

**EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES
EN EL CONTROL DE LAS MEDIDAS
CONTRA EL TERRORISMO
INTERNACIONAL: ¿HACIA
UN DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL?**

TANIA GROPPI

SUMARIO

1. PREÁMBULO. 2. LAS MEDIDAS CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL ENTRE LOS PODERES LEGISLATIVO Y EJECUTIVO. 3. RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES: MARCO TEÓRICO... 4. ... Y EXPERIENCIA CONCRETA. 4.1. Primeras sentencias después del 11 de septiembre: *inter arma silent leges*? 4.2. El reconocimiento de la justiciabilidad de las cuestiones en la jurisprudencia de los años siguientes. 4.3. Reino Unido. 4.4. Canadá. 4.5. Estados Unidos. 4.6. India, Australia, Nueva Zelanda. 4.7. Alemania, Francia. 5. ¿EXISTE UNA «*JUDICIAL COALITION OF THE WILLING*»?

Fecha recepción: 04.04.2012
Fecha aceptación: 27.12.2012

EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES EN EL CONTROL DE LAS MEDIDAS CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL: ¿HACIA UN DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL?*

TANIA GROPPI

Catedrática de Derecho Público
Universidad de Siena

1. PREÁMBULO

La utilización del Derecho comparado por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales constituye uno de los temas más ampliamente tratados por la doctrina de estos últimos años, en el marco del fenómeno más general de construcción de un «sistema jurídico global»¹.

Tales estudios tienen una larga tradición en el mundo anglosajón², enraizada en la práctica difundida de cita de los precedentes jurisprudenciales extranjeros que caracteriza a los Estados pertenecientes a la *Commonwealth* británica,

* El texto original fue presentado al seminario «État de Droit, Liberté et Sécurité en Europe», organizado por la SIPE, Budapest, 4 a 7 de junio de 2009, «Il Ruolo delle Corti nel controllo delle misure contro il terrorismo internazionale: verso un dialogo giurisprudenziale?». Traducción de Pedro Tenorio. Catedrático de Derecho constitucional, UNED.

¹ En expresión empleada por SLAUGHTER, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004, pp. 65 y ss.

² TRIPATHI, Pradyumna-K, «Foreign Precedents and Constitutional Law», *Columbia Law Review*, 1957, p. 319.

como consecuencia del *common law*³. En particular, la jurisprudencia del Consejo Privado británico ha influido profundamente en el desarrollo jurídico de países como Nueva Zelanda, Australia, India, África del Sur, Hong-Kong, y Canadá (así como otras antiguas colonias de África oriental y meridional, así como en el continente austral y asiático)⁴.

Más recientemente, se ha derivado un impulso renovado de las tendencias opuestas de las que son portadores dos tribunales situados, por motivos distintos, en el centro de la atención mundial. Por una parte, las reticencias manifestadas por la mayoría del Tribunal Supremo de Estados Unidos para citar Derecho extranjero⁵; por otra, la actitud abierta mostrada por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, entre otras cosas como consecuencia de la norma habilitante contenida en aquella Constitución⁶.

Los estudios de este tipo son menos numerosos fuera del área anglosajón⁷. La falta de un elemento catalizador como el Consejo Privado británico y de una lengua común, además de la utilización, en los ordenamientos de *civil law*, de técnicas de motivación menos articuladas han hecho más limitada (y en todo caso menos visible, la circulación de los precedentes jurisprudenciales extranjeros en estos países)⁸. En los últimos años, sin embargo, se asiste también aquí a

³ DROBNIG, Ulrich, y VAN ERP, Sjef, (dirs.), *The Use of Comparative Law by Courts*, Kluwer, The Hague, 1999.

⁴ HARDING, Andrew, «Comparative Case Law in the Commonwealth: The Emerging Common Law of Human Rights», en ÖRÜCÜ, Esin (dir.), *Judicial Comparativism in Human Rights*, United Kingdom National Committee of Comparative Law, Birmingham, 2003, pp. 183 y ss.

⁵ Hagamos referencia a los conocidos casos *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997); *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Roper v. Simmons*, 125 S. Ct. 1183 (2005).

⁶ En este sentido, la Sección 39, *Interpretation of Bill of Rights* de la Constitución de 1996: «(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law» [«(1) Cuando interprete la Declaración de Derechos, cualquier tribunal: a) debe promover los valores que subyacen a una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad; b) debe considerar el Derecho internacional; y c) puede considerar el Derecho extranjero»]. La Sección 35, relativa a la interpretación, de la Constitución provisional de 1993 señalaba: «puede tenerse en cuenta los precedentes de derecho extranjero» («may have regard to comparable foreign case law»).

⁷ Véase en tal sentido LOLLINI, Andrea, «La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extrasistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 453.

⁸ Sobre la presencia, en estos países, de una circulación «subterránea», compuesta de referencias no explícitas a los precedentes extranjeros, v. por ejemplo MARKESINIS, Basil y FEDTKE, Joerg (dir.), *Giudici e diritto straniero*, Bologna, Il Mulino, 2009.

un interés renovado por el tema⁹, debido a varios factores: el debate en curso en el mundo anglosajón; el proceso de integración europea; la tendencia de algunos «nuevos» Tribunales Constitucionales a citar precedentes extranjeros en las propias decisiones¹⁰.

Una de las áreas en las que la circulación de precedentes extranjeros ha demostrado ser más fecunda es la de los derechos fundamentales. Pueden aducirse al respecto varias razones: la universalidad de los derechos humanos, que hace las garantías de los derechos previstas por las Constituciones nacionales más fácilmente comparables que los aspectos institucionales; la influencia del Derecho internacional, incluido el emanado de los tribunales supranacionales que, aunque moviéndose en una dimensión «vertical», desarrolla un importante

⁹ Como demuestra la existencia, en el ámbito de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, desde 2007, de un grupo de trabajo sobre «The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges», dirigido por GROPPI, Tania, Catedrático en la Universidad de Siena, y PONTTHOREAU, Marie-Claire, Catedrático en la Universidad Bordeaux IV Montesquieu.

¹⁰ Véase por ejemplo en la doctrina alemana, las múltiples obras de HÄBERLE, Peter, entre las cuales HÄBERLE, Peter, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlín, 1992, pp. 27 y ss. (en la que se incluye explícitamente la comparación jurídica entre los métodos interpretativos); en la doctrina italiana reenviamos a los muchos estudios de PEGORARO, Lucio, entre los cuales, últimamente, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Bolonia, CLUEB, 2007, también para citas doctrinales, y a la obra dirigida por FERRARI, Giuseppe F., y GAMBARO, Antonio (dir.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Nápoles, ESI, 2006, con ocasión del L Aniversario del Tribunal Constitucional italiano. Más generalmente, acerca de la globalización del Derecho y el papel de los jueces, CASSESE, Sabino, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, y del mismo autor, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009; así como FERRARESE, Maria Rosaria, «When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism», en *Global Jurist*, 2009, Vol. 9, disponible en <http://www.bepress.com/gi/vol9/iss1/art2>. Ha de señalarse que el Presidente emérito del Tribunal Constitucional italiano, ZAGREBELSKY, Gustavo, ha dedicado a este tema el discurso oficial para la celebración de los 50 años del Tribunal: ZAGREBELSKY, Gustavo, «Corti costituzionali e diritti universali», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, pp. 297 y ss., posteriormente vuelto a publicar en, del mismo autor, *Intorno alla legge*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 318 y ss. En la doctrina francesa, v. el estudio de ALARD, Julie y GARAPON, Antoine, *Les juges Dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris, 2005; PONTTHOREAU, Mari-Claire, «Le recours à l'argument de droit compare par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques», en MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 168 y ss.; véase también la intervención de uno de los miembros del Consejo Constitucional: DUTHEILLET DE LAMOTHE, Olivier, *Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel*, ponencia al VI Coloquio mundial de Derecho constitucional, Santiago de Chile, 16 de enero de 2004; véase también MAUS, Didier, *Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des tours constitutionnelles*, ponencia al Congreso mundial sobre la Justicia Constitucional, El Cabo, 22-24 de enero de 2009.

papel propulsivo también para el diálogo «horizontal»; en fin, el hecho de que se trata de un área particularmente golpeada y puesta en peligro por la globalización. Este último argumento cobra un relieve particular si se comparte la perspectiva según la cual la utilización del Derecho comparado por parte de los tribunales se explica esencialmente por la necesidad de reaccionar, por medio de la creación de un frente común, a las fuerzas de la globalización, que de manera creciente coinciden en los espacios decisorios políticos nacionales, vaciando la capacidad de decisión de los mismos y empujándoles a conformarse o adecuarse a estándares globales¹¹.

A partir de estas premisas, las páginas siguientes se orientan a constatar la circulación de los precedentes jurisprudenciales de las decisiones de los tribunales nacionales en materia de lucha contra el terrorismo internacional posteriores a los ataques al *World Trade Center* de 11 de septiembre de 2001: es este un terreno que, al menos en principio, parece particularmente idóneo por tratarse de juicios que se refieren a medidas a menudo bastante similares, frecuentemente aprobadas como consecuencia de una estrecha cooperación intergubernamental, necesaria por el carácter global del fenómeno y, en muchos países no directamente afectados por los ataques terroristas, asumidas bajo el impulso de presiones exógenas, principalmente estadounidenses¹².

El trabajo se articula en tres partes. En la primera se desarrollan algunas consideraciones generales sobre la reacción de las democracias al terrorismo internacional, dirigidas a poner de manifiesto la semejanza de las problemáticas y de las soluciones legislativas. En la segunda se afronta, en el marco de la separación de poderes y de la legitimidad del *judicial review*, el papel de los tribunales en el control de las medidas antiterroristas. En la tercera, en fin, se analizan las principales decisiones judiciales, intentando constatar la efectividad de la existencia de una «*judicial coalition of the willing*»¹³ y la entidad del diálogo jurisprudencial en materia de lucha contra el terrorismo internacional. En conclusión, se señala la presencia de una convergencia de las jurisprudencias que sin

¹¹ BENVENISTI, Eyal, «Reclaiming Democracy: The Strategic Use of Foreign and International Law by National Courts», en *The American Journal of International Law*, 2008, p. 241. Estas consideraciones son retomadas por JACKSON, Vicky, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 130.

¹² BENVENISTI, Eyal, «Reclaiming Democracy», cit., lo sitúa junto a las temáticas ambiental y de derecho de asilo indicando que se trata de un terreno fecundo para la circulación de precedentes.

¹³ Véase DYZENHAUS, David, y THWAITES, Rainer, «Legality and Emergency. The Judiciary in a Time of Terror», en LYNCH, Anrew, MACDONALD, Edwina y WILLIAMS, George (dir.), *Law and Liberty in the War on Terror*, Federation Press, Sidney, 2007, p. 10.

embargo se desarrolla sólo parcialmente a través de la circulación de los precedentes y que no parece que pueda ser calificada como una auténtica «estrategia jurisprudencial» por parte de los tribunales.

2. LAS MEDIDAS CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL ENTRE LOS PODERES LEGISLATIVO Y EJECUTIVO

Los atentados de 11 de septiembre de 2001 y la manera en que han reaccionado contra los mismos las democracias occidentales han planteado nuevos desafíos al Derecho constitucional, impulsando hacia direcciones inexploradas la tradicional reflexión sobre el Derecho constitucional de emergencia.

Se ha hablado, por varios autores, sobre todo en los Estados Unidos, de una verdadera «guerra» al terrorismo, que se ha desarrollado en general sin recurrir a poderes excepcionales, aunque estuvieran previstos por muchos ordenamientos para situaciones de guerra o de emergencia. En el intento de proporcionar una respuesta a las nuevas exigencias planteadas por el territorio «between crime and war» en el que se mueve el terrorismo¹⁴, la legislación de la mayor parte de los países, ha caminado más bien en el sentido de «normalizar la emergencia»¹⁵, introduciendo en el Derecho penal, con carácter permanente¹⁶, instituciones e instrumentos nuevos, orientados esencialmente a la prevención de los delitos y, por tanto, dirigidos no tanto contra los «terroristas», cuanto contra aquellos

¹⁴ MENDES, Errol, «Between Crime and War: Terrorism, Democracy and the Constitution», en *National Journal of Constitutional Law*, 2003, p. 95.

¹⁵ DYZENHAUS, David, «The Permanence of the Temporary: Can Emergency Power be Normalized?», en DANIELS, Ronald J., MACKLEM, Patrick y ROACH Kent (dirs.), *The Security of Freedom. Essays on Canada's Anti-terrorism Bill*, University of Toronto Press, Toronto, 2001, p. 21. En el mismo sentido, DE VERGOTTINI, Giuseppe, «La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo», en *Rassegna parlamentare*, 2004, p. 439; del mismo autor, «Il bilanciamento fra sicurezza e libertà civili nella stagione del terrorismo», en CSGEI, *Sicurezza: nuove frontiere*, Franco Angeli, Milano, 2005, p. 118. Véanse también la completa reconstrucción en BASSU, Carla, *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Torino, Giappichelli, 2010 y OEHMICHEN, Anna, *Terrorism and Anti-Terror Legislation: The Terrorised Legislator?*, Intersentia, Antwerpen, 2009.

¹⁶ Por ejemplo, véase el testimonio de MCLELLAN, Anne, Ministro de Justicia canadiense en otoño de 2001, con referencia a la Ley antiterrorista de Canadá: «...we saw neither the Act, nor any other of our measures, as being based upon the existence of an emergency, declared or not, and therefore temporary in nature. I do not think anyone saw then or sees now that the challenges presented by recent terrorist actions and strategies will be susceptible to either quick or simple solution. What we see may well be the “new normal”»; en el mismo sentido, MCLELLAN, Anne, «The Challenges of Securing an Open Society», en *Forum constitutionnel*, 2007, p. 1 (5).

que, por razones múltiples, entre las cuales no es última la pertenencia a determinados grupos étnicos o religiosos, podrían ser «sospechosos de terrorismo»¹⁷.

En tiempos que han sido definidos como de «stress», es raro encontrar verdaderos y auténticos «black holes», es decir, situaciones en que el principio de legalidad no actúa en absoluto, si se excluye el consabido caso de Guantánamo¹⁸. Lo que es más bien frecuente son los «grey holes», es decir, las soluciones en las que aparentemente se mantiene el principio de legalidad, si bien queda vaciado en gran parte de su sustancia¹⁹.

En muchos casos, el legislador ha intervenido precipitadamente, con decisiones aprobadas en pocos días o en pocas semanas, como respuesta a atentados concretos (el ejemplo más clamoroso es el de la *Patriot Act* estadounidense), bajo el impulso de la emotividad de la opinión pública. Tal tendencia, lejos de ser una característica exclusiva de la lucha contra el terrorismo internacional, se puede encontrar también en otros sectores, por ejemplo ante epidemias o crímenes particularmente repugnantes: también aquí es frecuente que las soluciones apresuradas y no suficientemente sopesadas vengán determinadas por reacciones altamente emotivas. La tentación del «governing by crime» está siempre a la orden del día²⁰.

La literatura ha subrayado abundantemente la probabilidad de una reacción excesiva del legislador en los momentos inmediatamente sucesivos a un ataque terrorista, sobre la base de la percepción del riesgo y de los peligros de que esto lleve a una «tiranía de la mayoría»²¹, especialmente cuando se esté ante un

¹⁷ Esta tendencia se reforzó particularmente en la segunda fase de la lucha contra el terrorismo, cuando se percibió, especialmente tras los atentados de Londres de 7 de julio de 2005, que el peligro no estaba representado solamente por Al-Qaeda, sino también por terroristas nacidos y crecidos en las democracias occidentales. Sobre ambos aspectos: WALKER, Clive, «Keeping Control of Terrorists Without Losing Control of Constitutionalism», en *Stanford Law Review*, 2007, p. 1395, según el cual «two dynamics have affected patterns of terrorism and counter-terrorism. The first was identified from the outset and relates to the growing emphasis upon anticipatory risk. The second is the increasing threat of “neighbor” terrorism».

¹⁸ ROSENFELD, Michel, «Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror», traducción italiana, «Judicial Balancing in “Times of Stress”». Le risposte di Stati Uniti, Gran Bretagna e Israele alla Guerra al terrore», en GROPPI, Tania (dir.), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 121 y ss.

¹⁹ DYZENHAUS, David, *The Constitution of Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 3.

²⁰ Véase ROACH, Kent, *September 11: Consequences for Canada*, Mc Gill-Queen's University Press, Montreal-Kingston, 2003, p. 24.

²¹ RAMRAJ, Victor, «Terrorism, risk perception and judicial review», en RAMRAJ, Victor V., HOR Michael, ROACH Kent (dir.), *Global Anti-terrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 113 y ss.

fenómeno que puede ser fácilmente reconducido a minorías fácilmente identificables.

Las medidas normativas adoptadas en casi todos los ordenamientos democráticos inmediatamente después de 11 de septiembre de 2001 han sido en gran parte similares²² y se fundan en aspectos como la detención indefinida de los sospechosos de terrorismo, la limitación de la *privacy*, el recurso masivo a las expulsiones de los extranjeros sospechosos de terrorismo, el debilitamiento de las garantías procesales. En todos los casos, se ha asegurado un papel privilegiado al poder ejecutivo, considerado el poder más idóneo para afrontar los nuevos riesgos, en cuanto sería el único en condiciones, por medio de la *intelligence*, de disponer de las informaciones sobre las que fundar una acción preventiva eficaz²³. En tal ámbito el principio del secreto, así como el espacio reconocido a los expertos antiterroristas, y a los servicios en la *intelligence*, han supuesto otros posteriores desafíos al Estado de Derecho.

3. RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES: MARCO TEÓRICO...

Ante semejante papel de los poderes políticos, ¿cuál es el espacio para las instituciones típicamente «non mayoritarias»²⁴ que son los jueces?

²² Se puede encontrar una síntesis en el número especial del *Singapore Journal of legal Studies* (2002). Acerca de la circulación de soluciones legislativas en materia de antiterrorismo, v. ROACH, Kent, «Sources and Trends in Post 9/11 Anti-Terrorism Laws», en LAZURUS, Liora y GOOLD Benjamin (dir.), *Human Rights and Security*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 227 y ss. Del mismo autor, «The post 9/11 Migration of Britain's Terrorism Act, 2000», en CHOUDHRY, Sujit (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 374 y ss.; SCHEPPELE, Kim Lane, «The Migration of anti-constitutional ideas: the post 9/11 globalization of public law and the international state of emergency», *ivi*, pp. 347 y ss. En sentido contrario, se ha señalado que la rapidez de las decisiones ha obstaculizado un auténtico diálogo entre los legisladores: BARAK-EREZ, Daphne, «An International Community of Legislatures?», en BAUMAN, Richard, KAHANA, Tsvi (dir.), *The least examined branch. The role of legislatures in the Constitutional State*, University Press, Cambridge, 2006, pp. 542 y ss. Sobre el tema de la influencia del Derecho internacional sobre el Derecho nacional, v. HUSABO, Erling, y BRUCE, Ingvild, *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation, Security Council Resolution 1371, the EU Framework Decision on Combating Terrorism and their Implementation in Nordic, Dutch and German Criminal Law*, M. Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

²³ En la doctrina, entre los principales defensores del papel central del ejecutivo en la lucha contra el terrorismo, v. con referencia a la experiencia estadounidense, las múltiples intervenciones de POSNER, Eric y VERMEULE, Adrian. Por todos, POSNER, Eric, VERMEULE, Adrian *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

²⁴ Agradesco a Roberto Toniatti la sugerencia de utilizar la expresión «non mayoritarias» en cambio de «contra mayoritarias» para definir el papel de los jueces en el Estado constitucional, de manera tal de no evidenciar demasiado su carácter conflictual.

Dos tipos de intervenciones, que se mueven sobre dos niveles diferentes de legalidad, corresponden a estos últimos.

Ante todo, el control de constitucionalidad de las medidas legislativas antiterroristas, que se confía a los tribunales constitucionales en los sistemas de justicia constitucional concentrada o a todos los jueces (y, en última instancia, a los tribunales supremos), en los sistemas «difusos». Se podría hacer una ulterior distinción, relativa a los efectos de las decisiones, entre «*strong*» o «*weak*» *systems of judicial review*²⁵, aun cuando se ha subrayado que ante graves crisis terroristas no habría consecuencias relevantes de esta distinción²⁶, entre otras razones por la tendencia manifestada por los tribunales en los sistemas dotados de *strong systems of judicial review* de no cerrar la cuestión por medio de pronunciamientos de inconstitucionalidad pura, sino de abrir, de alguna manera, a través del recurso a técnicas de decisión más complejas, un diálogo con el legislador, de manera similar a lo que sucede, institucionalmente en los *weak systems*²⁷.

Además, corresponde al poder judicial la intervención sobre las concretas decisiones de limitación de los derechos, usualmente llevadas a cabo por las autoridades de seguridad pública que dependen del poder ejecutivo. En particular, la evolución de la legislación antiterrorista en los años más recientes (bajo el impulso de decisiones judiciales de «primer nivel», es decir, las pronunciadas sobre las leyes antiterroristas) parece haber llevado a una nueva fase, en la que los jueces, u otras instancias independientes, resultan insertados cada vez con mayor frecuencia en los procedimientos de limitación de los derechos: la pretensión de inmunidad judicial absoluta de las decisiones políticas ya no está vigente, de manera que se asiste al intento de «implicar» a los tribunales, con

²⁵ Esta distinción hace referencia a la posibilidad que los sistemas ofrecen al legislador de enervar, en determinadas condiciones, decisiones de inconstitucionalidad sin necesidad de recurrir a la reforma constitucional: véase TUSHNET, Mark, «Alternative Forms of Judicial Review», en *Michigan Law Review*, 2003, pp. 2781 y ss.

²⁶ CAMPBELL, Tom, *Emergencies Strategies for prescriptive legal positivists: anti-terrorist law and legal theory*, en RAMRAJ, Víctor V. (dir.), *Emergencies and the limits of legality*, Cambridge University Press, 2012, p. 220.

²⁷ Sobre la tendencia a abrir un diálogo con legislativo y ejecutivo, BENVENISTI, Eyal, «Reclaiming Democracy», cit., p. 256. V. también ROACH, Kent, «The Role and Capacities of Courts and Legislatures in Reviewing Canada's Anti-Terrorism Law», en *Windsor Review of Legal and Social Issues*, 2008, p. 5. Aunque no se pueden olvidar los problemas que plantea el peculiar sistema de control de constitucionalidad británico, en el que los jueces se limitan a un control de compatibilidad de las leyes respecto de la *Human Rights Act* 1998, de conformidad con el art. 10 de la misma: v. al respecto la decisión del TEDH *A. and others v. United Kingdom*, de 19 de febrero de 2009, causa 3455/05.

el fin, no demasiado escondido, de legitimar en el ámbito de los principios del Estado de derecho las medidas adoptadas²⁸.

Muchas problemáticas planteadas por los dos tipos de decisiones son comunes. En ambos casos (juicio sobre las leyes y juicio sobre los actos concretos limitativos de los derechos) los jueces tienen que desarrollar un arduo papel «contramayoritario», en cuanto son llamados a proteger los derechos de minorías impopulares frente a una opinión pública asustada, propensa a concretar al enemigo en el extranjero de fe islámica y a menudo favorable, en nombre de la seguridad, a las medidas limitativas queridas por los gobiernos. Se trata de decisiones que, al afectar a la seguridad pública, implican un conjunto de valoraciones sobre «opciones de naturaleza técnica» que deben apoyarse en elementos cognoscitivos cubiertos por el secreto y que, en todo caso, no son idóneos para ser tratados en las salas de los tribunales²⁹.

²⁸ En este sentido POOLE, Thomas M., «Courts and Conditions of Uncertainty in “Times of Crisis”», en *Public Law*, 2008, p. 253. En el sentido de un rechazo de la implicación del poder judicial en la «ratificación» de decisiones del ejecutivo que no podrían asumir carácter jurisdiccional, por cuanto «the prediction of dangers to the public is incapable of judicial evaluation», (es imposible la evaluación judicial de la predicción de peligros para el público), debe leerse el Voto particular discrepante de los jueces Kirby e Hayne en la decisión *Thomas v. Mowbray* [2007] HCA 33 de la High Court australiana, en la cual precisamente se había discutido la atribución al poder judicial, por parte de la *Anti-Terrorism Act* (n. 2) del 2005, de la competencia de aprobar *control orders* respecto de sospechosos de terrorismo, por considerar que no se trataba de una actividad judicial y por tanto determinaba una violación del Capítulo III de la Constitución australiana. Según Kirby, «the exercise by a judge of serious poker affecting individual liberty becomes a bad thing if the poker are granted in vague and inappropriate terms» (par. 370). Subyace a esta postura la convicción de que los tribunales no deben ser implicados en «exercises of anticipatory risk assessment», por su «institutional incapability in the national security area» (incapacidad institucional en el ámbito de la seguridad nacional). Este aspecto es desarrollado particularmente por Hayne en su *dissent*: «The desirability of keeping intelligence material secret is self-evident. Often it will be essential. But the problem presented by the use of intelligence material is more deep-rooted than any question of preserving secrecy. Even if taking steps to secure the continuing secrecy of intelligence material is, or can be made, consistent with the generally open and adversarial nature of litigation in the courts, it is the nature of the material to be considered that presents issues of a kind not suited to judicial determination. In particular, by its very nature, intelligence material will often require evaluative judgments to be made about the weight to be given to diffuse, fragmentary and even conflicting pieces of intelligence. Those are judgments of a kind very different from those ordinarily made by courts».

²⁹ En particular, este segundo argumento, formulado diciendo que «el gobierno es el órgano más adecuado para adoptar las decisiones necesarias para afrontar las emergencias «es a menudo utilizado por los propios tribunales para justificar su retraimiento a la hora de controlar las decisiones políticas: así por ejemplo la *opinion* de Lord Hoffman en su *postscriptum* a la decisión del *Rebman Case* [2001] UKHL 47, citada más adelante en el texto.

Todo esto ha provocado un cierto escepticismo —cuando no se ha tratado de una abierta hostilidad³⁰— respecto de la capacidad práctica de los tribunales para constituir baluartes válidos para la garantía los derechos en materia de legislación antiterrorista; escepticismo apoyado también por las experiencias del pasado³¹. Muchos autores han señalado la deferencia mostrada por los jueces hacia el poder político en tiempos de emergencia, deferencia de la que se aportan como ejemplos algunos casos célebres americanos y británicos que se remontan a la II Guerra Mundial y a la Guerra Fría³², mientras que se han presentado

³⁰ Véase POSNER, Richard, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 18, según el cual «most judges know little about national security; the danger of catastrophic terrorism is real; and a constitutional decision forbidding a counterterrorist measure is almost impossible to change. It is better to leave these matters to be sorted out by the executive and legislative branches of government, where the relevant expertise resides». Véase al respecto el *dissent* del Justice Thomas en el caso *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), que cita las palabras del Justice Jackson en *Chicago & Southern Air Lines, Inc. v. Waterman S. S. Corp.*, 333 U.S. 103, 111 (1948): «First, with respect to certain decisions relating to national security and foreign affairs, the courts simply lack the relevant information and expertise to second-guess determinations made by the President based on information properly withheld. Second, even if the courts could compel the Executive to produce the necessary information, such decisions are simply not amenable to judicial determination because “[t]hey are delicate, complex, and involve large elements of prophecy”. *Ibid.* Third, the Court in *Chicago & Southern Air Lines* and elsewhere has correctly recognized the primacy of the political branches in the foreign-affairs and national-security contexts». O bien el del Chief Justice Roberts en el caso *Boumediene v. Bush*, 549 U.S. 2008, donde se pregunta quién puede ser considerado «vencedor» tras esta decisión, para responder: «not the rule of law, unless by that is meant the rule of lawyers, who will now arguably have a greater role than military and intelligence officials in shaping policy for alien enemy combatants. And certainly not the American people, who today lose a bit more control over the conduct of this Nation’s foreign policy to unelected, politically unaccountable judges».

³¹ Véase ACKERMAN, Bruce, *Before the next attack*, Yale University Press, New Haven, 2006, p. 3: «The courts haven’t protected us in the past, and they will do worst in the future» («los tribunales no nos han protegido en el pasado y lo harán aún peor en el futuro»). En sentido análogo, GROSS, Oren, «Chaos and Rules: Should responses to Violent Crises Always be Constitutional» en *Yale Law Journal*, 2003, pp. 1011 y ss., especialmente p. 1034: «in states of emergency, national courts assume a highly deferential attitude when called upon to review government actions and decisions. Both domestic and international courts share this systematic failure» («en situaciones de emergencia, los tribunales nacionales adoptan una actitud muy deferente cuando tienen que controlar actos o decisiones del Gobierno. Tanto los tribunales internacionales como los internos comparten este fallo sistemático»).

³² Véase por ejemplo *Liversidge v. Anderson* [1942] AC 206 (HL); *Korematsu v. EEUU* [323 US 214 (1944)]. Más recientemente, este es el planteamiento de la House of Lords en el caso *Rehman: Secretary of State for the Home Department v. Rehman* [2001] UKHL 47, sobre la que volveremos más adelante. Sobre estas decisiones, BENVENISTI, Eyal, «National Courts and the “War on Terrorism”», en BIANCHI, Andrea (dir.), *International Law and Terrorism*, Hart, Oxford,

como brillantes pero raras excepciones, los pocos pronunciamientos en que los tribunales han demostrado capacidad de decisión e independencia del poder político³³.

Este punto de vista se combina, en algunos autores, con los temores que produce la «normalización de la emergencia», impulsándolos a preferir un sistema de intervenciones extraordinarias, en manos del ejecutivo, que quede al margen de cualquier pretensión de legalidad, salvo el requisito de ser sometido, *a posteriori*, a ratificación democrática, por medio de la votación parlamentaria: en ausencia de tal ratificación, se desencadenarían mecanismos de responsabilidad para los gobiernos que hayan tomado indebidamente las decisiones de emergencia. De esta manera, se ha dicho, los jueces evitarían hacerse «cómplices» del sistema, cosa que en cambio ocurriría si fueran llamados a pronunciarse sobre las medidas del ejecutivo: considerada su falta de idoneidad para llevar a cabo un efectivo control sólo podría tratarse en efecto de una apariencia de cobertura jurídica³⁴, directa a legitimar las decisiones políticas.

Otros autores subrayan en cambio la necesidad de preservar en todo caso los principios del Estado de Derecho, dejando a los tribunales la última palabra en materia de antiterrorismo, por medio del control de constitucionalidad de las medidas adoptadas por los poderes políticos. Solamente asumiendo este tipo de actitud los tribunales no abdicarían del papel que les es propio, es decir, la defensa de los derechos fundamentales y del *rule of law*³⁵.

Los tribunales podrían proporcionar respuestas más equilibradas de las proporcionadas por los políticos, en cuanto menos sensibles al *pathos* y a la emotividad que condicionan a estos últimos, siempre en búsqueda del consenso del

2004, pp. 309 y ss. En sentido contrario, IP, John, «Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected», en *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2006-2007, p. 885, ofrece un cuadro más matizado de la posición de los tribunales ante las emergencias pasadas.

³³ Este es el caso de la decisión del la High Court australiana en la Sentencia *Australian Communist Party v. Commonwealth*, (1951) 83 CLR 1 (*Communist Party Case*), a la que se refiere ampliamente DYZENHAUS, David, «The Constitution of Law», cit., pp. 72 y ss. o del Tribunal Supremo de Singapur en el asunto *Chng Suan Tze v. Ministro del Interior* [1988] SLR 132. O bien, si nos remontamos todavía más en el tiempo, podríamos mencionar la Sentencia del TSEEUU en *Ex parte Milligan*, 71 US 2 (1866).

³⁴ Esta la posición de GROSS, Oren, repetida en muchas intervenciones. Véase por ejemplo GROSS, Oren, «Extra-legality and the ethic of political responsibility», en RAMRAJ, Victor V. (dir.), *Emergencies and the limits of legality*, cit., pp. 33 y ss. (v. también la postura del juez australiano Kirby en el Voto particular discrepante en el caso *Thomas* de la High Court australiana, ya citado).

³⁵ Este es el punto de vista repetidamente manifestado por Dyzenhaus, sobre todo en *The Constitution of Legality*, cit., p. 19, en un apretado debate con Gross. En la doctrina italiana v. BONETTI, Paolo, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bolonia, 2006, pp. 32 y ss.

electorado; respecto a los expertos en antiterrorismo, ellos tendrían los instrumentos para sopesar mejor las soluciones con las que hacer frente al peligro, en cuanto llamados institucionalmente a defender una pluralidad de valores, entre los cuales también la seguridad, que sin embargo no constituye el único punto de referencia³⁶. De esta manera los tribunales podrían representar un baluarte, una «isla de la razón», respecto a políticas esencialmente motivadas por el miedo. Desde este punto de vista, la *judicial review*, o incluso la simple posibilidad de que la misma se ponga en movimiento³⁷, sería suficiente para asegurar que la decisión de limitar los derechos no sea tomada a la ligera, bajo el impulso de la emoción y del miedo. Además, los tribunales, especialmente en ordenamientos en que el proceso judicial está abierto a los sujetos titulares de intereses, podrían ofrecer un *forum* en el que los gobiernos tengan que presentar, aunque sea *a posteriori* y en casos concretos, elementos fácticos que justifiquen las políticas que han comprimido los derechos y las libertades, sometiendo datos de hecho y decisiones al debate público.

Por lo demás, tampoco los que sostienen una actitud «no deferente» de los tribunales esconden las dificultades insitas en el control de las decisiones anti-terroristas: no solamente porque a menudo hace falta acceder a informaciones secretas, que no pueden ser comunicadas a la opinión pública sin graves peligros para la seguridad del Estado, pero sobre todo porque los jueces no disponen de instrumentos para constatar la corrección de tales informaciones³⁸. Ellos se encuentran por tanto ante la imposibilidad de cerciorarse plenamente de la razonabilidad y proporcionalidad de la limitación de los derechos, debiendo basarse sobre elementos de hecho proporcionados por el poder ejecutivo³⁹. De

³⁶ RAMRAJ, Victor V., «Terrorism, risk perception and judicial review», cit., p. 119. IP, John, «Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected», cit., p. 869. Por otra parte, los errores en que puede incurrir la *intelligence* han sido abundantemente testimoniados en el periodo post-11 de septiembre por los casos *Harar* en Canada y *Haneef* en Australia. V. al respecto las afirmaciones del ex Chief Justice de la High Court de Australia, Michael Kirby: «the world of intelligence and surveillance, and of executive government action, can often make mistakes» («el mundo de la inteligencia y de la vigilancia y de la acción ejecutiva del gobierno puede cometer errores a menudo»); KIRBY, Michael, «Judicial review in a time of terrorism. Business as usual», en *South African Journal of Human Rights*, 2006, p. 45.

³⁷ BARAK, Aharon, «Foreword: a Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy», en *Harvard Law Review*, 2003, pp. 116 y ss., espcte. 159.

³⁸ Se trata de decisiones basadas sobre la «intelligence rather than evidence», como se ha dicho: WALKER, Clive, «Keeping Control of Terrorists Without Losing Control of Constitutionalism», cit., p. 1402.

³⁹ POOLE, Thomas, «Courts and Conditions of Uncertainty in «Times of Crisis», cit., p. 254. Al respecto son de gran interés las dos posturas distintas acerca de la *justiciability* de las *control orders* enfrentan en la High Court australiana en el caso *Thomas v. Mowbray*, cit.

ahí la peculiaridad de la materia y la necesidad, para los tribunales que quieran jugar la partida y no abdicar de su papel, de desarrollar una elevada dosis de creatividad jurisprudencial⁴⁰.

4. ... Y EXPERIENCIA CONCRETA

El examen de la jurisprudencia posterior al 11 de septiembre de 2001 muestra una espectacular y en alguna medida inesperada capacidad de los jueces (y en particular de los Tribunales Supremos o Constitucionales), en todas las partes del mundo, de responder a los nuevos desafíos. Abandonada toda deferencia manifestada en el pasado hacia el poder político ante situaciones de emergencia, los tribunales han sido capaces de influir en las opciones políticas en materia de lucha contra el terrorismo internacional: por lo tanto, de buen grado o resignadamente, los gobiernos han debido tener presente, al adoptar las medidas en este ámbito, las exigencias de tutela de los derechos que los jueces han hecho valer, procediendo a una progresiva revisión de las medidas adoptadas en un primer momento⁴¹.

4.1. *Primeras sentencias después del 11 de septiembre: inter arma silent leges?*

Se ha tratado de una línea de tendencia que no era fácil imaginar inicialmente, habida cuenta del tenor de la primera decisión posterior al 11 de septiembre de 2001, la de la House of Lords en el caso *Rebman*⁴². En aquella

⁴⁰ A esta dosis de creatividad se alude en muchas de sus intervenciones, ya citadas por DYZENHAUS, David; v. también POOLE, Thomas, «Courts and Conditions of Uncertainty in “Times of Crisis”», cit., p. 259. Sobre la percepción que los mismos jueces tienen de su papel en el decidir casos relacionados con el terrorismo véase MARMO, Marinella, «Democratic States’ Response to Terrorism: A Comparative Reflection on the Perceived Role of the Judiciary in the Protection of Human Rights and Civil Liberties» en MASFERRER, Aniceto (dir.), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency Security and Human Rights in Countering Terrorism*, Springer, 2012, pp. 241-257.

⁴¹ Sobre esta jurisprudencia, poniendo de manifiesto su escasa deferencia hacia el poder político, v. BENVENISTI, Eyal, «United we stand: national courts reviewing Counterterrorism measures», en BIANCHI, Andrea, KELLER Alexis (dir.), *Counterterrorism: Democracy’s Challenge*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 250 y ss., SCOBIE, Iain, «“The Last Refuge of Tyrant?” Judicial deference to Executive Actions in Time of “Terror”», en BIANCHI, Andrea, KELLER Alexis (dir.), *Counterterrorism: Democracy’s Challenge*, cit., p. 277. Véase también SCHEPPELE, Kim Lane, «The New Judicial Deference», en *Boston University Law Review*, 2012, pp. 89 y ss.

⁴² *Secretary of State For The Home Department v. Rebman* (2001), UKHL 47.

sentencia, adoptada antes del 11 de septiembre de 2001 (pero depositada justo un mes después, el 11 de octubre de 2001) y relativa a la expulsión, acordada sobre la base de la legislación sobre inmigración, de un ciudadano pakistaní considerado peligroso para la seguridad nacional, Lord Hoffman había inscrito en su *opinion* un célebre *post scriptum*:

«I wrote this speech some three months before the recent events in New York and Washington. They are a reminder that in matters of national security, the cost of failure can be high. This seems to me to underline the need for the judicial arm of government to respect the decisions of ministers of the Crown on the question of whether support for terrorist activities in a foreign country constitutes a threat to national security. It is not only that the executive has access to special information and expertise in these matters. It is also that such decisions, with serious potential results for the community, require a legitimacy which can be conferred only by entrusting them to persons responsible to the community through the democratic process. If the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove»⁴³.

Partiendo de esta base, los primeros comentaristas⁴⁴ habían manifestado los temores a que se ha hecho referencia, en el sentido de que la actitud de los tribunales, ante la nueva emergencia global, recalcase lo que, especialmente en el mundo anglosajón, habían seguido en anteriores emergencias globales, ateniéndose a la máxima *inter arma silent leges*, también invocada por lo demás pocos años antes del 11 de septiembre con renovado vigor por el entonces Chief Justice del Tribunal Supremo de Estados Unidos, el Juez Rehnquist⁴⁵.

En este contexto, también la primera decisión en la materia del Tribunal Supremo de Canadá⁴⁶, que incluso ponía límites a la posibilidad de expulsión de un sospechoso de terrorismo a un país en que corría el riesgo de ser sometido a tortura (aunque no excluía tampoco tal eventualidad en casos excepcionales, habida cuenta de la necesidad de «sopesar por un lado el interés de Canadá en combatir el terrorismo y, por otro, el derecho de un refugiado a no ser expul-

⁴³ Par. 62. En la misma decisión Lord Steyn había añadido que «the tragic events of 11 September 2001 in New York reinforce compellingly that no other approach is possible» (par. 29).

⁴⁴ BENVENISTI, Eyal, «National Courts and the “War on Terrorism”», cit., p. 307.

⁴⁵ REHNQUIST, William H., *All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime*, Knopf, New York, 1998, p. 222. En los mismos años, sostenía que había que acoger «the proposition that, though the laws are not silent in wartime, they speak with a muted voice»: discurso pronunciado al Dickinson College of Law, Pennsylvania State University, 12 de noviembre de 1999, citado por DOBBS, Michael, *Saboteurs: The Nazi Raid on America*, Knopf, New York, 2004, p. 270.

⁴⁶ *Suresh v. Canada* (Ministro de Inmigración), 2002, 1 S.C.R. 3, 2002, SCC 1.

sado a un país en que corre el riesgo de ser sometido a tortura»), no parecía particularmente esperanzadora⁴⁷.

El único ejemplo significativo de tribunal que, ante una emergencia prolongada, había mostrado una cierta dosis de independencia de la política era en esta fase inicial el Tribunal Supremo de Israel, que no se había negado a controlar una serie de decisiones del ejecutivo o de las autoridades militares que tenían por finalidad la defensa del Estado⁴⁸. En particular, en 1999 el Tribunal, en una conocida sentencia, había establecido la ilegalidad de la utilización de la tortura⁴⁹. En aquella decisión el Tribunal, por medio de su Presidente, Aharon Barak, había expresado la conciencia clara de la dificultad de su tarea:

«We are aware that this decision does make it easier to deal with that reality. This is the destiny of a democracy —it does not see all means as acceptable, and the ways of its enemies are not always open before it. A democracy must sometimes fight with one hand tied behind its back. Even so, a democracy has the upper hand. The rule of law and the liberty of an individual constitute important components in its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and this strength allows it to overcome its difficulties»⁵⁰.

⁴⁷ En este sentido, véase también BENVENISTI, Eyal, «Reclaiming Democracy», cit., p. 255, citando ROACH, Kent, «Must We Trade Rights for Security? The Choice Between Smart, Harsh or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain» en *Cardozo Law Review*, 2006, p. 2151 (2194). Véase también, en sentido crítico, IP, John, «Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected», cit., p. 804, así como STRIBOPOULOS, James, «Charkaoui: Beyond Anti-Terrorism, Procedural Fairness and Section 7 of the Charter», en *Forum constitutionnel*, 2007, p. 15, según el cual esta última decisión, sobre la que volveremos, «represents the first time since September 11, 2001 that the Supreme Court has delivered a defeat to the government in his antiterrorism efforts. Until Charkaoui the Court has shown much deference toward the government in this sensitive area» («representa la primera vez desde el 11 de septiembre de 2001 en que el Tribunal Supremo ha resuelto en un sentido que ha significado una derrota para los esfuerzos antiterroristas del Gobierno. Hasta Charkaoui el Tribunal había mostrado mucha deferencia hacia el Gobierno en este ámbito tan sensible»).

⁴⁸ BENVENISTI, Eyal, «National Courts and the «War on Terrorism», cit., p. 318; MERSEL, Yigal, «Judicial Review of Counter-Terrorism Measures: The Israeli Model for the Role of the Judiciary During the Terror Era», en *Journal of International Law and Politics*, 2005, p. 67; BARAK-EREZ, Daphne, «The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue», en *International Journal of Constitutional Law*, 2004, p. 611.

⁴⁹ HCJ 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. The Government of Israel* P.D. 53(4) 817 (1999).

⁵⁰ Ivi, par. 64.

4.2. *El reconocimiento de la justiciabilidad de las cuestiones en la jurisprudencia de los años siguientes*

Por lo demás, apenas comenzaron a ser sometidas a los tribunales las auténticas medidas antiterroristas adoptadas después de 2001, resultó evidente que no se estaba ante la tradicional deferencia mostrada en el pasado por el poder judicial respecto del poder político durante las emergencias. Tal observación no puede desvirtuarse señalando que, de todas maneras, estas decisiones se han dictado a algunos años de distancia de los episodios más cruentos⁵¹. En efecto, el lapso de tiempo transcurrido debe ser puesto en relación con la inevitable lentitud de la *judicial review* que, excepto en los países que prevén un control de constitucionalidad preventivo (como Francia) o, al menos, un recurso abstracto que se puede interponer a breve distancia de tiempo de la entrada en vigor de la ley⁵², necesita la aplicación previa de la legislación y la aparición de controversias concretas, en el ámbito de las cuales encuentren sitio los problemas de constitucionalidad. Además, no se puede negar que, de todas formas, la actitud inicial de los órganos jurisdiccionales inferiores ha sido en muchas ocasiones (piénsese en los ejemplos de Estados Unidos y del Reino Unido) bastante cauta, hasta el punto de que ha sido necesario que los asuntos alcanzaran los Tribunales Supremos para conseguir pronunciamientos más valientes⁵³.

⁵¹ Esto también había ocurrido ante las emergencias del pasado (II Guerra Mundial, Guerra Fría), respecto de las cuales se había señalado que, una vez pasado el momento crucial, el Estado de Derecho, incluido el control judicial de las decisiones políticas, retomaba su curso: IP, John, «Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected», cit., p. 885.

⁵² Respecto a Francia, ha de subrayarse que la ley antiterrorista de 15 de noviembre de 2001 no fue impugnada ante el Consejo Constitucional: «le traumatisme causé par les attentats du 11 septembre, à la suite desquels elle est intervenue, et le caractère consensuel des dispositions adoptées, expliquent l'absence de saisine» («el trauma causado por los atentados del 11 de septiembre, a raíz de los cuales se aprobó, y el carácter consensuado de las medidas adoptadas, explican la ausencia de recurso») (MAZUAUD, Pierre, «La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel» 2006 www.conseil-constitutionnel.fr).

⁵³ Sobre la tendencia de los tribunales inferiores a una deferencia mayor hacia el ejecutivo v. por ejemplo, con referencia a la experiencia de Estados Unidos, SUNSTEIN, Cass, R., «National Security, Liberty, and the D.C. Circuit» en *The George Washington Law Review*, 2005, p. 693. En general, en este sentido, IP, John, «Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected», cit., p. 856. De las tres fases de la jurisprudencia de la Corte suprema de los Estados Unidos y de la Corte de Justicia europea (la primera deferente, la segunda de aberturas prudentes, la tercera activista) habla FABBRINI, Federico, «Silent enim leges inter arma? La Corte suprema degli Stati Uniti e la Corte di giustizia europea nella lotta al terrorismo», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, pp. 591 y ss.

Son muchas las razones que pueden asumirse para explicar la nueva actitud de los jueces, al menos de las jurisdicciones superiores.

La que parece más persuasiva hace referencia al carácter especial de la emergencia en la lucha contra el terrorismo, como «emergencia permanente», no destinada a agotarse en un breve periodo de tiempo⁵⁴. Este carácter ha sido tenido muy presente por legisladores y gobiernos, que a menudo han introducido medidas, no dotadas de «sunset clauses», destinadas a modificar el ordenamiento penal de manera definitiva mediante la introducción de nuevos delitos, de nuevas medidas cautelares, de nuevas técnicas de investigación, de nuevos procedimientos judiciales. Ante este carácter no temporal de la emergencia y de las consiguientes respuestas políticas dirigidas, como hemos dicho anteriormente, a «normalizarla», una reacción de los jueces similar a la habida en épocas pasadas habría significado, pura y simplemente, una abdicación de su papel y el fin del Estado de Derecho. Si se tiene en cuenta que la preocupación principal del poder judicial es la de preservar su propia legitimación, ante una «emergencia permanente» los jueces sólo pueden ejercer su papel de contrapoderes, con el riesgo de convertir en vana su propia razón de ser: ante tal eventualidad, el posible choque con las mayorías políticas del momento ha representado, a fin de cuentas, el mal menor⁵⁵.

La posición institucional de los jueces en el Estado constitucional, por tanto, está en el origen del principal elemento de convergencia de las jurisprudencias, o del rechazo de los tribunales a considerar las cuestiones que se le someten como no judicializables, o políticas, o remitidas a la discrecionalidad del ejecutivo o del legislativo, y de su voluntad de comprometerse en un delicado control de proporcionalidad⁵⁶.

⁵⁴ BENVENISTI, Eyal, «National Courts and the “War on Terrorism”», cit., 318 et ID., «United we stand», cit., p. 269. V. , la *opinion* de la mayoría redactada por el J. Kennedy en el caso *Boumediene v. Bush*, cit.: «Because our Nation’s past military conflicts have been of limited duration, it has been possible to leave the outer boundaries of war powers undefined. If, as some fear, terrorism continues to pose dangerous threats to us for years to come, the Court might not have this luxury. This result is not inevitable, however. The political branches, consistent with their independent obligations to interpret and uphold the Constitution, can engage in a genuine debate about how best to preserve constitutional values while protecting the Nation from terrorism».

⁵⁵ En el sentido de que, sin representar el terrorismo «une atteinte si violente à l’ordre public et appelle une réaction si forte de la part des pouvoirs publics [...] les risques de compromettre l’exercice des libertés fondamentales s’en trouvent accrus», ... «le contrôle de constitutionnalité doit se faire, par conséquent, particulièrement aigu», véase MAZEAUD, Pierre, «La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel», cit., p. 1 (nótese que el autor era Presidente del Conseil Constitutionnel en el momento en que escribía).

⁵⁶ En este sentido, COLE, David D., «Rights over Borders, Transnational Constitutionalism and Guantanamo Bay», en *Cato Supreme Court Review*, 2007-2008, p. 51, comentando la Sentencia *Boumediene*, cit., en virtud de la cual, en su opinión, el TSEEU se ha incorporado a la

Otras explicaciones, por ejemplo la que hace referencia a la existencia de un impulso en este sentido por parte del Derecho internacional, por lo que la exigencia de proporcionar de alguna manera una respuesta judicial a nivel nacional tendría la finalidad de evitar condenas mucho más graves proporcionadas por los tribunales supranacionales, que si bien quizás se manifiestan flexibles en otras materias, no parecen tener el mismo planteamiento en materia de medidas antiterroristas. Si nos limitamos al contexto europeo, ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁷, ni el TEDH han demostrado un particular activismo al respecto. Este último, con pocas excepciones, aunque relevantes, como la jurisprudencia sobre expulsión de sospechosos terroristas a países donde corren el riesgo de ser sometidos a tortura (siguiendo el caso *Chahal*)⁵⁸ siempre ha hecho prevalecer la doctrina del margen de apreciación, concediendo por tanto amplio espacio a las soluciones nacionales⁵⁹.

«important transnational trend of recent years, in which courts of last resort played an increasingly aggressive role in reviewing (and invalidating) security measures that trench on individual rights» («importante tendencia transnacional de los años recientes, en la que tribunales de última instancia han jugado un papel cada vez más agresivo a la hora de controlar (e invalidar) medidas de seguridad que afectan a los derechos individuales»).

⁵⁷ No se quiere devaluar la importancia, por el sistema comunitario, de la sentencia *Kadi*, sino sólo subrayar que no ha ejercido una poderosa influencia sobre los ordenamientos nacionales: véanse causas reunidas C-402/05 P y C-415/05 P *Yassin A. Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Consejo de la UE y Comisión de la CE*, sentencia de 3 septiembre de 2008.

⁵⁸ Nos referimos al caso *Chahal v. Reino Unido*, 1996-V 1831; (1997) 23 EHRR 413, luego retomado en *Saadi v. Italia*, n. 73201/06, Consejo de Europa, TEDH, de 28 de febrero de 2008, y en *Ben Khemais v. Italia*, n. 246/07, Consejo de Europa, TEDH, 24 de febrero de 2009. Sobre esta jurisprudencia véase GENTILI Gianluca, «European Court of Human Rights: An Absolute Ban on Deportation of Foreign Citizens to Countries where Torture or Ill-treatment Is a Genuine Risk», en *International Journal of Constitutional Law*, 2010, pp. 311 y ss.

⁵⁹ V. SOTTIAUX, Stefan, *Terrorism and the Limitation of Rights. The ECHR and the US Constitution*, Hart Publishers, Oxford, 2008. Sobre el margen de apreciación dejado a los Estados y, en particular, a los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación del art. 15 CEDH, véase recientemente *A. & others v. United Kingdom*, ric. N. 3455/05, Council of Europe, European Court of Human Rights, 19 de febrero de 2009, en la que, sin embargo, la doctrina del margen de apreciación adquiere una connotación inusual, ya que el Tribunal de Justicia de Estrasburgo adquiere el punto de vista de los tribunales nacionales (que se consideran parte de las «autoridades nacionales»), o de la House of Lords en el caso *Belmarsh*, a fin de evaluar la proporcionalidad de las medidas de excepción adoptadas en virtud del art. 15 del CEDH. Se trata de una decisión que, por lo tanto, confirma la sentencia *Belmarsh* (que en el juicio había sido cuestionada por el gobierno británico), asumiendo una posición fuertemente garantista de los derechos humanos, que pero ha sido criticada por su excesiva deferencia a los tribunales nacionales, que podría, en otras circunstancias, dar lugar a varias conclusiones: en este sentido, ELLIOTT, Mark, «United Kingdom: The «war on terror» UK-style. The detention and deportation of suspected terrorists», en *International Journal of Constitutional Law*, 2010, pp. 131 y ss.

4.3. Reino Unido

Solamente para referirnos a algunos de los pronunciamientos más importantes de los principales órganos jurisdiccionales⁶⁰ es necesario ante todo aludir a la decisión conocida con el nombre de *Belmarsh*⁶¹, con la que, en diciembre de 2004, la House of Lords declaró la no compatibilidad con el *Human Rights Act* de 1998 de algunas previsiones contenidas en la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act, 2001* (ATSCA), que representaba la primera respuesta del Reino Unido a los sucesos del 11 de septiembre⁶². Se trata de un verdadero giro en la jurisprudencia a nivel «global», entre otras cosas por la fuerza de las consideraciones realizadas en las *opinions* de algunos jueces. El Tribunal afirma que la detención por tiempo potencialmente indefinido de extranjeros sospechosos de terrorismo, sin que se garantice a los mismos un proceso regular, constituye una violación de la *Human Rights Act*, por cuanto comporta una discriminación en perjuicio de los detenidos extranjeros. En la Sentencia los *Law Lords* invitan al Gobierno a actuar con urgencia para que las disposiciones que prevén para los no británicos sospechosos de terrorismo la detención potencialmente indefinida

⁶⁰ Pero muchas otras merecerían ser recordadas: piénsese en la Sentencia del Tribunal Constitucional indonesio de 23 de julio de 2004, con la que se declaró inconstitucional una norma penal retroactiva introducida por una ley especial 6 días después de los atentados de Bali de 13 de octubre de 2002 (una traducción en inglés de la sentencia está publicada en *Asian Law*, 2004, 6, 166 ss.); la sentencia fue aprobada por una ajustada mayoría y los votos particulares discrepantes justificaban la retroactividad en virtud de la excepcionalidad de los eventos. O bien en la sentencia de la High Court de Hong Kong de 9 de febrero de 2006, *Leung Kwok Hung v. HKSAR*, HCAL 107/2005, con la que se declaró inconstitucional, por conferir excesivos poderes al ejecutivo, vulnerando así el derecho a la *privacy* garantizado por la *Basic Law*, la legislación que autoriza las interceptaciones y la vigilancia en la lucha contra el terrorismo internacional. Cabe señalar, sin embargo, que la falta de decisiones en esta materia en un país que tiene una relevante experiencia de terrorismo, como Irlanda, se explica por el hecho de que, según el artículo 28.3 de la Constitución, «Nothing in this Constitution (...) shall be invoked to invalidate any law enacted by the Oireachtas which is expressed to be for the purpose of securing the public safety and the preservation of the State in time of war or armed rebellion (...)».

⁶¹ La sentencia de la House of Lords se refiere al recurso presentado por 9 detenidos en la cárcel londinense de Belmarsh que, arrestados en virtud de la ATSCA y mantenidos privados de libertad sin ninguna formalización de acusación alguna y sin proceso, impugnaban la legalidad de su privación de libertad. Los recurrentes eran todos ciudadanos extracomunitarios, ninguno de ellos había sido acusado formalmente y no se preveía desarrollo de proceso alguno en referencia a ninguno de ellos. Habían sido mantenidos detenidos por informaciones en posesión de los servicios de *intelligence*, sobre la base de las cuales se sospechaba que estaban de alguna manera vinculados a la *network* del terrorismo internacional.

⁶² *A. and Others v. Secretary of State for the Home Department, X. and Others v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

sean derogadas y sustituidas con una legislación que regule de manera igual todas las situaciones vinculadas al terrorismo, sea cual sea la nacionalidad de los sospechosos, y que no comporte excepciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La House of Lords, además, no cuestionó la existencia de un «peligro real e inminente para la vida de la Nación» aducido por el Gobierno para justificar el recurso a la suspensión prevista por el art. 15 CEDH; el Tribunal ha asumido al respecto una actitud algo ambigua⁶³, prefiriendo no tomar una posición precisa y decidiendo la cuestión sobre la base del principio de igualdad⁶⁴.

No obstante, la Sentencia contiene una importante serie de afirmaciones de principio relativas al papel del poder judicial.

Lord Bingham, en la *leading opinion*, define el espacio para la *judicial review*:

«I do not accept the full breadth of the Attorney General's argument on what is generally called the deference owed by the courts to the political authorities. It is perhaps preferable to approach this question as one of demarcation of functions ... The more purely political (in a broad or narrow sense) a question is, the more appropriate it will be for political resolution and the less likely it is to be an appropriate matter for judicial decision. The smaller, therefore, will be the potential role of the court. It is the function of political and not judicial bodies to resolve political questions. Conversely, the greater the legal content of any issue, the greater the potential role of the court, because under our constitution

⁶³ La persistencia de una actitud ambivalente en todas las decisiones de la House of Lords se subraya por POOLE, Thomas, «Courts and Conditions of Uncertainty in 'Times of Crisis', cit., specie 239 s., y EWING, K.D. y THAM, Joo-Cheng, «The Continuing Futility of the Human Rights Act», *Public Law*, 2008, p. 668 s., hablan explícitamente de la persistencia de la deferencia de los tribunales británicos respecto del poder político.

⁶⁴ Aun cuando algunas *opinions* son claras al respecto: en su *concurring opinion* el *Law Lord* Hoffmann observa que Gran Bretaña «es una nación que ha afrontado situaciones de enorme gravedad, sobreviviendo a la destrucción y a la muerte, por lo que, sin infravalorar la capacidad de grupos fanáticos para matar y destruir, no se considera que amenacen la vida de la Nación en su conjunto» y cita al respecto el caso de los estragos de la estación de Atocha en Madrid afirmando los mismos «aun siendo un acto criminal enorme y horrible no fueron considerados una amenaza para la vida de España». Por tanto, a pesar de lo seria y temible que sea la violencia terrorista, esta no puede ser considerada, según el criterio del *Law Lord*, peligrosa para la existencia de las instituciones británicas ni para la supervivencia de la comunidad civil. Al respecto, la opinión mayoritaria, redactada por Lord Bingham of Cornhill cita diversos precedentes jurisprudenciales en los que los gobiernos, acusados de violaciones de la CEDH, han demostrado la subsistencia de una situación de emergencia que, amenazando la vida de la Nación, legitimaba la suspensión del art. 5 (*Lawless v. Ireland*, 1961; *Ireland v. United Kingdom*, 1978; *Aksoy v. Turkey*, 1996; *Marshall v. United Kingdom*, julio 2001). En cambio, sostiene Lord Bingham of Cornhill, el Gobierno de Londres no ha sido capaz de aportar pruebas suficientes para considerar necesaria tal suspensión.

and subject to the sovereign power of Parliament it is the function of the courts and not of political bodies to resolve legal questions. The present question seems to me to be very much at the political end of the spectrum: see *Secretary of State for the Home Department v Rehman* [2001] UKHL 47, [2003] 1 AC 153, para 62, per Lord Hoffmann. The appellants recognised this by acknowledging that the Home Secretary's decision on the present question was less readily open to challenge than his decision (as they argued) on some other questions. This reflects the unintrusive approach of the European Court to such a question. I conclude that the appellants have shown no ground strong enough to warrant displacing the Secretary of State's decision on this important threshold question».

Sin embargo, la deferencia hacia el punto de vista gubernamental en materia de suspensiones no puede llevarse mucho más lejos. Como afirma Lord Rodger of Earlsferry.

«Due deference does not mean abasement before those views, even in matters relating to national security. Even in such matters what Simon Brown LJ said in *International Transport Roth GmbH v Secretary of State for the Home Department* [2003] QB 728, 754, holds true: «There are limits to the legitimacy of executive or legislative decision-making, just as there are to decision-making by the courts.» Indeed the considerable deference which the European Court of Human Rights shows to the views of the national authorities in such matters really presupposes that the national courts will police those limits».

Y más, con las palabras de Lord Walker of Gestingthorpe:

«Safeguarding national security is (with the possible exception of some questions of macro-economic policy and allocation of resources) the area of policy in which the courts are most reluctant to question or interfere with the judgment of the executive or (a fortiori) the enacted will of the legislature. Nevertheless the courts have a special duty to look very closely at any questionable deprivation of individual liberty. Measures which result in the indefinite detention in a high-security prison of individuals who have not been tried for (or even charged with) any offence, and who may be innocent of any crime, plainly invite judicial scrutiny of considerable intensity. This dilemma is heightened by the secrecy which necessarily attends most issues of national security. As my noble and learned friend Lord Rodger of Earlsferry pointed out in the course of argument, a portentous but non-specific appeal to the interests of national security can be used as a cloak for arbitrary and oppressive action on the part of government. Whether or not patriotism is the last refuge of the scoundrel, national security can be the last refuge of the tyrant».

Especialmente fuertes son, por último, las palabras de Lord Hoffmann:

«The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve. It is for the Parliament to decide whether to give the terrorists such a victory».

Otro importante tema afrontado por la House of Lords en una decisión posterior se ha referido a la posibilidad de utilizar pruebas provenientes de terceros Estados, aunque se hayan obtenido con el empleo de la tortura, por más que las autoridades británicas no hayan tenido ninguna participación en la obtención de las mismas⁶⁵: tal eventualidad ha sido declarada inconstitucional por unanimidad, aun cuando han quedado dudas respecto de otros aspectos, por ejemplo con relación al caso en que no se tenga certeza de la utilización de la tortura. En efecto, la opinión de la mayoría es que si existe un margen de duda es de alguna manera posible acoger las pruebas. Es preciso subrayar el carácter problemático de esta postura si tenemos en cuenta el hecho de que parte de las vistas que se celebran ante la Comisión especial para los recursos en material de inmigración se desarrollan en secreto y la razón por la cual un juez decide admitir una prueba, a pesar de la sospecha y el uso de la tortura, podría mantenerse oculta incluso a los abogados del acusado. Sobre la posibilidad de prohibir también a la policía utilizar pruebas o informaciones de cargo respecto de sospechosos de terrorismo los *Law Lords* votaron por unanimidad en sentido contrario.

Los pronunciamientos de los años posteriores a esta primera fase se han referido a las normas introducidas para responder a la Sentencia de 2004, en las que se previó, en lugar del régimen de detención indefinida, un sistema de «control orders»: el Tribunal ha controlado caso por caso si la medida de prevención impuesta representaba o no una «deprivation of liberty» ilegítima y no una «restriction of liberty of movement» legítima, no sin haber vuelto a establecer que la frontera entre una y otra no puede ser desplazada para encontrar una solución a las necesidades actuales de lucha contra el terrorismo⁶⁶. También en este ám-

⁶⁵ House of Lords, Sentencias - *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* (2004) *A and others (Appellants) (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Conjoined Appeals)*, [2005] UKHL 71, 8 de diciembre de 2005.

⁶⁶ *Secretary of State for the Home Department v. E & Anor* [2007] UKHL 47, 31 de octubre de 2007; *Secretary of State for the Home Department v. JJ & Ors* [2007] UKHL 45, 31 de octubre de 2007; *Secretary of State for the Home Department v. MB* [2007] UKHL 46, 31 de octubre de 2007, *Secretary of State for the Home Department v. AP* [2010], UKSC 24, 16 giugno 2010.

bito la doctrina ha señalado una cierta dosis de ambigüedad, que ha encontrado una formulación como estrategia judicial general por parte de Lord Bingham⁶⁷:

«The court has not been insensitive to the special problems posed to national security by terrorism: see... It has... eschewed the formulation of hard-edged and inflexible statements of principle from which no departure could be sanctioned whatever the background or the circumstances, and has recognised the need for a fair balance between the general interest of the community and the rights of the individual. But even in cases where article 6(1) has not been in issue, the court has required that the subject of a potentially adverse decision enjoy a substantial measure or degree of procedural justice».

4.4. Canadá

El ordenamiento canadiense también reaccionó prontamente a los atentados de 11 de septiembre de 2001, hecho muy comprensible a la luz de la posición geográfica de Canadá, aprobando ya en diciembre de 2001 un *Antiterrorism Act*⁶⁸. El Tribunal Supremo de Canadá se pronunció sobre tales normas con dos sentencias de 2004⁶⁹, que muestran un significativo esfuerzo en la búsqueda de un equilibrio entre las exigencias de la seguridad y la defensa de los principios del Estado de Derecho⁷⁰. Con estas sentencias se rechazaron las censuras de constitucionalidad respecto de la norma del Código Penal que había previsto los *investigative hearings*⁷¹. Se considera, en efecto, con interpretación conforme,

⁶⁷ En el caso MB [2007] UKHL 46.

⁶⁸ Véase GROPPi, Tania, «Dopo l'11 settembre 2001: la "via canadese" per conciliare sicurezza e diritti», en *Quaderni costituzionali*, n. 3/2005, pp. 573 y ss.

⁶⁹ La resolución *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)* [2004] 2 S.C.R. 248 y la resolución *Vancouver Sun (Re)* [2004] 2 S.C.R. 332, depositadas el mismo día. Esta última se ocupa más específicamente de la publicidad del procedimiento de los *investigative hearings*. Ha de subrayarse que las dos cuestiones de inconstitucionalidad se han planteado en la primera ocasión en que el nuevo art. 83.28 tuvo aplicación.

⁷⁰ Tal empeño es testimoniado también por el hecho de que las sentencias están escritas, conjuntamente, por dos de los jueces más prestigiosos, ARBOUR, Louise y IACOBUCCI, Frank, pocos días antes de dejar el Tribunal. La reacción de la opinión pública fue muy positiva: v. por ejemplo los comentarios publicados en los días inmediatamente posteriores a las resoluciones en el diario *Globe and Mail*: por ejemplo, *Top Court Rejects Secrecy in Anti-terrorism Hearings*, 24 de junio de 2004; *Here's to an Open Court*, 24 de junio de 2004.

⁷¹ El instrumento de las *investigative hearings* representa una innovación del Derecho procesal canadiense, basado en la tradición *adversarial*. A petición de la autoridad de seguridad pública, previo consentimiento del Fiscal General, el juez puede obligar a testificar, con la asistencia del propio abogado, a todos los que considera que tienen informaciones sobre un delito de terrorismo cometido o que podría cometerse, incluso en el caso de que la respuesta pueda conducir a la acu-

que el principio de justicia fundamental relativo al derecho de no declararse culpable no queda afectado por el art. 83.28 del Código Penal y que la implicación del juez en una investigación policial no viola la independencia del poder judicial, sometiéndolo al ejecutivo, habida cuenta de que la tarea del juez en el procedimiento en cuestión es asegurar los derechos de la persona sometida a investigación y que, en todo caso, se trata de un procedimiento que debe desarrollarse con formas transparentes y abiertas al público⁷².

Pero más que las respuestas a las censuras o críticas concretas, lo que hace de tales sentencias sendos pilares del camino que, en muchas partes del mundo, los tribunales han emprendido en defensa de los derechos en la era del terrorismo, son las consideraciones de conjunto sobre las medidas antiterroristas y sobre las consecuencias que estas últimas tienen en el Estado de Derecho⁷³.

El Tribunal afirma que:

«The challenge for democracies in the battle against terrorism is not whether to respond, but rather how to do so. This is because Canadians value the importance of human life and liberty, and the protection of society through respect for the rule of law. Indeed, a democracy cannot exist without the rule of law. So, while Cicero long ago wrote «*inter arma silent leges*» (the laws are silent in battle) (*Pro Milone* 14), we, like others, must strongly disagree: see A. Barak, «Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy» (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 16, at pp. 150-51.

Although terrorism necessarily changes the context in which the rule of law must operate, it does not call for the abdication of law. Yet, at the same time, while respect for the rule of law must be maintained in the response to terrorism, the Constitution is not a suicide pact, to paraphrase Jackson J.: *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), at p. 37 (in dissent).

Consequently, the challenge for a democratic state's answer to terrorism calls for a balancing of what is required for an effective response to terrorism in a way that appropriately recognizes the fundamental values of the rule of law. In

sación del testigo. Si la persona interrogada se niega a responder, corresponde al juez decidir qué se hace: la ley no prevé soluciones al respecto, dejándole a este último la opción de elegir entre acusación por desobediencia al Tribunal o el uso del *contempt power*, que puede implicar la aplicación de la pena privativa de libertad.

⁷² Este último aspecto se trata especialmente en la Sentencia *Vancouver Sun (Re)* [2004] 2 S.C.R. 332.

⁷³ De nuevo, debemos traer a colación las palabras del Presidente del Tribunal Supremo de Israel, Aharon Barak: «nosotros, jueces de las democracias modernas, estamos llamados a cumplir un papel clave en la protección de la democracia. Debemos protegerla tanto del terrorismo, como de los medios que el Estado pretende utilizar para combatir el terrorismo»: BARAK, Aharon, «Democrazia, terrorismo e corti di giustizia», en *Il giusto processo*, 2002, 55-65.

a democracy, not every response is available to meet the challenge of terrorism. At first blush, this may appear to be a disadvantage, but in reality, it is not. A response to terrorism within the rule of law preserves and enhances the cherished liberties that are essential to democracy. As eloquently put by President Aharon Barak of the Israeli Supreme Court:

This is the fate of democracy, as not all means are acceptable to it, and not all methods employed by its enemies are open to it. Sometimes, a democracy must fight with one hand tied behind its back. Nonetheless, it has the upper hand. Preserving the rule of law and recognition of individual liberties constitute an important component of its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and strength and allow it to overcome its difficulties.

(H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*, 53(4) P.D. 817, at p. 845, cited in Barak, *supra*, at p. 148.)

Although the constitutionality of a legislative approach to terrorism will ultimately be determined by the judiciary in its role as the arbiter of constitutional disputes for the country, we must not forget that the legislative and executive branches also desire, as democratic agents of the highest rank, to seek solutions and approaches that conform to fundamental rights and freedoms»⁷⁴.

Posteriormente, el Tribunal Supremo de Canadá en la decisión *Charkaoui v. Canadá (Citizenship and Immigration)*⁷⁵ declaró inconstitucionales los arts. 33 y 77-85 de la *Immigration and Refugee Protection Act* por ser contrarios a los arts. 7, 9 y 10 de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. La referida Ley permitía al Ministro de Inmigración o al Ministro de Seguridad Pública y Protección Civil expedir un certificado (llamado *security certificate*) de expulsión de un extranjero o de un residente permanente del territorio canadiense por motivos de seguridad. Tal certificación por parte del Ministro estaba sujeta al control del Tribunal Federal que sin embargo estaba autorizado para negar a los imputados el acceso a la documentación sobre la base de la cual hubieran sido expulsados o privados de la libertad personal por motivos de seguridad. Los jueces del Tribunal Supremo por unanimidad declararon inconstitucionales tales disposiciones por ser contrarias a la *Charter*. En particular, la denegación de acceso a las pruebas y a la documentación relativa a las acusaciones se consideró contraria al art. 7 que tutela el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona por cuanto el imputado no es situado en una posición procesal igual respecto a la del acusador, al no dársele la posibilidad de conocer las razones de la acusación y poder rebatirlas. Además, el Tribunal ha declarado el

⁷⁴ *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)* [2004] 2 S.C.R. 248, párrafos 5-8.

⁷⁵ [2007] S.C.J. No. 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (S.C.C.)

juicio de convalidación de la detención del extranjero dentro del plazo de 120 días contrario a los arts. 9 y 10 de la *Charter* que prevén el derecho a la tutela contra las limitaciones arbitrarias de la libertad personal y el derecho de toda persona en caso de detención a ser informado, en el plazo más breve posible, de las acusaciones y de los motivos de la detención. Los jueces, en fin, difirieron la eficacia de la sentencia de un año para permitir que el Parlamento procediera a las oportunas modificaciones legislativas.

En fin, el Tribunal Supremo hubo de pronunciarse sobre el caso de un ciudadano canadiense capturado en Afganistán y detenido en Guantánamo. Con una primera sentencia, en 2008, el Tribunal afirmó la aplicabilidad de las garantías contenidas en el art. 7 de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (según el cual «Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice») permitiéndole el acceso a las actas de sus interrogatorios y a las informaciones transmitidas sobre él por las autoridades canadienses a las estadounidenses⁷⁶. En una decisión posterior, en 2010, el Tribunal Supremo declaró que la participación de oficiales canadienses en los interrogatorios que se desarrollaron en Guantánamo, en el contexto de una detención ilegítima, viola el art. 7 de la *Charter*, aunque reconociendo una amplia discrecionalidad al Gobierno en cuanto a los instrumentos a utilizar para poner fin a tal situación⁷⁷, discrecionalidad incluida entre las prerrogativas de la Corona en materia de política exterior.

La búsqueda del equilibrio entre las diferentes exigencias constitucionales involucradas ha sido objeto también de un reciente fallo de la Corte Suprema, que el 10 de febrero de 2011 en el caso *R. c. Ahmad*⁷⁸ se ha pronunciado dando preferencia a las necesidades de seguridad nacional con respecto a los derechos al justo proceso del acusado. Durante el proceso contra algunos miembros del grupo terrorista «Toronto 18», que fueron detenidos en 2006 por haber planeado varios atentados terroristas contra objetivos sensibles en Toronto y Ottawa para protestar contra el compromiso militar canadiense en Afganistán, el Gobierno había subrayado que durante el juicio se habrían podido revelar informaciones sensibles. En virtud del artículo 38 del *Canadian Evidence Act* del 1985 en el caso de revelación de información sensible, se requiere la intervención de la Corte Federal que tiene el poder de proveer en los casos relacionados con la seguridad nacional, el secreto de ciertas informaciones que podrían ser utilizadas

⁷⁶ *Canada (Justice) v. Khadr*, [2008] 2 S.C.R. 125.

⁷⁷ *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3.

⁷⁸ [2011 SCC 6]

como pruebas en un juicio⁷⁹. La condena fue apelada ante la Corte Suprema por violar el artículo 38, bien el artículo 96 del *Constitution Act* de 1867, al invadir la competencia jurisdiccional de los tribunales superiores, bien del artículo 7 de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, que reconoce el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, en particular en lo que respecta al derecho del acusado a la revelación de las pruebas de cargo en un plazo razonable.

En particular, la Corte ha señalado que la disposición en cuestión permitiría a los tribunales de disponer cualquier recurso en virtud de la Carta para proteger el derecho del acusado a un juicio justo, incluso si esa solución sea drástica como el abandono de las pruebas y el consiguiente sobreseimiento del caso.

Evitar la divulgación de informaciones sensibles no se puede equiparar a la negación del derecho de los acusados de tener una defensa completa (como se desprende de la violación de la regla del justo proceso). El Tribunal Supremo ha, por lo tanto, concluido haciendo hincapié en que cada vez que el uso de determinadas pruebas involucra cuestiones relacionadas con la seguridad nacional, puede ser declarada su inutilidad, con el consiguiente sobreseimiento del caso.

4.5. Estados Unidos

También el Tribunal Supremo de Estados Unidos intervino por primera vez, como sus equivalentes canadiense y británico, en junio de 2004, pronunciándose con tres importantes resoluciones en relación a la política de la *War on Terror* de la Administración Bush⁸⁰.

⁷⁹ Más específicamente, esta disposición establece que el Estado pueda disponer el secreto sobre pruebas consideradas como material sensible, en el caso que se reconozca la posibilidad de una amenaza para la seguridad nacional, de lo contrario su uso sólo podrá autorizarse cuando hay un interés público, superior respecto a lo que justificaba el secreto. La legislación impugnada prevé también la posibilidad de que las condiciones adicionales que se adjuntan, y el juez, en los casos en que la divulgación es necesaria, tiene el poder de tomar las medidas necesarias para garantizar los derechos al debido proceso del acusado. La legislación impugnada prevé también la posibilidad que se adjuntan condiciones adicionales y el juez, en el caso en que la divulgación sea necesaria, tiene el poder de tomar las medidas necesarias para garantizar el derecho al justo proceso del acusado.

⁸⁰ Las tres resoluciones son *Rasul v. Bush* 542 US (2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. (2004); *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. (2004): para un análisis profundo de las sentencias y del impacto ejercido por las mismas en el sistema, v. WEDGWOOD, Ruth, «The Supreme Court and the Guantanamo Controversy», en BERKOWITZ, P. (dir.), *Terrorism, the Laws of War and the Constitution. Debating the Guantanamo Cases*, Hoover Institution Press, Stanford (CA), 2005, p.159-184; FROSINI, Tommaso Edoardo y BASSU, Carla, «La libertà personale nell'emergenza costituzionale», en DI GIOVINE, A., (dir.), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giap-

En particular, en la Sentencia *Rasul v. Bush*, el Tribunal Supremo reconoció a los combatientes extranjeros capturados en el exterior y detenidos en la base estadounidense de Guantánamo el derecho al *habeas corpus*: para los supremos jueces estadounidenses, desde el momento en que la base de Guantánamo está gestionada por personal estadounidense, la misma ha de considerarse dentro de la jurisdicción federal.

En la Sentencia *Hamdi v. Rumsfeld*, aprobada en la misma fecha, el Tribunal Supremo estableció que un ciudadano americano detenido en Guantánamo, por más que hubiera sido calificado legítimamente por el Gobierno como «combatiente enemigo», tiene derecho al *due process* para discutir la legalidad de su detención.

En las dos sentencias a que acabamos de referirnos existe un hilo conductor común: se denuncia la inconstitucionalidad de la acción gubernamental por razón de que el Gobierno no puede detener a personas por un tiempo indefinido, sin que sean acusadas formalmente, sin que se les reconozca el aparato instrumental de protección y garantía tradicional del procedimiento penal estadounidense, salvo que sean tratados efectivamente como prisioneros de guerra. En este último caso, deberían gozar de los beneficios e instrumentos de tutela garantizados por el Derecho internacional, con particular referencia a la Convención de Ginebra.

Sin embargo del análisis detallado de las sentencias se desprende una actitud tendencialmente cautelosa. En la sentencia más voluminosa y particularmente significativa desde un punto de vista constitucional, la sentencia *Hamdi*, deliberadamente no se entra en el fondo de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del poder presidencial en el despliegue de las estrategias antiterroristas. Se limita, por el contrario, a constatar la violación por parte del Gobierno del *due process of law*, fijando la atención en el carácter obligatorio de una fase procesal en la que se determina el estatus de los prisioneros de la que dependen los términos de una eventual detención, rechazando la posición del Gobierno, para el cual una vez sometido a una «clasificación» sobre la base de estándares, toda forma de recurso individual quedaba excluido⁸¹.

pichelli, Torino, 2005, pp. 75 y ss.; BENAZZO, Antonella, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 172 y ss.

⁸¹ Ocho jueces, todos salvo Clarence Thomas, consideran ilegal *ab principio* la detención de casi dos años inflingida al ciudadano americano Yaser Esam Hamdi, afirmando que tal reclusión sólo hubiera podido considerarse legítima en caso de que la calificación como «*enemy combatant*» la hubiera realizado un Tribunal. El hecho de que le fuera negada a Hamdi la posibilidad de defenderse ante un juez constituye una indudable vulneración del principio constitucional del *due process of law*, v. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. (2004), *concurring opinion* de la juez Sandra Day O'Connor.

La *opinión* de la mayoría contiene importantes afirmaciones sobre el papel de los tribunales en «a time of stress» por medio de la reafirmación del rechazo de una actitud deferente hacia el ejecutivo y de la necesidad de un espacio de control sobre las actividades de este último:

«We necessarily reject the Government's assertion that separation of powers principles mandate a heavily circumscribed role for the courts in such circumstances. Indeed, the position that the courts must forgo any examination of the individual case and focus exclusively on the legality of the broader detention scheme cannot be mandated by any reasonable view of separation of powers, as this approach serves only to *condense* power into a single branch of government. We have long since made clear that a state of war is not a blank check for the President when it comes to the rights of the Nation's citizens... Whatever power the United States Constitution envisions for the Executive in its exchanges with other nations or with enemy organizations in times of conflict, it most assuredly envisions a role for all three branches when individual liberties are at stake»⁸².

La etapa siguiente está constituida por la Sentencia *Hamdan v. Rumsfeld*⁸³, con la que el Tribunal Supremo se pronuncia acerca de la legalidad de las *military commissions* creadas por la Administración Bush en Guantánamo, como consecuencia de las anteriores sentencias, para juzgar a los no ciudadanos acusados de delitos terroristas. El Tribunal consideró ilegales las comisiones militares porque el procedimiento no incluía las garantías procesales necesarias respecto de los sujetos acusados. El pronunciamiento, al resolver que no formaba parte de los poderes del Presidente la creación de tales comisiones, desplaza necesariamente la problemática al Congreso, que es quien, según la Constitución, tiene la tarea de dictar normas en materia de privación de la libertad y en orden a la tutela de los derechos fundamentales.

En su voto particular concurrente, el Justice Breyer subraya el papel del poder judicial.

«The dissenters say that today's decision would "sorely hamper the President's ability to confront and defeat a new and deadly enemy... They suggest that it undermines our Nation's ability to "preven[t] future attacks" of the grievous sort that we have already suffered... That claim leads me to state briefly what I believe the majority sets forth both explicitly and implicitly at greater length. The Court's conclusion ultimately rests upon a single ground: Congress has not issued the Executive a "blank check."... Indeed, Congress has denied the President the legislative authority to create military commissions of the kind

⁸² *Hamdi v. Rumsfeld*, opinion de la juez O'Connor, 2.

⁸³ *Hamdan v. Rumsfeld* 548 U.S. 2006.

at issue here. Nothing prevents the President from returning to Congress to seek the authority he believes necessary. Where, as here, no emergency prevents consultation with Congress, judicial insistence upon that consultation does not weaken our Nation's ability to deal with danger. To the contrary, that insistence strengthens the Nation's ability to determine —through democratic means— how best to do so. The Constitution places its faith in those democratic means. Our Court today simply does the same»⁸⁴.

En fin, la tercera y decisiva etapa está representada por la resolución que ha reconocido el Derecho constitucional a los detenidos en el campo de Guantánamo a dirigirse a los tribunales ordinarios americanos contra su detención, declarando inconstitucional la normativa introducida por el Congreso para hacer frente a los pronunciamientos anteriores y cerrando de alguna manera la cuestión (*Boumediene v. Bush* y *Al-Odah v. United States*)⁸⁵.

La tesis de la Administración Bush según la cual las circunstancias excepcionales de la «guerra contra el terrorismo» requieren instrumentos al margen de los ordinarios no es suficiente según el Tribunal para justificar la exclusión de los pilares del Estado de Derecho.

«The laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times. Liberty and security can be reconciled; and in our system they are reconciled within the framework of the law. The Framers decided that habeas corpus, a right of first importance, must be a part of that framework, a part of that law»

escribió en la justificación de la opinión mayoritaria el juez Anthony Kennedy. El Tribunal muestra ser consciente de las peculiares exigencias de seguridad, pero no está dispuesto a ceder en un terreno fundamental como el del⁸⁶ *habeas corpus*:

«Security depends upon a sophisticated intelligence apparatus and the ability of our Armed Forces to act and to interdict. There are further considerations, however. Security subsists, too, in fidelity to freedom's first principles. Chief among these are freedom from arbitrary and unlawful restraint and the personal liberty that is secured by adherence to the separation of powers. It is from these principles that the judicial authority to consider petitions for habeas corpus relief derives.

Our opinion does not undermine the Executive's powers as Commander in Chief. On the contrary, the exercise of those powers is vindicated, not eroded, when confirmed by the Judicial Branch. Within the Constitution's separation-

⁸⁴ *Hamdan v. Rumsfeld*, *opinion* del Justice Breyer, 1.

⁸⁵ *Boumediene v. Bush*, 549 U.S. 2007; *Al Hoda v. United States*, 533 U.S. 2008.

⁸⁶ *Boumediene v. Bush*, *opinion* del juez Kennedy, VI, así como la cita sucesiva.

of-powers structure, few exercises of judicial power are as legitimate or as necessary as the responsibility to hear challenges to the authority of the Executive to imprison a person. Some of these petitioners have been in custody for six years with no definitive judicial determination as to the legality of their detention. Their access to the writ is a necessity to determine the lawfulness of their status, even if, in the end, they do not obtain the relief they seek».

4.6. *India, Australia, Nueva Zelanda*

Otros órganos jurisdiccionales, fuera del área más estrictamente amenazada por el terrorismo de Al-Qaeda, se han pronunciado en los mismos años sobre la nueva legislación antiterrorista.

Entre estos el Tribunal Supremo de la India, un Tribunal que no es nuevo en los temas de la emergencia terrorista, aunque se trate de terrorismo esencialmente nacional. El referido Tribunal hubo de pronunciarse sobre la ley aprobada por el Parlamento tras el 11 de septiembre de 2001 (*Prevention of Terrorism Act 2002*). Aunque el tema principal tratado es el del reparto de la competencia legislativa entre la federación y los Estados, en el ámbito de decisiones orientadas a mostrar la diferencia entre la lucha contra el terrorismo, competencia federal, y el tradicional problema del «law and order», asignado a los Estados, el Tribunal Supremo no deja de detenerse en el marco general en el que se sitúa la lucha contra el terrorismo⁸⁷, subrayando la amenaza que este último representa para el Estado y la exigencia de proporcionar respuestas a escala transnacional:

«The anti-terrorism laws should be capable of dissuading individuals or groups from resorting to terrorism, denying the opportunities for the commission of acts of terrorism by creating inhospitable environments for terrorism and also leading the struggle against terrorism. Anti-terrorism law is not only a penal statute but also focuses on pre-emptive rather than defensive State action. At the same time in the light of global terrorist threats, collective global action is necessary».

Sin embargo, por otra parte, el Tribunal pone de manifiesto la necesidad de respetar los derechos humanos en tal lucha:

«The protection and promotion of human rights under the rule of law is essential in the prevention of terrorism. Here comes the role of law and Court's responsibility. If human rights are violated in the process of combating terro-

⁸⁷ *People's Union for Civil Liberties and Anr. v. Union of India and Ors.*, 16/12/2003 y *State (NCT) of Delhi Navjot Sandhu Afsan Guru*, 04/08/2005.

alism, it will be self-defeating. Terrorism often thrives where human rights are violated, which adds to the need to strengthen action to combat violations of human rights. The lack of hope for justice provides breeding grounds for terrorism. Terrorism itself should also be understood as an assault on basic rights. In all cases, the fight against terrorism must be respectful to the human rights».

También los órganos jurisdiccionales supremos de Australia y Nueva Zelanda se han pronunciado sobre las medidas antiterroristas post 11 de septiembre.

En Nueva Zelanda la legislación antiterrorista introducida tras el 11 de septiembre de 2001 conforme al modelo británico y canadiense, no ha dado lugar a decisiones judiciales⁸⁸, pues los únicos casos relativos al terrorismo han estado conectados con la aplicación al contexto nuevo de la legislación preexistente sobre la inmigración⁸⁹. El Tribunal Supremo con una primera decisión reconoció a la High Court la posibilidad de decidir la liberación con fianza de un ciudadano extranjero, solicitante de asilo, pero sospechoso de terrorismo, mientras que con la segunda afirmó la imposibilidad de expulsión cuando el mismo ciudadano extranjero, aunque se reconozca que representa una amenaza para la seguridad nacional, corre el riesgo de ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o degradantes en el país de origen⁹⁰.

También en Australia, a pesar de la aprobación de una nueva legislación en materia antiterrorista, inspirada en el ejemplo británico, el primer caso que se planteó fue relativo a la normativa sobre inmigración y en particular a la posibilidad de detener indefinidamente a un apátrida de origen palestino que había entrado ilegalmente en el país⁹¹.

En tal resolución la High Court reconoció la constitucionalidad de la detención indefinida en espera de la expulsión, por cuanto no se trataría de una forma de castigo. La sentencia merece ser destacada esencialmente por las afirmaciones de principio contenidas tanto en la *opinion* de la mayoría como en los votos particulares de los tres jueces discrepantes sobre la extensión que la *judicial review* debe tener ante las limitaciones de los derechos por razones de seguridad, como si

⁸⁸ V. IP, John, «Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected», cit., p. 805 s.

⁸⁹ El núcleo de los dos pronunciamientos es el caso de un ciudadano argelino encontrado en Nueva Zelanda en 2002 y detenido sobre la base de la ley sobre la inmigración, para luego ser sometido a un «security certificate» como amenaza a la seguridad nacional sobre la base de informaciones de *intelligence*. V. *Zaoui v. Attorney General* (n. 2) [2006] 1 NZLR 289; *Zaoui v. Attorney General* [2005] 1 NZLR 577.

⁹⁰ La creatividad de la decisión es resaltada por HARRIS, Bruce, *Judicial Activism and New Zealand's Appellate Courts*, en DICKSON, Brice (dir.), *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 273 (281).

⁹¹ *Al-Kateb v Godwin*, [2004] HCA 37.

quisiera preparar el terreno para otras decisiones futuras. Particularmente significativa es la puesta en guardia de los jueces de la minoría. El Chief Justice Kirby:

«Indefinite detention at the will of the Executive, and according to its opinions, actions and judgments, is alien to Australia's constitutional arrangements. This Court should be no less vigilant in defending those arrangements—and their consequences for the meaning of legislation and the ambit of the judicial power— than the United States Supreme Court has lately been in responding to similar Executive assertions in that country [nella nota si citano *Hamdi v Rumsfeld e Rasul v Bush*].

The constitutional norms are not the same in each country. We have no equivalent to the Fifth Amendment in our Constitution. The United States Constitution contains no express subjection of the legislative power to Art III. Its notions of the judicial power have developed somewhat differently. But the result of each Constitution is similar in this respect. I dissent from the majority view in this case. Potentially, that view has grave implications for the liberty of the individual in this country which this Court should not endorse».

Y añade:

«We should be no less vigilant than our predecessors were. As they did in the *Communist Party Case*, we also should reject Executive assertions of self-defining and self-fulfilling powers. We should deny such interpretations to federal law, including the Act... This Court should be no less defensive of personal liberty in Australia than the courts of the United States, the United Kingdom and the Privy Council for Hong Kong have been, all of which have withheld from the Executive a power of unlimited detention».

El primer caso que se refirió directamente a la legislación antiterrorista⁹² fue el anteriormente citado *Thomas v. Mowbray*. En este caso la *High Court*, con una mayoría de cinco a dos, estableció la constitucionalidad de los *control orders*, considerando que no se está ante una atribución impropia al poder judicial (competente para aprobar los *orders*) de una competencia administrativa, ya que se trata de un procedimiento regulado de manera suficientemente precisa por el legislador, que permite reconducirla a la noción de actividad jurisdiccional⁹³.

⁹² En particular, la *Anti-terrorism Act* (n. 2) de 2005, que introdujo en el art. 104 del Código Penal un sistema de *control orders* modeladas sobre el ejemplo británico.

⁹³ «The court's power to make an interim control order is conditioned on two matters (s. 104.4). First, the court must be satisfied on the balance of probabilities that making the order would substantially assist in preventing a terrorist act, or that the person has provided training to, or received training from, a listed terrorist organization. Secondly, the court must be satisfied on the balance of probabilities that each of the obligations, prohibitions and restrictions to be

Esta Sentencia también ha de destacarse, por otra parte, por el enfoque divergente sobre el papel de los tribunales ante la amenaza contra la seguridad nacional, tema sobre el cual la *High Court* parece dividida.

La mayoría del Tribunal considera que:

«Courts are now inevitably involved on a day-to-day basis in the consideration of what might be called “policy”, to a degree which was never seen when earlier habits of thought respecting Ch III were formed. Care is needed in considering the authorities in this field. The vantage point from which the issues were presented is significant. The issue may be whether a power reposed by statute in an administrative or regulatory body is invalid because there is an attempted conferral of the judicial power of the Commonwealth. Here, the presence of criteria which give a prominent part to considerations of policy points against an attempted conferral of judicial power, and so in favour of validity»⁹⁴.

El *Chief Justice* Kirby concluye su voto particular discrepante con un encarecido llamamiento:

«In the face of contemporary dangers from terrorism, it is essential that this Court should insist on the steady observance of settled constitutional principles. It should demand adherence to the established rules governing the validity of federal laws and the deployment of federal courts in applying such laws. It should reject legal and constitutional exceptionalism. Unless this Court does so, it abdicates the vital role assigned to it by the Constitution and expected of it by the people. That truly would deliver to terrorists successes that their own acts could never secure in Australia.

The wellspring of constitutional wisdom lies in legal principle. Its source is found in the lessons of constitutional history. When these elements are forgotten or neglected by a court such as this, under the passing pressures of a given time, the result is serious error. The consequences for the constitutional design, as for individual liberty, can be grave. It must then be left to a future time to return to that wisdom and to rediscover its source when the mistakes of the present eventually send this Court back to the wise perceptions of the past».

4.7. Alemania, Francia

Por último, para hacer referencia a los tribunales fuera del área del *common law*, se pueden citar los múltiples pronunciamientos a través de los cuales el

imposed by the order is reasonably necessary, and reasonably appropriate and adapted, for the purpose of protecting the public from a terrorist act».

⁹⁴ En este sentido, v. la *opinion* de los jueces Gummow y Crennan.

Tribunal Constitucional Federal Alemán circunscribió drásticamente las medidas antiterroristas. Aunque el caso más emblemático sigue siendo el de la Sentencia de 15 de febrero de 2006, con la que el *Bundesverfassungsgericht* declaró inconstitucional la norma que permitía a las Fuerzas Armadas derribar aviones desviados durante un ataque terrorista, son muchos los pronunciamientos que han establecido límites a los instrumentos de investigación introducidos en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, límites establecidos en nombre de la tutela de la dignidad humana y de la tutela de la vida privada.

Con la Sentencia de 3 de marzo de 2004⁹⁵ el Tribunal Constitucional Federal afirmó que el principio constitucional que protege la dignidad humana impone el cese de las interceptaciones cuando resulte violada la esfera más íntima del individuo, mientras que con la Sentencia de 23 de mayo de 2006⁹⁶ ha señalado los límites dentro de los cuales es admisible el tratamiento automático de datos para finalidades preventivas por obra de la Policía. La medida que se había adoptado concretamente estaba orientada a la localización de los afiliados «durmientes» al terrorismo internacional de matriz islámica. En aquél caso, el Tribunal afirmó que debe subsistir una situación de peligro concreto para que la Policía pueda proceder a la medida de manera legítima. El requisito según el Tribunal, no se satisface con la genérica situación internacional generada por los ataques del 11 de septiembre de 2001, ni con no mejor determinadas tensiones políticas internacionales⁹⁷.

En fin, con la Sentencia de 27 de febrero de 2008⁹⁸, el Tribunal Constitucional estableció que la normativa del Land Nordrhein-Westfalen que asignaba a los servicios de inteligencia del Ministerio del Interior del Land la facultad de acceder a los ordenadores y sistemas informáticos (incluidos los *hard disk*) de particulares, así como la de interceptar comunicaciones (incluidas las llamadas telefónicas en VoiP) entre particulares que se desarrollan en la red, en caso de que se pueda sospechar que en los instrumentos informáticos, o a través de los mismos, pueda desarrollarse una actividad terrorista, vulnera el derecho a la garantía de la intimidad e integridad de los sistemas informáticos. El Tribunal, en principio, no ha excluido la posibilidad de control de las actividades informáticas por parte de las autoridades policiales; sin embargo, ha precisado que debe desarrollarse siempre bajo la dirección de un juez y es admisible sólo en el

⁹⁵ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. (1 - 373).

⁹⁶ BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. (1 - 184).

⁹⁷ V. al respecto LEPSIUS, O., «Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-Terrorism Provision in the New Air-transport Security Act», en *German Law Review*, 2006, p. 761.

⁹⁸ BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008, Absatz-Nr. (1 - 333).

caso de que exista un grave interés público (o bien graves y concretas sospechas de lesión del mismo) como la tutela de la vida, la integridad o la libertad.

El Tribunal Constitucional intervino también en materia de expulsión de sospechosos de terrorismo. Con la Sentencia de 13 de junio de 2005⁹⁹ repitió la necesidad de que se celebrara un juicio contradictorio antes de la aplicación de una medida de expulsión del ciudadano extranjero. En esta ocasión, el *Bundesverfassungsgericht* estimó el recurso interpuesto por vulneración del derecho al contradictorio de un ciudadano turco, cuya expulsión hacia Turquía se había decidido como consecuencia de una oración pronunciada en una mezquita que hacía referencia al «final del injusto baño de sangre iraquí», y referida también a la situación de los territorios palestinos. En el contenido de la oración las autoridades policiales habían entrevisto un apoyo al terrorismo internacional.

En el mismo marco de la lucha contra el terrorismo se sitúa la conocida decisión de 18 de julio de 2005¹⁰⁰, con la que el *Bundesverfassungsgericht*, estimando un recurso individual de inconstitucionalidad interpuesto por un ciudadano de nacionalidad sirio-alemana, cuya entrega había sido solicitada por las autoridades españolas por su posible participación en la organización terrorista Al-Qaeda, en la cual habría desempeñado un papel clave para la búsqueda de financiación y el mantenimiento de «contactos», declaró la inconstitucionalidad de la regulación de desarrollo de la directiva marco sobre el mandato europeo de detención y entrega (*Europäisches Haftbefehlsgesetz* de 21 de julio de 2004), anulando además las resoluciones judicial y política que habían sido aplicación de la misma en el caso en cuestión.

En fin, también el *Conseil Constitutionnel* francés se ha movido en la dirección del control de las medidas antiterroristas. El 19 de enero de 2006¹⁰¹, a instancia de más de 60 senadores, se pronunció sobre la Ley «relativa a la lucha contra el terrorismo y que introduce varias disposiciones sobre la seguridad y los controles transfronterizos». Los recurrentes habían impugnado el art. 6 (secuestro administrativo de «datos de tráfico» en operadores de servicios de comunicación electrónica, proveedores de servicios en línea y «ciber-cafés»), así como el art. 8 (fotografía automática de vehículos y de sus ocupantes en algunas autopistas y archivo provisional de tales fotografías para su contraste con ficheros de vehículos robados o seleccionados). El Consejo Constitucional no declaró tales disposiciones contrarias a la Constitución habida cuenta, por una parte, de la utilidad de las mismas en la lucha contra el terrorismo y la criminalidad, y, por otra, de

⁹⁹ BVerfG, 2 BvR 485/05 vom 13.6.2005, Absatz-Nr. (1 - 36).

¹⁰⁰ BVerfG, 2 BvR 2236/04 vom 18.7.2005, Absatz-Nr. (1 - 201).

¹⁰¹ Decision n° 2005-532 DC.

los límites y de las cautelas que se establecían en el ámbito de la protección de la vida privada. El Consejo sin embargo consideró inconstitucional la referencia a la «represión» de los actos terroristas, del art. 6 de la Ley impugnada. El secuestro y el tratamiento de los «datos de tráfico», previstos por tal artículo, que son simples operaciones de policía administrativa, responsabilidad exclusiva del poder ejecutivo, tienen como finalidad la prevención de actos terroristas, pero no pueden, sin violar el principio de separación de poderes, excederse de sus límites hasta incidir en la represión de tales actos, que es competencia de la autoridad judicial.

Desde el 30 de julio de 2010, se ha habido un intenso intercambio entre el *Conseil Constitutionnel* y el legislador francés en relación a la disciplina de la *garde à vue* (detención preventiva). De hecho, con la Ley 2011-392 de 14 de abril de 2011, el legislador quiso poner remedio a la antinomia entre la legislación anterior y la Constitución, reformando el procedimiento establecido por el Código de Procedimiento Penal a la luz de la decisión del *Conseil Constitutionnel* no. 2010-14/22 QPC, con la que se habían declarado contrarios a la Constitución, a la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, los artículos 62, 63, 63-1, 77 y en parte, 63-4, del Código de Procedimiento Penal, que regulan la audición de las personas informadas de los hechos y la detención preventiva. Sin embargo, la legislación aprobada no había disipado todas las dudas de inconstitucionalidad, llegando otra vez al escrutinio del órgano de garantía constitucional que, mediante la Decisión no. 2011/191/194/195/196/197 QPC del 18 de noviembre de 2011, se ha pronunciado rechazando las pretensiones de los demandantes y especificando, en relación con el art. 62, c. 2, una disposición que regula la audiencia de las personas informadas que no son sospechosas de ningún delito¹⁰², puesto que, según lo establecido en la ley, no existe ninguna obligación para una detención preventiva inmediata.

En consecuencia, una persona, aunque sospechosa, podría proseguir la audiencia, convertida, de hecho, en un interrogatorio, incluso sin las garantías previstas en el art. 63, siempre que se actúe dentro del plazo previsto en el apartado 1 para la audición de persona no sospechosa. Este hecho, según los demandantes, constituía una violación del derecho de defensa; por el contrario, según el *Conseil*, aunque el examen de una persona no formalmente bajo investigación pueda

¹⁰² Esta norma establece que «En el caso en que, durante la audiencia de la persona, emergan razones plausibles para sospechar que ha cometido o intentado cometer un crimen o un delito punible con la pena de la prisión, se puede retener con la fuerza a disposición de los investigadores sólo bajo el régimen de la custodia preventiva. Su puesta bajo custodia preventiva tiene que ser notificada de conformidad con las condiciones establecidas en el artículo 63».

durar hasta cuatro horas sin la presencia del abogado, el derecho de defensa requiere que, si hay elementos en contra de la persona oída, la audiencia no pueda continuar sin que la persona sea informada de la naturaleza del delito de la que se sospecha y de su derecho a dejar las instalaciones en las que se encuentra.

Por último, con la Decisión n. 2011-223 QPC de 17 de febrero de 2012, el *Conseil* se ha pronunciado sobre la custodia preventiva en el caso de los delitos de terrorismo. La ley atribuye al juez de la libertad y de la detención o al juez de la fase investigativa la facultad de decidir que la persona detenida preventivamente por un delito de terrorismo (es decir, por uno de los delitos previstos en el artículo 706-73 del Código de Procedimiento Penal) sea asistido no por un abogado de confianza, sino que por uno nombrado por el Colegio de Abogados, entre los que figuran en una lista preparada por el Consejo nacional de Abogados.

El *Conseil*, aun reconociendo al legislador la facultad de prever restricciones significativas sobre el derecho de defensa, incluso la postergación de la libertad de nombrar a un abogado por toda la duración de la detención, a fin de no poner en peligro la búsqueda de los autores de los delitos y faltas en materia de terrorismo, afirma la necesidad que sean establecidas las condiciones bajo las cuales el tribunal puede imponer esta restricción mediante decisión motivada. Por lo tanto, la disposición controvertida violaría el derecho de defensa no porque establece una excepción que excluye la libre elección de abogado, sino porque el legislador no ha respetado los límites de su jurisdicción por no indicar las condiciones para la limitación de un derecho fundamental como el derecho de defensa en juicio.

5. ¿EXISTE UNA «JUDICIAL COALITION OF THE WILLING»?

Una vez examinada la tendencia común de las jurisprudencias, lo que queda por señalar es el papel desarrollado en tal proceso por la circulación de los precedentes jurisprudenciales. Se ha hecho referencia en el ámbito doctrinal a una «coordinated response on the part of a Group of National courts to the coordinated counterterrorism policies of their National governments» (respuesta coordinada por parte de un grupo de tribunales nacionales a las políticas antiterroristas coordinadas de sus gobiernos nacionales)¹⁰³.

El punto de partida para comprobar la efectividad de tal hipótesis lo constituyen las consideraciones iniciales relativas a la circulación de los precedentes extranjeros en la época actual¹⁰⁴.

¹⁰³ BENVENISTI, Eyal, «United we stand», cit., p. 255.

¹⁰⁴ Véase, más profundamente GROPPI, Tania, «A User-friendly Court. The Influence of Supreme Court of Canada Decisions Since 1982 on Court Decisions in Other Liberal Democracies», en *Supreme Court Law Review*, 2007, pp. 337-364.

Como decíamos inicialmente, se trata de un fenómeno en expansión creciente, especialmente ante la mayor facilidad al acceso, a través de los medios informáticos, a las decisiones de otros órganos jurisdiccionales¹⁰⁵. Es indudable que existen ámbitos particularmente propicios para tal circulación y que entre ellos se encuentran las medidas antiterroristas: se trata en efecto de un sector en el que existe una necesidad objetiva de coordinación de las políticas, que se deriva del carácter global del fenómeno y se traduce tanto en la aprobación de las decisiones de organismos internacionales, como en el desarrollo de relaciones intergubernamentales. Ambos aspectos tienen incidencia a nivel nacional, determinando a menudo soluciones normativas análogas. Añádase a ello que, en materia de derechos fundamentales de primera generación, como los principalmente afectados por las medidas antiterroristas, las disposiciones constitucionales que han de aplicarse como parámetros de control de constitucionalidad son, en muchos casos, bastante similares.

La existencia de una sensibilidad común de los jueces de las jurisdicciones superiores en tal materia se testimonia también por muchas intervenciones extrajudiciales por parte de jueces de otras jurisdicciones, intervenciones en las que son citadas con riqueza de argumentos las posturas asumidas, bien a través de las sentencias, bien en discursos y artículos: en este contexto, por ejemplo, son bastante frecuentes las citas de las *opinions* y de los artículos del Chief Justice de Israel, Aharon Barak¹⁰⁶.

Sin embargo, un examen del texto de las decisiones no parece mostrar una propensión a la cita de los precedentes extranjeros más acentuada que la que tiene lugar en otros ámbitos.

Se es muy consciente de que la cita explícita representa sólo uno de los síntomas de la circulación de las jurisprudencias, y que existen influencias im-

¹⁰⁵ Recuerda este fenómeno, con citas extraídas de la doctrina y de la jurisprudencia, el voto particular de Kirby en el asunto *Al-Kateb v. Godwin* (2004) HCA 37, par.185: «The willingness of national constitutional courts to look outside their own domestic legal traditions to the elaboration of international, regional and other bodies represents a paradigm shift that has happened in municipal law in recent years. There are many illustrations in the decisions of the courts of, for example, Canada, Germany, India, New Zealand, the United Kingdom and the United States» («señala que los tribunales constitucionales nacionales miran fuera de su tradición legal doméstica a las elaboraciones de órganos internacionales, regionales o extranjeros, lo que ha ocurrido en derecho local en los años recientes. Añade que pueden encontrarse ejemplos de ello en Canadá, en Alemania, en India, en Nueva Zelanda, en el Reino Unido y en Estados Unidos»).

¹⁰⁶ Para algunos ejemplos de esta sensibilidad v. por ejemplo BADER GINSBURG, Ruth, «A Decent Respect to the Opinions of Humankind: The Value of Comparative Perspective in Constitutional Adjudication», en *Saint Louis University Public Law Review*, 2007, p. 187, que se detiene en el caso *Belmarsh*; o bien la ya citada intervención del Chief Justice australiano KIRBY, Michael, «Judicial Review in a time of terrorism», cit., p. 21, que cita precisamente a A. Barak.

plícitas, subterráneas, como producto de una «circulación» legal cada vez más intensa, entre otras cosas gracias al desarrollo de las tecnologías informáticas, a los contactos personales, y más en general a la formación de los juristas, bastante difíciles de comprobar¹⁰⁷. Tales influencias son casi imposibles de constatar, por cuanto no son explicitadas en las decisiones: solamente estudios profundos, llevados a cabo en la jurisprudencia de cada país, realizados no solamente a través de la lectura directa de todos los pronunciamientos, sino también por medio de cuestionarios y entrevistas realizados a los jueces podrían proporcionar alguna indicación¹⁰⁸.

También se es consciente de que el recurso explícito a la cita de precedentes extranjeros es bastante poco frecuente en los ordenamientos de *civil law*, como consecuencia de la tradición jurídica específica y de la técnica de motivación de las decisiones¹⁰⁹. O que esto es bastante raro donde predomina una interpretación constitucional de tipo originalista o donde esté teniendo lugar un encendido debate sobre el tema del recurso al derecho extranjero desde el punto de vista de la soberanía nacional, como está ocurriendo en los Estados Unidos. O también, que es más probable en países que tienen constituciones nuevas, que todavía carecen de un patrimonio de precedentes nacionales que se hayan sedimentado en el tiempo¹¹⁰; o bien en países salidos de regímenes autoritarios,

¹⁰⁷ En este sentido, la juez del Tribunal Supremo de Canadá, L'HEREUX-DUBÉ, Claire, «The Important of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court», en *Tulsa Law Journal*, 1998, p. 14.

¹⁰⁸ En este sentido, DUPRÉ, Catherine, *Importing Law in Post-Communist Transitions*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

¹⁰⁹ Como Francia e Italia (que son citadas como ejemplos de actitud calificada como «doing it but not admiring» por MARKESINIS, Basil y FEDTKE, Jörg, «The Judge as Comparatist», *Tulane Law Review*, 2005, p. 11; Alemania [de la que en cambio MARKESINIS, Basil, y FEDTKE, Jörg, cit., pp. 34 y ss. hablan en la categoría «doing it openly», pero refiriéndose al Derecho extranjero en general, y no a la jurisprudencia, mientras que Weiss, Norman subraya «the hesitant attitude towards a comparative working method» (la actitud dubitativa hacia el método de trabajo comparativo) en los tribunales alemanes: v. WEISS, Norman, «The Impact of the European Convention on Human Rights on German Jurisprudence», en ÖRÜCÜ, Esin (dir.), *Judicial Comparativism in Human Rights*, UK National Committee of Comparative Law, UK Comparative Law Series, London, p. 60]; España (sobre la cual PEGORARO, Lucio, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, CLUEB, Bolonia, 2007, pp. 19 y ss.) o Japón, sobre el cual v. MCCRUDDEN, Christopher, «Human Rights and Judicial Use of Comparative Law», en ÖRÜCÜ, Esin (dir.), *Judicial Comparativism in Human Rights*, UK National Committee of Comparative Law, Londres 2003, p. 8.

¹¹⁰ Esto podría ser el caso, además de Sudáfrica, también de Namibia, de Israel, de Nueva Zelanda, cuyas Cartas de derechos son relativamente nuevas. En este sentido, GOLDSWORTHY, Jeffrey, *Interpreting Constitutions*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 339 y s.

en los que la democracia está todavía en fase de consolidación y los tribunales prefieren apoyarse en la autoridad de sus homólogos de las democracias estabilizadas o consolidadas¹¹¹.

Por lo que, en última instancia se trata de un fenómeno bastante más limitado de lo que el enorme debate doctrinal que se ha desarrollado sobre el tema pueda hacer pensar y en definitiva circunscrito, principalmente, a los ordenamientos de matriz británica¹¹².

Sin embargo, examinando las decisiones en materia de antiterrorismo citadas anteriormente y teniendo en cuenta las informaciones en cuanto a la utilización de precedentes extranjeros, no parece poder sostenerse que se está en presencia de un fenómeno de «extensive cross-references among Courts»¹¹³.

Se puede decir, simplificando, que los tribunales más propensos a citar abiertamente los precedentes extranjeros adoptan esta técnica también en materia de legislación antiterrorista, mientras que los menos propensos no modifican su actitud ni siquiera ante el carácter global del fenómeno ni ante la existencia de sentencias extranjeras célebres y universalmente conocidas.

De este modo, no se detecta ninguna referencia a precedentes extranjeros ni en decisiones del Tribunal Constitucional alemán ni en las del Conseil Constitutionnel francés, ni aunque sea por razones distintas, en las del Tribunal Supremo de EEUU.

En cambio, tanto la House of Lords como el Tribunal Supremo de Canadá, el Tribunal Supremo de Nueva Zelanda, el Tribunal Supremo de Israel y el Tribunal Supremo australiano, se muestran propensos a citar las decisiones dictadas por los otros tribunales con posterioridad al 11 de septiembre. Esto ocurre por lo demás en un contexto en el que es preciso poner de manifiesto: a) una tendencia general a hacer referencia al Derecho extranjero, y no solamente a las sentencias extranjeras; es frecuente por ejemplo, la referencia a soluciones legislativas

¹¹¹ En este sentido se manifiesta PONTTHOREAU, Marie-Claire, «Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques», en MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 168-169, citando el análisis llevado a cabo por Dupre, *Importing Law in Post-Communist Transitions*, cit., sobre el Tribunal Constitucional húngaro. En este sentido, también, SLAUGHTER, Anne-Marie, *A New World Order*, cit., p. 73.

¹¹² MCCRUDDEN, Christopher, «Human Rights and Judicial Use of Comparative Law», en ÖRÜCÜ (dir.), *Judicial Comparativism in Human Rights*, UK National Committee of Comparative Law, Londres 2003, pp. 1 y ss., documenta el uso de precedentes extranjeros en Israel, Australia, África del Sur, Canadá, India, Nueva Zelanda, Zimbabue e Irlanda. A este propósito se reenvía a GROPPi, Tania, «Bottom up globalization? L'uso dei precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali», en *Quaderni costituzionali*, 2011.

¹¹³ BENVENISTI, Eyal, «United we stand», cit., p. 272.

adoptadas por otros países, incluso con la finalidad de indicar la posibilidad de introducir normas análogas en el propio ordenamiento¹¹⁴; b) la presencia, en las mismas decisiones, de una extensa referencia a precedentes extranjeros no estrechamente vinculados a las medidas antiterroristas, sino que se debe atribuir, en sentido general, a la tradición del *common law*; c) la referencia a los precedentes extranjeros post 11 de septiembre siempre está claramente dotada de *persuasive authority* (fuerza persuasiva)¹¹⁵ y con frecuencia se refiere no a soluciones concretas, sino a afirmaciones de principio, sobre todo en el papel del poder judicial.

A título de ejemplo, esto ocurre en el caso de citas de la jurisprudencia israelí, que son paralelas a las de los artículos doctrinales del entonces Chief Justice, Aharon Barak: se pueden mencionar en este sentido tanto la *opinion* de los jueces Iacobucci y Arbour en la Sentencia canadiense sobre la *Antiterrorism Act*, como la del juez Carswell en la decisión de la House of Lords sobre la tortura, o la *opinion* de minoría del Chief Justice Kirby en el caso *Al-Kateb*¹¹⁶. O las citas de la Sentencia *Belmarsh* de la House of Lords por parte del Tribunal Supremo indio¹¹⁷, o por parte de la mayoría de la High Court australiana en el caso *Thomas*¹¹⁸ o la cita de las decisiones estadounidenses en los casos *Rasul* y

¹¹⁴ Es lo que ocurrió en el caso *Charkaoui*, cit., que indica como solución posible al problema de conciliar la necesidad de mantener en secreto las informaciones de inteligencia con el principio de contradicción en el procedimiento de expulsión de sospechosos de terrorismo, la del recurso a un abogado especial adoptado en el Reino Unido.

¹¹⁵ En todo caso, el recurso a los precedentes extranjeros no puede estar dotado de *binding authority*. V. PARRISH, Austen L., «Storm in a Teacup: the U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law», en *University of Illinois Law Review*, 2007, p. 637, especialmente p. 674; HARDING, Andrew, «Comparative Case Law in the Commonwealth: The Emerging Common Law of Human Rights», cit. pp. 438 y ss. Véase. también, en términos más generales, GLENN, Patrick, «Persuasive Authority», en *McGill Law Journal*, 1987, p. 261.

¹¹⁶ Todas se refieren al caso *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel* (1999) 7 BHRC 31, par. 39.

¹¹⁷ *Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors*, Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, Writ Petition (Civil) n. 196/2001, 16/12/2003: «At the same time in the light of global terrorist threats, collective global action is necessary. Lord Woolf CJ in A, X and Y, and another V. Secretary of the State for the Home Department has pointed out that «...Where international terrorists are operating globally and committing acts designed to terrorize the population in one country, that can have implications which threaten the life of another. This is why a collective approach to terrorism is important».

¹¹⁸ El juez Hayne se refiere al caso *Belmarsh* afirmando: «Difficulties that are presented for courts by reference to intelligence material are well illustrated by the decision of the House of Lords in *A v Secretary of State for the Home Department*. The majority of the House formed its conclusions about whether “there was an emergency threatening the life of the nation” upon its examination of only some of the material that had been placed before the relevant administrative decision-maker: by reference to only the “public” as distinct from the “closed” material».

Hamdi realizadas por los jueces discrepantes de la High Court australiana en las sentencias *Al-Kateb* y *Thomas*¹¹⁹.

Sólo en casos muy raros se asiste a la «migración» de la solución adoptada por un tribunal en otra jurisdicción: esto ocurre en las decisiones del Tribunal Supremo de Nueva Zelanda en el asunto *Zaoui*, que adoptan plenamente el test formulado por el Tribunal Supremo de Canadá en *Suresh* para verificar la razonabilidad de la expulsión de un extranjero que representa un riesgo para la seguridad interior¹²⁰.

¹¹⁹ Véase la *opinion* de Kirby en *Thomas*: «Whilst I do not doubt that “terrorism” is a matter of concern to the community of nations, I do not accept that declaring Div. 104 invalid, if that result were otherwise required, would affect Australia’s international relations. Courts in other countries have considered, or are considering, questions similar to those raised in these proceedings. Those courts have not refrained from declaring invalid laws that purport to deal with “terrorism” where such laws are found to offend municipal constitutional requirements. Neither should this Court», que cita en la nota 354 los casos: «See, for example, *M v. Secretary of State for the Home Department* [2004] EWCA Civ 324; [2004] 2 All ER 863; *A v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56; [2005] 2 AC 68; *Secretary of State for the Home Department v. JJ* [2006] EWHC 1623 (Admin); [2006] EWCA Civ 1141; [2006] 3 WLR 866 (CA); *Khawaja* (2006) 42 CR (6th) 348-387 [87]; *Charkaoui* 2007 SCC 9; *Rasul v. Bush* 542 US 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld* 165 L Ed 2d 723 (2006); *Mohamed v. President of the Republic of South Africa* 2001 (3) SA 893». En la misma Sentencia el referido juez añade: «The Australian Constitution should be read, so far as the text allows, in a way that is harmonious with the universal principles of the international law of human rights and not destructive of them. Australia has ratified and accepted those principles. They are upheld by other civilized nations. They are available to assist our understanding of the contemporary limits and requirements of the Australian Constitution. As such, they confirm the constitutional conclusions that I have already expressed», citando, en la nota 524, *Mohamed v. President of the Republic of South Africa* 2001 (3) SA 893 at 921 [68]; *Rasul v. Bush* 542 US 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld* 165 L Ed 2d 723 (2006); *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel* 43 ILM 1009, 1128 [86] (2004) por Barak P. (Mazza VP y Cheshin J *concurring*).

¹²⁰ En este sentido, *Zaoui n. 2*, [2006] 1 NZLR 289: «We adopt essentially the test stated by the Supreme Court of Canada in *Suresh*, a test close to that stated by the Court of Appeal and not really disputed before us: to come within article 33.2, the person in question must be thought on reasonable grounds to pose a serious threat to the security of New Zealand; the threat must be based on objectively reasonable grounds and the threatened harm must be substantial». El caso *Suresh* es ampliamente citado en la resolución de la House of Lords *R. (on the Application of Ullab) v. Special Adjudicator – Do v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 26, en la que, tras haber afirmado que «In resolving the issue expressed at the outset of this opinion, the primary source must be the Strasbourg jurisprudence», se añade: «This is also the approach which the Supreme Court of Canada adopted when it said in *Suresh v. Minister of Citizenship and Immigration* [2002] 1 S.C.R. 3, paras [53]-[54]». También la siguiente decisión *RB (Algeria) v. Home Secretary* [2009], UKHL 10, que se refiere de manera amplia a los casos *Suresh* y *Charkaoui* de la Corte suprema de Canadá.

En otras ocasiones, la cita de las decisiones extranjeras se produce en el contexto de la valoración de la razonabilidad de opciones legislativas nacionales similares: es el caso de la Sentencia canadiense *Charkaoui*, que cita repetidamente, acerca de la detención de sospechosos de terrorismo, la británica *Belmarsh*¹²¹.

La actitud del Tribunal Supremo de la India que, en este como en otros casos, después de haber demostrado conocer los precedentes extranjeros, afirma sin embargo no quererlos citar en detalle, por cuanto existen sobre el mismo tema precedentes propios que se adaptan perfectamente al caso a resolver¹²², resulta peculiar.

El Tribunal Supremo canadiense en la decisión *Khadr* hace una cita de la Sentencia *Hamdam* del Tribunal Supremo de Estados Unidos que excede del ámbito tradicional de las referencias a precedentes extranjeros: la posibilidad de aplicar la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* a un ciudadano canadiense detenido en Guantánamo se deriva, en efecto, de la declaración de inconstitucionalidad realizada por el Tribunal Supremo estadounidense respecto de los procedimientos seguidos en Guantánamo¹²³.

¹²¹ Nótese por ejemplo que «A case raising similar issues is the decision of the House of Lords in *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56 («*Re A*»)... The finding in *Re A* of breach of the detention norms under the European Convention on Human Rights was predicated on the U.K. Act's authorization of permanent detention. The *IRPA*, unlike the U.K. legislation under consideration in *Re A*, does not authorize indefinite detention and, interpreted as suggested above, provides an effective review process that meets the requirements of Canadian law»: Charkaoui, cit, par. 126 («En *Re A*, la conclusión según la cual no hay violación de las normas de detención establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos descansaba en el hecho de que la ley del Reino Unido permitía la detención permanente. De forma contraria a esta ley, la *LIPR* no autoriza la detención para un periodo indeterminado e, interpretada coherentemente con las motivaciones precedentes, prevé un mecanismo de control eficaz que respeta las exigencias del Derecho canadiense»).

¹²² *People's Union for Civil Liberties and Anr. v. Union of India and Ors.*, 16/12/2003. Después de haber citado expresamente un pasaje de *A, X and Y, and others v. Secretary of the State for the Home Department* con referencia a la estrategia desplegada por los terroristas para perseguir sus propios objetivos, se afirma: «Our attention has been drawn to legal position in USA, Canada, New Zealand, Australia and UK as well as the view expressed in the European Court of Human Rights in various decisions. However, it is not necessary to refer any of them because the legal position has been fully set out and explained in *Kartar Singh* and provision of *POTA* in Section 30 clause (2) has been modeled on the guidelines set out therein».

¹²³ *Canada (Justice) v. Khadr* [2008] 2 SCR 125: «The process in place at the time Canadian officials interviewed Mr. Khadr and passed the fruits of the interviews on to U.S. officials has been found by the United States Supreme Court to violate U.S. domestic law and international human rights obligations to which Canada is party. In light of these decisions by the United States Supreme Court that the process at Guantanamo Bay did not comply with either U.S. domestic or international law, the comity concerns that would normally justify deference to foreign

En conclusión, en el control de las medidas antiterroristas, tampoco en cuanto a la cita de los precedentes extranjeros los tribunales no muestran una actitud distinta de la ordinaria¹²⁴: desde el análisis de las decisiones emerge la tendencia hacia una convergencia entre las jurisprudencias que no parece traducirse en una deliberada estrategia argumentativa, sino que parece ser sobretodo el producto de una cultura jurídica común. En el contexto de la «normalización de la emergencia», también desde este punto de vista, se podría decir: «business as usual»¹²⁵.

law do not apply in this case. Consequently, the *Charter* applies, and Canada is under a s. 7 duty of disclosure. The content of this duty is defined by the nature of Canada's participation in the process that violated Canada's international human rights obligations. In the present circumstances, this duty requires Canada to disclose to Mr. Khadr records of the interviews conducted by Canadian officials with him, and information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting the interviews, subject to claims for privilege and public interest immunity » («El procedimiento en curso en Guantánamo en el momento en que los responsables canadienses interrogaron al señor Khadr y luego transmitida la información recogida a las autoridades americanas ha sido juzgado por el Tribunal Supremo de EEUU contrario al Derecho interno estadounidense y a Tratados internacionales sobre los Derechos de la persona de los que Canadá es signatario. A la vista de esta conclusión, la cortesía, que aconsejaría normalmente la deferencia respecto del Derecho extranjero, no se aplica en este caso. La Carta se aplica pues, y su art. 7 impone a Canadá una obligación de comunicación. El alcance de esta obligación está determinado por la naturaleza de la participación canadiense en un procedimiento que atenta a las obligaciones internacionales de Canadá en materia de Derechos de la persona. De esta manera, en el presente asunto, Canadá está obligado a comunicar al señor Khadr los documentos relativos a los interrogatorios y toda información cuya transmisión a las autoridades americanas deriva directamente de estos interrogatorios, salvo reivindicación de un privilegio o de una excepción de interés público»). Ulteriores citaciones de las sentencias *Rasul*, *Hamdan* y *Boumediene* de la Corte suprema de Estados Unidos son contenidas en *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3.

¹²⁴ Véase también MAZEAUD, Pierre, «La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel» cit., p. 2: «Je tiens à souligner, à ce propos, que, de même que la législation antiterroriste s'inscrit dans le cadre de la structure judiciaire classique, le Conseil fait application de sa jurisprudence classique pour en contrôler la constitutionnalité: autrement dit, pas plus qu'il n'y a de législation d'exception, il n'y a de jurisprudence d'exception» («Quisiera subrayar, a este respecto, que, del mismo modo que la legislación antiterrorista se inscribe en el marco de la estructura judicial clásica, el Conseil aplica su jurisprudencia clásica para controlar la constitucionalidad de la misma: dicho con otras palabras, en la medida en que ya no hay legislación de excepción, no hay jurisprudencia de excepción»).

¹²⁵ KIRBY, Michael, «Judicial review in a time of terrorism. Business as usual», cit.

Title:

THE ROLE OF THE COURTS IN THE CONTROL OF MEASURES AGAINST INTERNATIONAL TERRORISM: TOWARDS A JURISPRUDENTIAL DIALOGUE?

Summary:

1. Preamble. 2. Measures against international terrorism between the legislative and executive powers. 3. Response of the courts: theoretical framework... 4. (Follow)... and concrete experience. 4.1. First judgments after September 11: inter arma silent leges? 4.2. Recognition of the justiciability of matters in the jurisprudence of the following years. 4.3. United Kingdom. 4.4. Canada. 4.5. United States. 4.6. India, Australia, New Zealand. 4.7. Germany, France. 5. Is there a «judicial coalition of the willing»?

Resumen:

Se aborda en este trabajo la situación creada por las medidas contra el terrorismo internacional impulsadas en los últimos años en muchos países, especialmente después de los graves atentados del 11 de septiembre de 2001. El papel que, a partir de entonces, han protagonizado los tribunales de los diferentes países, ha sido muy relevante. Asimismo, lo es la importancia que ha cobrado el diálogo jurisprudencial entre tribunales, observándose una convergencia entre jurisprudencias.

Abstract:

This article addresses the situation created by the measures against international terrorism adopted in recent years in many countries, especially after the serious attacks of September 11, 2001. The role that, since then, have developed the courts of different countries, has been very relevant. It is also the importance which has gained the jurisprudential dialogue between courts, noting a convergence between jurisprudences.

Palabras clave:

Terrorismo internacional, Medidas antiterroristas, Tribunales, Diálogo jurisprudencial

Key words:

International terrorism, against terrorism measures, courts, jurisprudential dialogue.