

OLAYA GODOY

Coordinadora

**LIBERTAD Y SEGURIDAD
EN UN CONTEXTO GLOBAL**

*Retos y desafíos para los sistemas de garantía
de los Derechos fundamentales*



Dykinson, S.L.

**LIBERTAD Y SEGURIDAD
EN UN CONTEXTO GLOBAL**

*Retos y desafíos para los sistemas de garantía
de los Derechos fundamentales*

OLAYA GODOY

Coordinadora

OLAYA GODOY

Coordinadora

LIBERTAD Y SEGURIDAD EN UN CONTEXTO GLOBAL

*Retos y desafíos para los sistemas de garantía
de los Derechos fundamentales*

Zoila COMBALÍA

José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Olaya GODOY

Beatriz GONZÁLEZ MORENO

Alejandro GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

M^a del Mar MARTÍN GARCÍA

Monserrat PERALES AGUSTÍ

María J. ROCA

Silvia SORIANO MORENO

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91544 28 46 - (+34) 91544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1324-823-3

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos
e-mail: besingsg@gmail.com

ÍNDICE

PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN.....	19
Capítulo I. ¿CÓMO RESPONDER A LOS DESAFÍOS DE SEGURIDAD? UNA APROXIMACIÓN DESDE LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .	27
Dr. José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	
1. INTRODUCCIÓN	27
2. UN CONTEXTO DE RIESGOS Y AMENAZAS	29
3. LA SEGURIDAD, LÍMITE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	32
4. EL EXAMEN DE LA LEGITIMIDAD DE ESTOS LÍMITES.....	33
5. VISIÓN CASUÍSTICA.....	35
5.1. Situaciones problemáticas.....	35
5.2. Derechos en juego	39
6. <i>EXCURSUS</i> SOBRE RESPUESTAS ADOPTADAS EN ESPAÑA.....	45
7. CONCLUSIONES	48
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES.....	49

Capítulo II. LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA AMENAZA TERRORISTA.....	53
Dr. Alejandro GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ	
1. INTRODUCCIÓN.....	53
2. LOS INICIOS Y LOS AVANCES POSTERIORES.....	54
3. MEDIDAS PREVENTIVAS FRENTE AL TERRORISMO.....	61
3.1. Evitación de la financiación de los grupos terroristas.....	61
3.2. Refuerzo de la cooperación institucional.....	63
3.3. Políticas inmigratorias y formativas.....	67
4. LA ACTUACIÓN REPRESIVA.....	73
5. POLÍTICAS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y DE COOPERACIÓN AL DESARROLLO.....	75
6. VALORACIÓN FINAL.....	76
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	77

Capítulo III. LAS REFORMAS LEGISLATIVAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE AL TERRORISMO: ANÁLISIS DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	81
Dra. Silvia SORIANO MORENO	
1. INTRODUCCIÓN.....	81
1.1. El terrorismo en la Unión Europea.....	82
1.2. La política del miedo.....	84
2. MARCO GENERADO DESDE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.....	86
2.1. Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.....	86
2.2. Unión Europea.....	89
3. REFORMAS LEGISLATIVAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	91
3.1. Estado de excepción.....	92
3.1.1. Francia.....	93

3.1.2. Otros Estados.....	94
3.2. Principio de legalidad	96
3.3. Otros derechos en riesgo	97
4. SITUACIÓN EN ESPAÑA	100
4.1. La trasposición de las normas de la Unión Europea	101
4.2. Restricciones de derechos	103
5. CONSTITUCIONALIDAD DE LA SITUACIÓN	105
5.1. La constitucionalidad de las medidas desde los derechos	106
5.2. Perspectiva desde el constitucionalismo garantista.....	107
6. CONCLUSIONES	108
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

Capítulo IV. LA SUSPENSIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DESDE EL DERECHO ESPAÑOL: PROCEDIMIENTO Y CONTROL 113

Dra. María J. ROCA

1. INTRODUCCIÓN	113
2. REQUISITOS DE LA SUSPENSIÓN.....	117
2.1. Situación de guerra u otro peligro público para la vida de la nación	118
2.1.1. Guerra.....	118
2.1.2. Peligro público para la vida de la nación.....	120
2.2. Exigencias de procedimiento.....	122
3. LA EXTENSIÓN LEGÍTIMA DE LAS MEDIDAS SUSPENSIVAS	124
3.1. Derechos excluidos de la posibilidad de derogación	124
3.2. Respeto a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado	125
4. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y EL CONTROL DEL TEDH	126
5. SUSPENSIÓN DEL CEDH CONFORME AL DERECHO ESPAÑOL: PROBLEMAS Y CONSECUENCIAS	127

5.1.	Declaración de los estados de excepción o sitio, sin suspensión del CEDH.....	128
5.2.	Suspensión del CEDH, sin previa declaración de los estados de excepción o sitio	132
5.3.	Efectos de la cláusula interpretativa manifestada por España ...	134
5.4.	La cuestión del estado de alarma. Comparación con la experiencia francesa	135
6.	CONSIDERACIONES FINALES.....	141
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	143
Capítulo V.	LIBERTAD RELIGIOSA Y SEGURIDAD EN RUSIA Y OTROS PAÍSES DEL ENTORNO.....	147
	Dra. Zoila COMBALÍA	
1.	INTRODUCCIÓN	147
2.	MARCO JURÍDICO E INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA Y SEGURIDAD	149
3.	EL CONCEPTO DE SEGURIDAD ESPIRITUAL COMO LÍMITE A LA LIBERTAD RELIGIOSA.....	158
4.	SUJETOS, CONTENIDO Y RAZONES DE LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN VIRTUD DE LA SEGURIDAD ..	161
4.1.	Destinatarios de las restricciones de la libertad religiosa en Rusia.....	161
4.2.	Manifestaciones de libertad religiosa que se restringen	162
4.3.	Motivo de las restricciones a la libertad religiosa en Rusia....	165
5.	SÍNTESIS CONCLUSIVA: IDENTIDAD NACIONAL Y RELIGIÓN EN RUSIA; EL CONTRAPUNTO DE EUROPA OCCIDENTAL	166
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	169

Capítulo VI. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS Y SEGURIDAD NACIONAL 171

Dra. Beatriz GONZÁLEZ MORENO

1.	INTRODUCCIÓN	171
2.	MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.....	177
2.1.	El interés del menor: las dificultades de su determinación en el caso de los menores extranjeros no acompañados.....	180
2.2.	El Registro de menores extranjeros no acompañados	185
3.	PROCEDIMIENTOS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD	189
3.1.	Requisitos para acordar la incoación del expediente de determinación de la edad.....	192
3.2.	Las pruebas médicas para la determinación de la edad.....	197
3.3.	La revisión del decreto del Fiscal	200
3.4.	La repatriación del menor extranjero no acompañado.....	202
4.	LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN	207
4.1.	La atención residencial de los menores extranjeros no acompañados.....	209
4.2.	Cese de la tutela	212
5.	CONCLUSIONES	213
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	215

Capítulo VII. DISCRIMINACIÓN, ODIOS Y CONFLICTOS RELIGIOSOS EN EL CENTRO DEL TERRORISMO ... 217

Dra. Monserrat PERALES AGUSTÍ

1.	INTRODUCCIÓN	217
2.	ANTECEDENTES TERRORISTAS RECIENTES.....	219
3.	CONVIVENCIA RELIGIOSA Y VIOLENCIA.....	222
4.	DEFENSA DE LOS PRINCIPIOS Y VALORES.....	225
5.	LA DISCRIMINACIÓN Y EL ODIOS COMO CAUSA DEL TERRORISMO	228

5.1. Fundamentos y motivos de la discriminación	229
5.2. Odio y terrorismo.....	231
6. PROHIBICIONES Y REGLAS.....	234
7. CONCLUSIÓN FINAL.....	237
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	239

Capítulo VIII. EL TRATAMIENTO DEL TERRORISMO

YIHADISTA EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: IMPACTO DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS EN LA RESTRICCIÓN DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA.....	241
--	------------

Dra. Olaya Godoy

1. INTRODUCCIÓN	242
2. APROXIMACIÓN AL CONTEXTO: EL TERRORISMO COMO FENÓMENO GLOBAL.....	244
3. TERRORISMO Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN: UNA RELACIÓN SIMBIÓTICA	247
4. LA CONSTRUCCIÓN DE LA IMAGEN DEL ISLAM EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN	249
4.1. Origen y caracteres generales.....	249
4.2. La identificación entre Islam y terrorismo.....	250
4.3. La identificación entre Islam y yihad.....	252
5. LA SEGURIDAD COMO PRESUPUESTO NECESARIO PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: INCIDENCIA EN LA LIBERTAD RELIGIOSA.....	254
6. LA POSICIÓN DEL TEDH ANTE LOS SUPUESTOS DE RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA POR MOTIVOS DE SEGURIDAD: EL VELO ISLÁMICO	257
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	261

Capítulo IX. LOS MECANISMOS ORDINARIOS DEL DERECHO PARA AFRONTAR AMENAZAS EXTERNAS: PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE EL DERECHO CANÓNICO Y EL DERECHO ESTATAL.....	263
Dra. M ^a del Mar MARTÍN GARCÍA	
1. INTRODUCCIÓN	263
2. LA CONCIENCIA ANTE EL DERECHO CANÓNICO	268
3. LA CONCIENCIA ANTE LOS ORDENAMIENTOS ESTATALES DE CORTE OCCIDENTAL.....	276
4. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	282
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	284

PRÓLOGO

Durante los días 8 y 9 de marzo de 2018 se reunió en el Real Monasterio de Yuste un grupo de prestigiosos juristas para abordar el apasionante binomio libertad-seguridad como reto y desafío para los sistemas de garantía de los derechos fundamentales. Este binomio tiene, de inicio, una clara lectura jurídica. Sabido es que el artículo 17 de la Constitución española reconoce a la libertad y a la seguridad como derechos que aun cuando sean diferentes, se hallan indisolublemente unidos, derechos fundamentales que por ubicarse en la Sección 1ª del Título I gozan de tutela judicial preferente y reforzada -con acceso al amparo constitucional-, que cuentan con un núcleo esencial blindado frente a la acción del legislador ordinario y cuyo desarrollo, merced a la reserva constitucional, ha de producirse en forma de ley orgánica. Pero es que además, libertad más seguridad, juntos, son mucho más que dos derechos para constituir una unión deseable y casi envidiable, de cuya estabilidad nacerá uno de los pilares básicos de la convivencia: el bien común, del que ya se habló en Grecia y en Roma, y que se traduce en la exigencia de que el ejercicio del poder se ajuste a Derecho.

Ni puede sorprendernos la elección del lugar en que se desarrolló esta reunión ni aquella fue por azar. La última morada del Emperador de Europa, donde pasó los últimos diecinueve meses y dieciocho días de su vida, es un lugar de memoria europea y un enclave adecuado para reflexionar y debatir un tema como éste, acunados por la tibieza de los días previos a la primavera y solazados ante una Naturaleza ubérrima.

En el declive de su vida llegó a Yuste un gran militar pero también un hombre suficientemente formado. Fue un hombre cosmopolita y políglota, un adelantado a su tiempo, más propio del Renacimiento que de la Edad Media. No poco peso en su vida debió de tener su cercanía a uno de los mayores europeos de la historia, a un monje sabio, inteligente y humanista llamado Erasmo, que había nacido en Rotterdam treinta y cuatro años antes que Carlos en Gante, para quien había escrito su *Formación del Príncipe Cristiano*,

obra en la que subrayaba los valores de la equidad social, la prudencia y, especialmente, el amor por la paz. Y cerca tenía también al valenciano Juan Luis Vives, sólo ocho años mayor que el Emperador, destinatario de su tratado *De concordia et discordia in humano genere*. En esta obra, imbuida de la doctrina de su amigo Tomás Moro, afirmaba que las soluciones morales deben ser colectivas ya que las individuales son insuficientes. Erasmo y Vives influyeron notablemente en Carlos y en su propósito de formar una conciencia común europea firmemente arraigada en tantos valores como desde entonces Europa ha perseguido y en muy pocas ocasiones ha alcanzado. Posiblemente Carlos V conociera también las ideas de un gran jurista coetáneo suyo, el gadalupense Gregorio López (1496-1560), que desempeñó relevantes cargos durante su reinado y que en sus comentarios a las Siete Partidas del Rey Sabio (1555) defendió la evangelización pacífica y el uso de la fuerza sólo en casos extremos.

Mucho se ha escrito sobre el corto periodo de tiempo que Carlos pasó en Yuste, siendo la opinión más extendida la de que se retiró al pie de la sierra de Tormantos a preparar su alma para la muerte. Sin negar del todo esta versión, lo cierto es que su vida entre febrero de 1557 y septiembre de 1558 fue más activa de lo que comúnmente se piensa porque en realidad no vino a morir sino a vivir. No buscó este refugio sólo, como escribió Pedro Antonio de Alarcón, “para abreviar voluntariamente su vida y anticipar su muerte” sino que eligió este apartado lugar para encontrarse consigo mismo y para lograr una personal comunión con la Naturaleza, comunión que necesariamente debía transportarle hacia lo más recóndito de su interior y a la vez llevarle a lo más trascendente de su ser, una predisposición del alma que le apaciguaba y le confortaba para la muerte que presagiaba cercana. También fue un periodo de actividad en el que siguió pendiente de los avatares de Europa, recibiendo a emisarios a los que transmitía, con destinatario difuso, su idea de un único imperio europeo bajo la égida del humanismo cristiano, un espacio común, *in varietate concordia*, en el que todos cabían por encima de sus diferencias religiosas e ideológicas.

En este periodo de reflexión dejó por escrito las instrucciones póstumas para su hijo Felipe. En ellas destacan tres recomendaciones: la primera, le instaba a que sostuviera la integridad de la fe en sus dominios; la segunda, trataba de la paz de Europa con los otros reinos; en la tercera le aconsejaba buscar una tregua con el turco para asegurarse la paz en el Mediterráneo. Esas tres recomendaciones no han perdido vigencia cinco siglos después. Cuando el Emperador hablaba de sostener la integridad en la fe, en la concepción religiosa y omnipresente de antaño, podemos entender hoy la integridad ética de los principios y valores de la conciencia europea, humanista y democrática

y, por qué no, sus derechos fundamentales. Esa integridad supone también defender la paz a ultranza, garantizar la unidad y la cohesión interior e impulsar una Europa mejor como única alternativa frente a riesgos involucionistas y desintegradores, incluyendo el terrorismo y los movimientos xenófobos. Por último, mantener la paz con el turco puede entenderse fácilmente en el actual contexto internacional de permanentes y poliédricos peligros. Cuando antaño se refería al turco, ogaño podemos entender todas las amenazas violentas, excluyentes y aniquiladoras que pretenden cercar a Europa, ante las que deberemos estar vigilantes, en esa permanente cohesión-tensión existente entre libertad y seguridad.

El legado de Carlos V no arraigó como hubiera sido su deseo. Resulta innecesario detallar cuántos avatares autodestructivos marcaron los siglos posteriores en Europa y cuántas guerras civiles asolaron su territorio. Todos estos conflictos, derivados en muchas ocasiones de banales egos personales, hicieron fracasar cualquier propósito de construcción europea hasta la mitad del siglo XX. En este proceso de construcción, iniciado e inacabado, Europa tiene grandes retos pendientes entre los que no es el menor mantener un espacio de libertad que coexista con un espacio de seguridad bajo el imperio del Derecho, un espacio en el que se trabaje sin tregua contra el terrorismo, de manera coordinada y solidaria. En esta labor de preservación de nuestra seguridad frente al terror es conveniente recordar lo sucedido con el mito griego de la Hidra de Lerna, que poseía la virtud de regenerar dos cabezas por cada una que perdía o le era amputada. Nadie podía vencerla porque si alguien era capaz de cortar una de sus cabezas, del miembro seccionado nacían dos nuevas cabezas. Fue Hércules a quien se le encomendó la tarea de acabar con la hidra como el segundo de sus doce trabajos. Hércules comprendió que sólo con la fuerza no podía destruir al monstruo. Por ello pidió ayuda a su sobrino Yolao. Éste tuvo la idea de usar una tela ardiendo para quemar el muñón del cuello tras cada decapitación, cauterizando la herida y evitando así que las dos nuevas cabezas brotasen. Hércules cortó todas las cabezas y Yolao quemó los cuellos abiertos, matando así a la Hidra. Se unieron la fuerza y la inteligencia.

Europa también tiene que proteger las fronteras exteriores, las únicas que conoce porque ha borrado las interiores. Una Europa que no puede ser insensible ante quienes se hacinan a sus puertas pidiendo techo y comida. Una Europa que se quiere construir mirando de frente al *Mare Nostrum*, el mismo en cuyas aguas se miraron los filósofos, los políticos, los artistas, los guerreros nobles; un espacio que fue pasillo de una casa con muchas dependencias, con voces diferentes, pero con un idioma común.

Éste es uno de los grandes retos a los que se enfrenta Europa si quiere ser algo más que un conglomerado de Estados miembros para convertirse en una auténtica unidad política cohesionada internamente: ser un espacio seguro de libertad y un espacio en el que rija un sistema real y efectivo de garantía de los derechos fundamentales de las personas. A su consecución y preservación están llamadas las generaciones presentes y las venideras, en una larga tarea a la que sin duda ayudarán las reflexiones que este libro contiene.

Dr. Juan Carlos Moreno Piñero

*Director de la Fundación Academia
Europea e Iberoamericana de Yuste*