta la lucha contra ellos.

Además, se destacan los siguientes (Greenhill, 2007, p. 35):

- Las nuevas tecnologías.
- La internet.
- La publicidad falsa.
- Las operaciones quirúrgicas
- El trasplante de órganos.

⁵ Según la Estrategia Europea de Seguridad de 2003, los conflictos regionales son entre las cinco amenazas más graves de Europa y pueden tener un impacto directo o indirecto en los intereses europeos, independiente de su localización geográfica. Estos conflictos constituyen una amenaza para las minorías, las libertades fundamentales y los derechos humanos.

Cuando hablamos de la trata, hay que distinguir dos formas: nacional e internacional (domestic and international trafficking). El tráfico internacional implica específicamente la explotación y el traslado a través de las fronteras internacionales con fines de explotación económica, en general en trabajos forzados o explotación sexual. Las víctimas de la trata nacional pueden ser ciudadanos del país en que se produce el delito, residentes extranjeros, residentes permanentes o inmigrantes, con documentación o sin ella. La principal diferencia es no implicar el cruce de las fronteras internacionales (Killian & Young, 2016, p. 9).

En 2006, el Departamento de Estado de los Estados Unidos estimó que entre 14 500 y 17 500 personas eran traficadas internacionalmente a este país. Aunque estas víctimas provienen de todo el mundo, las autoridades indican que gran parte procede de México, Centroamérica y Asia oriental.

Elementos de la *trafficking*

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, artículo 3 (a), establece que “la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

Esta clasificación identifica la explotación sexual comercial como una forma de trata de personas, así como el trabajo forzado y la extracción de órganos. La esclavitud y las prácticas similares a la esclavitud se incluyen como formas separadas de explotación, además de la trata sexual. Esta definición de la trata de personas en el artículo 3 (a) del Protocolo incluye tres elementos: acción, medios y propósito; con la acción y los medios que actúan como elementos *actus reus*⁶ y el propósito de servir como ele-

⁶ Acto prohibido o acto culpable en el sistema jurídico de *common law*. Tradicionalmente, se reconocen como elementos del *actus reus* los siguientes: a) acción y omisión,

mento *mens rea*.⁷ Para que haya tráfico, debe haber una acción (reclutamiento, transporte, traslado, alojamiento o recepción de una persona) asegurada por un medio específico (coerción, fuerza, secuestro, fraude, engaño, etc.) para un propósito específico (explotación) (Storer, 2016; Gallagher, 2010).

Scarpa (2008) describe estos elementos como tres fases: a) el movimiento de las víctimas de un lugar a otro, b) la obtención de su consentimiento por medios inadecuados y c) su explotación final (véase también Storer, 2016). El elemento “medios” se renuncia (y por tanto no se requiere que se demuestre) en situaciones en las que la víctima es un niño,⁸ y el consentimiento de una víctima (independiente de la edad) es irrelevante si se puede demostrar que cualquiera de los “medios” establecidos en la definición fueron empleados para inducir el consentimiento nominal.⁹

Hubo mucho debate acerca de esta definición durante las etapas de redacción del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el debate más decisivo giró en torno a la cuestión de la prostitución. La versión final incluyó una referencia estrictamente adaptada a la “explotación de la prostitución ajena”, reconociendo la prostitución no

b) resultado de la acción y omisión y c) contexto o estado de cosas en las que ocurre la acción y omisión.

⁷ Intención criminal: el estado mental del acusado.

⁸ Artículo 3 (c), “La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará ‘trata de personas’ incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; (d) Por ‘niño’ se entenderá toda persona menor de 18 años”, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 3(c); id. art. 3(d).

⁹ Artículo 3(b), “El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”.

coaccionada como un medio final de la trata, evitando al mismo tiempo una postura internacional global sobre ella. Según algunos investigadores, este compromiso puso de manifiesto la disposición de los Estados a dejar de lado sus puntos de vista individuales sobre la prostitución para lograr los objetivos más amplios de alcanzar una definición acordada y mantener la integridad de la distinción entre trata de personas y tráfico de migrantes (*trafficking and migrant smuggling*) (Storer, 2016, p. 583).

Según la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, s. f.), son elementos de la *human trafficking*:

- El acto (qué se hace): la acción de captar,¹⁰ transportar, trasladar,¹¹ acoger o recibir personas.

¹⁰ “Captación: la captación es un concepto que se traduce en atracción. Es decir, atraer a una persona, llamar su atención o incluso atraerla para un propósito definido. En lo que respecta a la trata de personas tiene un significado muy similar. Presupone reclutamiento de la víctima, atraerla para controlar su voluntad para fines de explotación. La captación se ubica dentro de los verbos que definen las acciones sancionables dentro del tipo penal de trata de personas. Algunas legislaciones han cambiado este concepto por ‘reclutamiento’ o ‘promoción’ aunque no son sinónimos” (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2009, p. 9).

¹¹ “Traslado: dentro de las fases de la trata de personas, el traslado ocupa el segundo eslabón de la actividad delictiva posterior a la captación o reclutamiento de la víctima. Por traslado debe entenderse el mover a una persona de un lugar a otro utilizando cualquier medio disponible (incluso a pie). A diferencia de ‘transportar’, otro término que define esta fase delictiva, el traslado enfatiza el cambio que realiza una persona de comunidad o país. En ese sentido este concepto se acerca con mucha precisión a la mecánica del ‘desarraigo’ que se analiza en forma separada. Para efectos jurídicos, el tipo penal de trata debe especificar que esta actividad puede realizarse dentro del país o con cruce de fronteras. En la mayor parte de los países, la legislación sobre trata de personas no toma en cuenta el consentimiento de la víctima en la fase de traslado sea esta mayor o menor de edad” (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2009, p. 17).

- Los medios (cómo se hace): amenaza o uso de fuerza, coacción, rapto,¹² fraude, engaño,¹³ abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, concepto que se basa en dos presupuestos básicos: a) que la víctima no tenga capacidad para comprender el significado del hecho (persona menor de edad, incapaz) y b) que la víctima no tenga capacidad para resistirlo (discapacitado, estado de necesidad económica, bajo nivel cultural, sometido a engaño, coerción o violencia). La situación de vulnerabilidad de la víctima es un medio utilizado por el tratante para el acercamiento y control, y se incluye en el tipo penal base o como uno de los agravantes del delito) (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2009), o la concesión de pagos o beneficios en cambio del control de la vida de la víctima.
- Objetivo (por qué se hace): para fines de explotación, que incluye prostitución, explotación sexual, trabajos forzados, esclavitud, retirada de órganos y prácticas semejantes. Para verificar si una circunstancia particular constituye trata de personas, se debe considerar la definición de trata en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y los elementos

¹² “Rapto: el rapto es una figura jurídica orientada a la sustracción y retención de una mujer con fines deshonestos o de matrimonio. Es una figura penal que se ha mantenido en las legislaciones a través de los siglos. En el Protocolo de Palermo, el término ‘rapto’ tiene un sentido más amplio, ajustado con mayor certeza a un secuestro sin objeto de lucro. No obstante, en el mundo jurídico este concepto se refiere, exclusivamente, a la sustracción y retención de mujeres” (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2009, p. 15).

¹³ “Engaño: se refiere a crear hechos total o parcialmente falsos para hacer creer a una persona algo que no es cierto. En la trata de personas se refiere a la etapa de reclutamiento donde el tratante establece un mecanismo de acercamiento directo o indirecto con la víctima para lograr el ‘enganche’ o aceptación de la propuesta. Esencialmente se traduce en ofertas de trabajo, noviazgo, matrimonio y en general una mejor condición de vida. De igual forma, el engaño es utilizado por el tratante para mantener a la víctima bajo su control durante la fase de traslado y posteriormente en los lugares de explotación. La normativa penal ha incorporado este concepto en los tipos que sancionan la trata como parte integral del tipo base o de alguna de las agravaciones. Este es uno de los aspectos más importantes para lograr que una víctima no sea culpada por delitos que haya cometido durante el proceso de trata al que fue sometida” (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2009, p. 12).

constitutivos del delito, conforme lo definido por la legislación nacional pertinente.

La trata de personas se caracteriza por su carácter involuntario, por tanto, la violencia, la coacción y las amenazas son los elementos que caracterizan la relación entre las víctimas y las personas tratantes. Una vez prisioneras de las redes de trata, las mujeres se encuentran en una situación extrema de violación de derechos humanos, desde el derecho a la libertad hasta el derecho a la integridad física, así como la violación de los derechos sexuales y reproductivos (Genera, Observatori DESC y Grup Antígona UAB, 2011).

CONCLUSIÓN

La *human trafficking* es un fenómeno muy complejo, cuya definición ha sido y sigue siendo controvertida (Cole, 2005, p. 789). Es evidente que esto no es solo un problema jurídico, sino un problema de los derechos humanos, de la sociedad civil, y todos humanos, por tanto, necesitan unirse para hacer frente a ella. El término *human trafficking*¹⁴ es muy complejo, que abarca todas las líneas de la trata y el tráfico de personas expresado en definiciones, como “trata de seres humanos”, “esclavitud moderna” o “nueva esclavitud”.

Los derechos humanos más afectados por la trata son:

- La prohibición de discriminar por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
- El derecho a la vida.
- El derecho a la libertad y la seguridad.

¹⁴ Según el *Cambridge Dictionary* (s. f.), la palabra *trafficking* significa “la actividad de compra y venta ilegal de bienes o personas”, en tanto que la definición *human trafficking* es más amplia, “el delito de comprar y vender gente, o ganar dinero con el trabajo forzado, tal como el trabajo sexual”.

- El derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso o trabajo en condiciones de servidumbre por deudas.
- El derecho a no ser sometido a torturas o tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
- El derecho a no sufrir violencia de género.
- El derecho a la libertad de asociación.
- El derecho a la libertad de circulación.
- El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
- El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.
- El derecho a un nivel de vida adecuado.
- El derecho a la seguridad social.
- El derecho del niño a una protección especial.¹⁵

La *human trafficking* se ha convertido en un problema enorme e incontrolable a nivel mundial, es uno de los mayores problemas de derechos humanos que enfrenta actualmente el mundo. Los datos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) revelan que la trata de seres humanos es un negocio que genera entre USD 7000 y USD 10 000 millones al año. Esta cifra, sumada a los beneficios que se obtienen del tráfico de inmigrantes, asciende a USD 39 000 billones al año en todo el mundo, tal y como estima la Interpol (Mareca, 2015).

Durante los últimos años, cada vez más atención del público, política y académica está centrada en la trata de personas, la esclavitud moderna. Esta atención se ha convertido en una acción de presión de los defensores internacionales para generar nuevas normas y políticas internacionales (Brysk & Choi-Fitzpatrick, 2012, p. 13).

¹⁵ http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_sp.pdf. 18.04.2016. 8.15 Pm

Sin embargo, la inconciencia del público de este problema cada vez es mayor. Desde 2000, cuando la ONU aprobó el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, la conciencia pública ha aumentado solo ligeramente. Sin embargo, los Estados tendrán que hacer algo más que promulgar una legislación perfecta para procesar a los traficantes. Debido a las violaciones graves de los derechos humanos implicados en el tráfico de personas, los Estados necesitarán promulgar una protección adicional para las víctimas de trata de persona (Nel, 2005, pp. 1-2).

REFERENCIAS

- Alonso Lera, J. A. y Gutiérrez Palacios, R. (Dirs.) (2010). *Emigración y lengua: el papel del español en las migraciones internacionales*. Barcelona, España: Ariel.
- Birkenthal, S. (2011). Human trafficking: A human rights abuse with global dimensions. *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, 6(27).
- Brysk, A. & Choi-Fitzpatrick, A. (Eds.). (2012). *From human trafficking to human rights: Reframing contemporary slavery*. Philadelphia, EE. UU: University of Pennsylvania Press.
- Cambridge Dictionary*. (s. f.). Human trafficking. Recuperado de <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/human-trafficking>
- Cole, A. (2005). Reconceptualising female trafficking: The inhuman trade in women. *Journal of Law and Gender*, 12(789).
- Daunis Rodríguez, A. (2006). La promoción del tráfico ilegal de personas: aspectos jurídicos y policiales. En N. Sanz Mulas (Coord.), *El desafío de la criminalidad organizada* (pp. 215-250). Granada, España: Comares.
- Dunne, J. L. (2011). Hijacked: How efforts to redefine the international definition of human trafficking threaten its purpose. *Willamette Law Review*, 48(403).
- Duong, K. A. (2012). Human trafficking in a globalized world: Gender aspects of the issue and anti-trafficking politics. *Journal of Research IN Gender Studies*, 2(1), 48-65.
- Estrategias Europea de Seguridad. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:r00004>

- Gallagher, A. T. (2010). *The international law of human trafficking*. Cambridge, EE. UU: Cambridge University Press.
- García Aran, M. (Coord.) (2006). *Trata de personas y explotación sexual: estudios de derecho penal y criminología*. Granada, España: Comares.
- Genera, Observatori DESC y Grup Antígona UAB. (2011). *Análisis sociojurídico de la trata con fines de prostitución forzada: herramientas para una intervención desde una perspectiva de derechos*. Recuperado de http://observatoridesc.org/sites/default/files/Analisis_SocioJuridico_Trata_PF_-_Genera_Desc_-Antigona_Nov2011_0.pdf
- Godsey, N. (2011). The next step: Why non-governmental organizations must take a growing role in the new global anti-trafficking framework. *Regent Journal of International Law*, 8(27).
- Greenhill, K. M. (2007). *Human trafficking and migrant smuggling: New perspective on an old problem*. Cambridge, EE. UU.: Harvard University Press.
- Guereña, J.-L. (2003). *La prostitución en la España contemporánea*. Madrid, España: Marcial Pons Historia.
- Hacker, D. (2015). Strategic compliance in the shadow of transnational anti-trafficking law. *Harvard Human Rights Journal*, 28(11).
- Jiménez Tello, P. y Ballbé Mallol, M. (2010). La auditoría y evaluación como un instrumento decisivo para el desarrollo global de los derechos de la mujer en la sociedad del conocimiento. *Nomos*, 30(1), 259-277.
- Killian, R. & Young, L. (2016). Human trafficking. *Delaware Bar Foundation Delaware Lawyer*.
- Lara Aguado, Á. (Dir.) (2012). *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque interdisciplinar*. Madrid, España: Civitas.
- Mareca, A. (2015, julio 30). 500 000 mujeres víctimas de la trata de seres humanos llegan cada año a Europa. *lamarea.com*. Recuperado de <https://www.lamarea.com/2015/07/30/500-000-mujeres-victimas-de-trata-de-seres-humanos-llegan-cada-ano-a-europa/>
- Movimiento Mundial de los Derechos Humanos. (2006). El feminicidio en México y Guatemala. Recuperado de https://www.fidh.org/spip.php?page=article&id_article=3262

- Nel, S. L. (2005). Victims of human trafficking: Are they adequately protected in the United States? *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, 5(1).
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (s. f.). *Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes*. Recuperado de <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/trafico-de-pessoas/index.html>
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2009). *Manual sobre la investigación del delito de trata de personas: guía de autoaprendizaje*. Autor.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2002). *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*. Nueva York, EE. UU.: Naciones Unidas.
- Organización Internacional del Trabajo. (2014). *Informe sobre el trabajo en el mundo 2014: el desarrollo a través del empleo*. Autor. Recuperado de <http://www.ilo.org/global/research/global-reports/world-of-work/2014/lang-es/index.htm>
- Pozzi, S. (2000, mayo 22). La legalización de la prostitución enfrenta a los países de la Unión Europea. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/diario/2000/05/22/sociedad/958946411_850215.html
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf
- Raigrodski, D. (2015). Economic migration gone wrong: trafficking in persons through the lens of gender, labor, and globalization. *Indiana International & Comparative Law Review*, 25(79).
- Robertson, R. (2003). Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad. En J. C. Monedero Fernández-Gala (Coord.), *Cansancio del Leviatán: problemas políticos de la mundialización* (pp. 261-284). Madrid, España: Trotta.
- Sanz Mulas, N. (Coord.) (2006). *El desafío de la criminalidad organizada*. Granada, España: Comares.
- Scarpa, S. (2008). *Trafficking in human beings: modern slavery*. Nueva York, EE. UU.: Oxford University Press.

- Staff Wilson, M. (s. f.). *Recorrido histórico sobre la trata de personas*. Recuperado de <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/violenciasyderechoshumanos/staff.pdf>
- Storer, B. W. (2016). Slavery in the Name of Tolerance: Whether an International Legal Obligation Exists to Criminalize Prostitution. *Nebraska Law Review*, 95(2), 574- 601.
- Waisman, V. (2010). *Human trafficking*: State Obligations to Protect Victims' Rights, the Current Framework and a New Due Diligence Standard. *Hastings International and Comparative Law Review*, 33(385).

6

REFLEXIONES SOBRE EL BLANQUEO DE CAPITALES Y SU RELACIÓN CON EL CRIMEN ORGANIZADO EN ESPAÑA

José María Delgado Rodríguez

Universitat Internacional de Catalunya

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la delincuencia organizada transnacional y su relación con el blanqueo de capitales ha sido analizado en la última década hasta la saciedad, constatando que la eficacia criminal no ha disminuido en la proporción de los esfuerzos gubernamentales realizados para combatirlo, y ello principalmente revela que dicha delincuencia aprovecha las oportunidades que le ofrecen las viejas estructuras de Estado nación y la ausencia de una base global de respuesta legislativa y policial para llevar a cabo sus acciones. La cobertura legal con la que actúan las diversas instituciones que la persiguen no es suficiente para dar una respuesta rápida y eficaz a su control y erradicación.

En primera instancia, ello lleva a la constatación de que una respuesta eficaz al blanqueo de capitales (y, por ende, al crimen organizado a cuyos beneficios sirve dicho blanqueo¹) pasa por un aumento sustancial de la

¹ Los beneficios de la delincuencia organizada (droga, prostitución, contrabando juego, etc.) intervienen desde este año en el método del cálculo del producto interno bruto (PIB) (conocido en la Unión Europea [UE] como SEC-2010), teniendo en cuenta que en España esta actividad ilegal supone casi EUR 9200 millones de la riqueza del país, un 0,87 % del PIB.

cooperación internacional y una mayor prevención y participación de todos los sectores, en especial de las instituciones encargadas de la persecución de los delitos económicos y de la respuesta judicial. Por tal razón, un porcentaje muy relevante de esta reflexión se dirige a detallar el grado de desarrollo de esta colaboración, a través de diversos instrumentos jurídicos e institucionales.

Conviene iniciar advirtiéndole que el origen de la persecución del blanqueo a escala planetaria lo fija la represión del tráfico de drogas, y es Norteamérica la que hace más presión internacional como consecuencia de los nefastos efectos del consumo de estupefacientes en la mitad de la década de los ochenta. No obstante, y consecuente con lo que vamos a comentar, los mecanismos para combatir el tráfico de estupefacientes no han obtenido el efecto deseado: en diciembre de 2017, los medios de comunicación informaban que 65 000 personas habían fallecido en los Estados Unidos por la denominada sobredosis o reacción adversa al consumo de drogas.

A continuación, relacionamos una evolución de las mediadas institucionales adoptadas.

REGULACIÓN INSTITUCIONAL

Organización de las Naciones Unidas

A ese respecto, en primer lugar, se ha confrontado cómo en el ámbito internacional la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha ido realizando tratados y convenciones con el propósito de combatir el tráfico de drogas (Viena, 1988),² el crimen organizado (Palermo, 2000)³ o la co-

² La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Este instrumento constituye la expresión mundial contra el tráfico de drogas y un fuerte pilar de referencia, al que se le dominó entre los expertos como la convención de la cocaína.

³ La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convenio de Palermo, se celebró en aquella ciudad como homenaje al magistra-

rrupción (Mérida, 2003).⁴ Es deseable y se espera una nueva convención que contemple la prevención y lucha a nivel mundial contra la delincuencia organizada en sus diversas vertientes, sobre todo la implicación en esta de las nuevas tecnologías, entre ellas, el ciberespacio; como se comprende de forma palmaria, la capacidad operativa del fenómeno delictivo va por delante de la prevención y represión de este por parte de las instituciones.

Antes de avanzar más, quiero hacer una concisa referencia a la Interpol, como la institución de cooperación y auxilio policial internacional más amplia del mundo, creada hace más de un siglo (1914, en Mónaco) a la que pertenecen más de 170 países, cada uno de ellos con sus oficinas centrales y que cuenta con una sección creada en 1983 (Fonds Provenant d' Activites Criminelles [FOPAC]) para hacer frente a todos los delitos de blanqueo de dinero; la Asamblea General de la Interpol la creó al considerar la necesidad de lograr mejores resultados en la lucha contra las actividades financieras criminales relacionadas con los grupos delictivos organizados, definiendo el blanqueo de capitales como “cualquier acto o intento de acto para ocultar o disfrazar la identidad de los fondos obtenidos ilícitamente, a fin de que parezcan haberse originados a partir de fuentes legítimas”.

do Giovanni Falcone, asesinado junto con su esposa y tres escoltas por la Cosa Nostra, la mafia siciliana; meses después fue también asesinado por los mismos mafiosos el juez que los sustituyó, Paolo Borsellino, con cinco miembros de su escolta. Sirvió esta reunión para definir el delito transnacional y el crimen organizado, así como aconsejar la normativa penal internacional para perseguirlos.

⁴ Se celebró en Mérida (México) los días 9 y 11 de diciembre de 2003, cuyo objeto era elaborar un instrumento eficaz contra la corrupción. Esta convención recoge una lista detallada de medidas para prevenir la corrupción, incluida la aplicación de políticas y prácticas preventivas, la creación de órganos al efecto, el uso de códigos de conductas para los funcionarios y la adjudicación de contratos públicos. Asimismo, aconseja la transparencia y otras medidas destinadas a prevenir el blanqueo de capitales.

EUROPA

Ya en el ámbito institucional europeo, se ha puesto de manifiesto que la Unión Europea (UE), concienciada con los problemas que representa la delincuencia organizada y el blanqueo de capitales para la libertad y seguridad de sus ciudadanos, ha elaborado como respuesta varias directivas específicas contra el blanqueo: la primera, la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales; la segunda, la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales - Declaración de la Comisión; la tercera, la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo;⁵ y la cuarta, la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.

Estas directivas se han ido sucediendo en el tiempo en la medida en que los acontecimientos y los tratados y convenios de la ONU han evolucionado, ello hace que la legislación concreta de los países, en este caso España,

⁵ Según el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), “Las PEP [personas expuestas políticamente] extranjeras son individuos que cumplen o a quienes se les ha confiado funciones públicas prominentes en otro país, como por ejemplo los Jefes de Estado o de Gobierno, políticos de alto nivel, funcionarios gubernamentales o judiciales de alto nivel o militares de alto rango, ejecutivos de alto nivel de corporaciones estatales, funcionarios de partidos políticos importantes”.

haya, paralelamente, elaborado la normativa de prevención y sanción que también comentaré.

Desde el punto de vista jurídico, se ha puesto énfasis en el hecho de que Europa, en su lucha y prevención de la delincuencia organizada, ha celebrado tratados dentro de la UE, en general tendentes a lograr una mayor cooperación policial, principalmente debido a que la delincuencia se ha hecho transnacional y se ha visto complementada y favorecida con los avances técnicos de todo tipo, pero también al hecho cierto de que esas nuevas tecnologías facilitan el intercambio de datos, la consecución de unas bases de datos globales y, en última instancia, el cruce de información que está en la base de la cooperación policial.

Así, se comenzó con el Tratado de Trevi en 1971,⁶ que inició su andadura intentado poner remedio al terrorismo y terminó implicándose en la lucha contra la delincuencia organizada (Grupo Trevi III), hasta finalizar su actividad con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en 1993. Luego el Acuerdo de Schengen⁷ de 1995 se establece para suprimir gradualmente las fronteras y en él también se contemplan disposiciones en materia de colaboración policial. El Tratado de Maastricht, de interés para la UE en general y para la colaboración policial en particular. Resulta relevante a efectos de esta reflexión la creación de una oficina policial europea (Europol),⁸ que es concebida como el gran instrumento de la lu-

⁶ En 1971, se reunieron en Roma los ministros de Interior y Justicia de los países comunitarios para analizar y buscar soluciones a los atentados terroristas que abundaban en Europa en ese momento; toma el nombre de la famosa fontana.

⁷ El Acuerdo Schengen fue suscrito el 14 de julio de 1985 por los Países Bajos, Francia y Alemania. Su objetivo principal era suprimir gradualmente las fronteras entre ellos. Con el convenio de aplicación del Acuerdo, se estableció la libre circulación de personas que era una aspiración contenida en el Tratado de Roma. Este mismo acuerdo establece unas figuras de cooperación policial de gran interés, como la persecución en caliente, la entrega vigilada de estupefacientes y los policías de enlace.

⁸ Dentro del Tratado de Maastricht (1992), y previsto dentro del Tercer Pilar, con el objeto de ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, se crea la Oficina Europea de Policía (Europol), que bajo la forma de un Acto del Consejo y amparada en el artículo 29 del Tratado, se puso en

cha contra la delincuencia trasnacional en la UE y que inicia su andadura en enero de 1994.

Son también relevantes a estos efectos otros tratados europeos, como el de Ámsterdam, firmado en 1997, el de Niza de 2001, o el de Prüm en 2005, todos ellos modificaciones del Tratado de la Unión Europea y con referencias concretas a la cooperación policial. Pero es, sin duda, el Tratado de Lisboa de 2007 el que tiene un superior alcance en la medida en que se reforma el Tratado de la Unión Europea, estableciendo reformas en el funcionamiento de la organización. De interés es la introducción de nuevos aspectos en la lucha contra la delincuencia transfronteriza internacional, fortaleciendo la capacidad de la UE para combatirla. Entre otros aspectos, se ha considerado en especial relevante desde un punto de vista programático el hecho de que el Parlamento Europeo adoptase en 2001 una resolución bastante clarificadora de su posición contra la delincuencia organizada, considerando que uno de los objetivos principales de la UE es crear un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el cual se prevenga y se luche contra la delincuencia, considerando que la delincuencia organizada genera un enorme coste social, viola los derechos humanos, incumple las normas democráticas favoreciendo la corrupción.

Desde el punto de vista organizativo, posteriormente y siguiendo las directrices marcadas por el Tratado de Lisboa, se crea el Comité Permanente de Seguridad Interior (COSI⁹) que propicia, fomenta e intensifica

marcha en 1993, pero sus primeros pasos operativos datan de 1999. Su sede se fija en La Haya, su objetivo consiste en la prevención y lucha contra unos tipos determinados y concretos de delincuencia internacional y siempre que haya indicios concretos de una estructura delictiva organizada que amenace a dos o más Estados.

⁹ El COSI se crea siguiendo las directrices marcadas por el Tratado de Lisboa el 25 de febrero de 2010, cuyo objetivo es propiciar, fomentar e intensificar la coordinación de las actuaciones operativas entre los Estados miembros de la UE en materia de seguridad interior. El papel de coordinación se refiere a la cooperación policial y aduanera, a la protección de las fronteras exteriores y a la cooperación judicial en materia penal.

la coordinación de las actuaciones operativas entre los Estados miembros de la UE.

ESPAÑA

Antes de señalar el ámbito jurídico en España, comentaré a modo de pincelada una breve reseña sobre la delincuencia organizada en el país.

La delincuencia tradicional española se caracterizó por ser poco violenta si exceptuamos algunos episodios concretos, se radicalizó a mediados de la década de los setenta, seguramente al haber entrado en el escenario la heroína y otras sustancias estupefacientes que confería a los delincuentes una violencia inusitada. Los delincuentes bajo el síndrome de abstinencia se convirtieron en seres irreflexivos, que atacaban con excesiva maldad y violencia a sus víctimas.

Correlativamente con esta violencia descrita, fueron apareciendo los traficantes de droga, la delincuencia organizada, la trata de personas, la inmigración ilegal y, por supuesto, el blanqueo de capitales para dar salida a las ganancias. Era necesario introducir en los circuitos legales las ingentes cantidades de dinero obtenidas con su ilícita actividad. Apareció entonces la figura del blanqueador, lo más parecido a un contable.

Lógicamente, la evolución penal en nuestro país, en cuanto a la criminalización de conductas, ha ido variando a tenor de las referencias mundiales y europeas. Así, el informe de ENFOPOL 35 REV 2¹⁰ establece cuáles son los criterios para considerar a un grupo organizado, ello para clasificarlos por niveles, tomando en consideración el número de miembros que lo componen, la zona de actuación (local, provincial, interprovincial, nacional o internacional), el empleo de violencia o intimidación, el uso de influencia o corrupción, el empleo de expertos, la sofisticación y el

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – “Desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada” {SEC (2005) 724}.

aislamiento, lo que le confiere una mayor peligrosidad al grupo de que se trate. En nuestro país, los grupos se han catalogado en cinco niveles (básicos, bajo, medio, alto y muy alto). A los elementos anteriores hay que añadir la habilidad que tiene el grupo para aislar a su líder, apareciendo terceros o testaferros que dan la cara, así como la mayor o menor resistencia a su desarticulación por la fuerzas de seguridad. Pero ya en 1997, La UE publicó un documento (ENFOPOL 35 REV 2) al que se adhirieron diversas policías europeas, entre, ellas la española, en el que se establecía que un grupo criminal es organizado cuando se cumplen seis de once indicadores preestablecidos, de modo que son obligatorios los numerados como 1, 3, 5 y 11:

1. Concurrencia de más de dos personas para la comisión de los delitos.
2. Reparto específico de tareas de los sospechosos de participar en delincuencia organizada.
3. Actuación prolongada o indefinida en el tiempo, de modo que el tiempo mínimo de actuación es de seis meses.
4. Existencia de jerarquía, disciplina o control interno.
5. Sospecha de haber cometido delitos graves.
6. Actividad en el ámbito internacional.
7. Utilización de violencia o intimidación.
8. Uso de estructuras comerciales o empresariales.
9. Blanqueo de dinero.
10. Uso de influencia o corrupción.
11. Búsqueda de beneficio de poder.

Las actividades de los grupos de delincuencia organizada se han centrado preferentemente, según informe de la Secretaría de Estado de Seguridad,

en el tráfico de estupefacientes (cocaína, hachís y sintéticos),¹¹ en el blanqueo de capitales, en delitos de falsedad documental, en la inmigración ilegal, en especial la que se realiza con fines de explotación sexual, los robos ejecutados con fuerza, violencia e intimidación, y en los delitos de extorsión, secuestro o detención ilegal.

Los grupos investigados que operan en España se sitúan en torno a los 500 anuales, con repeticiones y nuevas incorporaciones. De ellos el 18 % tienen nivel alto o muy alto, y del total de los grupos un 50 % tienen actividad internacional y el 45 % utilizan una estructura comercial, haciendo uso de comportamientos similares a los empresarios mediante la instauración de estructuras y contactos con proveedores, transportistas y suministradores, y emplean cada vez más todo tipo de profesionales (abogados, contables, expertos en finanzas, etc.), manejan también nuevas tecnologías, comunicaciones y transportes más rápidos y seguros que les permiten innovar en los *modus operandi*.

De la nacionalidad de los componentes en las organizaciones, un 47,5 % son de nacionalidad española, que a su vez están asociados a individuos de distintas nacionalidades, de los cuales los más numerosos porcentualmente son los colombianos con un 29 % de total, le siguen los marroquíes con un 22,5 % y los rumanos con un 18 %. Se nota el aumento progresivo de individuos originarios de China, así como en menor proporción de turcos y nigerianos. De la UE los más numerosos son franceses e italianos, y un papel relevante lo ocupan los nacionales de países como Bulgaria, Rusia, Serbia, Albania, Georgia y Ucrania. Otra particularidad es que los grupos se implican en una variedad de delitos y es raro que existan grupos en una sola especialidad, de modo que los delitos más cometidos por los grupos organizados de delincuencia transnacional son, en primer lugar, el tráfico de cocaína; en segundo lugar, el tráfico de ha-

¹¹ Los cuerpos de seguridad del Estado en España (Cuerpo de Policía Nacional y la Guardia Civil) intervienen el 15 % de la droga (principalmente cocaína y hachís) de la que se interviene en Europa; con toda seguridad, esta alta eficacia es debido a que España es el portal de entrada de estupefacientes para la UE.

chís; y en tercero, el blanqueo de capitales, aunque el 60 % de los grupos se dedican prioritaria o alternativamente al tráfico de drogas.

Por lo que respecta al ámbito institucional y jurídico español en cuanto al blanqueo, la transposición de las directivas sobre este han culminado en la vertiente administrativa en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; y en la parte penal, en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en lo que se refiere a la rúbrica del capítulo XIV del título XIII, que se denominaba de “La receptación y otras conductas afines” y que pasa a denominarse “De la receptación y el blanqueo de capitales”. Es sintomático que en la tipificación del delito haya variado el que el origen del dinero que se blanquea provenga de la comisión de en un *delito grave* (art. 301 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) a esta nueva redacción de 2010, en la que el origen de los *bienes provenga de una actividad delictiva*. También se aumentan las conductas para la comisión del delito, no solo las antiguas de “adquirir, convertir o transmitir los bienes”, a las que se añade las de “poseer y utilizar” los bienes producto de la actividad delictiva, agravando las penas, no solo por el hecho de pertenecer a una organización relacionada con el tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes, sino cuando los bienes tengan su origen en algunos de los delitos conceptuados como de corrupción. En la reforma de marzo de 2015 del Código Penal, se ratifica el contenido relativo al blanqueo y se amplían los delitos, el concepto y la financiación del terrorismo.

Es de interés, y ha sido por ello objeto de tratamiento específico en el plano internacional, la firma de tratados bilaterales con países fuera de la UE, como el suscrito por el presidente del Gobierno español con su homónimo chino el 25 de septiembre de 2014 para la lucha contra la delincuencia organizada. Estos tratados con países que son identificados criminológicamente como exportadores de delincuencia organizada, resultan extraordinariamente beneficiosos para España y, en general, para la UE, por lo que deberían incrementarse en número y en profundización de las conductas tipificadas y de las medidas por adoptar.

En el ámbito normativo español, destaca sobremanera la evolución penal de tipo sobre el blanqueo en la que se manifiesta mayor número de novedades, incorporando nuevas figuras y tipos abocados a atajar el problema: el decomiso, la financiación del terrorismo, la oficina de recuperación y gestión de activos, entre otras, pero es en la modificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la que se ha realizado una mayor concreción para evitar la impunidad de determinadas sociedades utilizadas como instrumentos del blanqueo, la tipificación por primera vez en Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, obedece a una opción ante los numerosos instrumentos jurídicos internacionales, entre ellas varias directivas,¹² en las que se establece esta responsabilidad con independencia de la responsabilidad penal que pueda exigirse contra las personas físicas que sean autores, inductores o cómplices de las infracciones.

El hecho de que exista en los últimos años y en todos los Estados de nuestro entorno una ingente normativa sobre el tema permite concluir que la importancia del blanqueo como actividad clave de la delincuencia organizada es enorme; pero, al mismo tiempo, dadas las cifras recurrentes de esta actividad delictiva, se puede deducir que no basta con reprimirlo con graves sanciones administrativas y fuertes penas, sino que, como ocurre con otros fenómenos socialmente transversales (los riesgos laborales o la violencia doméstica), es necesaria además una tarea de prevención del fenómeno, que pasa por la concienciación ciudadana de su existencia y por la formación integral de los agentes implicados en su detección. Cuando el blanqueo, la delincuencia organizada y la corrupción se hacen fuertes y se incrustan en la sociedad; el peligro social es muy importante incluso con el peligro de que la democracia sufra mortalmente.

¹² Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, que lo prevé en su artículo 5.3, o la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

El papel que la formación técnica a los expertos y la concienciación social tienen en la lucha contra el crimen organizado opera en distintos ámbitos. Se ha querido resaltar, en algún momento, el papel que los medios de comunicación desempeñan en el ámbito de la concienciación.

Una investigación empírica en lo que respecta a la formación que los cuerpos policiales necesitan en este tipo de delincuencia, así como la implicación en su represión, y ello, habida cuenta del grado de complejidad técnica que requiere el tipo penal. El examen de una encuesta cualitativa efectuada al respecto¹³ permite concluir de forma modesta e intuitiva que buena parte de las personas del ámbito de la seguridad, incluso con cargos de importancia, que pueden verse implicadas en la identificación o detección de un asunto con derivaciones de crimen organizado o blanqueo de capitales, no tienen los suficientes conocimientos ni las habilidades necesarias para poder intervenir en el tema de forma eficaz, lo que conlleva también un detrimento en la eficiencia general del sistema preventivo y represivo. Son solo los servicios policiales específicamente dedicados a este tipo de delitos los que tienen los conocimientos y la experiencia necesarios para enfrentarse al problema y para resolver estos casos.

ESTRATEGIA DE SEGURIDAD NACIONAL

La Estrategia de Seguridad Nacional, aprobada en el Consejo de Ministro del 1 de diciembre pasado, por su interés y reciente publicación, merece un comentario en cuanto a su referencia a los temas objeto de este trabajo. Respecto de los riesgos y las amenazas para la seguridad nacional, destaca por su importancia la referencia a los ciberataques, especificando como elemento concreto la vulnerabilidad del ciberespacio y el uso ilegítimo de este. Sobre el crimen organizado y el blanqueo de capitales, la considera, en el apartado cuarto de las amenazas, como un ámbito con-

¹³ La encuesta cualitativa realizada en otro trabajo se efectuó a un total de 40 directivos policiales de diversas especialidades y fue presentada en un trabajo sobre el blanqueo de capitales llevado a cabo en 2016 para la Universitat Internacional de Catalunya.

creto de prevención que requiere trabajo conjunto, cooperación y auxilio internacional, refiriéndose a este en los siguientes términos:

El Crimen Organizado se caracteriza por su naturaleza transnacional, opacidad, flexibilidad, capacidad de adaptación y de recuperación, así como su movilidad. Desestabiliza los cimientos políticos y económicos de los Estados y, a su vez, estimula círculos viciosos de inseguridad, en la medida en que los integrantes de las redes criminales puedan colaborar con gobiernos corruptos, organizaciones paramilitares o grupos terroristas. Por este motivo, el crimen organizado genera y activa otros riesgos y amenazas —fundamentalmente, *el blanqueo de capitales* [cursivas mías] —, que contribuyen a debilitar al Estado, obstaculizar el crecimiento económico y minar la democracia.

En resumen, se trata de una amenaza seria, real y directa para nuestros intereses y para la seguridad nacional en el ámbito político, económico, social y de protección del Estado de derecho. Propone para combatirlo una formación continua en los métodos y las herramientas utilizadas por las organizaciones criminales, el intercambio de información, una mejora en la coordinación a nivel internacional y la potencialización de la inteligencia estratégica.

PROPUESTA

A modo de alternativa o complemento del actual sistema, se hace una propuesta de *lege ferenda* en el sentido de que se legisle y reglamente sobre la necesidad de una formación transversal de las fuerzas y los cuerpos de seguridad del Estado en el tema, con un análisis riguroso de la criminalidad organizada en sus distintas formas; es más, se requeriría que, dada la implicación de España en los organismo europeos e internacionales que han sido descritos y cuya normativa se ha estudiado, se incluyera en ella, a nivel europeo cuando menos, un plan estratégico de seguridad interior en el que tuviera cabida también la regulación mínima de esa formación transversal a fin de hacer realidad un plan preventivo de lucha contra el crimen organizado. Todo ello al margen del hecho contrastado de que la materia se encuentra en permanente evolución fáctica y normativa, y que

algunas de las cuestiones que aquí se proponen tal vez ya estén siendo contempladas y debatidas en esos foros, habida cuenta de la vertiginosa versatilidad de ambos fenómenos delictivos.

En el sentido anterior, y para dar fe del grado de preocupación que en el ámbito internacional suscita este tema entre los agentes de la seguridad, quiero citar al Consejo Europeo de Sindicatos de Policía (CESP),¹⁴ cuando este declara que considera que

los esfuerzos realizados para la construcción de una Europa Unida nos han llevado en poco tiempo a situaciones de hecho que desbordan la capacidad de los Estados para ofrecer soluciones individuales a las cuestiones que plantean los ciudadanos de la Unión y del resto de Europa. La globalización económica, el mercado y la moneda única, la libre circulación de las personas, de los bienes y los capitales, el terrorismo, el crimen organizado y transnacional, la inmigración ilegal, etc., están convirtiendo a las naciones en meras unidades políticas de gestión administrativa, incapaces de dar respuestas autónomas a las nuevas formas de delincuencia, nacidas al amparo de las notables indecisiones de los Estados miembros.

Si el estudio nos aboca a sugerir una formación transversal de los cuerpos policiales en esta materia, es porque coincidimos con las actuales interpretaciones de los organismos mundiales, según las cuales se considera que la criminalidad organizada transnacional constituye una amenaza de primer orden que se eleva a la categoría de amenaza estratégica internacional, pues va más allá de las fronteras y las decisiones de cualquier Estado. Desde ese punto, se adopta como conclusión material de esta reflexión la que lo fue también de la reunión del Foro Económico Mundial celebrada en Davos, y en los informes que este foro realiza bianualmente sobre los riesgos globales de este tipo de criminalidad, de que el crimen organizado es uno de los riesgos geopolíticos específicos más importan-

¹⁴ Declaración del CESP, sobre la policía del siglo XXI (el CESP aglutina a más de 350 000 policías europeos).

tes y con mayor transcendencia económica y social, por lo que se hace evidente la brecha entre la importancia y el grado de consecución de objetivos en materia de concienciación social y formación transversal para su prevención profesional.

La formación sobre esta materia se amplía constantemente entre los profesionales que participan como operadores desde los distintos aspectos; los cursos sobre el blanqueo de capitales se han incrementado debido a la demanda de profesionales. Diversas universidades españolas,¹⁵ colegios de abogados, institutos de ciencias políticas y sociales han iniciado cursos sobre esta materia.

En definitiva, la eficacia del sistema español contra el blanqueo de capitales depende, en parte, del nivel de formación técnica de los agentes que intervienen en la instrucción de los casos penales de blanqueo (policías, fiscales y jueces), y que en general con algunas excepciones necesitan más formación específica.

España se sitúa entre los países con más altas cotas de delitos relacionados con la corrupción y economía sumergida. Es necesario, tras la aprobación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, formar a profesionales que detecten y evalúen medidas de prevención de blanqueo. Por ello, creemos también esencial aumentar el personal que presta sus servicios en el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales (Sepblac),¹⁶ incrementando la dotación procedente de los organismos encargados de la posterior investigación (Fiscalía, Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil), así como el aumento de la categoría

¹⁵ En ese sentido, pueden encontrarse propuestas formativas en la Universidad Autónoma de Madrid, la Universidad de Valencia, la Universidad Rey Juan Carlos, el Centro de Estudios Financieros y diversos colegios profesionales de ámbito jurídico.

¹⁶ Es el organismo más importante en cuanto a la información e investigación del blanqueo de capitales en España, es la unidad de inteligencia financiera de España y pertenece al Egmont Group of Financial Intelligence Units. Existen unidades adscritas de la Policía Nacional y de la Guardia Civil.

administrativa de este organismo y que el director sea un miembro de la carrera judicial o fiscal de la máxima categoría, al igual que ocurre en Francia con el organismo similar *Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins* (Tracfin).

El crimen organizado acaba creando desconfianza en el sistema político, en sus jueces, fiscales y policía, por lo que también desde esa perspectiva es necesario tomar medidas que contrarresten estas acciones de la delincuencia organizada como son medidas conjuntas en la armonización de la legislación e intensificar la cooperación europeas tanto judicial como policial, pero también una campaña mediática de concienciación y conocimiento de lo que este tipo de delincuencia acaba significando en las relaciones sociales y en el entorno individual y familiar.

Si es verdad que la prevención y lucha contra la corrupción se ha convertido actualmente en un aspecto de interés público, su reflejo en los delitos de blanqueo de capitales es de notoria importancia. La corrupción ha crecido exponencialmente en los últimos años, constituye una de las preocupaciones más acuciantes de la sociedad española, según las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), se encuentra tras el paro y el terrorismo. La inquietud y percepción va en aumento. El incremento de la corrupción y, por tanto, del conocimiento de la actividad de blanqueo que esa corrupción puede generar es también objeto de un gran interés social y policial.

REFLEXIÓN FINAL

En suma, podemos decir que a la vista del volumen y la complejidad del crimen organizado y de las múltiples fuentes que pueden abocar al delincuente a la actividad de blanqueo de capitales, superando fronteras y comprometiendo instituciones y particulares, con la consiguiente preocupación de que erosione las actividades económicas y sociales de un buen número de países con un creciente aumento de la economía sumergida, el panorama debería ser suficiente para concluir en la necesidad de un incremento de medios y personal, y sobre todo en un aumento de la formación transversal,

a nivel estatal e internacional, de los organismos encargados de su prevención e investigación. Estas medidas permitirían compensar el hecho cierto, y tal vez insoslayable, de que la lentitud de los procedimientos penales y el hecho de que este tipo de delincuencia pueda disponer del mayor nivel de asesoramiento letrado para la defensa de sus intereses y ayudados por medidas de gracia a veces poco comprensibles; este tipo de delinquentes han sido capaces de poner en tela de juicio en algunos países las bases fundamentales en las que se asienta el Estado de derecho.

Elemento colateral de apoyo y ayuda a los blanqueadores, además de las empresas pantalla e instrumental o las industrias *offshore*, lo constituyen los denominados paraísos fiscales.¹⁷ Como ejemplo de la hipocresía generalizada de los países europeos, la UE, hace unos días, ha publicado la lista de paraísos fiscales o “lista negra”, lista que se esperaba con ilusión desde hace varios años. Esta lista ha sido calificada por los expertos como lista descafeinada; la organización Tax Justice Network la califica como una oportunidad perdida, declarando que es difícil tomársela en serio.

Cabe resumir, teniendo en cuenta que el blanqueo de capitales está íntimamente vinculado al crimen organizado transnacional (tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de personas, prostitución, tráfico de órganos y corrupción de los funcionarios público), y bajo el denominador de lo que se ha venido a designar como las cuatro cabezas de la hidra del blanqueo: a) crimen organizado, b) corrupción, c) fraude fiscal y d) financiación del terrorismo, y que el resultado de todo ello es el de producir una gran distorsión económica en los organismo oficiales mundiales,¹⁸ pone en peligro la democracia y vulnera los derechos humanos. La respuesta gubernamental, que es prolija pero débil, debería ser más contundente,

¹⁷ Son territorios de baja o nula tributación que mediante normas específicas internas garantizan la opacidad de las transiciones, con la ausencia absoluta de registro, formalidades y controles (definición de la Hacienda pública española), o la noción más concisa ofrecida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como “un instrumento de competencia fiscal perjudicial”.

¹⁸ El blanqueo de capitales pone en movimiento un 5 % del PIB mundial.

para ello se deberían armonizar todas las legislaciones sobre la materia, mayor formación y que esta fuera transversal a los distintos funcionarios encargados de investigar y reprimir esta actividad delictiva, potenciar la creación de unidades policiales y judiciales especializadas, conseguir que estos delincuentes relacionados con el crimen organizado cumplan íntegramente la penas, evitando los indultos, aglutinar todos los foros mundiales sobre el blanqueo y terminar con la hipocresía, como la reciente lista de paraísos fiscales elaborado por la UE.

REFERENCIAS

- Albaladejo Campos, F. (2002). *Bases del tercer pilar: ¿hacia una policía europea?* Madrid, España: Fundación Policía Española.
- Álvarez Pastor, D. y Eguidazu Palacios, F. (2006). *Manual de prevención del blanqueo de capitales*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Bajo Fernández, M. y Bacigalupo, S. (Eds.) (2009). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Barona Vilar, S. (2014). La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España. En M. Ontiveros Alonso (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro* (pp. 53-110). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Barrachina Juan, E. (2006). El asesor fiscal ante el blanqueo de capitales. *Gaceta Fiscal*, 255, 175-185.
- Blanco Cordero, I. (1997). *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona, España: Aranzadi.
- Caparrós, E. F. (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid, España: Colex.
- Castro Moreno, A. (2009). Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito blanqueo de capitales en la reforma del anteproyecto de 2008. *Diario La Ley*, 7277.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – “Desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada” {SEC (2005) 724}.
- De la Corte Ibáñez, L. y Giménez-Salinas Framis, A. (2010). *Crimen.org: evolución y claves de la delincuencia organizada*. Barcelona, España: Ariel.

- Dickie, J. (2011). *Cosa Nostra: historia de la mafia siciliana*. Barcelona, España: Debolsillo.
- Díez Ripollés, J. L. (1987). La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales: evolución reciente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 40(2), 347-400.
- Díez Ripollés, J. L. (1994). El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas: la recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español. *Actualidad Penal*, 2, 583-613.
- Díez Ripollés, J. L. (2013). *Política criminal y derecho penal: estudios* (2.^a ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales
- Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales - Declaración de la Comisión.
- Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.
- Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.
- Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.
- Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.
- García Noriega, A. (2010). *Blanqueo y antiblanqueo de capitales*. Madrid, España: Difusión Jurídica.
- Jiménez Sanz, C. (2009). *El blanqueo de capitales* (Tesis de doctorado, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España).

- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Lombardero Expósito, L. M. (2009). *Blanqueo de capitales: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*. Barcelona, España: Bosch.
- Martínez de Salinas Alonso, L. A. (2011). Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de blanqueo de capitales. En M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart (Coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 31-44). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Morcillo, C. y Muñoz, P. (2010). *Palabra de Vor: las mafias rusas en España*. Madrid, España: Espasa.
- Quintero Olivares, G. (Dir.) (1996). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Pamplona, España: Aranzadi.
- Ruiz Vadillo, E. (1992). El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español: perspectiva actual y futura. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 1641, 4277-4291.
- Sánchez Stewart, N. (2013). La prevención del blanqueo. En M. Abel Souto (Coord.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, España: Tirant lo Blanch. 27 – 38.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2009). Prevención de blanqueo de capitales y abogacía: imputación objetiva. *Abogacía*, 2, 257-285.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *Expansión del derecho penal y el blanqueo de capitales*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

LA VIDEOVIGILANCIA EN ESPACIOS PÚBLICOS, UN INSTRUMENTO DE CONTROL: NORMATIVA EN ESPAÑA Y MECANISMOS DE SUPERVISIÓN

Tomás Gil Márquez

Universitat Autònoma de Barcelona

INTRODUCCIÓN

El objeto de mi análisis pretende poner en relación el desarrollo de las nuevas tecnologías, en particular la videovigilancia como instrumento de prevención de la inseguridad en los espacios públicos. Esto con algunas reflexiones que entiendo deben ser formuladas cuando incidimos en los espacios de libertad e intimidad tutelados por el legislador, cuya intromisión debe ser respetuosa con los derechos y las libertades tutelados en nuestro ordenamiento constitucional y protegidos en los convenios internacionales ratificados por España.

Comenzaremos por abordar desde una perspectiva constitucional algunas cuestiones nucleares en torno a la relación entre seguridad e intimidad. Como consecuencia de los atentados terroristas que se produjeron en Nueva York, Madrid y Londres, se desencadenó un cambio de ciclo en orden a los derechos y las libertades fundamentales que dio origen al denominado terrorismo global. Aproximarnos al análisis de nuestro estudio nos va a exigir una gran dosis de prudencia, y tal aproximación debe hacerse, a mi juicio, sin perder de referencia la perspectiva histórica de los últimos años para no caer en la tentación de, dejándonos

llevar por los sentimientos, perder el necesario equilibrio mental que nos permita adentrarnos en esta reflexión. Realizadas estas primeras matizaciones, considero oportuno enmarcar el análisis por desarrollar teniendo en cuenta las siguientes premisas: en primer lugar, la reflexión se hace desde el marco de un Estado social y democrático de derecho; en segundo lugar, este Estado surge de una determinada evolución histórica; y en tercer lugar, el surgimiento del Estado social y democrático de derecho ha supuesto la consagración de unos principios irrenunciables, a mi entender, que son los derechos fundamentales.

Lo anterior irradia sus efectos en todos los órdenes de nuestra vida personal y en relación con todos, a los ciudadanos y a los poderes públicos. En el caso de nuestro texto constitucional, el artículo 9.1 es claro: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. En relación con este principio, el Tribunal Constitucional, en S.101/1.983, de 18-11, se ha manifestado claramente al afirmar que

la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse ante cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts. 30 y 31 entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución.

En estos momentos, y siguiendo a Pisón, podemos afirmar que “el auge de la intimidad está marcando toda una época, la que comprende la segunda mitad del siglo XX y que, probablemente, se extenderá aún más. El deseo de intimidad es algo que cala profundamente en nuestras opulentas sociedades occidentales” (1993, p. 13). Reflexión que en estos momentos, y por las razones expuestas más arriba, no sé si su autor formularía ahora con tanto convencimiento. Esperemos que los temores que se ciñen sobre nuestras sociedades actuales en relación con la sensación de inseguridad no quiebren los logros conseguidos con tanto esfuerzo hasta ahora. Temores estos que se

deben sumar a ese crecimiento de las pretensiones de lo público, del Estado, de la Administración y de otros poderes sociales, por dominar y controlar lo que sucede en la esfera privada.

Tampoco debemos olvidar el carácter de Estado de derecho de nuestro actual Estado, según lo establecido en el artículo 1 de nuestra Constitución, lo cual significa que “el Estado garantiza el ejercicio de los derechos Fundamentales, que divide el ejercicio de los poderes del Estado entre diferentes instituciones u órganos y que subordina la actuación de estos a la Ley, en cuanto expresión de la voluntad del pueblo” (Molas, 1998, p. 47).

Sentadas esas premisas, a continuación, debemos rastrear cómo se incorpora el concepto de *intimidad* en nuestra Constitución y qué interpretación hace de esta nuestro Tribunal Constitucional. La Constitución aborda la intimidad de la mano del artículo 18 “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen”. La redacción del texto hace creer, siguiendo a Pérez, que “induce a pensar que el constituyente ha considerado los distintos supuestos que en él se enumeran para ser objeto de tutela, como manifestaciones de un derecho único” (1984, p. 46). A estos derechos se refiere el Tribunal Constitucional en S.170/1.987, de 30-10 cuando declara que “los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el artículo 18 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas”. Más adelante, en S.37/1.989, de 15-2 el propio Tribunal Constitucional extiende el concepto de *intimidad personal* a la intimidad corporal al señalar que “en el derecho a la intimidad personal se integra la intimidad corporal, en cuanto a inmunidad frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quiera imponerse contra la voluntad de la persona”. Estas dos sentencias son importantes por cuanto centran el concepto de *intimidad* y le dan alcance por el que tiene esa facultad, nuestro Tribunal Constitucional. Además, en la última de las referidas, el Tribunal Constitucional sostiene que

la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos, y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es este un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido, de modo expreso, la reserva de intervención judicial. Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible solo por decisión judicial, que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa con la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso de trato degradante alguno.

La intimidad podemos sostener es “el derecho a que a uno le dejen en paz” (*the right to privacy is the right to be let alone*), formulación que fue aceptada por Brandeis, juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, para quien “es el más comprensivo de los derechos y el más apreciado por los hombres civilizados” (Gil, 1995, p. 45).

Conviene también hacer referencia, para acabar de enmarcar el derecho a la intimidad desde el punto de vista jurídico estatal, al artículo 10.2 de la Constitución: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán según la declaración Universal de derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

A continuación, ya podemos referirnos al Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, el cual en su artículo 8 reconoce el derecho a la vida privada: “Toda persona tiene derecho a la intimidad”. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida, que en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y de las libertades de los demás.

Como podemos apreciar, el contenido del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), siguiendo a Ruiz, “es amplísimo, tiene unos límites precisos y la aplicación del artículo 8.1 del Convenio

al artículo 18 de la Constitución debe hacerse con prudencia y no mecánicamente, pues sus contenidos no son exactamente los mismos” (1994, p. 127). Consecuentemente, y después de haber abordado el concepto de *intimidad* a la luz del texto constitucional y de su intérprete, el Tribunal Constitucional, debemos referirnos a la seguridad y a ese instrumento que *prima facie* es el que lleva a cabo su exteriorización, la Policía.

LAS RELACIONES ENTRE LA INTIMIDAD Y LA SEGURIDAD

La acción policial en un Estado de derecho debe estar legitimada por su función social, ha de ser una policía aceptada, vinculada al poder público legítimo, consistiendo su papel en suministrar al poder político los elementos de evaluación, los datos sociológicos necesarios para planificar las políticas de seguridad ciudadana. No nos debemos plantear elegir entre el orden y la justicia, elección que según Goethe debe decantarse por aquel. No es posible plantearse la existencia de orden si no es dentro del contexto del orden justo, pues la defensa a ultranza del orden fuera de su relación con la justicia nos conduce a una situación contraria a los principios que informan el Estado de derecho.

Es muy interesante reflexionar sobre las consideraciones que en este punto formula Des Saussaies (1972) cuando establece de forma clara la diferencia entre régimen policial y régimen de libertades, o lo que es lo mismo orden policial y orden democrático. Afirma el autor que el régimen policial es

una sociedad arbitraria donde la justicia ha sido sustituida y donde el único pluralismo es el de las policías. En estas sociedades el curso de la vida privada se hunde y todo se convierte en asunto público, en materia de Estado. El orden policial vive del terror que inspira. Por el contrario en un régimen de libertades, la policía bajo el control del Gobierno hace respetar las leyes y defiende el orden político legalmente establecido. (Saussaies, 1972, p. 87)

Al objeto de cumplir con sus funciones, la policía necesita poseer información, pero en esta acción radica uno de los principales peligros que potencialmente se manifiestan en esta actividad, la información por la informa-

ción sin más fin que su acopio, ajeno a todo control judicial puede hacer realidad el temor expresado por Des Saussaies de que “una policía no informada es una policía paralizada, pero si una policía en su información se aparta de la legalidad puede llegar a paralizar la sociedad. Por muy esencial que pueda ser esta labor policial, debe estar sometida al control de las leyes y recomendaciones relativas a los derechos humanos (1972, p. 11).

La policía previene, mantiene el orden, y cuando este se vulnera, actúa reprimiendo la conculcación de las normas que regulan ese principio básico de paz social sin el cual no es posible la convivencia ni el libre ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos a los ciudadanos y tutelados por los tribunales. Sin olvidar que el mantenimiento del orden no puede ser utilizado como una cláusula habilitante que posibilite actuaciones que amparándose en ideologías que tienen una particular concepción de la seguridad pública supongan de hecho graves y perniciosas limitaciones a derechos que tienen encuadre en los textos constitucionales democráticos. Tesis sostenida por Villagómez, cuando en relación con el poder de policía señala los peligros que se podrían derivar de que esta se llegue a convertir en un poder fáctico que, “dotado de autonomía, lograse apropiarse de parcelas de inmunidad jurídicas ajenas por entero a los módulos básicos de un Estado de Derecho caracterizado por vincular a la legalidad todas las acciones públicas” (1995, p. 120).

Siguiendo a Martínez,

cuando el Estado puede penetrar en los derechos fundamentales del individuo, en su espacio de libertad, debe hacerlo ajustándose a determinados requisitos. En el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben realizar su labor con respeto a los valores y derechos constitucionalmente consagrados ya que ellos no solo constituyen un límite a su actuación, sino que, en realidad, deberían ser el fin último de la tarea que la sociedad les ha encomendado. (2001, p. 31)

Extremo este último que conforma el contenido del artículo 104 de nuestra Constitución al afirmar que “las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”.

Esta actividad que llevan a cabo los encargados de velar por la seguridad en nuestro ordenamiento constitucional está vinculada por el principio de la presunción de inocencia y la necesidad de llevar a término un proceso penal basado en la obtención de pruebas para enervar a aquel.

La noción de prueba está íntimamente ligada al concepto de criminalística. La Policía y la Justicia buscan establecer la verdad por todos los medios de prueba a su alcance. El problema de la prueba ha dominado durante todos los tiempos las legislaciones. A partir de la prueba la justicia podrá pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de un detenido. La convicción que llevará a la decisión debe ser un examen crítico de los hechos. (Ceccaldi, 1975, p. 38)

La prueba entendida como actividad procesal ha de ser considerada como la acción desarrollada por el órgano jurisdiccional o las partes involucradas en el proceso al objeto de demostrar la veracidad de lo manifestado y el grado de participación de cada uno de los sujetos relacionados con el hecho o hechos que se sustancian. La finalidad de la actividad procesal es “lograr la convicción del Juez o Tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las partes en el proceso” (Asensio, 1989, p. 15). Las pruebas son elementos indudables que sirven para fundamentar la aseveración final. Esta acción que lleva a cabo el órgano juzgador tiende a la “búsqueda de la verdad material o formal” (Fenech, 1988, p. 109).

Toda esa actividad sería ineficaz si no se realizase dentro de un marco general regido por los principios del Estado de derecho. Es dentro de ese marco donde tiene encuadre toda esa actividad probatoria que se nos revela como pieza fundamental del proceso penal, en línea con la tesis argumentada por Asensio cuando manifiesta que

la prueba como actividad cumple con una función que podríamos calificar de política en el sentido de erigirse en base y fundamento de la sentencia, esto es, de la motivación fáctica del fallo, siendo así que, como es sabido, la motivación de las sentencias penales, cumple, entre otras, una función de permisibilidad. (1989, p. 46)

Debemos tener presente lo que sostiene Baumann (1995,p. 33) cuando afirma: “Se produce una relación conflictiva entre el interés de la comunidad jurídica en la persecución de los delitos y los intereses de los ciudadanos afectados por el procedimiento criminal, en cuyo seno la realización de la pretensión punitiva estatal no puede llevarse a cabo de cualquier manera” (Citado por Seoane Spiegelbeg, José Luís, en Recepción en el proceso de nuevos métodos de investigación científica y Derechos fundamentales, Cuadernos de Derecho Judicial, Medicina Legal, CGPJ, Madrid, 1933, p.404, Gil, 1995, p. 33). Tesis esta que nuestro más alto tribunal ha recogido en la STC 341/1993, de 18 de noviembre al sostener que “la eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales”.

NORMATIVA ESTATAL

Establecidas esas primeras consideraciones, a continuación vamos a abordar la regulación que en España se ha llevado a cabo en orden a la videovigilancia y en particular en Catalunya, que por tener asumidas en su Estatuto de Autonomía de Cataluña en el artículo 164 las competencias en materia de orden público y seguridad ciudadana ha venido a desarrollar el marco legal recogido en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, y su desarrollo autonómico contenido en el Decreto 134/1999, de 18 de mayo, de regulación de la videovigilancia por parte de la policía de la Generalidad y de las policías locales de Cataluña.

La instalación de sistemas de seguridad debe responder a los criterios y principios establecidos en la referida Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, debiendo respetarse el principio de proporcionalidad en la utilización de las cámaras de video en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima, exigiéndose en el caso de las cámaras fijas la existencia de un riesgo razonable para

la seguridad, y el respeto al principio de la proporcionalidad deberá ser justificado mediante informe de la policía que recoja el número de ilícitos penales y administrativos cometidos en la zona por visionar, así como aclarar cómo es el campo de visión de cada cámara y los puntos exactos donde se proyecta instalar las cámaras.

Tal y como sostiene la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto en su preámbulo:

La prevención de actos delictivos, la protección de las personas y la conservación y custodia de bienes que se encuentren en situación de peligro, y especialmente cuando las actuaciones perseguidas sucedan en espacios abiertos al público, lleva a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al empleo de medios técnicos cada vez más sofisticados. Con estos medios, y en particular mediante el uso de sistemas de grabación de imágenes y sonidos y su posterior tratamiento, se incrementa sustancialmente el nivel de protección de los bienes y libertades de las personas.

La ley distingue entre instalaciones fijas y móviles. Las primeras, tal y como se establece en el artículo 3, apartado 1, “estarán sujetas al régimen de autorización previa, la autorización se concederá por los órganos administrativos que se determinan previo informe preceptivo, que será vinculante si es negativo, de una Comisión que presidirá el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente, y en la cual la presencia de miembros de la Administración autorizante no podrá ser mayoritaria”. La ley hace referencia por motivos de seguridad jurídica a la necesidad de que “la resolución por la que se acuerde la autorización deberá ser motivada y referida en cada caso al lugar público concreto que ha de ser objeto de observación por las videocámaras” (art. 3, apdo. 4).

En relación con las videocámaras móviles, el mecanismo regulador es distinto, en este caso es el máximo responsable provincial de las fuerzas y cuerpos de seguridad quien atenderá a la naturaleza de los eventuales hechos susceptibles de filmación, respetando siempre los principios recogidos en el artículo 6 de proporcionalidad en su doble versión de

idoneidad e intervención mínima, siempre y cuando exista un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las fijas, o de un peligro concreto en el caso de las móviles.

Asimismo, la ley establece mecanismos de garantías procedimentales en su artículo 8, apartado 1, en orden a la custodia de las imágenes obtenidas, estas “deberán ser destruidas en el plazo de un mes salvo que estén relacionadas con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso o con un procedimiento judicial o administrativo abierto”. Finalmente, se establece un principio de transparencia cuando se determina en el artículo 9, apartado 1, que “el público será informado de manera clara y permanente de la existencia de videocámaras fijas, sin especificar su emplazamiento, y de la autoridad responsable”.

La intimidad es objeto de una especial protección al prohibirse en su artículo 6, apartado 5,

la utilización de videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y los sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de sus custodia.

REGULACIÓN AUTONÓMICA

La normativa estatal ha sido desarrollada por la Generalitat de Catalunya a través del Decreto 134/1999, de 18 de mayo, de regulación de la videovigilancia por parte de la policía de la Generalidad y de las policías locales de Cataluña. La citada norma, dentro del marco establecido por la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto procede a la creación de la Comisión de Control de los Dispositivos de Videovigilancia como órgano consultivo y de control de esta materia, con la finalidad de velar por que

se garantice el derecho a la privacidad, intimidad y a la propia imagen de los ciudadanos. Esta comisión está integrada por el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dos vocales designados por el Gobierno de la Generalitat, a propuesta del consejero de Gobernación, por un periodo de cuatro años, dos vocales designados por la Administración general del Estado, por un periodo de cuatro años, y como secretario de la Comisión actuará, con voz pero sin voto, un funcionario del Departamento de Gobernación nombrado por su consejero.

La citada comisión ejercerá las funciones previstas en su artículo 4: emitir informe previo y con carácter preceptivo sobre la autorización de los dispositivos fijos de grabación que soliciten la policía de la Generalitat, las policías locales de Cataluña, y en su caso las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que actúen en territorio de la comunidad autónoma, dictaminar sobre el uso de los equipos móviles de grabación por parte de la Policía de la Generalitat y las policías locales, a requerimiento del director general de Seguridad Ciudadana y los alcaldes, o bien a iniciativa propia acordada por mayoría absoluta de sus miembros, y después de haber examinado las imágenes y los sonidos grabados, ser informada con periodicidad quincenal de la utilización, y en su caso, de las grabaciones efectuadas con cámaras móviles, requerir a las autoridades administrativas y policiales responsables la documentación e información que considere necesaria para el ejercicio de sus funciones, recibir informe motivado sobre la utilización de videocámaras móviles en casos excepcionales de máxima urgencia o de imposibilidad de obtener a tiempo la correspondiente autorización y recibir la resolución motivada de autorización de utilización de videocámaras móviles donde no haya instalada videocámaras fijas.

El funcionamiento de la Comisión aparece regulado en el artículo 6.1, exigiéndose para la válida constitución y funcionamiento de la Comisión a los efectos de realización de las sesiones, deliberaciones y adopción de acuerdos la presencia de la mayoría de sus miembros, siempre que el número de estos que pertenezcan a la Administración autorizante no constituya mayoría, elemento este último de objetividad a la hora de

proceder a tomar las decisiones o resoluciones. Los acuerdos se adoptarán por mayoría de los votos de los miembros presentes, y en caso de empate, el presidente goza de voto de calidad.

Con la finalidad de atender a los principios de seguridad jurídica y publicidad, se establece la creación en el Departamento de Gobernación de un registro general informatizado de los dispositivos fijos de grabación autorizados, y los ayuntamientos llevarán igualmente un registro de los dispositivos fijos de grabación autorizados en su ámbito territorial.

ESPECIAL REFERENCIA A LAS CÁMARAS UNIPERSONALES: EL CASO DE LA POLICÍA LOCAL DE SANTA ADRIÀ DE BESÒS

La Policía Local de Santa Adrià de Besòs en el área metropolitana de Barcelona ha sido pionera en España en incorporar a sus agentes las cámaras unipersonales como elementos de disuasión y a su vez como herramienta probatoria de las actuaciones de los policías para evitar dudas acerca de la correcta o incorrecta actuación policial.

El dispositivo de grabación del que se ha dotado a la Policía Local de Santa Adrià de Besòs solo puede ser utilizado en los supuestos y en las circunstancias excepcionales que se describen en este protocolo de utilización.

Este protocolo atiende a la necesidad de buscar un equilibrio entre los derechos fundamentales que aparecen recogidos en nuestra Constitución en su artículo 18 en el que se reconocen los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y el mandato constitucional que se atribuye a la policía para la necesidad de garantizar la protección de la seguridad ciudadana, tutelada en el artículo 104 de nuestra Constitución.

La utilización del dispositivo de grabación está condicionada a los siguientes requisitos:

1. Este sistema de grabación en lugares públicos solo podrá ser utilizado en aquellos casos en los que la Policía Local de Sant Adrià de

Besòs sea requerida para actuar en situaciones que se desarrollen en nuestra ciudad tanto en los ámbitos de prevención de la seguridad ciudadana, tránsito, así como en el de policía administrativa que pueden devenir en actuaciones de seguridad ciudadana.

2. El dispositivo debe ser utilizado, de forma obligatoria, en aquellos supuestos en que como consecuencia de la actuación de la Policía Local, en espacios públicos, se den circunstancias de riesgo concreto para los miembros de la Policía Local o terceras personas, en su vida o integridad corporal o daños en los bienes públicos. Se entiende por riesgos concretos:

- a. Los derivados de la utilización de la fuerza física, ataque o intimidación por arma de fuego, armas blancas u objetos peligrosos.
- b. Los derivados de desórdenes públicos, acciones tumultuarias en las que, por tales circunstancias referidas, no es posible proceder a la detención o identificación de personas.

3. En el supuesto de que se den las circunstancias de los apartados anteriores, el funcionario de la Policía Local tiene la obligación de activar el dispositivo de videgrabación e informar inmediatamente al responsable de turno de su activación.

4. Posteriormente a la actuación policial, el agente actuante deberá redactar, en el plazo máximo de 48 horas, un informe en el que debe reflejar las circunstancias que han motivado el activar el dispositivo de grabación y las imágenes obtenidas deberán ser guardadas convenientemente por si fuese necesario su utilización como medio probatorio o la autoridad judicial exigiese disponer de ellas.

5. Si de la actuación practicada por la Policía Local se elaborase un atestado policial, en este deberá hacerse constar que durante el desarrollo de la intervención policial, esta procedió a la activación del dispositivo de grabación de imágenes y que las imágenes quedan archivadas a disposición de la autoridad judicial por si esta las solicitase.

6. La Policía Local dispondrá de un libro registro al efecto, donde deberá cumplimentarse para que quede debida constancia, de forma fehaciente, de todas aquellas actuaciones en las que se ha procedido a activar el dispositivo de grabación, reseñando con certeza el día, el mes, el año, la hora, el lugar exacto donde ha sido utilizado, el agente de esta Policía Local que lo ha activado. En el supuesto de que la actuación policial hubiere motivado la instrucción de atestado policial, número de este.

En consecuencia, el dispositivo de videograbación puede contribuir a la identificación del autor o autores dada la imposibilidad de proceder a su identificación o detención dadas las circunstancias referidas, consiguiéndose de esa forma la finalidad de la actuación policial a la vez que se observan los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad que deben guiar, siempre, las actuaciones policiales.

La incorporación de este dispositivo de videograbación como medio de trabajo en los supuestos a los que anteriormente se ha hecho referencia será comunicada, por parte de la Policía Local de Sant Adrià de Besòs, a la ciudadanía, a través de la web de la Policía Local y las imágenes obtenidas se custodiarán de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente.

CONCLUSIONES

El análisis que hemos realizado en orden a la videovigilancia en los espacios públicos nos ha permitido abordar una de las cuestiones que hoy se encuentran en el debate jurídico y en los medios de comunicación: nos referimos, por un lado, a esa colisión, en ocasiones, entre los derechos y las libertades, y por otro, a la seguridad.

Como hemos podido apreciar, el planteamiento de esta cuestión, tomando como elemento de referencia la legislación española, aparece claramente blindado por las garantías que el legislador ha previsto en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de

videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos y su desarrollo autonómico contenido en el Decreto 134/1999, de 18 de mayo, de regulación de la videovigilancia por parte de la policía de la Generalidad y de las policías locales de Cataluña. Extremos estos que permiten conjugar debidamente la necesidad de tutelar los derechos fundamentales de la intimidad y la propia imagen de forma equilibrada y proporcionada, cuando para garantizar la seguridad en los espacios públicos las autoridades recurren a los sistemas de videovigilancia.

REFERENCIAS

- Asencio Mellado, J. M. (1989). *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid, España: Trivium.
- Ceccaldi, P. (1975). *De los hechos y las pruebas en la ciencia contra el crimen*. Ginebra, Suiza: Service.
- Fenech, M. (1988). *El proceso penal*. Madrid, España: Agesa.
- Gil Hernández, Á. (1995). *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid, España: Colex.
- Martínez Martínez, R. (2001). *Tecnologías de la información, policía y Constitución*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Molas, I. (1998). *Derecho constitucional*. Madrid, España: Tecnos.
- Pérez Luño, A. E. (1984). *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid, España: Tecnos.
- Pisón Cervero, J. M. (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid, España: Civitas.
- Ruiz Miguel, C. (1994). *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, España: Civitas.
- Saussaies, B. des (1972). *La machine policière*. París: Seuil.
- Villagómez Cebrián, A. J. (1995). La policía de seguridad: un estudio de derecho público comparado. *Cuadernos de la Guardia Civil*, 14.

8

LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS REGIONALMENTE INTEGRADOS: ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA (OEDE)

Montserrat Nebrera

Universitat Internacional de Catalunya

INTRODUCCIÓN: ¿UNA SEGURIDAD FRENTE AL ESTADO?

La seguridad es, desde la perspectiva general de la génesis y evolución del Estado, el elemento central de su juridificación. En efecto, la materialización de la estructura racional despersonificada que el Estado supone respecto de la comunidad como forma de organización del poder político en la Edad Media se impone a partir de la Edad Moderna sobre el ciudadano con la justificación de evitar males mayores (el lobo que es el hombre en la caracterización hobbesiana del estado de naturaleza).

La seguridad se plantea en la actualidad como una prestación ofrecida por y en el seno del Estado. La razón es que hoy por hoy el Estado es el único marco jurídico de ciudadanía concebible para un individuo, incluso para una persona jurídica. (Si se duda de este primer postulado, recuérdese que incluso por la negación de adscripción a un determinado país se define a los apátridas.)

Sin embargo, en la medida en que la afirmación del individuo cristaliza no solo en el Estado, sino también en la voluntad de emancipación de la persona respecto del grupo, la necesidad de protección de la esfera

propia provoca la reivindicación de una certeza en la situación fáctica y jurídica frente al poder público.¹ Así, el individuo (seguro) se afirma en su desconfianza respecto del Estado, tanto más cuanto peor haya sido su experiencia al respecto.

Reivindicar seguridad frente al poder público resulta algo paradójico desde muchos puntos de vista. Si de acuerdo con la concepción pactista del origen del Estado, este es el producto de la voluntad o necesidad de los individuos de asegurar su supervivencia, su convivencia e incluso su felicidad en el marco del grupo social, pensar en la necesidad de exigir protección de los abusos, que del ejercicio del poder se puedan derivar es, cuando menos, aceptar que las formas de gobierno, ideales en teoría, se corrompen en sus plasmaciones prácticas. De ahí que, como se expone la *Política* de Aristóteles encontremos tiranía, oligarquía o demagogia allí donde se teorizan monarquía, aristocracia o democracia. Pero comoquiera que la seguridad es un requisito estructural u ontológico de la convivencia pacífica, muy poco después de la aparición del Estado como forma de organización política, ya se empieza a reclamar la adquisición de unos modos de gobierno que sean conocidos de antemano por el gobernado, sobre los que este tenga certezas. Esto no significa que en cualquier otra forma de organización la actitud del gobernante haya podido ser de impune arbitrariedad, tal como el historicismo ha pretendido, ya que la consistencia del poder se sustenta tanto en la coacción como en el consenso, si no ya en un mínimo grado de legitimidad.²

La forma de reclamar seguridad frente al Estado se plasma en la consagración del principio de seguridad jurídica. La seguridad jurídica es una especie (*rara avis*) del género de la seguridad. La *securitas*, el cuidado de sí

¹ Ejemplo: las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado reciben ese nombre en España a partir de la Constitución de 1978. Durante todo el régimen anterior se denominaban fuerzas de orden público, expresión con la que se quería significar el carácter central que ostentaban en el mantenimiento de la paz institucional por encima de la certeza ciudadana de su integridad física y psíquica y de los derechos que en ella estaban implicados.

² Por todos los teorizadores del Estado, véase Heller (1942/2011).

mismo en sentido literal, no existe de manera absoluta en ningún ámbito de la vida, pero desde la irrupción de las constituciones modernas en el mundo occidental, y mucho más en las más recientes, se pretende consagrar la certeza de la persona en su situación fáctica y jurídica frente a los poderes públicos y frente al resto de los individuos. En lo que se refiere a su seguridad fáctica, es evidente que a ella contribuye la jurídica, uno de los vórtices de lo que aquí se analiza, pero también existe un ámbito en el que esta no contribuye a aquella si no es desde un punto de vista muy tangencial. En efecto, la seguridad de las personas de que no sean asaltadas, violentadas, intimidadas, amenazadas, torturadas, vejadas, se consolida en la existencia de un sistema coactivo (judicial y policial) que justifica la condena de cualquier tipo de justicia privada o autotutela y, de forma mediata, en el respaldo de unas normas jurídicas que justifican la creación y la actuación de aquellas. De ese modo, se consagran en nuestra Constitución, y a su amparo en nuestra legislación positiva, institutos como la inviolabilidad domiciliaria, el derecho a la vida o las propias fuerzas y cuerpos de seguridad.

Pero algo más conceptual y trascendental para el Estado de derecho es la consagración de la seguridad jurídica; al fin y al cabo, incluso en el marco perfecto de los Estados sometidos a la ley, puede producirse un asesinato o una violación. Por lo que respecta a la seguridad jurídica, la diferencia, quizá no demasiado consuelo para la víctima en cuestión, entre el Estado que está sometido a derecho y el que no lo está es que el ciudadano puede tener certeza de lo que la norma señala que debe ser la secuencia lógica a partir del supuesto fáctico producido.

¿Cómo se construye la seguridad jurídica? A diferencia del resto de los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución Española de 1978, la seguridad jurídica carece en sí misma de contenido. Por mucho que la seguridad se consagre o se afirme, su existencia viene determinada por la de otros principios fundamentales con los que se pretende garantizar la juridicidad de los poderes públicos. De ahí que estudiar la seguridad jurídica suponga en realidad remitirse al estudio de los principios del Estado de derecho que la integran, en concreto y

fundamentalmente la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos fundamentales y en incursiones más allá del artículo 9.3 de la Constitución, para referirse, entre otros, al principio de legalidad penal consagrado en el artículo 25 del mismo texto normativo.

Todo el contenido del artículo 9.3 es, sin embargo, contenido de la seguridad jurídica; más aún, lo es también el resto de la Constitución y la totalidad del ordenamiento jurídico. De ahí que pueda estudiarse la seguridad jurídica desde el punto de vista de su capacidad para dotar de contenido todo el Estado de derecho, sobre todo en esta su etapa constitucional de finales del siglo XX.

En estas páginas, queremos plantear algunas reflexiones sobre un concreto ámbito de plasmación de la seguridad jurídica: la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE). En efecto, uno de los mayores retos a los que se enfrenta el derecho constitucional del siglo XXI en lo que se refiere a los países que integren unidades supraestatales como es la Unión Europea (UE) será sin duda la de hacer compatibles el derecho penal de cada uno de los Estados miembros y la necesidad de cooperación entre todos ellos para garantizar la seguridad personal de sus ciudadanos. Los problemas que ello genera en el país de acogida, por el hecho de que discrepen en los tipos penales que incorporen sus respectivos códigos, es de una enorme trascendencia para la protección de los derechos fundamentales de los encausados, de las víctimas y del conjunto de la ciudadanía. Teniendo en cuenta que dicha seguridad es un parámetro fundamental del Estado de derecho, la inconsistencia de la formulación puede significar la de todo el sistema, por lo que el tema no solo afecta al colectivo de inmigrantes, sino a la pervivencia del grupo.

En las páginas que siguen, se abordan, por todo ello, dos frentes distintos: el primero, la construcción de un concepto de *seguridad jurídica* en relación con el genérico de *seguridad* en el marco de la UE y a la luz de los dos movimientos (agregación y disgregación) al que se está viendo sometido en los últimos tiempos, y en particular durante el inicio de este

siglo; el segundo, el análisis de la OEDE a la luz de su impacto sobre el nivel de seguridad jurídica que pueda significar para los ciudadanos de la UE en el respeto a los derechos fundamentales que consagra.

INTEGRACIÓN Y DISGREGACIÓN EN LA UE Y SU EFECTO SOBRE LA SEGURIDAD

La primera pregunta que debemos formular a ese respecto es qué quiere la UE. Esta se concibió para atenazar los nacionalismos que habían justificado las dos guerras mundiales. Como recuerda Muñoz (1994),³ ya en los inicios de la UE se planteó la necesidad de construir un contexto de aceptación de la pérdida de la soberanía por parte de los Estados, y de que la nueva estructura se abriese a un proceso democrático para asumir dicha pérdida a través de la promulgación de una constitución europea que permitiese la verdadera unión a través de la disolución de los Estados miembros.

A primera vista, este movimiento que pretende desdibujar los Estados soberanos con el sucesivo acopio de poder para la estructura supraestatal se diferencia y en cierto modo se opone a ese otro que se produce en su seno por voluntad de replicar la estructura estatal en un ámbito territorial más reducido (por efecto de movimientos o iniciativas de secesión) por el hecho de que el primero es querido y el segundo padecido.

Nos encontramos, pues, en una Europa en la que, al tiempo que pretende la unión superadora de estatismos, se apuntan ejercicios de desmembración de los Estados que pretenden replicarlos, un movimiento de diáspora en cierto modo parecido al que se produce en otros ámbitos humanos. La lingüística, por ejemplo, reconoce desde hace tiempo la eterna dinámica del mapa de las lenguas, que por la fuerza de los hechos o de las normas se

³ Por su parte, casi una década después, y en relación con sus premonitorias consideraciones, otros autores recuerdan la doble perspectiva desde la que cabe apreciar el fenómeno de la Unión Europea (UE), en el sentido de que al tiempo que desmerece el poder del Estado, también opera a modo de blindaje de sus competencias en aquellas que conserva. Véase Ballbé y Martínez (2003, pp. 192 y ss.).

unifica en determinados periodos (*koiné* fue el nombre que recibió al inicio del Imperio bizantino en el siglo VI d. C.) y sufre la dispersión en otros, después de un tiempo de esplendor. Miméticamente se produciría este mismo movimiento basculante con las organizaciones políticas, unificadas en muchos casos por la fuerza en grandes imperios, y desmembrada a partir de su auge por los vectores individuales y contradictorios de fuerza generados en su seno. Esa y no otra es la dinámica sufrida por el Imperio romano a partir de su caída y hasta la sucesiva conformación del Sacro Imperio Romano Germánico, del que a su vez surgen los reinos que están en el germen de los Estados modernos (a su vez fusión de algunos de ellos) A partir de la Segunda Guerra Mundial, en Europa se pretende una nueva unión, cuyo ritmo incierto se encuentra ahora en la fase de organización supranacional bajo el signo del Tratado de la Unión Europea, en su versión generada a partir del Tratado de Lisboa de 2007. Pero, al mismo tiempo, y también ello gravita sobre la seguridad jurídica en Europa, se produce un fenómeno de sentido inverso en la reivindicación de independencia dentro de algunos de los territorios de los principales Estados nación.⁴

La razón por la que tales hechos contradictorios se producen en el momento actual puede ser entendida en el sentido de que la perspectiva sobre el presente acerca la complejidad (física), es decir, que en realidad son tan complejos como lo fueron en el pasado, pero la distancia difumina los lejanos, esto es, que se entiende como particular de esta época lo que en realidad es una constante histórica. Sin embargo, tenemos un

⁴ Desde 1906, Europa ha ganado 22 nuevos Estados. Entonces los países europeos eran 24, y de acuerdo con la ley de *koiné*-diáspora a la que hemos aludido más arriba, las agrupaciones de territorios y grupos humanos constituían el Imperio ruso, el otomano y el austro-húngaro, junto con otros Estados unitarios que en su mayoría después han conservado su dimensión territorial actual, si dejamos a un lado los países europeos que forman parte de la Commonwealth. En 1956, los países europeos ya eran 34, habían nacido algunos y Alemania había quedado dividida en dos. En 2006, contaba con 46 Estados (serían 47 si contásemos a Turquía, cuya situación y dimensión política merecen estudio particular) al desmembrarse las antiguas Unión Soviética y Yugoslavia, escindirse Checoslovaquia y constituirse además Malta y Chipre. El camino de diáspora continuó después, y estas notas se justifican en la intuición de que el proceso seguirá en otros muchos casos.

dato que nos apunta la objetiva realidad del momento: el fenómeno del nazismo como exacerbación de una identidad que provoca la lucha entre los grupos y que busca la formulación de un enemigo externo y común es una de las razones de ser de la UE, explícitamente formulada.⁵

En el último siglo, el mundo ha más que triplicado el número de Estados que lo forman como producto de todo tipo de movimientos emancipatorios, y la Europa del siglo XX ya ha vivido en numerosas ocasiones la desmembración de territorios que en un momento dado fueron concebidos como Estados únicos dentro de la llamada Sociedad de Naciones y en los que la división no siempre puede entenderse desde esa perspectiva colonialista o de sojuzgamiento del todo sobre la parte; a lo sumo se trata de desencuentros, pero en muchos casos del descubrimiento aplazado de realidades socioculturales distintas (o que como tales se afirman).

Entre esos nuevos Estados europeos, se encuentran todas las repúblicas surgidas de la antigua Yugoslavia, pero también se produce en 1905 la disolución de la unión personal de Suecia y Noruega, y entre 1906 y 1956 se crean Albania, Finlandia, Irlanda, Islandia, Polonia, las Islas Feroe, Ciudad del Vaticano, o Eslovaquia, también luego escindida en Chequia y Eslovaquia.

⁵ Quizá por el hecho de que la colonización norteamericana fue sobre todo exterminio de cuantos colectivos indígenas fueron incapaces de pactar con los colonos su convivencia en el territorio (la mayoría), también son los Estados Unidos, mucho antes de ese nombre, las primeras colonias emancipadas de su metrópoli en el esquema del imperialismo clásico del siglo XIX. Sobre ese supuesto se ha construido de forma inconsciente toda la teoría del derecho internacional en torno a la autodeterminación de los pueblos, sin apurar en ningún caso qué factores contrastados implican la existencia de esa unidad, pueblo, cuya identificación es el punto de partida imprescindible para la afirmación del derecho a emanciparse. Por esa razón, la mayor parte de quienes abordan el tema para el caso español lo hacen sobre esa perspectiva, ya para negarlo (Cataluña no es un pueblo determinable), ya para afirmarlo (Cataluña es una colonia sojuzgada por el imperialismo castellano, se afirma desde alguna historiografía, y también desde varias posiciones políticas).

A juicio de numerosos estudiosos, esto es así porque el pequeño territorio de Europa, tan densamente poblado, es también escenario de numerosos tipos de conciencia nacional (véase Petschen, 2004, pp. 25-33), pero también claros intereses geoestratégicos, entre los que no tienen una importancia menor los que ni siquiera forman parte de Europa, como los Estados Unidos o Rusia.

Europa vive hoy a la vez la incertidumbre sobre el futuro de la UE y la eclosión mediática de dos conflictos secesionistas: Escocia y Cataluña. Al respecto, cabe decir de forma sucinta: no es lo mismo tener una constitución escrita (y de qué tipo) o no. Cada país del mundo con un tipo de constitución, con un tipo de sistema electoral, con un esquema institucional propio. Se parecen, pero no son iguales, cualquiera sirve de orientación, ninguno es como el que en un momento dado nos ocupe, pues, como señala Böckenförde (2000), ha de ser estudiada la concreta constitución de un concreto país en un momento concreto. De todos modos, si hay una constitución singular en Europa, esa es la británica, por su longevidad, por su plasticidad, por el carácter pactista en que, desde un punto de vista formal cuando menos, han sido configuradas las instituciones que vertebran su orden político. Ese marco hace extremadamente factible el acuerdo en torno a la posibilidad de que una parte del territorio, netamente distinguible ya desde el punto de vista geográfico, pueda optar por la separación. Más aún, si tenemos en cuenta que la relación entre Escocia e Inglaterra deriva del Acta de Unión de 1707 y que desde entonces, como recuerda Keating (2012), el desencuentro entre ambas comunidades no ha hecho más que crecer. Pero, por supuesto, mucho más difícil se hace una componenda del tipo que sea cuando se juega sobre un tapete constitucional escrito. En un caso como el español, indicándose en él, como se indica, que España es “patria común e indivisible de todos los españoles”. Es cierto que, desde una perspectiva positivista, habida cuenta de la ausencia de cláusulas de intangibilidad explícitas, el artículo 2, que así reza, podría ser modificado para eliminar de cuajo la indivisibilidad. A la objeción material de la dificultad de una reforma agravada (verdadera cláusula de intangibilidad material

por la dificultad de que se cumplan todos los requisitos), los mismos positivistas responderían que el procedimiento simple de reforma podría suprimir el costoso; pero sea como sea, incluso saltando la obvia *voluntas constituentis* de blindar ciertos espacios de la realidad política que se manifiesta en la existencia de esos dos procedimientos (arts. 167 y 168), lo cierto es que la conclusión material a la que se llega es la misma: es el todo y su voluntad de reforma el que habría de decidir sobre la secesión de un territorio. Y aunque esa idea sea coherente con la propia esencia del pacto constitucional, es innegable que hacer depender la libertad de la parte de la concesión graciosa del todo es cuando menos chocante con el propio espíritu de los movimientos de emancipación que, salvo en el caso de Checoslovaquia, han sido decididos siempre solo por uno de los dos elementos en conflicto, el que abandona la UE:

- El conflicto (tal vez incorrecto) entre legalidad y democracia como anclaje del poder judicial. Si se observa en su detalle la Declaración del Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998, se advierte un cambio cualitativo en el contenido adjudicado al concepto de *autodeterminación*. En primer lugar, porque el Tribunal entiende que no es necesario dilucidar qué significa la palabra *pueblo* (algo en lo que Böckenförde (2000) no estaría de acuerdo, porque para él hay esencia y, por tanto, consistencia ontológica en el constructo “pueblo”, de modo que no cualquier grupo puede arrogarse tal condición. En el presente, en contextos políticos como el español, justamente esa es la clave. Cuando quien niega a Cataluña el derecho a la autodeterminación que sí acepta de Escocia, lo hace por entender que esta es nación (pueblo en el sentido de Böckenförde) y aquella no. Como en el otro extremo hay quien justamente afirma lo contrario, la tensión entre ambos justificaría una afirmación en su día no exenta de polémica por su autor (el presidente Rodríguez Zapatero) y por su contenido, ya que planteaba el carácter “discutido y discutible” del término *nación* (véase el Diario de Sesiones del Senado de 17 de noviembre de 2004). En honor a la verdad, hay que decir también que el presidente Rodríguez Zapatero afirmó ocho años después que

en todo caso no se refería a la nación española; lo que sin duda no contribuye a aclarar las cosas, dado que de ese modo parecen poder existir naciones indiscutibles y otras que no lo son tanto). En segundo lugar, porque, y ello derivaría de lo anterior, entiende que los dos supuestos tradicionalmente reconocidos como factor habilitante para el ejercicio de la autodeterminación se ven en la actualidad acompañados por un tercero, y así serían que un pueblo esté siendo gobernado por una metrópoli en tanto que colonia que forma parte de un imperio; que se trate de un pueblo que haya sufrido la ocupación de una potencia extranjera que lo explota y lo somete; y, novedad, en el caso de que un pueblo vea negado y bloqueado significativamente el ejercicio de sus derechos democráticos por el Gobierno del territorio al que pertenece. El planteamiento, con independencia de las derivadas que el Tribunal adopta en pro de la idea de que cualquier solución debe entenderse negociada para cubrirse de legalidad, contrasta con la adoptada en España respecto de los procesos paralelos al de Quebec y al de Escocia por parte de las instituciones, tanto aquellas que detentan la jurisdicción como las que están arrogadas de legitimidad democrática de origen (sea primario o secundario). Por eso, en España es posible la Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010. Recurso de inconstitucionalidad 8045-2006. Interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; es otro nivel de discurso, también comprensible, pero distinto de aquel que hace decir a la corte canadiense que la Constitución no puede ser un collar de hierro (Extremo 150, al principio).

- No es lo mismo ser relevante desde el punto de vista geoestratégico o económico: geoestratégicamente tan importante como Kosovo, cuyo reconocimiento como Estado en primera instancia vino de la mano del amigo americano, mientras se sigue manteniendo reacio a darle tal estatus el principal damnificado, Rusia, amén de la propia España que ha pretendido de ese modo (y en vano) evitar los mimetismos por

parte de Cataluña y el País Vasco. También hay que tener en cuenta que, tras un más que incómodo proceso, Kosovo no ha conseguido ir más allá de convertirse en un protectorado de los Estados Unidos. De hecho, el modo de aproximación al proceso seguido en torno a la independencia de Kosovo serviría de paradigma, si no fuera por las circunstancias excepcionales que han rodeado (y siguen rodeando) todo el caso. Sin embargo, es necesario traer a colación el distinto modo en que, incluso antes de la declaración de independencia por parte del Parlamento kosovar, ha sido analizada la situación, ya para negar la posibilidad de que se produjera la secesión que finalmente se produjo, ya para centrarse en el papel adoptado por la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en el conflicto, ahondando en la tesis de ese papel relevante desde el punto de vista geoestratégico al que nos hemos referido. Del mismo modo, resulta determinante para un territorio o comunidad que pretenda la independencia albergar la perspectiva de una potente explotación de recursos naturales. Ese es el caso de Escocia, a pesar de no ser en el momento presente una gran baza desde el punto de vista económico, en la hipótesis de la independencia, la posibilidad de gestionar de forma autónoma la producción y la gestión de sus recursos.

- No es lo mismo que la UE lo sea de Estados o de ciudadanos: probablemente todo sería distinto si Europa hubiese llegado ya al puerto en el que pretendía anclarse con el Tratado de Niza, aquel por el que quería el establecimiento de una Constitución para Europa. No pudo ser, y Lisboa plasmó lo posible frente a lo deseable, un mayor fortalecimiento de la democracia e instituciones europeas sin ni siquiera plantearse la posibilidad de borrar el peso determinante de los Estados en la toma de decisiones de la UE.

La UE es, pues, hoy un intento de integración de una serie de personalidades jurídicas estatales, las cuales a la vez pretenden seguir ejerciendo su voluntad de ser, incluso (o sobre todo) ante fenómenos emancipatorios o autodeterministas, lo que hace aún más difícil establecer marcos de seguridad jurídica en temas como la OEDS.

LA POLÍTICA DE SEGURIDAD EN LA UE A PARTIR DE 2003

El nuevo siglo avista enormes cambios en materia de seguridad: el avance tecnológico en el ámbito de los medios de comunicación augura la relajación de los controles posibles a la injerencia de terceros en la privacidad, por lo que cierta merma de la seguridad que justamente más se pretende en esos ámbitos está servida. A qué pueda llamarse seguridad cuando exista una total capacidad por parte de los poderes públicos (y de ciertos privados) de conocer, de forma además combinada, nuestros defectos, y nuestros gustos o debilidades, condicionando, si esa fuera su necesidad, el ordenamiento jurídico en relación con ello, qué sea entonces considerado seguridad jurídica, es algo difícil de determinar, pero de apasionante investigación.

La estrategia de seguridad que está presente en Europa en la actualidad se origina en 2003. En aquel momento Javier Solana era el Alto Representante para la Política Exterior y Seguridad Común. Las declaraciones de aquel tiempo y de los años sucesivos eran una apelación constante a las virtudes del *soft power* (Nye, 2004),⁶ a la capacidad de Europa de conquistar el mundo a través de la expansión de sus valores y su cultura democrática, de la exportación de un modelo de integración regional que había permitido superar los horrores de la Segunda Guerra Mundial y las masacres innumerables que produjo mediante la construcción de un espacio de tolerancia, respeto ejemplar al imperio de la ley y a los derechos fundamentales.

Pero los acontecimientos subsiguientes dentro y fuera de Europa en múltiples dimensiones, entre las que no son menores las tensiones entre los propios socios europeos, lo ha cambiado todo. De hecho, la crisis de los refugiados puso de relieve que ni la política de seguridad ni la política migratoria, evidentemente relacionadas, han sido exitosas en el seno de la UE.

⁶ De hecho, el entonces comisario responsable de las relaciones exteriores de la UE, el británico Chris Patten (2000-2004), llegó a describir este poder como “hacer uso de armas de atracción masiva”, tal y como lo describe Pou (2017, p. 162).

El este (sobre todo por el empuje de la nueva estrategia geopolítica rusa) y el sur (extendiendo ese sur a los países islámicos de Oriente Medio) se han convertido en objetivos de la seguridad de la UE por tal motivo, pero sin duda lo son también las formas de cooperación policial (Europol) y judicial (Eurojust) como medidas para enfrentar los retos de la seguridad global del siglo XXI, de índole claramente distinta de la que había sido la tradicional criminalidad hasta el siglo XX.

Desde ese punto de vista, la cooperación regional se entiende como una de las piezas clave de una estrategia de seguridad general en la que no será menor la intención de constituir una fuerza militar conjunta, impulsada en especial por Alemania y Francia.

LA OEDE COMO FÓRMULA DE COOPERACIÓN EUROPEA

A partir de 2004, la extradición penal clásica fue sustituida en los países miembros de la UE por un mecanismo más rápido para una mejor y mayor cooperación: la orden europea de detención y entrega (OEDE). Su función, como se recoge en la “Exposición de motivos” de las leyes españolas 3/2003, de 14 de marzo, sobre la OEDE, y la que la sustituyó, la 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que desarrollan para el Estado español 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, es el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales de los Estados miembros. El principal objetivo es que, y citamos la literalidad del texto de dicha exposición, “esta forma de cooperación judicial directa opere de manera eficaz y rápida, entre Estados cuyos valores constitucionales se basan en el respeto de los derechos fundamentales y en los principios democráticos”.

Hay una ya prolija bibliografía sobre aspectos generales del funcionamiento de la OEDE,⁷ así como sobre algunos aspectos sectoriales de especial interés para los estudiosos procesalistas.⁸ De hecho, y desde un punto de vista práctico, se ha planteado en más de una ocasión la necesidad de controlar incluso el estado de las prisiones de los países en que deban cumplirse las condenas a los efectos de ejecutar una OEDE por parte del país solicitado.⁹ Sin embargo, creemos que es de especial interés una pregunta práctica en torno a la necesidad de convergencia del derecho penal de los países miembros de una región integrada a los efectos de evitar situaciones como la producida recientemente en torno a la figura del presidente del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Cataluña, cuando, dictada por la Audiencia Nacional orden de busca y captura contra él por, entre otros, el delito de rebelión, y habiéndose refugiado él en el Estado belga, acabó retirándose la OEDE dictada por el hecho de que si se entendía por parte de Bélgica que no debía aceptarse la OEDE por un tipo penal que no habría podido someterse a una extradición ordinaria.

El supuesto es de todo punto ejemplificativo de lo que supone una integración europea, uno de cuyos instrumentos es la OEDE como fórmula de cooperación judicial, cuando no existe una plena integración sustantiva en el ámbito del derecho que da sentido a la OEDE, esto es, el ámbito penal.

En definitiva, si en el ámbito de la ejecución penal puede plantear problemas sobre el respeto a la dignidad humana que pueda asociarse o no al cumplimiento de una condena, la cuestión es más espinosa en el trámite de instrucción de un procedimiento, cuando lo que se pide es la cooperación judicial de otro país para que dicha instrucción pueda realizarse, máxime cuando la busca y captura del sujeto en cuestión servirá a la dilucidación de su situación personal.

⁷ Desde el punto de vista constitucional, véase por todos y ya de forma temprana De la Quadra-Salcedo (2006).

⁸ Por ejemplo, y por todos, Donaire (2017).

⁹ Y en ese sentido cumple con exhaustividad la función de documentar este extremo García (2007, pp. 339 y ss.).

En efecto, una de las novedades de la OEDE respecto del sistema tradicional de extradición es la supresión del requisito de la doble incriminación. 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, por el contrario, contempla en lugar de delitos sobre los que haya de producirse esta doble incriminación por una serie de ámbitos delictivos en los que la criminalidad dé como resultado una pena o medida de seguridad que consista en privación de libertad de al menos tres años en el país emisor de la OEDE.¹⁰ En general, y por lo expuesto, se entiende difícil la denegación de una OEDE, pero hemos asistido recientemente a un supuesto que casi podríamos calificar de excepcional en el que tal circunstancia podría darse: se trata de la OEDE dictada por la Audiencia Nacional y luego retirada por el magistrado Pablo Llarena, instructor de la causa en el Tribunal Supremo contra el depuesto presidente de la Generalitat, Carles Puigdemont, y cuatro de sus consejeros. El razonamiento que lleva a cabo el magistrado en su auto de 5 de diciembre de 2017 denota bien a las claras que considera la eventualidad de que la OEDE no fuese aceptada por el Estado belga en relación con alguna de las figuras delictivas por las que fue solicitado.¹¹

¹⁰ Entre dichos ámbitos delictivos, aunque ampliables en el futuro, se encuentran en la actualidad los siguientes: pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de menores y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, fraude, incluso el que afecte a los intereses financieros de las comunidades europeas, blanqueo del producto del delito, falsificación de moneda, delitos de alta tecnología, en particular el informático, delitos contra el medio ambiente, ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, homicidio voluntario, agresión con lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, de material radiactivo, de vehículos robados, de bienes culturales, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, racismo y xenofobia, robos organizados o a mano armada, estafa, chantaje, secuestro de aeronaves o buques, sabotaje, etc.

¹¹ “PRIMERO. - La Orden Europea de Detención, decíamos en la STS 415/2015, de 6 de julio, se crea en la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo de 13 de junio de 2002, con la finalidad de sustituir el procedimiento de extradición por un sistema más ágil y rápido, en el que intervienen directamente las autoridades judiciales. La Orden se inspira en la existencia de un espacio común de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, operando entre los Estados de la Unión los principios de reconocimiento mutuo y

En consecuencia, aunque es obvia la practicidad y el sentido de la OEDE para conseguir el objetivo de reforzar la seguridad en la eurozona, lo cierto es que en el caso de que nos encontremos ante una figura delictiva que no se incluya en los ámbitos delictivos contemplados en el listado que ha sido reconocido por todos los Estados miembros, la cuestión que-

de confianza recíproca; y por ello se articuló este procedimiento de entrega de encausados o condenados en torno a un modelo de resolución judicial unificada a escala de la Unión.

En esta misma línea se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En sentencia de fecha 30 de mayo de 2013 (Sección Segunda), este Tribunal declaraba lo siguiente: 'La decisión marco 2002/584 pretende, a través del establecimiento de un nuevo sistema simplificado y más eficaz de entrega de personas condenadas o sospechosas de haber infringido la ley penal, facilitar y acelerar la cooperación judicial de cara a la consecución del objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros (sentencias antes citadas Radu, apartado 34, y Melloni, apartado 37)'. También en su sentencia de 6 de septiembre de 2016 (Gran Sala), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se refería a la orden europea de detención como la primera concreción, en el ámbito del Derecho penal, del principio de reconocimiento mutuo, constituyendo la 'piedra angular' de la cooperación judicial. Precisamente porque la orden europea de detención, según lo expuesto, descansa en unos principios claves de la cooperación judicial en la Unión Europea, como son el principio de confianza recíproca o el de reconocimiento mutuo, los Estados miembros están obligados, en principio, a ejecutarla. Como declaraba el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 30 de mayo de 2013, ya citada, los Estados 'o están obligados a ejecutar o no pueden negarse a ejecutar tal orden y, fuera de los supuestos enumerados en los artículos 3 a 5 de esta Decisión marco, no pueden supeditar su ejecución a condiciones'.

SEGUNDO. - En este marco, uno de los excepcionales supuestos en los que la autoridad de ejecución puede denegar la ejecución —total o parcial— de una orden europea de detención, es el contemplado en el apartado primero del artículo 4 de la Decisión Marco (artículo 47 —en relación con el artículo 20.1— de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea en los supuestos en los que la autoridad de ejecución sea España). Conforme a este precepto se podrá denegar la orden si los hechos que motivan la misma no son constitutivos de delito de acuerdo con el Derecho del Estado miembro de ejecución. Una posibilidad de denegación que solo resulta viable para aquellos delitos que no sean de los enumerados en la lista del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco (art. 20.1 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para las que se ha suprimido el control de doble tipificación), o cuando, tratándose de infracciones contempladas en dicho precepto, no sean punibles con una pena o medida de seguridad privativas de libertad por un período máximo inferior a tres años en la legislación del Estado miembro de emisión.

daría a expensas de la discrecionalidad de las autoridades judiciales. En ese caso, incluso cabría preguntarse si no podría elevarse el supuesto a la instancia judicial europea, o en su caso, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), habida cuenta de la actual inclusión del convenio correspondiente en el acervo comunitario. En todo caso, en mayor espacio que el presente.¹²

REFERENCIAS

- Ballbé, M. y Martínez, R. (2003). *Soberanía dual y Constitución integradora*. Barcelona, España: Ariel.
- Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Valencia, España: Trotta.
- Calzada-Ramudo López, S. (2003). Cooperación judicial internacional: extradición y euroorden. *iustel.com, RGDP*, 2.
- De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2006). El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega (Reflexiones tras la STC 177/2006, de 5 de junio). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 78, 277-303.
- Donaire Villa, F. J. (2017). Supremacía de la Constitución versus primacía del derecho de la UE en materia derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la UE en el asunto Melloni. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 637-654.
- 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.
- García Sánchez, B. (2007). Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales nacionales de la Unión Europea. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 60(1), 315-378.
- Heller, H. (1942/2011). *Teoría del Estado*. Madrid, España: Fondo de Cultura Económica.
- Keating, M. (2012). *La independencia de Escocia*. Valencia, España: Universidad de Valencia.

¹² Se plantea en Calzada-Ramudo (2003).

- Ley 3/2003 (derogada), de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (BOE de 17 de marzo, pp. 10.244 a 10.258)
- Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE de 21 de noviembre, pp. 95437 a 95593)
- Muñoz Machado, S. (1994). *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid, España: Alianza.
- Nye, J. S. (2004). Soft power: The means to success in world politics. *Public Affairs*.
- Petschen Verdaguer, S. (2004). Europa: ¿Estados o ciudadanos? *Política Exterior*, 18(98), 25-33.
- Pou Serradell, V. (2017). *¿Hacia la deconstrucción de la Unión Europea?* Lleida, España: Milenio.
- Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010. Recurso de inconstitucionalidad 8045-2006. Interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

9

GÉNESIS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD NACIONAL EN ESPAÑA

Montserrat Campos Quesada

Universitat Autònoma de Barcelona

INTRODUCCIÓN

Ante la perpleja conmoción del último atentado terrorista, hace escasos días (17 de agosto 2017),¹ en Barcelona, uno de *nuestros* paisajes más comunes fue víctima del terror: las Ramblas de Barcelona, lugar emblemático y neurálgico de la ciudad cosmopolita, la más visitada de España. En la memoria de la Ciudad Condal todavía perdura el dolor por la sangrienta acción terrorista del Hipercor² perpetrada en 1987. “Hace ya tiempo que Barcelona es el principal escenario yihadista de España. No menos de la cuarta parte de los detenidos en España entre 2013 y 2016, por actividades relacionadas con el terrorismo yihadista, lo fueron en Barcelona y su entorno metropolitano, donde además residían” (*El País*, 2013). En cuanto al entorno en que ocurrió este atentado, Catalunya, es considerado uno de los puntos calientes del radicalismo islámico en España junto con Ceuta y Melilla, Barcelona

¹ Atentado, reivindicado por el ISIS, perpetrado en las Ramblas de Barcelona el 17 de agosto de 2017, con Cambrils y Alcanar como escenarios terroristas según fuentes oficiales de Mossos d'Esquadra.

² Atentado de Hipercor, equiparable por el número de víctimas con el primer atentado yihadista de Barcelona, fue un 19 de junio de 1987.

se ha erigido en los últimos años en la gran preocupación de las fuerzas de seguridad.³

Con el atentado de Madrid en 2004, sufrimos el ataque terrorista más grave de la historia de la Unión Europea (UE) con 192 muertos y la *yihad* internacional consiguió en el país su victoria más sangrienta y la demostración que podía golpear en la acomodada y segura Europa. Después de Madrid, de Londres, de París, de Berlín, de Niza, de Bruselas, de Estocolmo, y de tantas otras ciudades heridas por el terrorismo islámico, el atentado en Barcelona fue el último, de los más de treinta actos de terrorismo perpetrados con la misma inspiración ideológica en Europa Occidental desde 2014, como consecuencia de la movilización yihadista sin precedentes que viene azotando al conjunto de esta desde 2012.

Ante este entramado complejo, el viejo continente hace frente a la crisis de los refugiados de mayor magnitud sin precedentes desde la Segunda Guerra Mundial, con la llegada de 1,2 millones de personas en 2015. El fenómeno migratorio se ha colado en la agenda como tema en los grandes debates políticos y sociales de nuestros días. La migración es la razón que mejor ayuda a explicar cuestiones tan actuales como la salida del Reino Unido de la Unión Europea, el aumento de nacionalismos en diferentes Estados, o las tendencias xenófobas, que desde un tiempo están tan presentes en la sociedad europea. Según los analistas, la migración es el principal fenómeno que está redefiniendo el futuro de la UE, en unos momentos en que la presión geoestratégica del conflicto de Oriente Medio y Siria, y las migraciones económicas cuyo origen principal es África, se suma a la opinión pública que reclama a sus gobiernos medidas de seguridad.

Pero el fenómeno de la migración humana va mucho más allá. Es una crisis en aumento de la que el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático⁴ (Intergovernmental Panel on Climate Chan-

³ Barcelona “es la provincia donde más detenciones y operaciones se han producido desde 2012: con 62 arrestados y 30 intervenciones policiales” (Gálvez, 2017).

⁴ El IPCC ofrece autoridad internacionalmente aceptada sobre el cambio climático

ge [IPCC], advirtió en 1990 que “la migración humana podría ser una de las consecuencias más graves del cambio climático. Millones de personas tendrían que desplazarse a causa de la erosión de la línea costera, de las inundaciones del litoral y de los estragos en la agricultura” (Loneragan, 1998, citado por Organización Internacional para las Migraciones [OIM], 2008, p. 11). En una estimación más consensuada, y de acuerdo con el profesor Norman Myers⁵ de la Universidad de Oxford, se calcula una cifra de 200 millones de migrantes climáticos para 2050. Se trata de un número estremecedor. Muy atrás queda 1972, efeméride de la Primera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, conocida como la Conferencia de Estocolmo. Con ella se inició la trayectoria de esfuerzos en común para erradicar el cambio climático. En la actualidad, en el mandato de Donald Trump, los Estados Unidos cuestionan su integración en el pacto mundial contra el cambio climático.

En plena era de las migraciones (Fuente, 2017), los cambios que se han originado en el mundo y la sensación real de inseguridad percibida por muchos han producido una creciente desafección por la política y las instituciones en todos los niveles. Esta se manifiesta a menudo en forma de indiferencia y desconfianza hacia la actuación de los poderes públicos, y crea un vacío fácilmente cubierto por la retórica del populismo. La preocupación por la sostenibilidad de nuestro planeta irrumpe en el programa político, económico y social de nuestras instituciones y de la sociedad en general. La migración junto con el terrorismo global son dos puntales de calado que se presentan en un momento muy complicado de integración continental como consecuencia de la crisis económica y política y de liderazgo sin precedentes en la UE.

elaborando informes que gozan del acuerdo de todos los científicos dedicados al estudio del clima y el consenso de cada uno de los gobiernos participantes. El 12 de octubre de 2007, el exvicepresidente de los Estados Unidos, Al Gore, y el IPCC, cuyo presidente es Rajendra Pachauri, obtuvieron el Premio Nobel de la Paz.

⁵ Reconocido ecologista británico especializado en biodiversidad y valorado por su trabajo sobre refugiados ambientales.

Los atentados de Nueva York del 11 de septiembre de 2001 y el atentado de Madrid de 2004 no solo modificaron las relaciones internacionales emergidas tras la desaparición de la Unión Soviética y la caída del Muro de Berlín, sino que dibujaron un nuevo contexto estratégico pos-Guerra Fría de creciente complejidad e incertidumbre, en el que las nuevas amenazas globales, principalmente el terrorismo internacional, se posicionan en la agenda global de los Estados (Bartolomé, 2006) irrumpiendo con fuerza los movimientos migratorios.

Los Estados Unidos fueron los primeros en implementar reformas en la organización de sus sistemas de seguridad y defensa para adaptarlos a esta coyuntura internacional, seguidos de los principales esquemas regionales competentes, es decir, Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), UE y Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OCSE), y por la mayoría de sus respectivos Estados miembros. En esta tesitura, era necesaria una renovación completa del planeamiento de la defensa y la aprobación de *La Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido* (Gobierno de España, 2013), que avala la necesidad de interiorizar un concepto de seguridad “amplio y dinámico”, que contextualice “todos los ámbitos concernientes a la seguridad del Estado y de sus ciudadanos”, es decir, “abarcan desde la defensa del territorio a la estabilidad económica y financiera o la protección de las infraestructuras críticas” (p. 6). “Responde por tanto intencionalmente, a un concepto multidimensional de la seguridad, que supera el ámbito tradicional de la defensa del territorio para concentrarse en la seguridad humana de una manera omnicomprendensiva abarcando tanto la libertad frente al temor como la libertad frente a la necesidad” (Guinea, 2014, p. 12).

En este sentido, se articulan en la legislación instrumentos normativos que, teniendo como marco regulador la Constitución Española (CE), regulan los aspectos fundamentales que han permitido a los poderes públicos cumplir con sus responsabilidades en materia de seguridad. Conscientes de “que la seguridad es esencial; para el desarrollo y prosperidad de un país libre y democrático” (María Dolores de Cospedal, Ministra de Defensa, 2017, p. 13).

Con esta configuración, se conformará la columna vertebral del Sistema de Seguridad Nacional, el cual establece los parámetros de funcionamiento de un proceso que viene impulsado por la aplicación de las estrategias de seguridad nacional, que, según Arteaga (2011), afrontan de forma sistemática una redistribución de funciones y evitan que por descoordinación entre los diferentes niveles de actuación puedan verse incrementados los riesgos y las amenazas. La nueva seguridad nacional facilita y justifica una reorganización de las competencias,⁶ los recursos y las responsabilidades de la Administración Pública y del sector privado en materias relacionadas con la seguridad nacional.

CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD NACIONAL COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ESTADO⁷

La preservación de la seguridad nacional precisa de un nuevo sistema institucional sólido, a la vez flexible y adaptable al cambio y a las contingencias de seguridad; apto para responder de forma eficaz, integral y completa a los riesgos y las amenazas de la actualidad. La reorganización progresiva de las estructuras y los organismos del Estado es necesaria para que se puedan ajustar a la visión integral de la seguridad que demanda la conflictividad y las crisis de un mundo complejo y globalizado como vivimos en nuestros días.

Dar cumplimiento a estas competencias conlleva no solo la creación organismos, sino una configuración de la gestión: desde una remodelación de las responsabilidades a una articulación de la toma de decisiones, la aplicación de asesoramiento si fuese necesario, o incentivar la participación política y social.

⁶ La justificación de los cambios organizativos en este modelo institucional integrado se fundamenta en una superación de las duplicidades y compartimentación, en una mejora de la coordinación entre ministerios y en una mejor facilidad de evaluación de las líneas de actuación. Por otro lado, permite una mejor colaboración y cooperación entre todos los integrantes.

⁷ Sede oficial del Departamento de Seguridad Nacional.

La Estrategia Española de Seguridad: una responsabilidad de todos (Gobierno de España, 2011) “aporta algunas orientaciones al respecto pero son muy genéricas y precisan una mayor concreción, por lo que la propuesta desarrolla los aspectos competenciales, orgánicos y procedimentales para poner en marcha una estrategia y un sistema de seguridad nacional” (Arteaga, 2011, p. 23). Asimismo, configura un modelo institucional integrado,⁸ avalado por el presidente José Luis Rodríguez Zapatero,⁹ pionero en nuestro país y en la línea de los países más avanzados de la UE, aunque tan solo pone de relieve las bases incipientes del sistema, en la línea de lo que manifiesta Arteaga (2011). Dicha estrategia fue sustituida por la *Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido* (Gobierno de España, 2013). Arteaga (2013) señala que “ambas estrategias comparten una visión integral de la seguridad, transversal, transfronteriza, abierta a nuevos actores públicos y privados para proporcionar la libertad, la

⁸ El Consejo Español de Seguridad (CES) era un órgano político superior de asesoramiento presidencial y de gestión de crisis. Su creación como órgano colegiado y el establecimiento de sus funciones de asesoramiento, seguimiento y control venían amparadas en la EES. El CES se reunía anualmente de forma regular y a requerimiento si es en convocatoria extraordinaria. Era presidido por el presidente del gobierno y por delegación por el vicepresidente primero, sin perjuicio que a sus reuniones podían ser convocados diferentes ministros, así como el jefe de Estado Mayor de la Defensa y el director del Centro Nacional de Inteligencia, entre otros altos cargos. El CES tenía un secretario ejecutivo que era el director del gabinete de la Presidencia del Gobierno. Además, de él dependería comisiones interministeriales y una unidad de apoyo, no concretando la figura dirigente de estas actividades, tal como asigna la EES. “Además de la creación del CES, el documento propone la puesta en marcha de una Unidad de Respuesta Integrada Exterior (URIE), que permita desplegar con rapidez personal civil especializado en misiones en el exterior —impulso así las capacidades civiles españolas y el enfoque civil-militar y haciendo de España un actor internacional más eficaz y comprometido—” (*Revista Española de Defensa*, 2011, p. 11). Asimismo, la EES plantea la reforma del Sistema de Gestión de Crisis, vigente en aquel momento, por el Departamento de Infraestructuras para el Seguimiento de las Situaciones de Crisis (DISSC). El DISSC formaba parte de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno. Sus objetivos eran auxiliar al presidente del gobierno en asegurar una reacción óptima y rápida en situaciones de crisis. También se consideraba el Sistema de Inteligencia Económica (SIE) para detectar actuaciones que vulnerasen los intereses nacionales.

⁹ Presidente del gobierno en la Legislatura VIII: abril 2004-abril de 2008, y Legislatura IX: abril 2008-diciembre de 2011. El partido en el Gobierno era el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) (Gobierno de España, La Moncloa (2014).

seguridad, el bienestar y el funcionamiento de los servicios que precisan los ciudadanos” (p. 1).

La entrada en vigor de la *Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido* (Gobierno de España, 2013) permite ajustar a la visión integral que emana de este concepto dotando de coherencia la actuación del Estado a través de la participación de todas las administraciones públicas responsables. Asimismo, articula la seguridad nacional como política de Estado y reasigna todos los recursos a disposición del ente público de forma efectiva para su preservación.

Su aprobación permite el impulso de la existencia previa del nuevo concepto de seguridad nacional como la salvaguarda de la libertad y seguridad ciudadana, los principios y valores del Estado de derecho, los intereses nacionales y los compromisos internacionales. Fue en 2014, cuando la coordinación estratégica y conceptual de la seguridad nacional experimentó un avance destacado por el impulso de una ley propia: la Ley 36/2015,¹⁰ de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, dentro de las competencias exclusivas que la Carta Magna otorga al Estado en

¹⁰ En particular en esta cuestión, el rango normativo del anteproyecto de esta norma se dicta al amparo de las competencias exclusivas que el Estado dispone de acuerdo con las reglas 4 y 29 del artículo 149.1 de la CE. Añade que la norma legal tiene carácter ordinario según clarifica el Consejo de Estado por “razón de su contenido”, es decir, no aborda materia reservada, es una ley “de naturaleza no orgánica, ya que regula la Seguridad Nacional desde una perspectiva marcadamente organizativa e integradora, sin afectar a la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas” (Consejo de Estado: Dictámenes Número de expediente: 405/2015 (Presidencia)). La publicación de este nuevo texto legal no fue exenta de una celeridad por parte del Ejecutivo meses antes de la finalización de su mandato, en diciembre de 2015, en busca del privilegio de impulsar el trámite del texto legal que simulaba no ser prioritario para el Partido Popular. El compromiso inicial se fundamentaba por escrito en la propia ESN, en la que se establecía que tras su aprobación, el 31 de mayo de 2013, se elaboraría en seis meses dicha norma. El Gobierno poseía en aquel momento mayoría absoluta en ambas cámaras legislativas y era una clara comodidad para su aprobación. En cambio, el proceso sufrió una parálisis que revela que La Moncloa no ha logrado imponerse a los ministerios directamente afectados, principalmente Defensa, Interior y Exteriores, cada uno celoso de sus competencias y en especial el primero, escéptico a que la Presidencia pilote un ámbito que considera propio.

materia de defensa y Fuerzas Armadas (CE 1978 artículo 149.1.4) y seguridad pública (CE 1978 artículo 149.1.29).

Este nuevo texto legal aborda en términos generales potenciar las capacidades de España para responder ante los desafíos y las amenazas intrincadas que vivimos hoy, y define competencias en materias como la ciberseguridad, la seguridad marítima y la seguridad financiera, el medio ambiente, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

Su principal objetivo¹¹ es configurar la seguridad nacional como un nuevo espacio de acción pública dirigido a la armonización de objetivos, recursos y políticas ya existentes en materia de seguridad y cuya responsabilidad se deberá compartir por los órganos constitucionales, en especial las cortes generales, las diferentes administraciones públicas, el sector privado y la sociedad civil dentro del marco internacional vigente. Este esfuerzo de integración reviste mucha importancia, por la compleja naturaleza de los riesgos y las amenazas, los cuales impiden que sean contrarrestados con los instrumentos de los que dispone tradicionalmente el Estado. En esta línea, es necesaria una eficiente coordinación de la estructura territorial del Estado, prevista en la CE, para afianzar una correcta respuesta integral.

La Ley 36/2015, de 28 de septiembre se dicta para dar respuesta a esta demanda que viene de la mano de los agentes de la seguridad nacional partícipes en las administraciones públicas, sector privado y sociedad en general. De acuerdo con la *Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido* (Gobierno de España, 2013), se configura su inserción en el esquema organizativo denominado Sistema de Seguridad Nacional, presidido por el presidente del Gobierno y asistido por el Consejo de Seguridad Nacional (Consejo de Seguridad Nacional).

¹¹ Soraya de Santamaría destaca la finalidad de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre en el siguiente extremo textual: “Se pretende dotar al Estado con herramientas adecuadas para los nuevos riesgos y amenazas y tiene por fin el funcionamiento óptimo de los recursos de la Administración en la defensa de nuestros valores democráticos y recoge también una mejor coordinación cuando hay varios organismos implicados” (RTVE.es., 2015).

La génesis de este sistema permite al Estado dotarse de normativas, procedimientos y recursos para responder con eficacia a los desafíos de la seguridad. Esta regulación se basa en la asignación a las distintas autoridades y administraciones públicas de competencias en la articulación de un modelo homologable con los países del entorno.

En esta ley se destaca como componentes fundamentales de la seguridad nacional: la defensa nacional, la seguridad pública y la acción exterior, que tienen una regulación normativa específica y, en el marco de sus competencias, los servicios de inteligencia e información del Estado (Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia) como apoyo permanente al Sistema de Seguridad Nacional en aspectos fundamentales que mejoren y completen la información en análisis de detención y prevención de riesgos y amenazas.

Al Gobierno, de acuerdo con el artículo 97 de la CE, le corresponde dirigir la política interior y exterior, la administración civil y militar y la defensa del Estado, o defensa nacional. A la hora de definir la defensa nacional, observamos que la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, no contempla su significación, sino que especifica la finalidad de la política de defensa en su artículo 2. Para remitirnos a una exposición del término, cabe contemplar el artículo 2 de la derogada Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, modificada por la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, en la que considera Alcázar (2010) que la “Defensa Nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión”.

A través de la política de defensa se impulsa

la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en esta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integri-

dad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España. (Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, art. 2)

Este ámbito político determina los objetivos de la defensa nacional,¹² los recursos y las acciones necesarios para obtenerlos.

En relación con la seguridad pública, queda definida como la protección del libre ejercicio de los derechos y las libertades, y la garantía de la seguridad ciudadana, su mantenimiento corresponde al Estado en exclusiva y se encomienda a las fuerzas y cuerpos de seguridad, de acuerdo con el artículo 104¹³ de la CE.

En cuanto a la acción exterior del Estado, se especifica según el artículo 1.2.b) de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado,¹⁴ como:

¹² Los objetivos de la defensa nacional, los recursos y las acciones necesarias para obtenerlos vienen determinados por la política de defensa. Estos objetivos son definidos en la Directiva de Defensa Nacional, que es la base del Planeamiento de la Defensa Nacional y de la Defensa Militar. Esta política de seguridad en España se integra en el contexto internacional mediante su presencia en organizaciones internacionales, su esmerada participación en operaciones de paz y su vinculación con los tratados. Nuestras contribuciones a la defensa de la paz y a la seguridad internacional ha aumentado por nuestra posición geoestratégica relevante frente a la globalización y la amenaza terrorista que azota nuestras sociedades (Gobierno de España, Ministerio de Defensa, s. f.).

¹³ “Título IV. Del Gobierno y de la Administración”. Artículo 104. Dedicar la CE su artículo 104 a las fuerzas y cuerpos de seguridad. La norma fundamental diferencia las Fuerzas Armadas, que se aluden en su artículo 8, y las fuerzas y cuerpos de seguridad, en el mencionado artículo 104. Desde una perspectiva constitucionalista, se trata de dos instituciones diferenciadas que a la hora de aplicar su régimen jurídico se remite en ambos casos a su respectiva ley orgánica reguladora.

¹⁴ “La nueva ley se presenta, en su exposición de motivos, como la culminación normativa de un proceso de definición y asentamiento de la política y la acción exterior del Estado iniciada tras la Constitución de 1978, que trata de adaptarse a las transformaciones ocurridas en el medio internacional en las últimas décadas y a las coordinadas institucionales en las que se desenvuelve la política exterior del Estado” (García, 2014, p. 6). La Laese pone de manifiesto las limitaciones que se derivan de intentar gestionar los problemas sustentados por una mayoría absoluta parlamentaria del Partido Popular, sin un

el conjunto ordenado de las actuaciones que los órganos constitucionales, las Administraciones públicas y los organismos, entidades e instituciones de ellas dependientes llevan a cabo en el exterior, en el ejercicio de sus respectivas competencias, desarrolladas de acuerdo con los principios establecidos en esta ley y con observancia y adecuación a las directrices, fines y objetivos establecidos por el Gobierno en virtud de sus funciones de dirección de la Política exterior.

Para garantizar estos pilares fundamentales, el Estado dispone de las Fuerzas Armadas, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y los servicios de inteligencia e información cuya misión es la salvaguarda de los derechos e intereses del Estado español, su integridad y su seguridad territorial.

Conforme a esta visión integral, se define la política de seguridad nacional, en su título Preliminar, como una política pública de Estado bajo la dirección del presidente del Gobierno. La garantía de seguridad nacional, establecida en la propia *Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido* (Gobierno de España, 2013), reclama el compromiso y la responsabilidad al más alto nivel. El presidente la liderará y la impulsará¹⁵ y bajo su dirección el Gobierno será responsable de su cumplimiento, implicando a todas las administraciones públicas del Estado en su cooperación con solidaridad y lealtad institucional, así como a todos los ciudadanos.

La seguridad nacional es un servicio público, que debe ser objeto de una política de Estado que requiere la planificación y definición de principios y líneas de actuación permanentes capaces de dar respuestas integrales a

diálogo previo con las demás fuerzas políticas y sin la colaboración de las instituciones.

¹⁵ Una de las características destacables de la seguridad nacional es que potencia la capacidad del liderazgo presidencialista del Gobierno. Según nuestra legislación corresponde al presidente la dirección de la acción del Gobierno y la coordinación de las funciones de los demás miembros de este, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. Esta competencia que también subyace en la seguridad nacional refleja desde el ámbito jurídico el llamado principio de dirección presidencial.

los desafíos actuales. Es importante una continuidad en el tiempo y superar los marcos temporales y las políticas singulares de cada Gobierno. Por este motivo, la seguridad nacional se apoya en el compromiso y el consenso de todos, para actuar de forma concertada y cohesionada.

La *Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido* (Gobierno de España, 2013)¹⁶ es el marco político estratégico de referencia de la seguridad nacional como política de Estado (Ley 36/2015, de 28 de septiembre, art. 4.3). Este ámbito político se ocupa de

formular e implementar una estrategia nacional para crear un entorno favorable para los intereses nacionales [...], la política de seguridad nacional es una parte de la política general del Estado; mientras que la estrategia nacional integra fines como la supervivencia, seguridad, integridad, bienestar o estabilidad de un Estado con los medios disponibles, sean militares o no. (Arteaga, 2011, p. 37)

A través de ella, cada Gobierno expresa “la visión que tiene del contexto estratégico que le rodea, los riesgos y oportunidades, el protagonismo que quiere ejercer y las prioridades que establece” (Arteaga, 2011, p. 9).

DISEÑO ESTRUCTURAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD NACIONAL

El Sistema de Seguridad Nacional es el conjunto de organismos, recursos y procedimientos, integrados en la estructura prevista en la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, que permite a los órganos competentes en materia de seguridad nacional ejercer sus funciones. Le corresponde evaluar los factores y las situaciones que puedan vulnerar la seguridad nacional, recabar y analizar información que contribuya a ponderar decisiones oportunas para dirigir y coordinar la respuesta del Estado frente las situaciones de crisis contempladas en esta ley, así como detectar las necesidades y proponer las medidas sobre planificación y

¹⁶ Son documentos públicos de naturaleza política, no jurídica, ya que su objetivo fundamental es orientar la conducción política.

coordinación con el conjunto de las administraciones públicas, con la finalidad de garantizar la disponibilidad y el correcto funcionamiento de los recursos disponibles del sistema (art. 19).¹⁷

Los principios que sustentan el Sistema de Seguridad Nacional son:

- Liderazgo: impulso y dirección política del presidente del Gobierno.
- Funcionamiento integrado y coordinado de toda la estructura que forma parte de la Administración pública relacionada con la materia de la seguridad nacional, en un sentido de cooperación y lealtad institucional.
- Optimización y el uso eficaz de los recursos disponibles.
- Modernización de las estructuras y los procedimientos de gestión en relación con la seguridad nacional en las administraciones públicas.
- Implicación y fomento a través de la cultura de seguridad de la sociedad civil.
- Colaboración del sector público y privado.
- Gestión de la información.
- Transparencia.

La aprobación de estas referencias estratégicas, anteriormente explicitadas, vino precedida de modificaciones en la Presidencia del Gobierno en el sentido de dotar al Gabinete de la Presidencia de un órgano eficaz que sucediera al Departamento de Infraestructuras y Seguimiento de Situaciones de Crisis (DISSC)¹⁸ en la función de asesorar en materia de seguridad nacional a la Pre-

¹⁷ Véase Sentencia En el recurso de inconstitucionalidad núm. 7330/2015 promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra los arts. 4.3; 15.c y 24 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer del Tribunal.

¹⁸ Se suprime el Departamento de Infraestructuras y Seguimiento de Situaciones de Crisis en la Disposición adicional única del Real Decreto 1119/2012, de 20 de julio, de

sidencia. Ello se materializó en la creación del Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete (DSN) de la Presidencia de Gobierno¹⁹ mediante el Real Decreto 1119/2012, de 20 de julio, de modificación del Real Decreto 83/2012, de 13 de Enero, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno.²⁰

El Consejo de Ministros, del 31 de mayo de 2013, aprobó la regulación del Consejo de Seguridad Nacional²¹ (Consejo de Seguridad Nacional) mediante Real Decreto 385/2013, de 31 de mayo, de modificación del Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno, en su condición de Comisión Delegada del Gobierno para la Seguridad Nacional.

El Consejo de Seguridad Nacional,²² en su condición de Comisión Delegada, es el máximo órgano que asume la defensa y la seguridad del Estado. Fue constituido el 11 de julio de 2013, en un acto (*El País*, 2013) en el palacio de la Zarzuela, presidido por su Majestad el Rey D. Juan Carlos y con la presencia del Príncipe de Asturias, acompañados por el presidente del Gobierno y vicepresidente del Gobierno, ministros y los jefes de las Fuerzas Armadas y del Centro Nacional de Inteligencia (CNI). El Consejo nació con el compromiso firme de desarrollar una propuesta de la ya presente Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional según establece la *Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto*

modificación del Real Decreto 83/2012, de 13 de enero.

¹⁹ El Departamento de Seguridad Nacional es el órgano permanente de asesoramiento y apoyo técnico en materia de seguridad nacional a la Presidencia del Gobierno.

²⁰ A propuesta del presidente y según lo previsto en el artículo 2.2.j) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. Cabe tener en cuenta la modificación que establece el Real Decreto 571/2013, de 26 de julio.

²¹ La creación y puesta en funcionamiento del Consejo de Seguridad Nacional viene determinado por el soporte del artículo 6, en conexión con el artículo 1.3, ambos preceptos de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, que condiciona la naturaleza del Consejo en Comisión Delegada del Gobierno de modo que es necesaria la modificación del Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre.

²² El Ejecutivo acordó con el PSOE su creación en el marco de la nueva Estrategia de Seguridad Nacional.

compartido (Gobierno de España, 2013), y es en esta norma, en concreto en su artículo 20 en el que se desarrolla su estructura, sus funciones y su composición. El presidente del Gobierno dirige el Sistema de Seguridad Nacional y es asistido por el Consejo de Seguridad Nacional para acometer sus competencias (figura 1).



Fuente: Elaboración propia.

FIGURA 1. SISTEMA DE SEGURIDAD NACIONAL.

El Departamento de Seguridad Nacional²³ (DSN), creado en 2012 (véase Real Decreto 1119/2012, de 20 de julio, de modificación del Real Decreto 83/2012, de 13 de enero, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno), es el órgano de asesoramiento al presidente del Gobierno en materia de seguridad nacional y ejercerá las funciones de Secretaría Técnica y órgano de trabajo permanente del Consejo de Seguridad Na-

²³ Aplicación del Real Decreto 571/2013, de 26 de julio. El DSN es el primer eslabón del proyecto de seguridad nacional. Fue creado en 2012 para cubrir la necesidad de reforzar la orgánica de la Presidencia del Gobierno y la asistencia al presidente del gobierno en su responsabilidad de dirigir la política de seguridad nacional del país.

cional y de sus órganos de apoyo, así como las demás funciones previstas en la normativa que le sea de aplicación. Como órgano de asesoramiento a la Presidencia del Gobierno, le corresponde dar el apoyo inmediato, óptimo e integral en materia de seguridad nacional, para la adecuada toma de decisiones, así como, entre otras responsabilidades (Gobierno de España, Gabinete de la Presidencia del Gobierno, s. f.):

- Elaborar estudios e informes de seguridad nacional.
- Realizar la alerta temprana y el seguimiento de los riesgos y las amenazas y situaciones de crisis en total coordinación con autoridades y órganos correspondientes.
- Asistir al director del Gabinete de la Presidencia en calidad de secretario del Consejo de Seguridad Nacional, así como en representación del Gabinete en el ámbito de la seguridad.
- Contribuir en propuestas normativas sobre la materia respectiva.
- Analizar los riesgos y las amenazas y los denominados potenciadores.
- Aportar la visión integral y transversal de la gestión de crisis y apoyar todo el despliegue del comité especializado, en relación con la gestión de situaciones de crisis.
- Coordinar los trabajos de elaboración de la Estrategia de Seguridad Nacional, así como las denominadas de segundo nivel.
- Concentrar la elaboración de los informes anuales de seguridad nacional.

Su organigrama correspondiente se ilustra en la figura 2.



Fuente: Gobierno de España, La Moncloa (2014).

FIGURA 2. DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL.

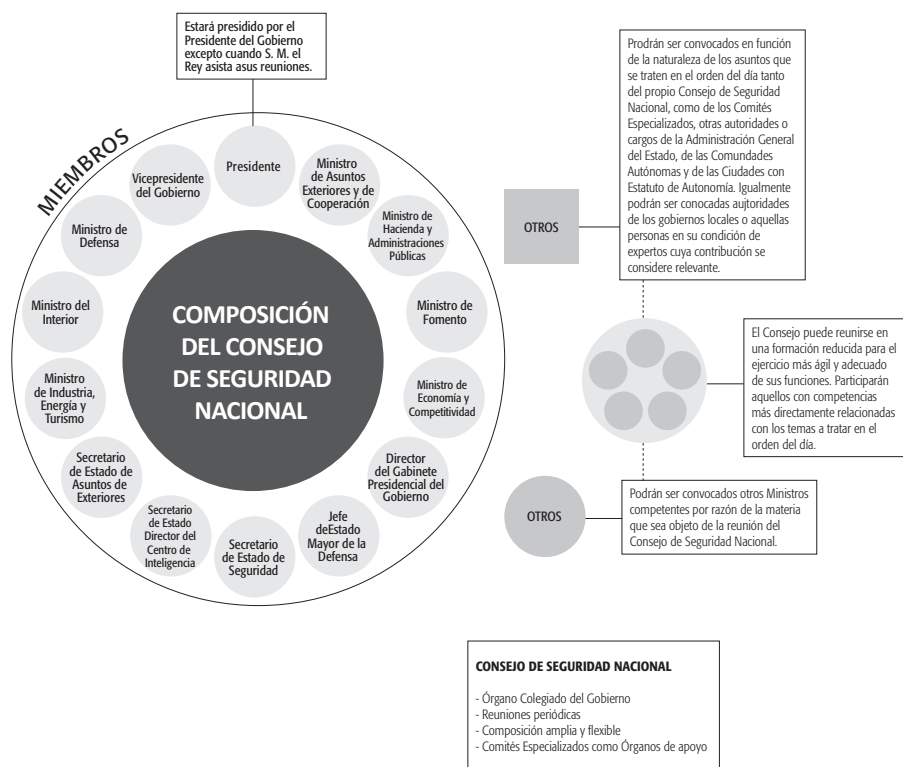
La composición del Consejo de Seguridad Nacional viene regulada conforme a lo previsto en el apartado 8 del artículo 21 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional.

Formarán parte del Consejo de Seguridad Nacional los siguientes miembros:

- El presidente del Gobierno, que lo presidirá.
- Los vicepresidentes del Gobierno, en el caso de que hubiere.
- Los ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Justicia, de Defensa, de Hacienda y administraciones públicas, del Interior, de Fomento, de Industria, Energía y Turismo, de Presidencia, de Economía y Competitividad y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.
- El director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno, el secretario de Estado de Asuntos Exteriores, el jefe de Estado Mayor de la De-

fensa, el secretario de Estado de Seguridad y el secretario de Estado-director del Centro Nacional de Inteligencia.

- El director del Departamento de Seguridad Nacional (figura 3).



Fuente: Gobierno de España (2013, p. 57).

FIGURA 3. CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL.

Para un adecuado ejercicio de sus funciones y a decisión del propio presidente, la convocatoria podrá ser acotada a los miembros con competencias relacionadas con los temas por tratar del orden del día. En todo caso, podrán ser convocados titulares del resto de departamentos ministeriales, así como otras autoridades autonómicas que se vean afectadas en los

supuestos en que las decisiones vinculen a su autonomía, u otros cargos de las administraciones públicas y personas en su condición de expertos. El Consejo de Seguridad Nacional informará a S. M. el Rey, como mínimo una vez al año, a propuesta de la Presidencia. Si S. M. el Rey asistiera a una de las convocatorias, lo presidiría. Su convocatoria²⁴ es bimestral o cuando se considere necesario.

Sus funciones²⁵ consistirán en asistir al presidente del Gobierno en la dirección de la política de seguridad nacional, en promover e impulsar la revisión de la Estrategia de Seguridad Nacional e impulsar estrategias de segundo nivel para su aprobación, aprobar el informe anual de seguridad para su presentación y el posterior debate en las cortes generales, realizar el control óptimo del funcionamiento del Sistema de Seguridad Nacional, así como las que sean atribuidas por el ordenamiento jurídico o por el propio presidente.

El Consejo de Seguridad Nacional, en el que integran, como componentes fundamentales, la defensa nacional, la seguridad pública y la acción exterior, así como otros ámbitos relevantes para la actualidad, como es la ciberseguridad, la seguridad energética o la propia protección de las infraestructuras críticas.

La Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, además de definir la seguridad nacional, de establecer los principios básicos de la política pública de este ámbito, analizados en la investigación, también encauza y garantiza la participación del conjunto de las administraciones públicas en los asuntos propios de esta política. Es decir, es un mandato

²⁴ El Consejo de Seguridad Nacional, bajo la Presidencia del presidente del gobierno, fue convocado en dos ocasiones en 2013, concretamente el 20 de septiembre y el 5 de diciembre, para adoptar diversos acuerdos destinados a reforzar el funcionamiento del propio Consejo, así como proveer su dotación necesaria para cometer sus funciones. Entre los acuerdos, destacamos la creación de una comisión técnica para la elaboración del borrador de anteproyectos de la ya mencionada Ley 36/2015, de 28 de septiembre, entre otros.

²⁵ Establecidas las responsabilidades competenciales en la propia ESN 2013.

legal que atañe al Consejo al que le corresponde supervisar y coordinar al Sistema de Seguridad Nacional como eje vertebrador de la ejecución de tal política pública. Esta misma norma también contempla en el artículo 11.1 el mandato legal para que las respectivas administraciones públicas competentes —enunciadas en el artículo 10— establezcan los mecanismos de coordinación e intercambio de información con el Sistema de Seguridad Nacional y, en especial, en relación con los sistemas de vigilancia y alerta ante posibles riesgos y amenazas.

Según se establece en la Orden PRA/116/2017, de 9 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Seguridad Nacional de implementación de los mecanismos para garantizar el funcionamiento integrado del Sistema de Seguridad Nacional, de 9 de febrero, el cumplimiento de dicho mandato legal está marcado actualmente por dos factores: en primer lugar, la constitución de la Conferencia Sectorial para Asuntos de la Seguridad Nacional como instrumento de colaboración entre las comunidades autónomas; y en segundo lugar, llevar a cabo la ejecución de la homologación de los instrumentos de gestión de crisis que están plenamente relacionados con la participación de la Administración autonómica en los elementos que implementen el Sistema de Seguridad Nacional. Este precepto “sintoniza a la perfección con la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en la sentencia de 3 de noviembre de 2016 que reafirma la constitucionalidad de los artículos 4.3, 15.b) y 24.2 de la Ley de Seguridad Nacional” (Orden PRA/116/2017, de 9 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Seguridad Nacional de implementación de los mecanismos para garantizar el funcionamiento integrado del Sistema de Seguridad Nacional). Todo este contexto configura la necesidad de afrontar una segunda fase “de concreción de los mecanismos de enlace y coordinación” del conjunto de las administraciones públicas, correctamente homologados, con el Sistema de Seguridad Nacional.

El DSN por sus competencias vinculantes como órgano de asesoramiento al presidente del Gobierno en materia de seguridad nacional y como Secretaría Técnica del Consejo de Seguridad Nacional es el “centro neurál-

gico” que debe “entroncar” los mecanismos de enlace y coordinación entre los entes públicos de acuerdo con el artículo 20.4 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, para garantizar el funcionamiento integrado del Sistema de Seguridad Nacional.

Los comités especializados, de acuerdo con la *Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido* (Gobierno de España, 2013), son creados por iniciativa del Consejo de Seguridad Nacional como órganos de apoyo a este en los ámbitos identificados en la propia estrategia. Para la consecución de una coordinación óptima con las administraciones públicas afectadas, será objeto de desarrollo reglamentario la regulación de los órganos de coordinación y apoyo al DSN, así como los procedimientos de coordinación permanentes con los organismos de la Administración del Estado para el cumplimiento de las competencias adscritas al Sistema de Seguridad Nacional.

Su creación, composición y funciones serán determinadas en las disposiciones que lo regulen. Los órganos de apoyo del Consejo de Seguridad Nacional ejercen las competencias designadas por el propio Consejo en las áreas de actuaciones correspondientes y diseñadas en la misma Estrategia de Seguridad Nacional o en los supuestos de crisis si lo precisa. Su denominación es comités especializados, los cuales a continuación se analizan.

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD MARÍTIMA

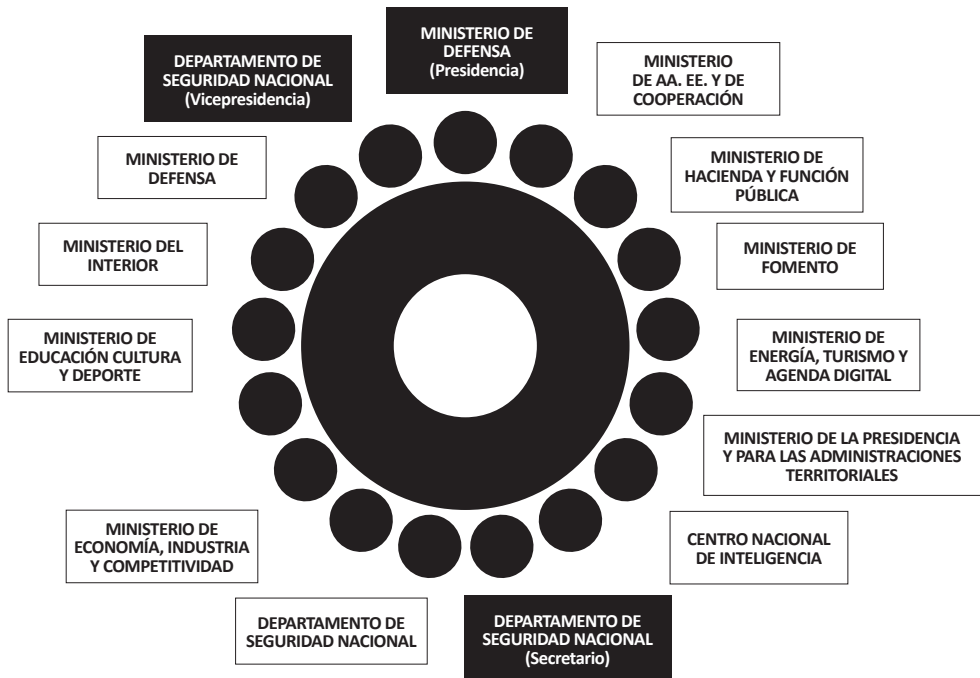
Los 8000 kilómetros de costa que dibujan la periferia marítima de la península modulan, sin duda, el ADN de España. El aprovechamiento sostenible de los recursos marinos y costeros, y la gestión de las actividades marítimas tienen un papel primordial en la economía nacional. Sin olvidar la *conectividad* que se mantiene con Ceuta y Melilla, actualmente uno de los ejes vertebradores más sensibles desde una perspectiva geoestratégica y punto focal en este análisis.

También cabe destacar a nivel geográfico la importancia de ser *ribereño* del estrecho de Gibraltar, considerado uno de los estrechos con mayor fluidez de tráfico marítimo del mundo. Es importante como valor económico el comercio exterior que nos permite el aprovisionamiento de hidrocarburo, cuya importación se realiza por vía marítima; también no hay que obviar que nuestra posición fronteriza sur de la UE nos compete la prevención de flujos migratorios irregulares hacia tierras europeas; es muy destacada la producción pesquera con una aproximación de 10 000 embarcaciones faenando en aguas españolas. En resumen, nuestra posición geográfica nos responsabiliza tanto a nivel de bienestar económico como en materia de seguridad nacional e internacional. “España es, pues, una nación marítima en el sentido más pleno de la palabra” (Orden PRA/116/2017, de 9 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Seguridad Nacional de implementación de los mecanismos para garantizar el funcionamiento integrado del Sistema de Seguridad Nacional).

Con esta pluralidad de intereses, el Gobierno de España potencia el principio de unidad de acción como principio rector y elemento central del Sistema de Seguridad Nacional y “por ende de la Política de Seguridad Marítima, [...] y de estructuras que permitan esta coordinación”. El Estado configura la seguridad marítima como la “acción concertada, que involucra de forma eficiente todos los recursos necesarios del Estado y del sector privado” (Orden PRA/116/2017, de 9 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Seguridad Nacional de implementación de los mecanismos para garantizar el funcionamiento integrado del Sistema de Seguridad Nacional). El Gobierno, en este sentido, impulsará una política amplia de seguridad con el objetivo de proteger los intereses marítimos nacionales mediante un enfoque integral que potencie la coordinación de las diferentes administraciones.

Esta visión integral que requiere la seguridad marítima para su preservación bajo los principios que sustentan el Sistema de Seguridad Nacional explica la necesidad de contar con una estructura orgánica colegiada de apoyo al Consejo de Seguridad Nacional en su condición de comisión delegada del Gobierno para la seguridad nacional, en el marco de la Ley 50/1997, de 27

de noviembre, del Gobierno. El Consejo Nacional de Seguridad Marítima (CNSM) se crea por acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional del 5 de diciembre de 2013. Su presidencia es rotatoria (figura 4).



Fuente: Gobierno de España, La Moncloa (2014).

FIGURA 4. COMPOSICIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD MARÍTIMA.

Se reúnen a iniciativa de su presidente como mínimo de carácter bimes-tral o cuantas ocasiones se consideren necesarias atendiendo a las circuns-tancias que vulneren la seguridad marítima.

CONSEJO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD

Hoy en día, el grado de dependencia de nuestra sociedad en relación con las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) y el ciberespacio es exponencialmente creciente. La ciberseguridad es imprescindible en este

mundo del siglo XXI. Llega a ser “una necesidad”, no solo en los aspectos sociales, sino de nuestro modelo económico. Es oportuno reflexionar que los sistemas de información y telecomunicaciones en el ámbito económico y en el sector público son fundamentales para dar prosperidad y estabilidad al Estado español y en buena medida depende “de la seguridad y confiabilidad del ciberespacio, cualidades que pueden verse comprometidas por causas técnicas, fenómenos naturales o agresiones deliberadas” (Gobierno de España, Presidencia del Gobierno, 2013, p. 11).

En la línea del Sistema de Seguridad Nacional, la seguridad del ciberespacio tiene una visión integral que se impregna en toda la Estrategia de Ciberseguridad Nacional (Gobierno de España, Presidencia del Gobierno, 2013). Los riesgos y las amenazas que se detectan explican la necesidad imperiosa de una estructura orgánica ajustada a estas necesidades de seguridad.

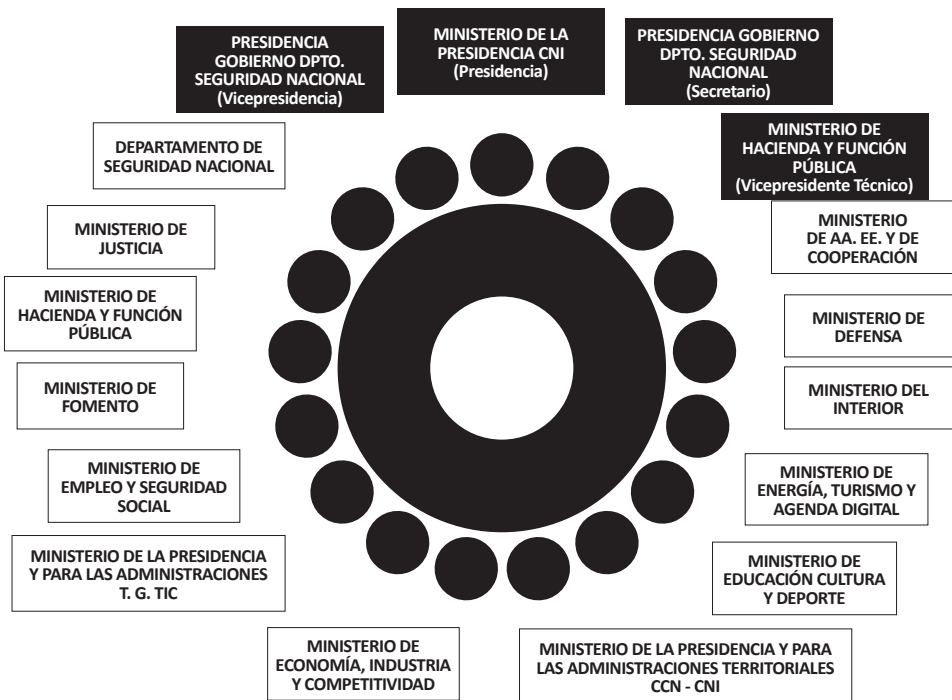
El Consejo Nacional de Ciberseguridad nace como un órgano colegiado de apoyo al presidente del Gobierno y al propio Consejo de Seguridad Nacional en su condición de Comisión Delegada para la Seguridad Nacional en el marco de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, según establece la propia legislación. El Consejo Nacional de Ciberseguridad se crea por Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional del 5 de diciembre de 2013.

Su primera prioridad es coordinar la Política de Seguridad Nacional en el ámbito de la ciberseguridad. Se encarga, además, de “garantizar el uso seguro de las redes y sistemas de información mediante el fortalecimiento de las capacidades de prevención, detección y respuesta a ciberataques”.²⁶ Asimismo, tendrá como responsabilidad reforzar la interrelación entre las administraciones públicas y los sectores privados en materia de ciberseguridad, y en

²⁶ Con estas palabras lo anunció, el 14 de febrero de 2014, el director adjunto del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y director del Departamento de Seguridad Nacional, Alfonso de Senillosa, durante un desayuno informativo en Madrid sobre la Estrategia de Seguridad Nacional, organizado por el Club Diálogos para la Democracia. Fuente periodística (*El País*, 2014).

ayudar a la adopción de resoluciones, tras un análisis de las propuestas tanto nacionales como internacionales por parte del Consejo.

El Consejo está formado por expertos en la materia, en la que se enmarca el Centro Nacional de Inteligencia (CNI), así como los ministerios de Interior, Defensa e Industria. Las reuniones bimestrales son convocadas a instancia presidencial o en seguimiento de prioridades vinculantes en ciberseguridad. La *Estrategia de Ciberseguridad Nacional* (Gobierno de España, Presidencia del Gobierno, 2013) determina que la Presidencia será rotatoria anualmente. El primer año le corresponde al director del CNI. En el Consejo, podrán participar otros expertos relevantes del sector privado y especialistas cuya contribución se considere necesaria. Será apoyado por el DSN en su condición de Secretaría Técnica y órgano de trabajo permanente del Consejo de Seguridad Nacional (figura 5).



Fuente: Gobierno de España, La Moncloa (2014).

FIGURA 5. COMPOSICIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD.

COMITÉ ESPECIALIZADO DE INMIGRACIÓN

La ordenación de los flujos migratorios es un problema de gran incidencia en el contexto de la UE. Para dar respuesta a este gran reto, se acordó por parte del Consejo de Seguridad Nacional la creación del Comité Especializado de Inmigración dentro del marco de una política de refuerzo político-estratégico a los esfuerzos de las administraciones públicas y demás actores a las graves consecuencias que trae consigo una de las peores crisis humanitarias de este siglo.

El Gobierno, con objeto de garantizar la seguridad nacional y paliar los efectos colaterales de la inmigración irregular, que son la criminalidad organizada, el terrorismo y la pequeña delincuencia, adopta entre otras medidas redefinir objetivos estratégicos en el ámbito de la política de asilo y migraciones, y la creación sólida de órganos que consoliden su gestión integral. Desde el inicio de la legislatura, el Ejecutivo español ha consolidado una “contribución decidida” en el ámbito de la extranjería y la inmigración y, más en concreto, contra la inmigración irregular y las redes de tráfico de seres humanos, no solo desde la perspectiva de la seguridad, sino también desde un ámbito asistencial y humanitario.

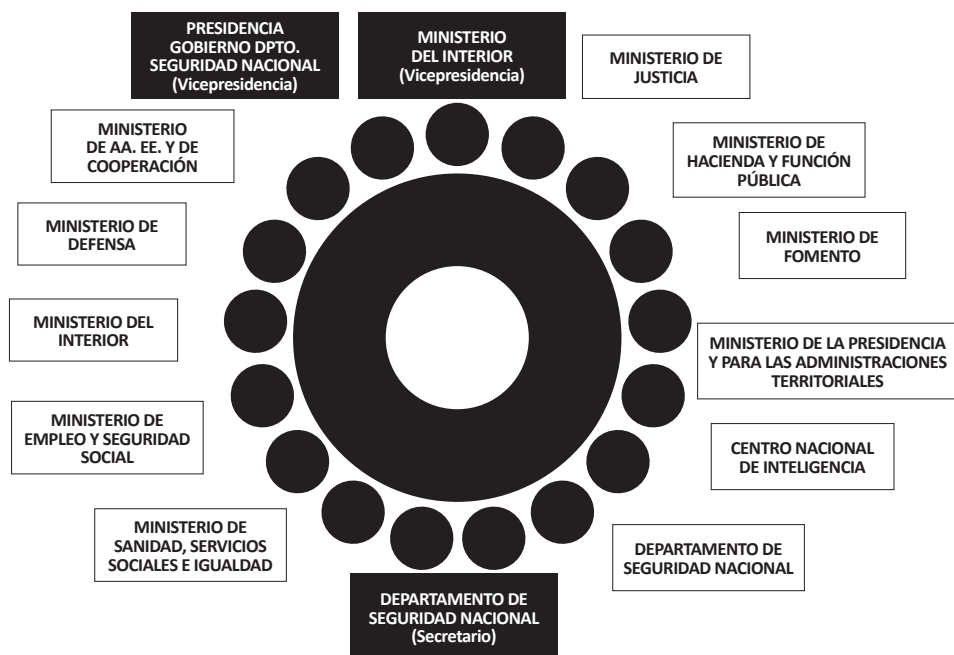
El Comité Especializado de Inmigración es el tercer órgano colegiado de apoyo al Consejo de Seguridad Nacional en su condición de Comisión Delegada del Gobierno para la Seguridad Nacional, en el marco de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. El Comité Especializado de Inmigración se crea por acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional de 10 de julio de 2014.

Este comité interministerial tiene competencias para abordar los enfoques que este fenómeno poliédrico encarna a través de un análisis de soluciones estables, no improvisadas, que implican los problemas sociales en los países receptores, principalmente en materia de educación, empleo, vivienda y seguridad, tratando de dar garantía a través de recursos para conseguir dar cobertura a las necesidades básicas y obtener

condiciones dignas de vida. Su objetivo principal²⁷ es reforzar el nivel político estratégico del conjunto de las administraciones públicas y demás responsables que participan en el fenómeno de la inmigración para que en la toma de decisiones prevalezca la dimensión omnicomprensiva y favorezca la plena integración de los extranjeros en nuestra sociedad española.

En relación con su composición, además de los ministerios de Interior, participarán los ministerios de Empleo y Seguridad Social, Justicia, Asuntos Exteriores, Defensa, aparte del servicio secreto del CNI y el Departamento de Seguridad Nacional de La Moncloa que ejercerá la vicepresidencia. En el Consejo de Seguridad Nacional, pueden participar otros actores relevantes del sector privado y especialistas de renombre en esta materia cuando sea necesaria su contribución (figura 6).

²⁷ Bajo la Presidencia de Rodríguez Zapatero fue un comité interministerial, dirigido por la vicepresidenta Fernández de la Vega, que se reunía semanalmente para abordar los problemas de la inmigración irregular configurando un plan de colaboración con Mauritania, Senegal, y otros países africanos para frenar la llegada de cayucos a Canarias. El Gobierno crea un comité interministerial sobre inmigración (González, 2014).



Fuente: Gobierno de España, La Moncloa (2014).

FIGURA 6. COMPOSICIÓN DEL COMITÉ ESPECIALIZADO DE INMIGRACIÓN.

Se reunirá a iniciativa de su presidente como mínimo con carácter cuatrimestral o cuantas veces se cree oportuno aludiendo a las circunstancias concurrentes en la materia.

La Presidencia no será rotatoria sino permanente y recaerá en el secretario de Estado de Seguridad a diferencia de los dos anteriores comités.

COMITÉ ESPECIALIZADO DE SEGURIDAD ENERGÉTICA

La seguridad energética es considerada un bien público prioritario de la seguridad nacional. “La energía es el verdadero posibilitador del normal

funcionamiento de nuestra sociedad”²⁸ (Gobierno de España, Presidencia del Gobierno, 2015), p. 34). Es necesario el suministro energético para un desarrollo económico y financiero óptimo que permita la prosperidad de nuestro país. Por esta razón, es necesario potenciar una política de Estado estable y a largo plazo, que no sea vulnerada por cambios políticos en la cúpula gubernamental.

Tal como establece la Estrategia de Seguridad Energética Nacional (Gobierno de España, Presidencia del Gobierno, 2015) el Sistema de Seguridad Nacional conforma la seguridad energética, las coordinadas perfectas²⁹ para su optimización y potenciación mediante la interacción de la política energética del Gobierno, las empresas del sector los órganos gestores del mercado de la energía y la sociedad.

En el cumplimiento de sus funciones de asistencia al presidente del Gobierno en la dirección y coordinación de la Política de Seguridad Nacional, el Consejo de Seguridad Nacional crea el Comité Especializado de Seguridad Energética.

Este órgano, entre sus funciones, potenciará la coordinación, colaboración y cooperación entre las administraciones públicas relacionadas con la seguridad energética. Y en otro orden de competencias, facilitará al Consejo de Seguridad Nacional la toma de decisiones en materia energética, tras la gestión jurídica de propuestas o de análisis practicados de origen nacional o internacional indistintamente.

Que la seguridad energética sea un “vector” en el Sistema de Seguridad Nacional permite su preservación a través de las directrices prioritarias en la política energética del Gobierno. Al tiempo, el propio sistema avala un análisis estratégico integral frente a los riesgos y las amenazas detectados; el cumplimiento de los objetivos de la propia estrategia energética, permi-

²⁸ *Estrategia de Seguridad Energética Nacional*. Capítulo 4. Objetivos y líneas de acción estratégica.

²⁹ Considerados los cuatro pilares por los que se sostiene el sector energético español.

tiendo una estrecha colaboración con todos los actores de la energía y una actuación eficiente ante una crisis.

De forma reiterada, se confirma que el Sistema de Seguridad Nacional está permanentemente organizado para apoyar al presidente del Gobierno y al Ejecutivo en aportar elementos de juicio que faciliten la toma de decisiones para proteger la seguridad nacional, y en este caso, del ámbito energético.

Del mismo modo, se indica que el Sistema de Seguridad Nacional, a través de su Consejo de Seguridad Nacional, permite la creación de órganos de apoyo que desarrollen las competencias en su ámbito correspondiente. El Comité Especializado de Seguridad Energética nace con la intención de reforzar la seguridad nacional en el contexto de la seguridad energética.

Su creación se manifiesta en la primera reunión ordinaria³⁰ del Consejo de Seguridad Nacional de la XII Legislatura Democrática, reunido el 20 de enero de 2017, en el palacio de La Moncloa bajo la presidencia del jefe del Ejecutivo.

Este órgano, entre sus funciones, potenciará la coordinación, colaboración y cooperación entre las administraciones públicas relacionadas con la seguridad energética,³¹ así como facilitará al Consejo la toma de decisiones en materia energética a través del análisis, así como estudios-propuestas de vinculación nacional e internacional.

La composición, todavía no establecida, del Comité dibujará el amplio organigrama orgánico en materia de energía. En cumplimiento de sus funciones, dicho comité será a su vez apoyado por el DSN como Secretaría Técnica y órgano permanente.

³⁰ En esta sesión, por primera vez han asistido todos los miembros del Gobierno, “con el ánimo de comenzar este periodo con un impulso integrador y cohesionado de la política de Seguridad Nacional” (*La Razón*, 2017).

³¹ También podrán participar en estas sesiones otros expertos importantes del sector privado cuya aportación se considere lo suficientemente relevante.

COMITÉ ESPECIALIZADO DE SITUACIÓN

Tras el cambio de escenario que supuso el 11 de septiembre de 2001, la seguridad mundial se dibujó con la necesidad de proteger ciertos objetivos esenciales que implicaban afectación de la vida, la salud y el bienestar de la ciudadanía y de los propios Estados. La afectación de la seguridad nacional por parte de “multitud de desafíos” es una idea recurrente al mencionar la proyección del Estado actual en plena globalización.

Al enfrentarse en concebir su protección, los Estados destacan como prioridad estratégica, infraestructuras que potencialmente demuestran una vulnerabilidad, no solo en la seguridad física, sino también en la seguridad tecnológica y comunicativa. España en cuanto al Sistema de Protección de Infraestructuras Críticas “es uno de los más avanzados”.³² En esta línea de refuerzo del Sistema de Seguridad Nacional, y en concreto para apuntalar al Consejo de Seguridad Nacional, se fundamenta la creación del Comité Especializado de Situación.

La legislación establece que este comité es un órgano colegiado de apoyo al Consejo de Seguridad Nacional en su condición de Comisión Delegada del Gobierno para la Seguridad Nacional, en cumplimiento de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. En sesión, del 5 de diciembre de 2013, el Consejo acuerda su creación en un acto celebrado en el marco Gamma Daimiel 2015³³ bajo la Presidencia del ministro del

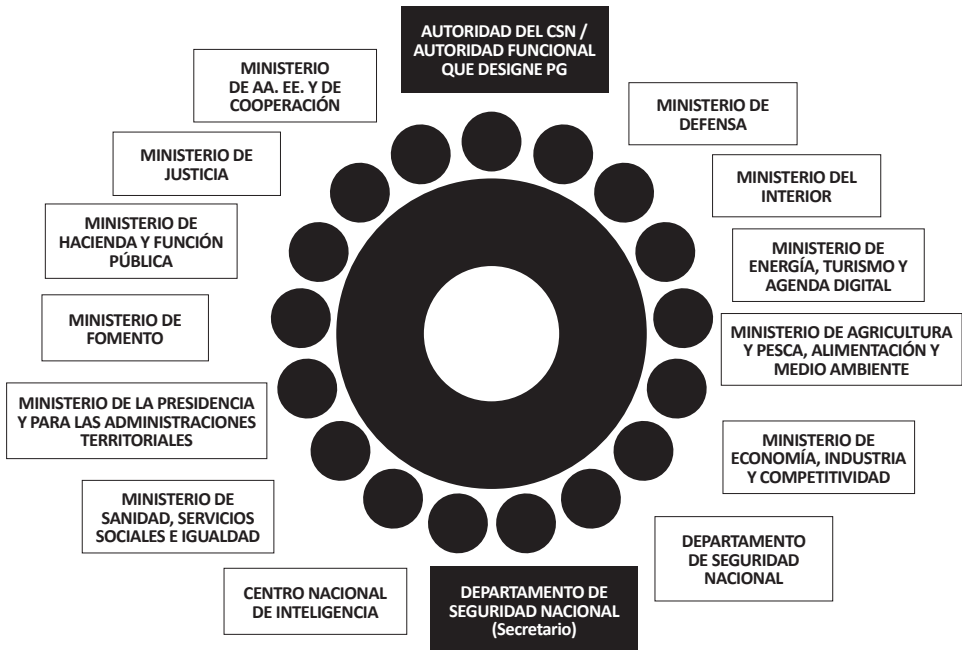
³² En el marco de los cursos avanzados de verano de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, celebrados en el Palacio de la Magdalena en Santander en el verano de 2014, en su intervención Fernández Díaz, ministro de Interior, destaca a España como uno de los países más avanzados del mundo en este sistema y puntualiza como “un elemento puntero de nuestra seguridad que ha asumido la responsabilidad de desarrollar medidas preventivas y reactivas ante incidencias de seguridad” (Gobierno de España, La Moncloa, 2014).

³³ Gamma Daimiel 2015 es un simulacro organizado por la Unidad Militar de Emergencias (UME) para entrenar los mecanismos de gestión de crisis dentro del Sistema de Seguridad Nacional, en el que se practica un escenario de emergencia de nivel 3 (interés nacional). “El escenario planteado es un incidente grave en un supuesto complejo químico en las proximidades de la localidad de Daimiel (Ciudad Real), que daría lugar a

Interior, Jorge Fernández Díaz. El Comité tiene definido legalmente su carácter único para la totalidad del Sistema de Seguridad Nacional, del mismo modo que tiene designada su gestión según directrices político-estratégicas que proyecta el propio Consejo en las diferentes casuísticas de crisis que puedan darse o en las consideraciones de intervención, si es oportuna.

Su composición refleja las responsabilidades que tienen los departamentos, los organismos y las agencias de las administraciones públicas en materia de gestión de crisis. Es recurrente en todos los comités que dependen del Consejo de Seguridad Nacional la posibilidad optativa de participación de expertos en materias ajustadas a las necesidades del momento. Es presidido por la vicepresidenta del Gobierno en su caso actual (figura 7).

numerosas víctimas y a importantes daños en viviendas, infraestructuras y servicios esenciales. Además, el efecto medioambiental que ocasionaría el vertido de hidrocarburos y la nube tóxica en los alrededores supondría un grave problema” (Vigilantes de Seguridad Privada de España, 2015).



Fuente: Gobierno de España, La Moncloa (2014).

FIGURA 7. COMPOSICIÓN DEL COMITÉ ESPECIALIZADO DE SITUACIÓN.

El Comité Especializado de Situación, el Centro Nacional de Inteligencia y la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia, son los únicos que tienen la competencia directiva en la vicepresidencia del Gobierno, a diferencia del Consejo de Seguridad Nacional y sus otros comités o la propia Dirección del Gabinete de la Presidencia que orgánicamente dependen del presidente del Ejecutivo.

La Secretaría del Comité corresponde al DSN, cuya competencia es el apoyo al desarrollo de sus competencias, La Moncloa establece el Centro de Situación del DSN.

La convocatoria por parte del presidente se dará en todas aquellas situaciones en que se vea afectada la seguridad nacional atendiendo a la transversalidad de sus efectos. Y en esta misma línea, y según la normativa

vigente, en los supuestos de alteración de la normalidad sin que se vean afectadas las competencias propias del sector público.

Su prioridad fundamental es el apoyo al Consejo de Seguridad Nacional en su competencia directiva y de coordinación en todas aquellas actuaciones de gestión de situaciones de crisis. Es importante destacar su responsabilidad de refuerzo para permitir una respuesta integral y anticipatoria en diligencias de coordinación con todas las autoridades responsables de administraciones públicas implicadas en una gestión de crisis.

CONFIGURACIÓN DE ÓRGANOS EN MATERIA DE SEGURIDAD

La organización del Estado en materia de seguridad nacional se prioriza con la adopción del Sistema de Seguridad Nacional como eje vertebrador, que se apuntala con la ejecución plena del Consejo de Seguridad Nacional. A esta fórmula orgánica y competencial de base jurídica, se entrelaza un entramado de apoyo a través de las directrices orgánicas de la Secretaría del Estado de Seguridad en la estructura básica del Ministerio del Interior. El Gobierno mediante la ejecución reglamentaria fortalece la configuración de esta nueva estructura de la Administración general del Estado en el ámbito de la seguridad integral.

CENTRO DE INTELIGENCIA CONTRA EL TERRORISMO Y EL CRIMEN ORGANIZADO

El Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO),³⁴ con nivel orgánico de subdirección general dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad, “impulsará y coordinará la integración y valoración de cuantas informaciones y análisis operativos dispongan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia de terrorismo,

³⁴ España ha seguido el modelo de otros países a la hora de impulsar la creación del Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado, como la Serious Organised Crime Agency (SOCA) en el Reino Unido, creada en abril de 2006, o el Criminal Intelligence Service (CSIC) de Canadá.

crimen organizado y radicalismo violento, para la elaboración de inteligencia criminal estratégica, el establecimiento de criterios de actuación y coordinación operativa entre organismos concurrentes, y el diseño de estrategias globales de lucha contra estos fenómenos”, según dicta las “Disposiciones generales” establecidas del Real Decreto 873/2014, de 10 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

El CITCO³⁵ nace de la fusión del Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO) y el Centro Nacional de Coordinación Antiterrorista (CNCA).³⁶ Ambos órganos suprimidos en la disposición adicional primera del Real Decreto 873/2014, de 10 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior. La vinculación entre terrorismo y crimen organizado es un hecho objetivo. Ambos organismos tienen como misión recibir, integrar y analizar la información estratégica disponible en sus respectivos campos que permita planificar las respuestas a las amenazas que el terrorismo y el crimen organizado plantean a la sociedad española.

Para una mejor eficiencia y eficacia en el intercambio de información entre organismos altamente especializados encargados de analizar con minuciosidad la amenaza terrorista y la relacionada con el crimen organizado y el extremismo violento, se considera pertinente y necesario la creación de un nuevo órgano, el CITCO,³⁷ que asuma las responsabilida-

³⁵ En relación con su composición, se destaca que está formado por hombres y mujeres de la Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía, CNI e instituciones penitenciarias.

³⁶ El CNCA fue creado por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de mayo de 2004, pasó a depender del Secretario de Estado de Seguridad, “con el doble objetivo de reforzar sus tareas de coordinación y optimizar al máximo la utilización de la información que este Centro recaba y procesa”, de acuerdo con las disposiciones generales del Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero.

³⁷ De acuerdo con la redacción de la Sala de Prensa del Ministerio del Interior con fecha 27 de enero de 2015, en relación con el acto de toma de posesión del nuevo director del

des del CICO³⁸ y el CNCA, respectivamente. Es importante resaltar que el papel más importante frente a estas amenazas está en manos de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

El CITCO es un claro ejemplo en el que se observa, una vez más, la compleja actualidad que obliga a la Administración pública a impulsar iniciativas que persigan la optimización de recursos y servicios, persiguiendo de igual forma la eficiencia de medios y el ahorro económico a través de la supresión de duplicidades administrativas, la colaboración entre administraciones y la gestión de servicios y medios comunes.

DIRECCIÓN GENERAL DE APOYO A VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

Tras la herida abierta del terrorismo a la sociedad democrática española con innumerables víctimas, el Estado persigue, en última instancia, la reparación integral de la víctima, impulsado por los principios de memoria, dignidad, justicia y verdad. La Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo,³⁹ es un signo de visibilización, de respeto y de solidaridad hacia las víctimas

CITCO, el señor José Luis Olivera, el ministro de Interior, Jorge Fernández Díaz, ha destacado textualmente que el CITCO ha sido designado punto focal tanto a nivel nacional como internacional en cuantas acciones e iniciativas se realizan para la coordinación y representación de España sobre el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros.

³⁸ Al CICO le correspondía “la elaboración de la inteligencia estratégica en la lucha contra todo tipo de delincuencia organizada, así como, en su caso, el establecimiento de criterios de coordinación operativa de los servicios actuantes en los supuestos de coincidencia o concurrencia en las investigaciones” (Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, art. 2 c).

³⁹ El desarrollo reglamentario de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre en su artículo 67 establece que, en el plazo de un año a la entrada en vigor de este reglamento, el Ministerio del Interior, en colaboración con las asociaciones más importantes de víctimas del terrorismo, redactará un borrador de carta europea de derechos de las víctimas del terrorismo, que será presentado a la Comisión Europea, con el fin de que sirva como base para el estudio y la aprobación definitiva de dicha carta por parte del Consejo tras considerar la UE que España podía liderar la elaboración de dicho borrador por la experiencia que tiene en este sentido. El borrador fue presentado por Jorge Fernández Díaz, ministro español del Interior, el 4 de diciembre de 2015 a la UE (Lázaro, 2015).

y sus familiares, que merecen un apoyo integral por parte de los poderes públicos y de la sociedad.

El objetivo potencial del terror es siempre destruir al Estado, su esencia y a sus instituciones, cosificar a las personas a las que pretende privar de su humanidad intentando, en última instancia, perturbar la convivencia en paz y en libertad de la propia sociedad en sí. Las víctimas del terrorismo son “una referencia ética para nuestro sistema democrático. Simbolizan la defensa de la libertad y del Estado de Derecho frente a la amenaza terrorista” (Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo). Los poderes públicos velarán por la dignificación de las víctimas y la protección de sus derechos.

Ante este cumplimiento, el Estado crea la Dirección General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo⁴⁰ como órgano dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad en la estructura básica del Ministerio del Interior. Sus competencias vienen determinadas y corresponden “en materia de atención y apoyo a las víctimas del terrorismo, las relacionadas con la protección integral y la necesaria colaboración con las distintas ad-

⁴⁰ La propia Ley 29/2011, de 22 de septiembre establece en su artículo 57 la constitución por parte del Gobierno del Centro Nacional para la Memoria de las Víctimas del Terrorismo, que tendrá como objetivo preservar y difundir los valores democráticos y éticos que encarnan las víctimas del terrorismo, construir la memoria colectiva de las víctimas y la concienciación del resto de la población en la defensa de la libertad y de los derechos humanos frente al terrorismo. Tiene su sede en la Comunidad Autónoma del País Vasco. El 24 de julio de 2015, con un acuerdo el Consejo de Ministros autorizaba al Ministerio del Interior la constitución de la Fundación Centro para la Memoria de las Víctimas del Terrorismo más conocida como Centro Memorial y se aprobaron sus estatutos. Se estableció que fuese una fundación con un órgano de gobierno, colegial, formado por representantes del Gobierno Central, de las Comunidades Autónomas, las Cortes Generales, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y de las víctimas del terrorismo. La composición es un reflejo del consenso político y social que había contado dicho proyecto desde sus inicios. Su Majestad el Rey es el presidente de honor, cuyo patronato está presidido por el presidente del Gobierno. El 27 de noviembre, en un acto solemne al Palacio de la Zarzuela presidido por S. M. el Rey se celebró la primera reunión del Patronato (Fundación Centro para la Memoria de las Víctimas del Terrorismo Vitoria-Gasteiz, 2016).

ministraciones públicas. Le corresponden, asimismo, las actividades de información y atención al ciudadano sobre las distintas competencias del Ministerio del Interior” cuya indicación se establece en el artículo 12 del Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

COMISIÓN DE VIGILANCIA DE ACTIVIDADES DE FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

Terminar con la financiación del terrorismo es una cuestión decisiva para la eficacia de esta lucha contra estas amenazas a la paz y a la seguridad internacional.⁴¹ La entonces presidenta del Parlamento Europeo, señora Nicole Fontaine en su discurso (Discurso de la Presidenta del Parlamento Europeo, Sra. Nicole Fontaine pronunciado ante el Consejo Europeo 15 y 16 de junio de 2001 en Gotemburgo) requirió de forma expresa a los Estados miembros que firmasen y ratificasen con celeridad el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999 y abierta a la firma el 10 de enero de 2000. Entrada en vigor: 10 de abril de 2002 según el artículo 26 (1) de las Naciones Unidas para evitar el terrorismo a través de la detención y eliminación de sus fuentes de financiación a la hora de impulsar la tipificación penal de dicha financiación terrorista.

España, como consecuencia del cumplimiento de estas principales directrices tras el acuerdo internacional y ante el objetivo común de prevenir y reprimir los actos terroristas, cuyo aspecto fundamental es el cierre de su financiación, legisla la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y

⁴¹ Así denomina los actos del terrorismo la Resolución 1373 (2001) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385.ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001 al caracterizarlos como amenazas a la paz y la seguridad internacional. Al Consejo de Seguridad le recae la competencia de tomar decisiones colectivas contempladas en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Las medidas que adopte dicho consejo en tales circunstancias son vinculantes para todos los miembros de las Naciones Unidas en cumplimiento de los artículos 25 y 48 de la Carta.

bloqueo de la financiación del terrorismo.⁴² Con la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo se procede a la unificación de los regímenes de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, acabando al fin con la dispersión que existía.

Para prevenir estas actividades de financiación, e impedir su uso en el sistema financiero en una economía globalizada, el objetivo de esta norma es el bloqueo de cualquier tipo de flujo para utilizar los fondos en la consecución de los actos terroristas, detectando y combatiendo los canales utilizados por estos grupos, ver la naturaleza de dichos fondos, su procedencia, sus movimientos y la identificación de los titulares de estos movimientos económicos.

Esta vía de bloquear y examinar esta tipología de operaciones susceptibles de ser usadas para finalidad terrorista, se otorga a un órgano colegiado de carácter interministerial, altamente especializado denominado Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo (CVAFT) y con la consideración según establece la ley de “su naturaleza de medida preventiva carente de valor sancionador, dado que no se articula para sentar un juicio de culpabilidad” (véase Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, art. 3).

⁴² Según establece la disposición final 1.1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril. Esta ley solucionó la disfuncionalidad entre la Ley 12/2003, de 21 de mayo y la Ley 12/2003, de 21 de mayo, por cuanto esta última reproducía obligaciones de la primera. Argumentos extraídos del Real Decreto 413/2015, de 29 de mayo.

La CVAFT⁴³ es un órgano colegiado⁴⁴ adscrito al Ministerio del Interior. Sus miembros serán nombrados por un periodo de dos años. Es presidida por el secretario de Estado de Seguridad e integrada por las siguientes vocales:

- Un miembro del Ministerio Fiscal, designado por el fiscal general del Estado.
- Un representante de los ministerios de Justicia, del Interior, de Hacienda y administraciones públicas, y de Economía y Competitividad, designados por los responsables máximos de los departamentos correspondientes.

Además, formarán parte:

- El director del CITCO, en su condición de secretario que tendrá voz pero sin voto y que será el encargado de dirigir la unidad orgánica que desempeñe la Secretaría de la CVAFT.⁴⁵
- El director del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (Sepblac) que asistirá a las reuniones con voz pero sin voto.
- Expertos independientes, con voz pero sin voto, cuando el presidente lo considere necesario a los fines respectivos de su asesoramiento específico.

⁴³ La Ley 12/2003, de 21 de mayo habilita al Gobierno para aprobar disposiciones reglamentarias necesarias para su ejecución y desarrollo, en concreto en materia de funcionamiento y régimen jurídico de adopción de acuerdos por parte de dicha comisión. El Real Decreto 413/2015, de 29 de mayo viene a dar cumplimiento a tal habilitación y se presenta como instrumento para cumplir los compromisos adquiridos por el Estado español en el ámbito internacional en esta materia, en relación con el intercambio de información y la cooperación sobre delitos del terrorismo.

⁴⁴ En cumplimiento del artículo 2 del Real Decreto 413/2015, de 29 de mayo, que define la composición y funcionamiento de la CVAFT según lo establecido en el artículo 9 de la Ley 12/2003, de 21 de mayo, modificada por el artículo 9 de la Ley 10/2010, de 28 de abril.

⁴⁵ Véase sus competencias en Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, art. 3.

Son funciones de la CVAFT la adopción del acuerdo de bloqueo según los preceptos establecidos en el artículo 2 de la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo; recibir informes de inteligencia financiera que le sean emitidos por la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias;⁴⁶ tramitar las propuestas de resolución al ministro del Interior a instancia de la instrucción por parte de la Secretaría de la Comisión; autorizar cualquier liberalización de recursos económicos bloqueados según el artículo 13 del reglamento; y por último, auxiliar a los órganos jurisdiccionales penales y del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las competencias que le son propias (Real Decreto 413/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, art. 5).

El 29 de febrero de 2016, presidido por el secretario de Estado de Seguridad, Francisco Martínez, en la sede del DSN, se dio lugar la primera reunión de la CVAFT, convocada tras la entrada en vigor del Real Decreto 413/2015, de 29 de mayo.

COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES E INFRACCIONES MONETARIAS

Según el Grupo de Acción Financiera (FATF-GAFI, 2014),⁴⁷ “operan grupos de delincuencia organizada, formados por delincuentes españoles y extranjeros. España es punto de tránsito del tráfico ilícito internacional de drogas que entran en Europa desde el Norte de África y Sudamérica, y

⁴⁶ La CVAFT actuará en conexión con los órganos de prevención del blanqueo de capitales, como el Comité de Inteligencia Financiera, el Comité Permanente y la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias. “De esta forma, se refuerza todo el sistema preventivo de lucha contra la financiación del terrorismo [...] haciendo especial hincapié en las listas internacionales de personas, entidades y grupos terroristas” (*Defensa.com*, 2018).

⁴⁷ Según se establece en este informe se resume las medidas de prevención del blanqueo de capitales (PBC) y de la financiación del terrorismo (FT) que existe en España en la fecha de la visita del 21 de abril al 7 de mayo de 2014. En él se analizan el cumplimiento de las 40 recomendaciones del GAFI, su eficacia y recomendaciones para fortalecer el sistema español (Grupo de Acción Financiera [FATF-GAFI], 2014).

sigue siendo un punto logístico para los grupos de delincuencia organizada de África, América Latina y la antigua Unión Soviética, aunque los delitos de tráfico de drogas y las incautaciones oficiales se han reducido ligeramente en los últimos años” (p. 5). En relación con las principales fuentes de ingresos de las organizaciones criminales, tenemos que destacar los delitos de tráfico de drogas, la delincuencia organizada, los delitos fiscales y aduaneros, la falsificación de moneda y la trata de seres humanos, tal como especifica el FATF-GAFI.

En relación con los métodos de blanqueo de capitales más importantes, podemos destacar “la compraventa de bienes inmuebles; la utilización de complejos entramados de sociedades e instrumentos jurídicos [...]; la explotación del sector de gestoras de transferencias; y el uso de correos para transporte de efectivo” (FATF-GAFI, 2014, p. 5).

La legislación española, en este ámbito, es un compendio entre medidas de la UE para poder desarrollar lo previsto en las normas que establece el FATF-GAFI. Es necesario no olvidar que la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión tiene la finalidad de ejecutar la versión revisada de 2012 de estas normas, pero todavía se encuentra en fase de borrador y no han podido ser adoptadas.

La situación geográfica de la nación española favorece, con los enclaves de Ceuta y Melilla en el norte de África, al riesgo de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo, tal como hemos descrito, a través del movimiento ilícito de efectivo a lo largo de las fronteras españolas. Se puede concretar con severidad que “el volumen de movimientos de efectivo asociados a operaciones transfronterizas y a la economía sumergida a través de las fronteras españolas con Marruecos en Ceuta y Melilla presenta un riesgo elevado de camuflaje de flujos de efectivo asociados con

el tráfico de drogas, el fraude fiscal y aduanero, la falsificación y la trata de seres humanos” (Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015).

No solo la situación geográfica, sino, también la situación económica de España influyen en los riesgos de blanqueo de capitales. Esta recesión ha ejercido presión sobre la situación fiscal española (con un incremento de la tributación) y ha permitido un nivel de desempleo elevado, persistente y poco fluctuante. Añadimos también la economía sumergida,⁴⁸ que según los especialistas incide en una parte muy considerable de la actividad económica. Todos estos factores significativos inciden en un elevado delito fiscal, como puede ser el fraude del IVA, entre otros. Son un problema muy importante que demuestra su elevada magnitud con los casos detectados en este ámbito.

La crisis financiera internacional de 2008 afectó de lleno los ingresos y la rentabilidad del sector bancario, el cual sufrió un proceso de reestructuración de acuerdo con su viabilidad, a través de fusiones o adquisición por parte de bancos privados. Estas reestructuraciones permitieron que los sistemas de control y la falta de conocimiento de los riesgos por parte de las entidades de crédito adquiridas fueran más laxos y afectaran también el blanqueo de capitales.

En otro orden de factores, los activos inmobiliarios que disminuyeron tras la crisis obligaron al Gobierno a introducir la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito que favorece segregar los activos tóxicos de las entidades bancarias que necesitan ayuda del Estado, con el fin de darlos de baja de sus balances. La Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb) conlle-

⁴⁸ Según el Círculo de Empresarios, a cierre de 2015, la economía sumergida en España representa un 18,2 % del PIB, es decir, EUR 189 491 millones. Estas cifras son la clara manifestación del problema estructural que padece las arcas españolas en la capacidad recaudatoria de los impuestos. Fuente periodística (Viaña, 2016).

va riesgos inherentes de blanqueo que deberán subsanarse en la gestión de la venta de los inmuebles.

El FATF-GAFI (2014) puntualiza que en 2009 “las autoridades españolas identificaron operaciones de blanqueo de dinero a gran escala a través de gestoras de transferencias por parte de personas vinculadas a organizaciones criminales, con agentes cómplices de las gestoras” (p. 29). Concreta que se blanquearon más de 600 millones de euros por este medio.

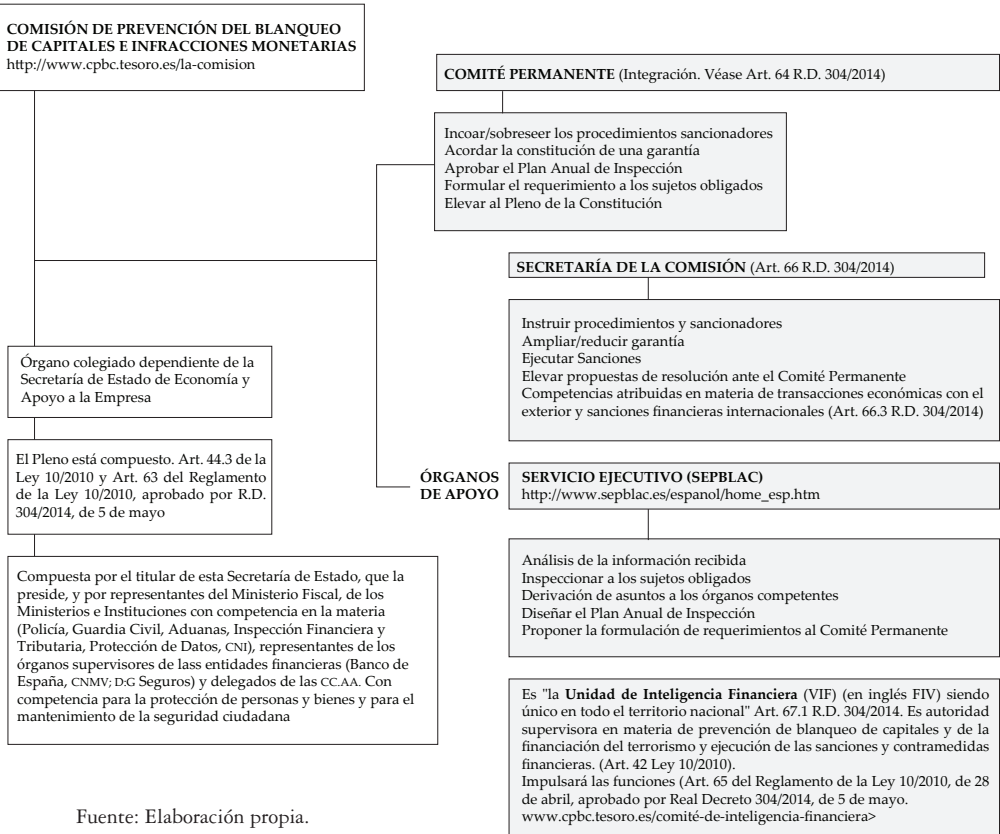
Y como último factor, es importante la lucha contra la corrupción a través de las investigaciones de actividad delictiva que practican las Brigadas de Policía Judicial u otras unidades especializadas que se han creado a tal efecto. España dispone de una fiscalía especial contra la corrupción que tiene responsabilidad sobre estos delitos. Es bien conocido por lo notorio de los casos en los medios de comunicación los casos de corrupción⁴⁹ relacionados con la planificación urbanística y la promoción inmobiliaria que ha supuesto la condena de políticos del sector municipal o el caso más significativo que ha afectado hasta la Monarquía española, el caso Nóos.⁵⁰

Frente a este contexto delictivo, el Gobierno crea la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias para dar impulso y coordinación de la ejecución de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, dependiente de la Secretaría de Estado de Economía. Esta comisión (Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo) es el órgano colegiado dependiente de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa y competente para la determinación de las políticas nacionales de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, y ejercerá las funciones que le

⁴⁹ Los casos de corrupción más significativos son caso Bankia, Bárcenas, CAM, Gürtel, ITV, Mercurio, Palau, Pretoria, entre otros muchos por destacar.

⁵⁰ El caso Nóos se basa en la trama de desvío de fondos públicos protagonizado por Iñaki Urdangarín, esposo de la Infanta Cristina de Borbón, su esposa y resto de acusados. La Audiencia Provincial de Palma notificó el fallo judicial, a los 17 acusados, que se dio a conocer el día 17 de febrero de 2017; en cualquier caso, no es definitivo y se podrá recurrir ante el Tribunal Supremo.

atribuye el artículo 44.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril. Sus funciones, entre las más destacadas, serán dirigir e impulsar las actividades preventivas del uso del sistema financiero u otros sectores con actividad económica para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, así como la prevención de las infracciones administrativas de la normativa en relación con las transacciones económicas con el exterior. Y la colaboración con las fuerzas y cuerpos de seguridad, en la coordinación e investigación con otros órganos de la Administración que tengan atribuidas responsabilidades en las materias que se señalan en el artículo 44 de la referenciada ley. Como órganos de apoyo para realizar su cometido, la Comisión tendrá la colaboración de la Secretaría y del Servicio Ejecutivo de esta (figura 8).



Fuente: Elaboración propia.

FIGURA 8. COMITÉ DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS E INFRACCIONES MONETARIAS.

COMISIÓN INTERMINISTERIAL DE ASILO Y REFUGIO

España ha vivido en estos últimos años inmersa en esta crisis migratoria como país miembro de la UE, pero resaltando también la inmigración que entra por las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

El derecho de asilo en España es un derecho fundamental de la Constitución desarrollado en el artículo 13.4. En 1978, España firmó la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967. Por el mandato constitucional, se aprobó la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Esta norma fue modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Posteriormente, se promulgó la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria,⁵¹ que entró en vigor el 20 de noviembre de 2009.⁵²

Esta norma, en su artículo 23.2, establece como uno de los órganos competentes⁵³ para la instrucción la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR) como órgano colegiado adscrito al Ministerio del Interior, formado por un representante de cada uno de los departamentos

⁵¹ Su artículo 40 es modificado en la Disposición final tercera la Ley 2/2014, de 25 de marzo.

⁵² La referenciada norma incorporó la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar; la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; y la Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. “La demora en la transposición de la segunda mencionada, motivó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea condenara a España. En STJUE de 9 de julio de 2009” (citado por Defensor del Pueblo, 2016, p. 25).

⁵³ La Oficina de Asilo y Refugio, dependiente del Ministerio de Interior, es otro de los órganos competentes para la instrucción de solicitudes de protección internacional.

con responsabilidad en política exterior e interior, justicia, inmigración, acogida de los solicitantes de asilo e igualdad.

La CIAR no cuenta con un reglamento de funcionamiento específico. Acoge sus preceptos sobre el funcionamiento de los órganos colegiados por la Disposición derogatoria única 2.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Es necesario puntualizar que desde 2009 se está pendiente de la aprobación reglamentaria reguladora del derecho de asilo que ha sido reiterada en diversas ocasiones, pero que el Partido Popular (PP) ha señalado su interés en su publicación en 2017.⁵⁴ El Defensor del Pueblo recuerda que,

si bien la regulación que contiene la Ley de Asilo acerca de la CIAR es escasa y remite su funcionamiento al desarrollo reglamentario, a la Comisión le resulta de aplicación lo establecido en su Disposición Adicional Tercera que establece que la Administración General del Estado velará por que los empleados públicos y demás personas que se ocupen de los solicitantes de protección internacional, refugiados y personas beneficiarias de protección subsidiaria, dispongan de la formación adecuada (2016, p. 45)

Ante estas carencias reglamentarias, España incumple su propia ley de asilo al no dotarla de un reglamento después de su entrada en vigor hace ocho años aproximadamente. El desarrollo reglamentario es lo que permite que una ley sea efectiva y que una parte de la norma no se cumpla.

⁵⁴ A finales de 2016, el Ejecutivo, en la voz del ministro del Interior, Juan Ignacio Zoido, afirma, en el Pleno del Congreso, que “el Reglamento estará listo en el próximo mes de enero porque ya se están ultimando los trabajos”, como respuesta a la interpelación urgente planteada por el diputado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, Miguel Ángel Bustamante, para que diese evento de la política de asilo del Gobierno en general y de su respuesta a la crisis humanitaria que padece la UE en particular.

CONCLUSIÓN

En España, la Política de Seguridad Nacional se perfila como una política pública de Estado que implica a todas las administraciones y a la sociedad en general. La seguridad nacional es, por tanto, un proyecto que tiene como marco regulador la *Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido* (Gobierno de España, 2013) y la novedosa *Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido de todos y para todos* (Gobierno de España, 2017), que establecen una dimensión orgánica a través del Sistema de Seguridad Nacional.

La noción estratégica de seguridad nacional va más allá de una novación de la arquitectura securitaria de un estado y de establecer marcos competenciales; en realidad, se concibe como la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de la población, a garantizar la defensa de España, sus principios y valores constitucionales, así como a participar con nuestros aliados de la seguridad internacional en el beneplácito de los compromisos establecidos.

Este proyecto de seguridad integral, en el cual la sociedad tiene que participar a la misma altura de miras que las administraciones públicas, no permite que la seguridad sea una parcelación política de estandarte de unos determinados partidos que gobiernan, ni tampoco un pretexto de control competencial ante el auge nacionalista que existe en este momento en Cataluña. Es mucho más que eso, a mi entender. La seguridad es un eje vertebrador de la sociedad, que, junto con la democracia y la libertad, representan los pilares fundamentales de construcción de la sociedad del futuro. Sin ellos, los Estados se presentarán fallidos, debido al fracaso de su proyecto vital como Estado.

Frente a las multifacéticas amenazas a las que nos enfrentamos en la actualidad, el Estado va en avanzada. Por un lado, mediante la política organiza la sociedad y, por otro lado, con aplicación del derecho la regula. El protagonismo del Estado no es solo sobrevivir y resistir frente a esta tesitura compleja, sino demostrar la capacidad y el aprendizaje para mantener la

resiliencia en las instituciones y en la sociedad. La sensación de inseguridad tan apoderada en el ADN de las personas ha venido para quedarse. La crisis que estamos atravesando en la actualidad es una clara manifestación de la pérdida de confianza de la capacidad del Estado para marcar un rumbo que nos haga salir adelante.

Este divorcio entre poder y política que genera una parálisis mina la confianza de la ciudadanía, eso nos manifestaba el profesor Zygmunt Bauman, recientemente fallecido; si la crisis la afianzamos como una oportunidad de librarnos de la realidad que nos oprime, tendremos la oportunidad de cambiar y dejar de lado este estado de crisis en el cual generamos estructuras dúctiles de poder y legislamos aplicando soluciones del siglo XX a problemas del siglo XXI. En esta nueva dimensión como sociedad occidental, seremos capaces de enfrentarnos a las transformaciones profundas venideras y reafirmarnos como sociedad en los valores de la paz, de la democracia, de los derechos humanos y de la libertad.

REFERENCIAS

- Alcázar Segura, A. (2010). El planeamiento de la defensa. *Ejército: de tierra español*, 833, 82-87.
- Arteaga Martín, F. (2011). *Propuesta para la implantación de una Estrategia de Seguridad Nacional en España (DT)*. Madrid, España: Real Instituto Elcano.
- Arteaga Martín, F. y Fojón Lagoa, E. (2007). *El planeamiento de la política de defensa y seguridad en España*. Madrid, España: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado.
- Fundación Centro para la Memoria de las Víctimas del Terrorismo Vitoria-Gasteiz. (2016). Balance del terrorismo en España 2015. *Cuadernos del Centro para la Memoria de las Víctimas del Terrorismo*, 1. Recuperado de <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/ayudas-y-subvenciones/a-victimas-de-actos-terroristas/cuadernos-del-centro-memorial-de-las-victimas-del-terrorismo>
- Comunidades Europeas. (2009). *Estrategia Europea de Seguridad: Una Europa Segura en un Mundo Mejor*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

- Consejo de Estado: Dictámenes Número de expediente: 405/2015 (Presidencia).
- Constitución Española. BOE núm. 311, Publicada el 29 de diciembre de 1978. Referencia: BOE-A-1978-31229.
- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999 y abierta a la firma el 10 de enero de 2000. Entrada en vigor: 10 de abril de 2002 de conformidad con el artículo 26 (1).
- Defensa.com* (2018, octubre 3). Primera reunión en España de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo. Recuperado de <https://www.defensa.com/print/primera-reunion-espana-comision-vigilancia-actividades>
- Defensor del Pueblo. (2016). *Estudio sobre el asilo en España: la protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. Madrid: Autor.
- Dictamen de Consejo de Estado nº 214/1992 de 21 de mayo de 1992.
- Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar.
- Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.
- Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.
- Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.
- Discurso de la Presidenta del Parlamento Europeo, Sra. Nicole Fontaine pronunciado ante el Consejo Europeo 15 y 16 de junio de 2001 en Gotemburgo. Recuperado de http://www.europarl.europa.eu/summits/pdf/got-pres_es.pdf

- El País*. (2013, julio 11). Nace el Consejo de Seguridad Nacional presidido por el Rey. Recuperado de https://elpais.com/politica/2013/07/11/actualidad/1373527931_448816.html
- El País*. (2014, febrero 14). El Gobierno constituye el Consejo de Ciberseguridad Nacional. Recuperado de https://elpais.com/politica/2014/02/14/actualidad/1392367698_347430.html
- Fondo Monetario Internacional. (2003). *Manual para la redacción de leyes de represión del financiamiento del terrorismo*. Washington, D. C.: Autor. Recuperado de <https://www.imf.org/external/pubs/ft/SFTH/esl/pdf/SFTHs.pdf>
- Fuente Cobo, I. (2017). Las migraciones en el espacio euromediterráneo: los escenarios posibles. *bie3: Boletín I.E.E.E.*, 6, 250-268.
- Gálvez, J. J. (2017, agosto 17). Cataluña, ‘punto caliente’ de las actuaciones policiales contra el terrorismo islámico. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/politica/2017/08/17/actualidad/1502999515_666742.html
- García Pérez, R. (2014). La proyección internacional de las Comunidades Autónomas en la Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (LAESE): autonomía territorial y unidad de acción de la política exterior. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 27, 4-30. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4738937>
- Gobierno de España. (2011). *Estrategia Española de Seguridad: una responsabilidad de todos*. Madrid: Autor.
- Gobierno de España. (2013). *Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido*. Madrid: Autor.
- Gobierno de España (2015). *Estrategia de Seguridad Energética Nacional*. Madrid: Autor.
- Gobierno de España. (2017). *Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido de todos y para todos*. Madrid: Autor.
- Gobierno de España, Gabinete de la Presidencia del Gobierno. (s. f.). *Departamento de Seguridad Nacional*. Recuperado de <http://www.dsn.gob.es/es/sistema-seguridad-nacional/departamento-seguridad-nacional>
- Gobierno de España, La Moncloa (2014, julio 17). El ministro del Interior afirma que el Sistema de Protección de Infraestructuras Críticas de España “es uno de los más avanzados del mundo”. Recuperado de <http://www.la-moncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/mir/Paginas/2014/170714i-nteriorinfraestruc.aspx>

- Gobierno de España, Ministerio de Defensa. (s. f.). *Política de Defensa*. Recuperado de <http://www.defensa.gob.es/defensa/politicadefensa/>
- Gobierno de España, Presidencia del Gobierno. (2013). *Estrategia de Ciberseguridad Nacional*. Madrid, España: Autor.
- Gobierno de España, Presidencia del Gobierno. (2015). *Estrategia de Seguridad Energética Nacional*. Madrid, España: Autor.
- González, M. (2014, julio 15). El Gobierno crea un comité interministerial sobre inmigración. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/politica/2014/07/15/actualidad/1405445407_080049.html
- Grupo de Acción Financiera. (2014). *Medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. España: Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua*. París: Grupo de Acción Financiera. Recuperado de http://www.tesoro.es/sites/default/files/informe_eval_mutua_esp2014.pdf
- Guinea, M. (2014). La estrategia de seguridad nacional 2013: una evaluación desde la perspectiva de la pertenencia de España a la Unión Europea. *UNISCI Discussion Papers*, 35, 9-51. Recuperado <http://www.redalyc.org/pdf/767/76731410009.pdf>
- La Razón. (2017, enero 20). El gobierno crea un comité de seguridad energética para reforzar la seguridad nacional. Recuperado de <https://www.larazon.es/espana/el-gobierno-crea-un-comite-de-seguridad-energetica-para-reforzar-la-seguridad-nacional-BC14349118>
- Lázaro, F. (2015, agosto 7). ONU y UE copian la atención a las víctimas del terrorismo en España. *El Mundo*. Recuperado de <http://www.elmundo.es/espana/2015/08/07/55c3b883ca4741f8488b4590.html>
- Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.
- Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.
- Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.
- Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.
- Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
- Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.
- Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.
- Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.
- Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar.
- Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.
- Lonergan, S. (1998). The role of environmental degradation in population displacement. *Environmental Change and Security Project Report*, 4(6), 5-15.
- María Dolores de Cospedal, Ministra de Defensa. (2017). *Revista Española de Defensa*, 30(336), 7-13.
- Orden PRA/116/2017, de 9 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Seguridad Nacional de implementación de los mecanismos para garantizar el funcionamiento integrado del Sistema de Seguridad Nacional.
- Organización Internacional para las Migraciones (2008). *Migración y cambio climático*. Ginebra: Autor.
- Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno.
- Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.
- Real Decreto 1119/2012, de 20 de julio, de modificación del Real Decreto 83/2012, de 13 de enero, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno.
- Real Decreto 385/2013, de 31 de mayo, de modificación del Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno.
- Real Decreto 571/2013, de 26 de julio, de modificación del Real Decreto 83/2012, de 13 de enero, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno.

- Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.
- Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
- Real Decreto 873/2014, de 10 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.
- Real Decreto 413/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo.
- Resolución 1373 (2001) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.
- RTVE.es. (2015, enero 16). “La ley de Seguridad Nacional mejorará la respuesta ante riesgos sin suspender derechos”. Recuperado de <http://www.rtve.es/noticias/20150116/ley-seguridad-nacional-mejorara-respuesta-ante-riesgos-sin-suspender-derechos/1082600.shtml>
- Sentencia En el recurso de inconstitucionalidad núm. 7330/2015 promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra los arts. 4.3; 15.c y 24 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer del Tribunal.
- Viaña, D. (2016, noviembre 29). La economía sumergida en España aún supera el 18% del PIB. *El Mundo*. Recuperado de <http://www.elmundo.es/economia/2016/11/29/583c90d8e2704e04038b4593.html>
- Vigilantes de Seguridad Privada de España. (2015, marzo 12). Se constituye el nuevo Comité de Situación del Consejo de Seguridad Nacional. Recuperado de <https://vigilantesseguridadprivada.wordpress.com/2015/03/12/se-constituye-el-nuevo-comite-de-situacion-del-consejo-de-seguridad-nacional/>



OTROS TÍTULOS
EDITORIAL
UNIVERSIDAD DEL
NORTE

**Transformación de la violencia
y la criminalidad en Colombia**

El caso de las Farc-EP

Janiel David Melamed Visbal

Territorio, conflictos y posconflictos

Mirada interdisciplinar

Diana Rico Revelo y Julián López García
(Compiladores)

**Conflicto armado y transición
hacia el posconflicto**

Una aproximación desde el Caribe

Sergio Latorre Restrepo
(Compilador)

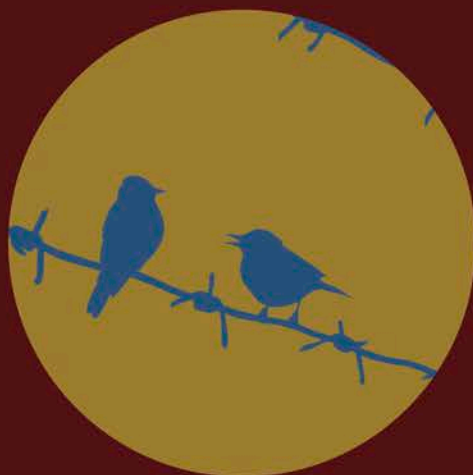
**Instituciones, conflictos sociales
y cambios**

Desarrollo y crisis

Fernando García Giraldo y Alejandro Pérez
y Soto Domínguez
(Compiladores)



Esta obra, editada en Barranquilla por
Editorial Universidad del Norte, se terminó de imprimir
en los talleres de Imageprinting en abril de 2019.
Se compuso en Garamond 3 LT Std y Formata.



Esta obra, producto de la labor desarrollada por el Grupo LSTE (Libertad, Seguridad y Transformaciones del Estado) de la Universidad Autónoma de Barcelona (España), y el Grupo Sociología del Derecho de la Universidad del Norte (Colombia), contiene resultados de investigaciones que abarcan temas de interés global, tales como la comprensión de la seguridad como un derecho humano; privación de la libertad y limitaciones a los derechos fundamentales por actos terroristas; garantías en procesos sobre terrorismo; posibilidades que las tecnologías de la información pueden aportar para lograr la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave; trata de personas y su vinculación con la criminalidad organizada transnacional; blanqueo de capitales vinculado al crimen organizado transnacional, y la vídeo vigilancia como nuevo elemento tecnológico y su utilización en los ámbitos securitarios como instrumento de prevención de la inseguridad ciudadana.