

ANICETO MASFERRER
(editor)

ESTADO DE DERECHO
Y
DERECHOS FUNDAMENTALES
EN LA
LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

Una aproximación multidisciplinar
(histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)

ARANZADI



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2011

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2011 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Aniceto Masferrer (editor)]

Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

Depósito Legal: NA-1847/2011

ISBN: 978-84-9903-853-7

Printed in Spain. Impreso en España

Sumario

	<u>Página</u>
BREVE NOTA DEL EDITOR.....	17
Introducción	
Seguridad y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo: los límites del poder político en un Estado de Derecho	19
<i>Aniceto Masferrer</i>	
PARTE I	
EL PODER POLÍTICO Y LA REPRESIÓN PENAL ANTERIOR AL CONSTITUCIONALISMO (hasta el s. XVIII)	
Capítulo I	
Cicerón y los límites del poder	47
<i>Juan Alfredo Obarrio Moreno</i>	
1. Libertas	52
2. De optima politia: la constitución mixta	53
3. <i>Ius naturale</i>	63
Bibliografía.....	73
Capítulo II	
<i>Arces libertatis</i>. Sobre la represión criminal y las garantías del ciudadano en la Roma antigua	75
<i>F. Javier Casinos Mora</i>	

Capítulo III

La guerra contra el terrorismo y el secreto inquisitorial..... 123

Eduardo Galván Rodríguez

1. El secreto inquisitorial: de excepción a norma	126
2. El secreto en las Instrucciones del Santo Oficio	130
3. ¿Existen razones que justifiquen el secreto inquisitorial?	139
3.1. <i>La integridad física y/o patrimonial de los colaboradores en el proceso</i>	139
3.2. <i>La eficacia de la acción inquisitorial</i>	142
3.3. <i>La salvaguarda de la ortodoxia</i>	146
3.4. <i>La honra de los encausados</i>	147
3.5. <i>La honra de los deponentes</i>	152
3.6. <i>La honradez de los oficiales</i>	153
3.7. <i>La imagen institucional del Santo Oficio y de la Iglesia</i>	155
Bibliografía.....	159

Capítulo IV

La radicalización de las disposiciones legales contra los gitanos en el reinado de Fernando VI: la consulta del gobernador del Consejo de Castilla y sus consecuencias 161

Sara Granda

1. Cuestión preliminar: los grupos de poder en el gobierno ...	164
2. Medidas contra la población gitana: la consulta del Gobernador Vázquez de Tablada.....	168
3. Caída de Vázquez de Tablada y nombramiento de Santos Bullón: la estrategia del Confesor Rávago	172
4. Diego de Rojas y Contreras, último gobernador del reinado: muerte de Carvajal y destierro de Ensenada.....	178
Bibliografía.....	185

PARTE II

DERECHOS FUNDAMENTALES Y REPRESIÓN PENAL EN LOS INICIOS DEL CONSTITUCIONALISMO (hasta principios del s. XX)

Capítulo V

Legislación anti-terrorista, Estado de Derecho y Derechos fundamentales. Una aproximación a los límites del Estado en el constitucionalismo moderno	191
---	-----

	<u>Página</u>
<i>Aniceto Masferrer</i>	
Introducción.....	192
1. Un falso dilema en la lucha contra el terrorismo: seguridad vs. derechos fundamentales	198
2. El constitucionalismo moderno en la tradición occidental ..	208
2.1. Breve análisis de sus elementos configuradores.....	212
2.2. El sometimiento del Estado al Derecho: la rule of law norteamericana y la supremacía de la Ley en Francia	217
3. Algunas reflexiones en torno a los derechos fundamentales en los orígenes del constitucionalismo moderno y su actual fragilidad	226
Bibliografía.....	245
Capítulo VI	
La frustrada ley antiterrorista de Maura	255
<i>Juan Sainz Guerra</i>	
1. Las organizaciones obreras y la propaganda por la acción...	256
2. La iglesia como objetivo del terrorismo	280
3. Maura y la frustrada ley antiterrorista	293
4. La guerra de marruecos y el triunfo del anticlericalismo	304
Bibliografía.....	324
Capítulo VII	
La Codificación penal en un período de alteración de los Derechos Fundamentales: el Código Penal de 1928	327
<i>Gabriela Cobo del Rosal Pérez</i>	
1. Introducción.....	328
2. La participación del Poder Ejecutivo en la elaboración de los Códigos penales que anteceden al Código Penal de 1928 ...	333
3. La elaboración y entrada en vigor del código de 1928 en el marco de nuestra codificación penal: grado de injerencias del ejecutivo en el legislativo	341
4. Conclusiones.....	353
Bibliografía.....	355

Capítulo VIII

Terrorismo e independencia en la América Hispánica: la imprenta al servicio de la causa en Argentina	359
<i>María del Carmen Sáenz Berceo</i>	
1. Terrorismo, independencia y libertad de imprenta	360
2. La República Argentina	362
3. La libertad de imprenta en Argentina	367
3.1. <i>Consideraciones previas</i>	367
3.2. <i>Primer decreto de libertad de imprenta</i>	369
3.3. <i>Decreto de libertad de imprenta de 26 de octubre de 1811 ..</i>	374
3.4. <i>Estatuto Provisional del Superior Gobierno de las provincias Unidas del Río de la Plata, de 22 de noviembre de 1811....</i>	376
3.5. <i>Constitución Provisoria de 1811</i>	378
3.6. <i>Estatuto Provisional para dirección y administración del Estado de 5 de mayo de 1815</i>	381
3.7. <i>El Reglamento Provisorio para las Provincias Unidas de Sudamérica de 1817</i>	385
3.8. <i>Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica</i>	386
3.9. <i>Constitución de 1826</i>	387
3.10. <i>Proyectos de Constitución de 1852</i>	388
3.11. <i>Constitución de 1853/60</i>	389
4. A modo de conclusión	391
Bibliografía.....	392

PARTE III

ESTADO DE DERECHO Y LUCHA CONTRA EL TERRORISMO EN EUROPA (1970-2010): UNA APROXIMACIÓN PENAL Y PROCESAL (Unión Europea, Alemania, Italia, Reino Unido y España)

Capítulo IX

La legislación antiterrorista en Europa y la normalización de medidas extraordinarias: hacia la prevención, la vigilancia y la seguridad.....	397
<i>Francesca Galli</i>	
1. Introducción.....	389
1.1. <i>Evoluciones criminológicas y marco teórico</i>	399
2. Medidas antiterroristas y el contexto más amplio de los cambios actuales en el sistema de justicia penal.....	402

2.1. El proceso de normalización: ¿un plano inclinado?	403
2.2. Un cambio hacia la prevención	409
2.3. El desarrollo de un peligroso <i>Feindstrafrecht</i>	412
2.4. «La guerra contra el terror», <i>Täterschuld</i> y los jueces de cruzada	417
3. El camino a seguir	423
3.1. ¿Cómo podemos contrarrestar con las tendencias actuales peligrosas?	423
3.1.1. ¿Disposiciones de emergencia?	423
3.1.2. Medidas de prevención y <i>pre-punishment</i>	426
3.1.3. El restablecimiento de la primacía del sistema de justicia penal	428
Bibliografía	431

Capítulo X

Respuesta legislativa de las democracias occidentales al terrorismo: los casos británico, italiano y alemán (1970-1990) ...	435
<i>Manuela Fernández Rodríguez</i>	
1. Amenaza terrorista y estado de derecho	436
2. El caso británico: el internamiento y la legislación de emergencia de los años 70	437
3. El caso alemán: la limitación del derecho de defensa	445
4. El caso italiano: la ley Reale y las leyes sobre arrepentidos ..	450
Bibliografía	460

Capítulo XI

La legislación antiterrorista británica (1990-2010)	463
<i>Leandro Martínez Peñas</i>	
1. La legislación antiterrorista británica hasta el año 2000	464
2. Terrorism ACT del año 2000	466
3. La reacción legislativa al 11-S8	471
4. La legislación antiterrorista británica en el contexto internacional	483
5. Conclusiones	489
Bibliografía	493

Capítulo XII

Huellas permanentes de los terroristas en el proceso penal. El ejemplo de las limitaciones del derecho a la defensa en la legislación antiterrorista alemana	497
<i>Anna Oehmichen</i>	
1. Introducción.....	498
2. Ejemplos concretos del impacto del terrorismo al derecho a la defensa	500
Bibliografía.....	512

Capítulo XIII

Emergencia y garantías (en el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli)	515
<i>Francesco Biondo</i>	
1. Tres acepciones de garantismo	519
2. Tres etapas de la (constante) emergencia en italia.....	521
3. El paradigma del proceso al enemigo: el caso «7 abril»	525
3.1. <i>Las acusaciones que cambian</i>	527
3.2. <i>Los escritos como pruebas y el caso del arrepentido en fuga...</i>	529
3.3. <i>Las absoluciones y la confirmación necesaria de la hipótesis acusatoria</i>	533
4. Emergencia y estado de derecho. ¿una gran división?.....	534
Bibliografía.....	542

Capítulo XIV

¿Qué fue de la libertad de expresión y la disidencia política en la apología del terrorismo? En busca de su bien jurídico protegido.....	545
<i>Mariona Llobet Angl�</i>	
1. Introducci3n.....	546
2. El bien jurídico protegido.....	552
2.1. <i>En la tradicional figura de la apología</i>	552
2.2. <i>En el actual art. 578 CP: posibilidades</i>	554
2.2.1. <i>El enemigo moral: Derecho Penal de autor</i>	556
2.2.2. <i>El honor de las víctimas del terrorismo o de sus familias</i>	560

2.2.3. Delito de clima como injusto autónomo contra la seguridad colectiva o la paz pública	564
2.2.4. Delito de clima como injusto preparatorio: la incitación indirecta a la comisión de delitos	566
2.2.5. Críticas a los delitos de clima	568
2.2.6. Excurso: la inocuización de sujetos peligrosos	572
2.2.7. La cooperación psíquica con las actividades de una banda armada terrorista.....	572
3. Toma De Postura.....	574
3.1. La ilegitimidad de la tipificación de la apología.....	574
3.2. Algunas formas de enaltecimiento del terrorismo o sus autores como modalidad típica constitutiva de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas del terrorismo o sus familiares	577
3.3. Postura de lege lata: acoger la interpretación más restrictiva posible	579
Bibliografía.....	585

Capítulo XV

La imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo	593
<i>Antonio Fernández Hernández</i>	
1. Introducción.....	593
2. La prescripción de los delitos y de las penas como causa de extinción de la responsabilidad penal	596
3. La imprescriptibilidad en el ordenamiento jurídico español ..	599
4. Imprescriptibilidad del delito de terrorismo con resultado de muerte	604
Bibliografía.....	609

Capítulo XVI

De la restricción de derechos a un «derecho procesal del enemigo».....	613
<i>Fco. Javier Jiménez Fortea</i>	
1. Introducción.....	613
2. La respuesta al terrorismo: las restricciones de derechos y libertades	617
2.1. Las restricciones de derechos y libertades en Reino Unido..	617

2.2. Las restricciones de derechos y libertades en EE UU.....	619
2.3. Las restricciones de derechos y garantías procesales en España.....	623
3. El marco legal de respuesta al terrorismo en España: ¿un «derecho procesal del enemigo»?.....	625
3.1. Terrorismo y «derecho penal y procesal del enemigo».....	625
3.2. Las restricciones de derechos y sus límites.....	629
3.3. Los límites a las restricciones de derechos en nuestro ordenamiento jurídico.....	634
Bibliografía.....	640

Capítulo XVII

La amenaza del terrorismo internacional en la regulación restrictiva de la inmigración.....	647
<i>Lucía Aparicio Chofré</i>	

1. La nueva amenaza del terrorismo internacional.....	648
2. Los inmigrantes como un nuevo enemigo.....	652
3. La criminalización de la inmigración.....	662
4. Un breve apunte sobre las novedades en la regulación del terrorismo internacional y la inmigración en España y la unión europea.....	666
5. Algunos ejemplos prácticos de la aplicación del concepto de orden público como límite a los derechos fundamentales.....	675
6. A modo de conclusión: el envejecimiento demográfico y la cooperación al desarrollo. Desafíos para una nueva política de inmigración.....	681
Bibliografía.....	684

PARTE IV

ESTADO DE DERECHO Y LUCHA CONTRA EL TERRORISMO: UNA APROXIMACIÓN FILOSÓFICA Y ECONÓMICA

Capítulo XVIII

El derecho ante el terrorismo (el marco hermenéutico básico)..	691
<i>Juan Antonio Martínez Muñoz</i>	

1. Introducción.....	692
2. El problema del terrorismo	693
2.1. Su origen	693
2.2. Su originalidad y especificidad	702
3. Su desenvolvimiento	712
3.1. Su confuso significado.....	712
3.2. Su desmesurado alcance	717
3.3. Sus siniestros efectos	724
4. Vías para abordar una solución.....	728
Bibliografía.....	733

Capítulo XIX

La restricción de la libertad en el tratamiento médico en huelga de hambre	737
<i>José Miguel Serrano Ruiz-Calderón</i>	

1. La desatención médica ligada al respeto y a la autonomía..	738
2. Huelga de hambre en el contexto carcelario	743
3. Diferencias entre suicidio, eutanasia y huelga de hambre...	750
4. El nudo de la discusión: alimentación forzada e hidratación...	755
5. El agente político.....	764
Bibliografía.....	768

Capítulo XX

Análisis económico de la respuesta a la amenaza del terrorismo y su impacto sobre las libertades públicas	771
<i>Miguel Puchades Navarro</i>	

1. El análisis económico del terrorismo y los modelos económicos del crimen	772
2. Terrorismo y comportamiento racional	773
3. Análisis de las causas del terrorismo.....	775
4. Los costes del terrorismo	778
5. Nivel óptimo del esfuerzo en seguridad.....	782
6. El papel de la burocracia y la lucha antiterrorista	786
Bibliografía.....	791

Breve CV de los autores	795
--------------------------------------	------------

Capítulo V

Legislación anti-terrorista, Estado de Derecho y Derechos fundamentales: Una aproximación a los límites del Estado en el constitucionalismo moderno

Aniceto MASFERRER

Resumen: el presente artículo recoge un análisis comparado del constitucionalismo moderno que permita entender las claves de la situación actual de la lucha contra el terrorismo, caracterizada por la fragilidad de los derechos fundamentales. Una aproximación comparada a la evolución del ejercicio del poder del Estado de Derecho y sus límites, esto es, los derechos fundamentales de los individuos, revela la existencia de tres marcos o ámbitos distintos que conviene diferenciar: 1) el constitucional; 2) el legislativo; y 3) el doctrinal. Un análisis histórico de estos tres marcos muestra su evolución divergente, cuando no una abierta oposición o contradicción entre ellos, de suerte que mientras las Declaraciones y textos constitucionales modernos han recogido –y siguen recogiendo– unos principios y derechos fundamentales, tales derechos apenas son respetados por unas leyes puestas al servicio de unos Gobiernos cuyos poderes ejecutivos, casi omnímodos, resultan difícilmente limitables y controlables. Si a ello se añade el progresivo debilitamiento de los derechos humanos en el pensamiento postmoderno, tanto en la filosofía del Derecho como en la filosofía política, se comprende la situación a la que se ha llegado actualmente cuando el Estado debe hacer frente a una amenaza como la terrorista, que parece poner en jaque los propios cimientos de los Estados democráticos y de Derecho.

Palabras clave: Constitucionalismo; soberanía; Estado democrático; Estado de Derecho; *rule of law* y principio de legalidad; lucha contra el terrorismo; derechos humanos; derechos fundamentales.

Abstract: This article approaches constitutionalism from an historical and comparative perspective in order to better understand the current situation in the fight against the terrorism and the fragility of fundamental rights. A comparative approach to the development of the rule of law and its limits, that is, the fundamental rights of individuals, reveals the existence of three distinct areas that must be distinguished: 1) the constitutional; 2) the legislative; and 3) the doctrinal. An historical analysis of these three areas shows divergent developments and contradictions. While modern constitutional texts include a growing list of principles and fundamental rights, such rights are barely respected by laws introduced by governments whose almost all-embracing executive powers are difficult to limit and control. Moreover, if the progressive weakening of human rights in post-modern thought is added, as much in legal as political philosophy, it is understandable how the state in its response to terrorism seems to be undermining the foundations of democracy and the rule of law.

Keywords: constitutionalism; sovereignty; democratic State; State of law; Rule of law and legality principle; counter-terrorism; human rights; fundamental rights.

INTRODUCCIÓN

Los atentados terroristas del 11/S de 2001, seguido del que tuvo lugar en Madrid (11/M, 2004) y Londres (7 de julio de 2005) han abierto un debate científico en torno al difícil equilibrio entre la seguridad y la defensa de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo en los Estados democráticos³⁶⁶. En otras palabras, se ha venido debatiendo en qué medida un Estado democrático puede restringir o conculcar los derechos y

366. Sobre esta cuestión, *vid.* la bibliografía recogida al final del presente estudio; sin embargo, *vid.* los recientes estudios de C. MICHAELSEN, «Balancing Liberty against Security? A Critique of Counterterrorism Rhetoric», (2006) *University of New South Wales Law Journal*, vol. 29, núm. 2, pgs. 1-21; BRONITT, S., «Balancing Liberty and Security: Critical Perspectives on Terrorism Law Reform», GANI, M. y MATHEW, P. (eds.), *Fresh Perspectives on the «War on Terror»* (2008), cap. 5; WALDRON, Jeremy: «Security and Liberty: The Image of Balance», *Journal of Political Philosophy* 11 (2003), pgs. 191-210; POSNER, Richard A., *Security versus Civil Liberties*, 288(5) *The Atlantic Monthly* 46-7 (2001); Viet D. DINH, *Freedom and Security after September 11*,

libertades fundamentales de los ciudadanos a fin de garantizar la seguridad nacional. Los abusos cometidos en Guantánamo tras el atentado de las torres gemelas, así como la guerra de Irak, la intervención militar en algunos países y la promulgación en numerosos Estados de leyes encaminadas a establecer medidas preventivas y a castigar crímenes terroristas tras la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, han planteado numerosas incógnitas a estudiosos de diversas disciplinas como el Derecho, la Filosofía y la Ciencia política, entre otras, no fáciles de resolver.

En principio, y en pura teoría, suele admitirse que los derechos humanos constituyen, en general, el límite más allá del cual los Estados no deben rebasar, por muy buenos y loables que sean los fines que se persigan. En la práctica, sin embargo, raras veces existe acuerdo al respecto. Baste con señalar que todavía hoy no existe unanimidad en torno a la noción de acto terrorista o delito de terrorismo, existiendo nociones que divergen en aspectos de cierta relevancia³⁶⁷. Además, tampoco existe unanimidad entre los estudiosos en torno al concepto de derechos humanos, y

25(2) *Harvard J. L. & Pub. Pol.* 399-406 (2002); COLE, David y DEMPSEY, James X., *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Liberties in the Name of National Security* (2002); BROWN, Cynthia (ed.), *Lost Liberties: Ashcroft and the Assault on Personal Freedom* (2003); ZEDNER, Lucia, «Securing Liberty in the Face of Terror: Reflections from Criminal Justice», *Journal of Law and Society* 32 (2005), pgs. 507-533; ROACH, Kent, «Must We Trade Rights for Security? The Choice Between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain», *Cardozo Law Review* 27 (2006), pgs. 2151-2221; WALKER, Clive, «Keeping Control of terrorists without Losing Control of Constitutionalism», *Stanford Law Review* 59 (2007), pgs. 1395-1463; KATYAL, Neal, «Equality in the War of Terror», *Stanford Law Review* 59 (2007), pgs. 1365-1494; algunos de estos estudios –así como otros– han sido reeditados en *Civil Rights and Security* (David DYZENHAUS, ed.), Farnham (UK), Ashgate, 2008.

367. Al respecto, *vid.* ROACH, K., «The Need for a Restrained Definition of Terrorism», en Craig FORCSE and Nicole LAVIOLETTE eds., *The Ottawa Principles on Human Rights and Counter-Terrorism* (Toronto: Irwin Law, 2008), pgs. 97-127; para otra visión, véanse algunos de los estudios de

mucho menos sobre su origen y fundamento³⁶⁸. Algunos sostienen que no son otra cosa que una creación de la cultura occidental que trata de imponerse al resto del mundo. Otros sostienen que son el resultado de un acuerdo plasmado en una serie de *Declaraciones* que siguen gozando de vigencia en la actualidad. Muchos reconocen que los derechos humanos hunden sus raíces en la dignidad humana, pero tampoco parecen tener clara la noción de dignidad humana.

Si se desciende al análisis de determinados derechos humanos en particular, se constata que no existe una jerarquía clara entre ellos, lo cual origina problemas constantes cuando diversos derechos humanos entran en conflicto³⁶⁹. En relación al terrorismo, se discute si existe un «derecho a la seguridad» del ciudadano. A fin de garantizarlo, al Estado se le conferiría la facultad de restringir determinados derechos fundamentales (o civiles) de los individuos como condición necesaria para lograr un clima de seguridad que, una vez obtenido, permitiera poder gozar nuevamente de los derechos temporalmente restringidos.

Bajo esta perspectiva, no parece que los derechos fundamentales hundan sus raíces en la propia dignidad humana, sino que su ejercicio y goce depende más bien del Estado, quien los

Ben SAUL al respecto, por ejemplo, *Defining Terrorism in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), o «Defining “Terrorism” to Protect Human Rights» (October, 29 2008), *Interrogating the War on Terror: Interdisciplinary Perspective* (D. Staines, ed.), pgs. 190-210, Cambridge Scholars Publishing, UK, 2007; Sydney Law School Research Paper núm. 08/125 (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1292059>).

368. Una persuasiva y aguda aproximación a la cuestión de los derechos humanos en la actualidad puede verse en ARSLAN, Zühtü, «Taking Rights less Seriously: Postmodernism and Human Rights», *Res Publica* 5 (1999), pgs. 195-215.

369. Es lo que sucede con el derecho del *nasciturus* y el interés de la madre; la libertad de expresión y la libertad religiosa; la libertad de prensa y el derecho a la intimidad y a la imagen; etc. Sobre el contenido esencial de los derechos humanos, *vid.* el estudio de MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

reconoce o concede con mayor o menor extensión dependiendo de la coyuntura social del momento, cayéndose en una concepción utilitarista de los derechos humanos que permite recortarlos o ampliarlos según convenga en cada momento. Hasta hace bien poco, el Estado se limitaba a reconocer unos derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana; actualmente, como no se sabe –o no se quiere saber– qué es la dignidad humana, ni cuál es el origen de los derechos humanos, es el Estado el que los concede conforme a criterios de «utilidad», terminándose por vaciar el contenido de aquellos derechos fundamentales reivindicados intelectualmente por la Escuela de Salamanca del s. XVI (Francisco DE VITORIA, Domingo DE SOTO, etc.), conquistados políticamente por el Estado liberal del s. XIX, y objeto de reconocimiento expreso y solemne en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (10 de diciembre de 1948), entre muchas otras Declaraciones y tratados internacionales.

El presente artículo recoge un análisis comparado del constitucionalismo moderno que permita entender las claves de la actual situación. Una aproximación comparada a la evolución del ejercicio del poder del Estado de Derecho y sus límites, esto es, los derechos fundamentales de los individuos, revela la existencia de tres marcos o ámbitos distintos que conviene diferenciar: 1) el constitucional; 2) el legislativo; y 3) el doctrinal. Un análisis histórico de estos tres marcos muestra su evolución divergente, cuando no una abierta oposición o contradicción entre ellos, de suerte que mientras las Declaraciones y textos constitucionales modernos han recogido –y siguen recogiendo– unos principios y derechos fundamentales, tales derechos apenas son respetados por unas leyes puestas al servicio de unos Gobiernos cuyos poderes ejecutivos, casi omnímodos, resultan difícilmente limitables y controlables³⁷⁰. Si a ello se añade el progresivo debilitamiento de los derechos humanos en el pensamiento

370. MICHAELSEN, «Balancing Liberty against Security? A Critique of Counterterrorism Rhetoric», pg. 8; en la actualidad existen autores que, en esta línea, sostienen que el poder ejecutivo es el que goza de la mejor posición

postmoderno³⁷¹, tanto en la filosofía del Derecho como en la filosofía política, se comprende la situación a la que se ha llegado actualmente cuando el Estado debe hacer frente a una amenaza

para enjuiciar la conveniencia de recortar algunos derechos y libertades a fin de garantizar la seguridad; en este sentido, *vid.*, por ejemplo, el estudio de POSNER, Eric A. y VERMEULE, Adrian, «Emergencies, Tradeoffs, and Deference», *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*. Oxford, Oxford University Press, 2007, pgs. 15-57 (reedit. en *Civil Rights and Security*, pgs. 23-71); otros, por el contrario, admitiendo que la posición de los jueces no es la mejor en un contexto de emergencia o excepción, entienden que no conviene conferir al ejecutivo plenos poderes ni denegar a los jueces un papel mínimo que sí pueden –y deben– llevar a cabo; al respecto, *vid.* ACKERMAN, Bruce, «This is Not a War», *Yale Law Journal* 113 (2004), pgs. 1871-1907 (reedit. en *Civil Rights and Security*, pgs. 77-113); para una visión divergente del parecer de ACKERMAN, *vid.* el estudio de COLE, David, «The Priority of Morality: The Emergency of Constitution's Blind Spot», *Yale Law Journal* 113 (2004), pgs. 1753-1800 (reedit. en *Civil Rights and Security*, pgs. 115-162).

371. Sobre la noción de derechos humanos en el pensamiento postmoderno decadente, *vid.* BALLESTEROS, Jesús, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Madrid, 1997, 4ª reimpr., pgs. 54-65, donde trata de «los derechos humanos como derechos como derechos subjetivos», describiendo de manera clara y sugerente las negativas consecuencias de la elevación de la propiedad a modelo o prototipo de los derechos humanos. En este sentido, resulta elocuente el siguiente fragmento: «Al hacer hincapié en la asimilación entre derecho y poder de disposición, tanto SAVIGNY como WINDSCHEID no pueden percatarse de la importancia de los derechos de la personalidad, empezando por el derecho a la vida, ya que proclamar un derecho equivale para ellos a proclamar básicamente su poder de disposición ilimitada y ello no puede hacerse en la vida sin incluir inmediatamente el derecho al suicidio. Por otro lado, al subrayar la voluntad como fuente y origen de los derechos, el planteamiento de estos autores, análogamente al de KANT, marginaba de la condición de sujeto de derecho a aquellos que no estuvieran en condiciones de ejercer por sí mismos sus derechos. La identificación de los derechos humanos con los derechos de propiedad o de libre disposición y enajenación –en terminología técnico-jurídica, derechos subjetivos– justifica, o al menos explica, parte de la crítica que les ha sido dirigida desde planteamientos no individualistas» (pgs. 62-63); para una visión de la superación de esa concepción liberal individualista de los derechos humanos, véanse las pgs. 146-158, donde los derechos humanos son presentados como «derechos inalienables», no basándose ya en la mera voluntad del individuo.

como la terrorista, que parece poner en jaque los propios cimientos de los propios Estados democráticos y de Derecho³⁷².

Como los límites del presente estudio nos impiden abordar estos ámbitos o marcos como se merecerían, nos centraremos fundamentalmente en el primero, aunque también recogeremos algunas referencias sobre el segundo y tercero, de suerte que pueda vislumbrarse mínimamente la –ya referida– diversa –e incluso antagónica– evolución. Como se verá, de poco sirve el reconocimiento de algunos derechos fundamentales en las Declaraciones y textos constitucionales si luego el legislador, en cada Estado, goza *de facto* de la facultad de promulgar leyes que, con el objeto de apaciguar o aplacar conflictos sociales o amenazas contra la estabilidad política, ejercen o se sirven de la violencia³⁷³, o contienen medidas de dudosa constitucionalidad. En este contexto, jamás han faltado autores y doctrinas que han justificado la legitimidad del Estado en un ejercicio del poder casi ilimitado a fin de proteger a los propios individuos. En este sentido, no hay que olvidar que el Gobierno nazi o nacionalsocialista alemán contó con una importante corriente doctrinal que aportó una fundamentación teórica que venía a legitimar (o justificar) un desmesurado ejercicio de la soberanía³⁷⁴.

372. CAMPBELL, Tom, Series Preface to «The International Library of Essays on Rights», *Civil Rights and Security* (David DYZENHAUS, ed.). Farnham (UK), Ashgate, 2008: «Much of contemporary moral, political and legal discourse is conducted in terms of rights and increasingly in terms of human rights. Yet there is considerable disagreement about the nature of rights, their foundations and their practical implications and more concrete controversies as to the content, scope and force and particular rights».

373. Sobre la violencia política en el contexto de un Estado democrático, *vid.* el estudio de BALLESTEROS, Jesús, «La violencia hoy: sus tipos, sus orígenes», en AA VV, *Ética y política en la sociedad democrática*, Madrid, Espasa-Calpe, 1980, pgs. 265-315, en particular, pgs. 293-307; al respecto, *vid.* también su estudio más reciente, *Repensar la paz*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2006.

374. SCHMITT, Carl, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (trans. by G. SCHWAB). Chicago, University of Chicago Press, 2005; al respecto, *vid.* la nota al pie núm. 370.

El estudio se divide en tres partes. La primera tiene por objeto presentar, de una manera breve y sintética, el falso dilema que ha surgido entre la seguridad y la protección de los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. En la segunda parte se muestran los orígenes del Estado de Derecho en la tradición Occidental, poniendo de relieve la evolución que ha experimentado el ejercicio del poder por el Estado de Derecho y sus límites, esto es, los derechos fundamentales de los individuos, profundizando en particular en el marco constitucional, si bien algo se dirá respecto a los otros dos, es decir, al legislativo y al doctrinal. Finalmente, la tercera parte recoge –a modo de conclusión– algunas consideraciones sobre la fragilidad de los derechos humanos en la actualidad.

1. UN FALSO DILEMA EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO: SEGURIDAD VS. DERECHOS FUNDAMENTALES

La lucha de los Estados democráticos por erradicar –previniendo y castigando– los actos terroristas constituye un marco privilegiado para observar y analizar en qué medida la sociedad Occidental cree en los derechos fundamentales reivindicados por los autores ilustrados y cristalizados en los textos constitucionales modernos tras una etapa histórica de ejercicio absolutista o despótico del poder del Estado. Desde entonces, como se verá, el Estado está sometido al Derecho, no pudiendo ejercer el poder al margen del Derecho. El sometimiento del Estado al Derecho afecta a todo, incluyendo también, por tanto, la lucha contra el terrorismo³⁷⁵. Sin embargo, el giro copernicano que experimen-

375. A este respecto, *vid.* la *Declaration on Upholding Human Rights and the Rule of Law in Combating Terrorism*, denominada la *Berlin Declaration* (International Commission of Jurists, Geneva: ICJ, 2004, online: www.icj.org/IMG/pdf/Berlin_Declaration.pdf); *vid.* también el reciente estudio de AA VV, *El Estado de Derecho frente a la amenaza del nuevo terrorismo*, en *Teoría y Derecho*, núm. 3, 2008; aunque sea menos reciente, *vid.* también GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*,

taron las leyes anti-terroristas promulgadas tras el 11/S muestra que tales Derechos, a día de hoy, resultan en algunos aspectos más frágiles y precarios que antaño, ofreciendo una débil protección a los individuos frente a las presiones ejercidas por algunos *lobbies* y organizaciones internacionales que, al contar con el apoyo de unos Estados con un poder público omnímodo y una propaganda mediática imponente, en ocasiones terminan por «crear» derechos donde nunca han existido y vacían de contenido aquellos que antaño enarbolaron ellos mismos o nuestros antepasados, dejando a las personas inermes y sin verdaderos derechos.

En efecto, los ataques terroristas ocurridos en Estados Unidos el 11/S de 2001 llevaron consigo un cambio de dirección en las prioridades de los sistemas penales del mundo Occidental. Se ha llegado a afirmar que tales actos terroristas, así como los acontecidos en Madrid en el 11/M de 2004, y en Londres en julio de 2005, constituyen una amenaza a la vida y convivencia de los países democráticos.

En este sentido, el debate surgido tras el 11/S en torno a la expansión del poder del Estado en la lucha contra el terrorismo ha desembocado en una dicotomía sobre primacía entre el principio de seguridad y el de la libertad o derechos fundamentales del individuo³⁷⁶. La doctrina según la cual la seguridad está íntimamente unida a la idea de respeto y protección de los derechos

Lección inaugural del curso 2005/2006, Ed. Universitat Jaume I, Castellón 2005; CATALINA BENAVENTE, M. A., *La restricción de los derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo*, Ed. Fundación Alternativas, Madrid, 2006.

376. Al respecto, *vid.* la bibliografía recogida en la nota al pie núm. 366; véanse también algunos documentos como los *Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information* (Commission on Human Rights, UN ESCOR, 52 Sess., item 8 Annex, UN Doc. E/CN.4/1996/39 [1996]); o la *Declaration on Upholding Human Rights and the Rule of Law in Combating Terrorism*, called the *Berlin Declaration* (International Commission of Jurists, Geneva: ICJ, 2004, online: www.icj.org/IMG/pdf/Berlin_Declaration.pdf); la OSCE-ODIHR elaboró un Manual para su

fundamentales liberales ha gozado de un particular predicamento en el reformismo legal en materia de terrorismo en todo el mundo Occidental, afectando tanto a los países de la tradición continental como a los del *common law*. Al erigirse el principio –o idea– de seguridad en derecho fundamental, no pocos parlamentos han promulgado leyes anti-terroristas con las que se criminalizan como «actos terroristas» conductas sin intención de causar daño alguno. En este contexto se ha llegado a defender la conveniencia de que el Estado disponga de los medios necesarios para poder garantizar, no en pura teoría sino en la práctica, la seguridad de los ciudadanos, a expensas –si resulta conveniente u oportuno– de la protección de sus derechos fundamentales.

Si bien una parte de la doctrina ha sabido justificar una intervención del Estado que va más allá del Derecho penal ordinario, bien con la noción del «Derecho penal del enemigo»³⁷⁷, bien con el uso de categorías tan conocidas como el de la legítima

empleo por los Gobiernos al preparar y redactar leyes antiterroristas en conformidad con los derechos humanos (*vid.* http://www.osce.org/odihr/item_11_28294.html); *International Council of Human Rights Policy* está llevando a cabo un proyecto que aborda esta misma cuestión, con el título «Terrorism and Human Rights» (<http://www.ichrp.org/en/projects/129>); *vid.* también Craig FORCESE and Nicole LAVIOLETTE (eds), *Human Rights of Anti-terrorism*, Toronto: Irwin Law Books (2008); en esta línea, y en el contexto español, cabe destacar varias iniciativas llevadas a cabo por la *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior* (FRIDE).

377. Al respecto, *vid.* JAKOBS, G., *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2003; see also AA VV, *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (coords. CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.), vols. 1 y 2, ed. Edisofer, Montevideo-Buenos Aires, 2006; GÜNTHER, J. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, ed. Civitas, Madrid, 2006; PÉREZ CEPEDA, A.I., «El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal», in *Derecho penal de excepción: terroristas e inmigrantes* (coord., Luz María PUENTE ALBA). Tirant lo Blanch, 2007, pgs. 95-138 (publicado también en *El Derecho penal frente a la inseguridad global*. Ed. Bomarzo, Albacete, pgs. 85-122); GRACIA MARTÍN, L., «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-02 (2005).

defensa³⁷⁸, no siempre han resultado convincentes los autores que se han propuesto defender la lucha contra el terrorismo desde el respecto y salvaguarda de los derechos humanos (el denominado «human rights approach to counter-terrorism»)³⁷⁹.

Cabe entender que si es el Estado el que crea y concede los derechos a los ciudadanos, también el Estado, si esgrime razonamientos de orden público (*Public reason*), podría suspender, restringir o conculcar tales derechos. Entiendo que si los derechos fundamentales carecen de otra legitimación que la de haber sido pactados, siguiendo las tesis contractualistas de buena parte de la actual filosofía política (John RAWLS, DWORKIN, etc.), tales derechos pueden verse suspendidos, restringidos o conculcados por la misma vía, pues, al no existir una realidad previa a la sociedad política (esto es, realidad natural pre-política), y estar ésta compuesta –según el modelo rawlsiano– por «free and equal individuals», es la misma sociedad política la que debe decidir, sin referencia alguna a realidades o instituciones naturales previas o pre-políticas, cómo afrontar una amenaza contra la seguridad de la misma sociedad política. En este sentido, con razón cabe preguntarse si las libertades individuales son derechos humanos o tan sólo derechos del ciudadano³⁸⁰. En este

378. WALLERSTEIN, Shlomit, «The State's Duty of Self-Defence: Justifying the Expansion of Criminal Law», L. LAZAROS & B. GOOLD (eds), *Security and Human Rights*. Hart Publishing, 2007, pgs. 277-303.

379. Al respecto, *vid.* la bibliografía recogida en las notas al pie nn. 366 y 376; véanse también los estudios que, en torno a esta cuestión, ha publicado Daniel MOECKLI, entre los que cabe destacar, «Human Rights Strategies in an Age of Counter-Terrorism» (July 30, 2008), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1189722>; «Terrorist Profiling and the Importance of a Proactive Approach to Human Rights Protection (December 16, 2006)», disponible en <http://ssrn.com/abstract=952163>; *Human Rights and Non-discrimination in the "War on Terror"*. Oxford University Press, 2008 (las primeras páginas pueden verse en <http://ssrn.com/abstract=1161103>); *vid.* también el estudio de KIELSGARD, Mark D: «A Human Rights Approach to Counter-Terrorism» (April 18, 2006), *California Western International Law Journal*, vol. 36, núm. 2, pg. 249, 2006 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=1645864>).

380. Al respecto, *vid.* el estudio de NORTON, Jerry E., «Liberty: A Human Right, or a Citizen Right», *Loyola University Chicago Law Journal* 36 (2005),

marco contractualista, no es extraño que las tesis utilitaristas hayan venido gozando de un especial predicamento desde el s. XVIII con ROUSSEAU (*Du contrat social*, 1762) y VOLTAIRE, si bien éstos no hicieron otra cosa que seguir la estela marcada por autores del siglo anterior, en particular la de Thomas HOBBS (*Leviathan, or the Matter, Forme, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*; y *Philosophical Rudiments concerning Government and Society*, publicadas ambas en 1651) y John LOCKE (*Two Treatises of Government*, 1689).

Se ha dicho, no sin razón, que vivimos en el «tiempo de los derechos» o «age of rights»³⁸¹, feliz expresión que constituyó el título de la versión inglesa de un conocido libro publicado en italiano, a comienzos de los años ochenta, por Norberto BOBBIO. Según este filósofo y jurista italiano, entre los caracteres negativos de nuestro tiempo, cabía destacar uno de signo positivo: la creciente importancia dada en los debates internacionales, entre hombres de cultura y políticos, en seminarios de estudio y en conferencias gubernamentales, a la cuestión de los derechos humanos, lo que le llevó a calificar el final del s. XX y el s. XXI como el «tiempo de los derechos».

Desde una perspectiva histórica, la sociedad jamás ha disfrutado del ejercicio de los derechos como hoy en día, si bien esto ha propiciado el olvido de las correspondientes obligaciones que esos derechos llevan consigo. Puede hablarse de un triunfo de unos derechos sin sus correspondientes obligaciones y responsabilidades. En esta línea, por ejemplo, el hombre postmoderno no acepta la producción de un daño que no genere en alguien responsabilidad de su resarcimiento, exigiendo al Estado en último término la compensación debida.

pgs. 565-577, en el que se plantea si la libertad de movimiento es un derecho que en Estados Unidos corresponde a todos los seres humanos o tan sólo a los que ostentan la ciudadanía norteamericana.

381. BOBBIO, N., *The Age of Rights*, trad. por A. Cameron (Cambridge: Polity Press, 1996), pg. 32.

Los efectos de esta nueva mentalidad social han sido notables, cambiando por completo tanto la percepción del Derecho en general, como ámbitos o ramas jurídicas particulares. Así, por ejemplo, la responsabilidad extracontractual ha experimentado un innegable cambio, pasando a regirse de un criterio responsabilidad por culpa a otra denominada objetiva (*strict liability*). El Derecho penal, por su parte, se ha transformado en el marco del nuevo contexto global, experimentando un proceso de expansión que ha sido denunciado por algunos penalistas³⁸². En esta línea, el surgimiento del denominado «Derecho penal del enemigo» constituye un ejemplo paradigmático³⁸³, al intentar resolver los nuevos desafíos sociales empleando una legislación penal desprovista de las garantías de los derechos civiles y las libertades, propias del Derecho penal liberal del s. XIX. La teoría del Derecho ha sustituido los derechos naturales universales por otras reglas o referencias éticas cuyo fundamento no es otro que el consenso democrático, fruto del contrato social, dejando en ocasiones los actuales derechos en una situación más vulnerable que el de los antiguos –y vituperados– derechos naturales.

También la ciencia política muestra hasta qué punto la política instrumentaliza o «juega» con el terrorismo, buscando réditos políticos o electorales³⁸⁴, merced a la denominada «*uncivil politics of law reform*»³⁸⁵.

Desde una perspectiva sociológica, se constata que al ciudadano medio le preocupa notablemente la amenaza terrorista y parece estar de acuerdo en que los terroristas deberían ser perse-

382. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2001.

383. Al respecto, *vid.* la bibliografía recogida en la nota al pie núm. 377.

384. MICHAELSEN, C., «Australia's Counterterrorism Law and Policy in the Aftermath of 9/11: A Return to the Dark Ages?», en George KASSIMERIS (ed.), *Playing Politics with Terrorism* (London: C. Hurst & Co. and New York: Columbia University Press, 2007), pgs. 250-276.

385. BRONITT, «Balancing Liberty and Security: Critical Perspectives on Terrorism Law Reform», pgs. 73-78.

guidos y castigados severamente, admitiendo, si fuera preciso, la posibilidad de que sus propios derechos sean restringidos con tal de que vea garantizada su seguridad frente a cualquier posible atentado terrorista³⁸⁶.

Si así discurre a día de hoy el ciudadano, no cabe sorprenderse de que no exista unanimidad entre los estudiosos en torno a la forma adecuada de luchar contra el terrorismo sin conculcar los derechos y libertades fundamentales. Algunos han puesto de manifiesto la fragilidad y los peligros del utilitarismo y de las tesis consecuencialistas en la protección de los derechos humanos³⁸⁷, pero la actual corriente posmodernista parece incapaz de encontrar otra fundamentación filosófica que, siendo mínimamente consistente, colme el vacío que dejaron hace dos siglos unos derechos naturales que al poder público correspondía su reconocimiento y protección³⁸⁸.

A mi juicio, es precisamente la falta de una noción y fundamentación consistente de los derechos lo que dificulta –en parte, por lo menos– el esclarecimiento de la relación entre los derechos/libertades civiles y la seguridad. ¿Qué se entiende con la expresión «seguridad»?³⁸⁹ ¿Cuál es la diferencia entre «seguri-

386. Hace no mucho tiempo, una estudiante mía de postgrado de mi Universidad rechazó de forma muy educada mi propuesta de este tema para su tesis doctoral, arguyendo que no estaba completamente de acuerdo con la idea de proteger los derechos de los posibles o supuestos terroristas en la aplicación de las medidas de inteligencia, así como de las policiales, judiciales y punitivas, encaminadas a su investigación, persecución, detención, procesamiento y condena.

387. MICHAELSEN, «Balancing Liberty against Security? A Critique of Counterterrorism Rhetoric», pgs. 8-11; BRONITT, «Balancing Liberty and Security: Critical Perspectives on Terrorism Law Reform», pgs. 66-67; al respecto, *vid.* también el estudio de WALDRON, J., «Security and Liberty: The Image of Balance», (manejamos su reedit. en *Civil Rights and Security*, pgs. 3-22).

388. ARSLAN, «Taking Rights less Seriously: Postmodernism and Human Rights», pgs. 210-215.

389. Sobre la noción de seguridad en la actual cultura liberal, *vid.* RECASENS I BRUNET, A., «Globalización, riesgo y seguridad: el continuóse de lo que alguien empezó», en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*,

dad nacional» y «seguridad humana»?³⁹⁰ ¿Qué relación existe entre la «seguridad humana» y los «derechos humanos»?³⁹¹ ¿Entre «seguridad internacional» y «seguridad humana»?³⁹² ¿Cuál es el contenido real de la expresión «seguridad humana»?³⁹³ ¿Existe o puede hablarse de un derecho a la seguridad y, en su caso, cuál es su alcance?

Éstas son algunas de las cuestiones que requieren respuestas claras. Sin embargo, actualmente no existe acuerdo alguno al respecto, al tiempo que se carece de un modelo claro de legislación anti-terrorista que garantice el respeto de los derechos fundamentales. Al contrario, la legislación antiterrorista ha experimentado una transformación consistente en pasar de un modelo

(AGRA, DOMÍNGUEZ, GARCÍA AMADO, HEBBERECHT, RECASENS, eds.), *Atelier*, 2003; véanse también las Actas de Comunicaciones presentadas a las XXª Jornadas Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, celebradas en Málaga los días 11 y 12 de marzo de 2005, bajo el título *Libertad y seguridad. La fragilidad de los derechos* (Málaga, 2006); *vid.* el estudio de RAMÓN CHORNET, Consuelo y BERMEJO GARCÍA, Romualdo (eds.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*. Valencia, Publicaciones de la Universitat de València -Tirant lo Blanc, 2006; o el de BERNUZ BENEITEZ, Mª José y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (coord.), *La tensión entre Libertad y Seguridad. Una aproximación sociojurídica*. Universidad de La Rioja (Col. Jurídica, 22), 2006, donde aparece, por ejemplo, el interesante análisis de SAN MARTÍN SEGURA, D., «Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo», pgs. 71-106; véase también LEAL MEDINA, J., «El Derecho a la seguridad colectiva: un derecho fundamental en permanente expansión y progresión», *La Ley*, núm. 6363 (2005), pgs. 1-5.

390. Al respecto, *vid.* BALLESTEROS, *Repensar la paz*, pgs. 112-113.

391. Al respecto, *vid.* el estudio de OBERLEITNER, G., «Porcupines in Love: The Intricate Convergence of Human Security and Human Rights», A. MELBOURN and G. GUNNER (eds.), *Human Rights, From the Frontiers of Research*. Stockholm, Justus Förlag, 2005.

392. Al respecto, *vid.* el estudio de LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia, «Seguridad humana y seguridad internacional: elementos clave para la paz», *Seguridad, defensa y desarrollo en el contexto internacional actual*, Madrid, Eunsa, 2010, pgs. 169-203.

393. GANI, Miriam, «Upping the Ante in the “War on Terror”», Patty Fawcner (ed.), *A Fair Go in an Age of Terror* (2004), 97-101.

preventivo a otro cautelar (*pre-emptive and precautionary model*), según el cual, «como el riesgo del daño –causado por el ataque terrorista– es incierto e impredecible, y sus efectos podrían ser irreversibles, la inexistencia de certeza o base científica con respecto a la naturaleza del daño o sus consecuencias no justificarían la no-acción (o no-intervención) por parte del Estado»³⁹⁴. Este modelo de legislación antiterrorista refleja un sistema de justicia criminal que tiende a reclamar unos poderes especiales que le permitan hacer frente a los «crímenes y riesgos especiales»³⁹⁵, surgidos en el marco de una «sociedad de riesgo» («*risk society*»)³⁹⁶.

Resulta innegable la existencia de un rasgo característico del actual discurso político y académico con respecto a la estrategia y legislación antiterrorista surgida tras el 11 de septiembre: el de plantearse la conveniencia de restringir los derechos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo internacional de una forma efectiva³⁹⁷.

Según el parecer de algunos, nada debiera impedir tal restricción de derechos, habida cuenta de que lo que está en juego es precisamente la democracia liberal, la cual constituye el principal motivo, objetivo y enemigo de los terroristas. En esta línea, no cabría admitir que los mismos mecanismos que protegen el individuo del poder excesivo del Estado dificultaran –o imposibilitaran– luego al Gobierno responder de forma efectiva a la amenaza terrorista. Según este planteamiento, pues, las libertades civiles y los derechos humanos no serían otra cosa que una mera conveniencia política para su disfrute tan sólo en tiempos de bonanza³⁹⁸.

394. BRONITT, «Balancing Liberty and Security: Critical Perspectives on Terrorism Law Reform», pg. 78.

395. WALKER, Clive, «50th Anniversary Article: Terrorism and Criminal Justice, Past, Present and Future», *Criminal Law Review*, 2004, pg. 325.

396. BECK, U., *Risk Society: Towards a New Modernity*, London, Sage, 1992.

397. MICHAELSEN, «Balancing Liberty against Security? A Critique of Counterterrorism Rhetoric», pgs. 1-2.

398. MICHAELSEN, «Balancing Liberty against Security? A Critique of Counterterrorism Rhetoric», pgs. 1-2.

Según el parecer de otros, es precisamente en los tiempos de crisis cuando el Estado democrático debiera adherirse de manera estricta a sus genuinos principios. En esta línea, los derechos fundamentales perderían todo su efecto si fueran revocables en situaciones críticas o de necesidad. Además, sostener que resulta necesario privar a los individuos de sus derechos y libertades para mantener la seguridad significaría situar al Estado al nivel de los terroristas, para quienes el fin justifica los medios³⁹⁹. En este sentido, se ha señalado la falsedad de sostener que la restricción de los derechos fundamentales constituye un requisito para fortalecer al Estado en la lucha contra el terrorismo. Y aunque pudiera ser cierto, en ese caso no cabría olvidar que tal opción también desembocaría ineludiblemente en la falta de seguridad del ciudadano frente al Estado⁴⁰⁰.

En definitiva, la controversia en torno a la dicotomía o difícil equilibrio entre la seguridad y la protección de los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo concierne a la clásica cuestión de los límites del poder del Estado frente al individuo, esto es, a sus derechos fundamentales que, como se decía al principio de este estudio, fueron reivindicados intelectualmente por la Escuela de Salamanca (Francisco DE VITORIA, Domingo DE SOTO, etc.), en el s. XVI, en el contexto del descubrimiento y colonización de América, y conquistados políticamente como consecuencia de la caída de los regímenes absolutistas y la instauración del Estado liberal desde finales del s. XVIII –primera mitad del s. XIX–. Con el advenimiento del régimen político liberal se inició el constitucionalismo moderno, merced al cual la soberanía del Estado residía en la nación, el Estado quedaba sometido al Derecho y su poder limitado, tanto por la mera sepa-

399. MICHAELSEN, «Balancing Liberty against Security? A Critique of Counterterrorism Rhetoric», pgs. 1-2.

400. MICHAELSEN, «Balancing Liberty against Security? A Critique of Counterterrorism Rhetoric», pgs. 7-8; según este autor, es falso pensar que la libertad requiere equilibrarse con la seguridad a fin de reforzar la posición del Estado en la lucha antiterrorista.

ración o división de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, como por el reconocimiento a los individuos de sus derechos fundamentales, cuya protección y salvaguarda constituía la *raison d'être* del mismo Estado.

¿En qué medida la situación actual muestra una involución o retroceso histórico? Veamos hasta qué punto un análisis histórico del constitucionalismo moderno puede ofrecer las claves necesarias que ayuden, por una parte, a entender el surgimiento de la –real o aparente– dicotomía entre la seguridad y los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo, y a ofrecer, por otra, posibles soluciones que permitan al Estado garantizar la seguridad de los individuos sin tener que conculcar unos derechos para cuya salvaguarda ha sido precisamente constituido.

2. EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO EN LA TRADICIÓN OCCIDENTAL

Se ha afirmado –y con razón– que «Constitución es un término antiguo; la idea constitucional, un concepto contemporáneo»⁴⁰¹. En efecto, no cabe confundir las constituciones antiguas con el constitucionalismo⁴⁰², o con la «constitución» en el sentido moderno de la expresión⁴⁰³.

401. CLAVERO, Bartolomé, *Evolución histórica del Constitucionalismo español*. Madrid, 1984 (manejamos la 2ª reimpresión, 1986), pg. 15.

402. La noción de «constitucionalismo» lleva implícito su mismo proceso de evolución histórica, del que no puede desprenderse; al respecto, *vid.* JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El Constitucionalismo*. Oñati, IVAP, 2001, pg. 13.

403. Según el parecer de TOMÁS Y VALIENTE, «es oportuno, pues, reservar el término Constitución a aquellas leyes que regulen los poderes del Estado y que reconozcan y garanticen los derechos fundamentales de los ciudadanos como límites frente al Estado y como exigencias esgrimibles contra el mismo, partiendo de unos principios democráticos cuya raíz consista en la proclamación de la soberanía del pueblo, esto es, en el reconocimiento de que todos los poderes del Estado emanan del pueblo y encuentran su límite y su fin en la realización de unos valores democráticos explícitos y condensados en estos dos: la libertad y la igualdad» (TOMÁS Y VALIENTE,

Resulta innegable que el significado de las constituciones contemporáneas poco tiene que ver con el que habían tenido las constituciones imperiales promulgadas por el emperador romano, proceder que luego sería emulado por otros emperadores y monarcas en los siglos medievales y modernos⁴⁰⁴. En este sentido, aunque pueda hablarse de la «constitución» española del s. XVIII⁴⁰⁵, tal noción nada que ver tiene con las constituciones liberales que surgirían tras derrocar las estructuras políticas, económicas, jurídicas y sociales del Antiguo régimen. En este sentido, la idea moderna de constitución resulta incompatible con un sistema político de absolutismo monárquico, el existente en el contexto español y europeo del s. XVIII, salvo en Inglaterra cuyo proceso revolucionario ya había tenido lugar en el XVII (Gloriosa Revolución de 1688). Tal incompatibilidad no provenía de la forma de gobierno monárquica, sino de su carácter absolutista. En efecto, el poder real terminó gozando de una

Francisco, «Prólogo» a *Los inicios del constitucionalismo español: de las Cortes de Cádiz a la crisis de la Monarquía absoluta (1808-1833)*. Valencia, Universidad de Valencia, 1980, pg. 10); tratándose de una definición prescriptiva –que no descriptiva–, es decir, al contener la ideología propia del autor, el lector podría discrepar, no compartiendo las consecuencias que de tal definición se derivan con respecto a la valoración o calificación de las diversas Constituciones españolas (al respecto, *vid.* –a título de ejemplo– la clasificación contenida en la nota al pie núm. 417).

404. En algunos territorios históricos como el Principado catalán, sin embargo, la noción de «constitución» se había reservado para denominar aquella fuente normativa cuya iniciativa o aprobación requería el consentimiento de los estamentos reunidos en las Cortes, no pudiendo luego el monarca modificarla de forma unilateral, siendo así no en virtud del reconocimiento de una supuesta soberanía de los representantes de los estamentos presentes en las Cortes, sino merced a un pacto, acuerdo o contrato entre éstos y el monarca, quedando ambas partes vinculadas jurídicamente por el mismo. Es el reflejo legislativo del denominado sistema político pactista propio de los reinos peninsulares de la Corona de Aragón (Aragón, Cataluña, Valencia y Mallorca).
405. CORONAS, Santos M., «Las Leyes fundamentales del Antiguo Régimen», *Estudios de Historia del Derecho Público*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pgs. 218-310.

soberanía absoluta que, residiendo en la persona del monarca (o institución monárquica), carecía de límites⁴⁰⁶.

Fue precisamente el establecimiento de límites al –entonces, generalizado– sistema político absolutista la razón de ser de la moderna noción de constitución, merced a la cual se perseguía salvaguardar al individuo del excesivo poder que el Estado, que terminó identificándose con el monarca («el Estado soy yo», llegaría a decir Luis XIV)⁴⁰⁷, había venido acumulando desde su creación a principios de la Edad Moderna (s. XV y XVI)⁴⁰⁸.

En esta línea, la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) recogió claramente qué se requería para que pudiera hablarse de una sociedad con Constitución:

«Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no haya sido asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución⁴⁰⁹.»

406. Como es sabido, el absolutismo monárquico fue el resultado de proceso lento y gradual al que contribuyó decisivamente Jean Bodin (1530-1596) en el s. XVI, que llegó a sostener la soberanía real con siguientes términos: «Maiestas est summa in cives ac súbditos legibus solute potestas» (*Six livres de la république*, libro I, cap. VIII). Se trata del texto clásico de la teoría moderna de soberanía. En efecto, esta definición de la *souveraineté* o de la *summa potestas* como *in cives ac súbditos legibus soluta potestas* («poder sobre los ciudadanos y súbditos no sujeto a las leyes»), constituye la base teórica del poder soberano del Estado como poder supremo, permanente, indivisible y, en un principio, jurídicamente irresponsable. Sin embargo, conviene no perder de vista que Jean Bodin jamás concibió una noción ilimitada de soberanía, habida cuenta de que ésta no podía transgredir las leyes divinas, las leyes naturales y el *ius gentium*.

407. *L'État, c'est moi* en su versión francesa, o *Der Staat bin ich* en su versión alemana.

408. Una síntesis sobre el surgimiento del Estado moderno y la noción de soberanía en la época moderna hasta la Revolución francesa puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid, 1994, pgs. 97 y ss.; sobre la noción de soberanía en la tradición jurídica anglosajona, *vid.* LOUGHLIN, Martin, *The Idea of Public Law*. Oxford University Press, 2003, pgs. 72-98.

409. Art. 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789); los textos constitucionales básicos citados a lo largo de este estudio han sido

En realidad, tanto la separación de poderes como la garantía de los derechos fundamentales se encaminaban a un objetivo común, a saber, el de establecer y garantizar un espacio de libertad para el individuo, y de no injerencia del Estado en el mismo. Para ello, se requería que el nuevo poder público, estructurado en poderes distintos, que no completamente independientes, se sometiera al Derecho (*rule of law*) en Estados Unidos⁴¹⁰, o a la legalidad (principio o supremacía de un Derecho legalizado) en Francia⁴¹¹.

El sometimiento de todos los poderes públicos al Derecho (*rule of law*) o a la legalidad (supremacía de la ley, entendida ésta como la expresión de la voluntad general), así como la salvaguarda de los derechos fundamentales (también entendidos como derechos subjetivos)⁴¹², descansaban en un principio previo

extraídos de las siguientes ediciones: respecto al ámbito comparado, *Textos básicos de la Historia constitucional comparada* (ed. y prólogo a cargo de J. VARELA SUANZES). Madrid, CEPC, 1998; respecto a España, *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1978)* (recopil. y prólogo a cargo de E. TIERNO GALVÁN). Madrid, Tecnos, 1984; y *Las Constituciones de España* (recopil. y prólogo a cargo de Jorge ESTEBAN). Madrid, CEPC, 2000.

410. LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, pg. 75; sobre esta cuestión, *vid.* también KRIEGLER, Blandine: *The State and the Rule of Law* (trans. by M. A. LEPAIN and J. C. COHEN). Princeton, Princeton University Press, 1995.
411. Sobre la supremacía de la ley en la Revolución francesa, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos*, pgs. 108 y ss.; un análisis comparativo entre la supremacía de la ley en la Revolución francesa y el *rule of law* anglosajón puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos*, pgs. 145-152.
412. Sobre la noción de derechos naturales en las Constituciones modernas (particularmente en Estados Unidos y Francia), *vid.* LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, pgs. 117-125; sobre la declaración de derechos en los primeros textos constitucionales franceses, *vid.* DUGUIT, León, *Manual de Derecho constitucional*. Madrid, 1937, pgs. 203 y ss.; una síntesis sobre la evolución del concepto de Derecho subjetivo desde el Derecho romano hasta la Revolución francesa puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos*, pgs. 47-96; sobre la articulación entre ley y derechos en la Revolución francesa, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos*, pgs. 114-124; VARELA SUANZES, Joaquín, «Derechos y libertades en la historia constitucional, con especial referencia a España», *ibídem*, *Política y Constitución en España (1808-1978)*. Madrid, CEPC, 2007, pgs. 109-119.

y fundamental al que todavía no se ha hecho referencia. En efecto, pese a que el mencionado precepto de la *Declaración* tan sólo establecía la separación de poderes y la garantía de los derechos fundamentales como requisitos de la moderna noción de Constitución, lo cierto es que existía también otro requisito, previo y presupuesto de los ya mencionados, que resultaba por otra parte imprescindible: el principio de la soberanía nacional. En otras palabras, la titularidad del poder no residía ya en el monarca, sino en la nación⁴¹³, si bien su ejercicio podía ser luego compartido por éste como jefe del Poder ejecutivo. De hecho, la historia del principio de soberanía aparece estrechamente ligada a la propia evolución de la institución monárquica, hasta el momento en el que, reservándose la nación la titularidad exclusiva de la soberanía, al monarca le quedó tan sólo una participación secundaria en el ejercicio de la potestad legislativa: una evolución que pasa de la monarquía absoluta hasta la monarquía constitucional, pasando por la monarquía limitada⁴¹⁴. Y dentro de la etapa constitucional, «la institución monárquica moderna ha ido evolucionando en Occidente a medida que se ha ido imponiendo el principio democrático expresado en el concepto de soberanía nacional primero, y de soberanía popular, después»⁴¹⁵.

2.1. BREVE ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS CONFIGURADORES

Soberanía nacional

El principio de soberanía nacional o popular fue, pues, una creación o invención del constitucionalismo moderno⁴¹⁶, sin el

413. Para una panorámica general sobre la sustitución de la nación al rey en la titularidad del poder o soberanía en la Revolución francesa, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos*, pgs. 102-114.

414. PAPELL, Antonio: *La monarquía española y el Derecho constitucional europeo*. Barcelona, Edit. Labor, 1980, pgs. 15-16.

415. PAPELL, *La monarquía española y el Derecho constitucional europeo*, pg. 21.

416. La idea de soberanía popular como una «invención» aparece descrita y defendida en MORGAN, Edmund S., *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*. Madrid, Siglo veintiuno editores, 2006.

cual no cabría hablar de auténtica constitución⁴¹⁷. Los primeros textos constitucionales norteamericanos consagraron el principio de que «todo poder corresponde al pueblo, y, por consiguiente, deriva del mismo»⁴¹⁸, otorgaron al pueblo la capacidad de disolver los lazos políticos existentes con otro⁴¹⁹, así como la facultad, propia de todo pueblo, de promulgar y sancionar su propia Constitución⁴²⁰.

Lo mismo hicieron los primeros textos constitucionales franceses, al declarar que «los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional [...], han decidido exponer, en una declaración solemne...»⁴²¹. Fue el art. 3 de esta misma *Declaración* el encargado de consagrar de una manera clara y solemne el principio de soberanía nacional con estos términos:

«El origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún órgano ni ningún individuo puede ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella⁴²².»

La primera Constitución francesa, la de 1791, consagró de nuevo este principio, en su primer artículo, como sigue:

417. Según el parecer de TOMÁS Y VALIENTE –y en consonancia con su definición prescriptiva de Constitución recogida en la nota al pie núm. 403–, «...desde estos postulados (de la postura ideológica democrática) es lícito separar la línea de nuestras Constituciones auténticas (la de 1812, la de 1969, la republicana de 1931 y la actual de 1978), la de las Constituciones degradadas (la de 1837, 1845 y 1876) y la de los textos falsamente constitucionales (los de 1808, 1834 y los iniciados con el Nuevo Estado, creado a partir de la rebelión militar contra la II República)...» (TOMÁS Y VALIENTE, «Prólogo» a *Los inicios del constitucionalismo español*, pg. 13).

418. Art. 2 de la *Declaración de Derechos de Virginia* (12 de junio de 1776).

419. Preámbulo de la *Declaración de Independencia* (4 de julio de 1776).

420. Preámbulo de la *Constitución de los Estados Unidos de América* (1787).

421. Preámbulo de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789); para una síntesis histórica de la soberanía nacional desde la perspectiva francesa, *vid.* HAURIUO, Maurice, *Principios de Derecho público y constitucional*, Granada, Editorial Comares, 2003, pgs. 268-306.

422. Art. 3 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789).

«La Soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio⁴²³.»

División de poderes

Era precisamente la soberanía popular o nacional la que confería legitimidad al texto constitucional, al facultar al pueblo o a sus representantes la organización de los poderes públicos, así como su división o separación, según rezaba en la *Declaración de Derechos de Virginia*:

«V. Que los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deben hallarse separados y diferenciados del judicial; y, a fin de que los miembros de los dos primeros no incurran en opresión, deberán soportar y participar en las cargas del pueblo.»

Pocos años después, la Constitución de los Estados Unidos de América organizaría el Estado separando los poderes legislativos (art. I, Secciones 1-10), del ejecutivo (art. II, Secciones 1-4) y del judicial (art. III, Secciones 1-3). En realidad, la Constitución norteamericana promulgada en 1787 se ocupó primordialmente de la organización y estructuración de los poderes, omitiendo sin embargo el reconocimiento expreso de los derechos y libertades, cuestión de la que se ocuparían los diez primeros artículos de enmienda de la Constitución, introducidos cuatro años después, el 15 de diciembre de 1791.

También en Francia se puede apreciar la estrecha relación entre soberanía nacional y división de poderes⁴²⁴. En este sentido,

423. Art. 1 de la Constitución francesa de 1791.

424. Según el parecer de Bartolomé Clavero, la Constitución de 1791 establecía no tanto un sistema de separación como de distinción de poderes; al respecto (CLAVERO, *Evolución histórica del Constitucionalismo español*, pg. 22), al igual que sucedería más tarde en España con el Decreto de 24 de septiembre de 1810 (CLAVERO, Bartolomé, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, 1989, pg. 26).

el art. 2 del título III de la Constitución de 1791 («De los Poderes Públicos») establecía esta relación con claridad meridiana al disponer que «la Nación, de la que emanan todos los Poderes, no puede ejercerlos más que por delegación. La constitución francesa es representativa: los representantes son el Cuerpo legislativo y el Rey». Entre los poderes emanados de la nación se encontraba el legislativo⁴²⁵, el ejecutivo⁴²⁶ y el judicial⁴²⁷.

Derechos fundamentales

Así como el reconocimiento de la soberanía nacional resultaba un título más que suficiente para la organización del Estado con sus diversos poderes, entendiéndose que éstos habían sido «creados» o constituidos por el pueblo o la nación soberana, no cabía decir lo mismo, sin embargo, con respecto a los derechos fundamentales, los cuales se entendía que no emanaban de la soberanía sino de la naturaleza, por lo que tan sólo cabía reconocerlos o declararlos, dejando claro que tales derechos eran naturales, es decir, correspondientes a la naturaleza o inherentes al ser humano y, en cualquier caso, no susceptibles de privación o desposesión merced a pacto alguno.

Así lo expresaba el art. I de la *Declaración de Derechos de Virginia*:

«Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, una vez constituidos en sociedad, no puede en lo sucesivo privarse o desposeerse por ningún pacto; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.»

El texto de la *Declaración de Independencia* americana llegaba todavía más lejos al afirmar, tras insistir en su carácter inaliena-

425. Art. 3 de la Constitución francesa de 1791.

426. Art. 4 de la Constitución francesa de 1791.

427. Art. 5 de la Constitución francesa de 1791.

ble, «que para asegurar estos derechos se instituyen los gobiernos entre los hombres, derivando su poder del consentimiento de los gobernados»⁴²⁸, es decir, que es función de los gobiernos, cuyo poder deriva del consentimiento de los gobernados (soberanía del pueblo o nación), el aseguramiento o garantía de tales derechos. Ahora bien, ¿qué derechos eran considerados naturales y gozaban, por tanto, del carácter inalienable? La *Declaración de Independencia* se había referido expresamente a los derechos a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad. Años más tarde, en los diez artículos de la primera enmienda a la Constitución americana (1791), tras enumerar algunos derechos, se advertía expresamente que «la enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no supone la negación o menosprecio de otros que el Pueblo conserva»⁴²⁹.

En el contexto francés, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* recogía en su mismo Preámbulo su propósito de «exponer, en una declaración solemne, los Derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, presente de manera constante en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes». Tras señalar, en fin, que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» (art. 1), empleaba una fórmula parecida a las *Declaraciones* norteamericanas de 1776:

«El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos Derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (art. 2).»

El contenido de este precepto es nítido y no da pie a interpretación alguna. No en vano se ha reconocido que «el respeto a los derechos naturales se impone objetivamente al pacto social,

428. Párrafo II del Preámbulo de la *Declaración de Independencia de Estados Unidos* (4 de julio de 1776).

429. Art. 9 de la *Enmienda a la Constitución americana* (15 de diciembre de 1791).

marcando así sus límites y dándole sentido», pues «la afirmación, la defensa, y la protección de tales derechos [...] como auténtico *prius* y fundamento de la sociedad, constituirá el criterio de legitimación de toda convivencia humana, el límite y, al propio tiempo, el sentido del pacto social»⁴³⁰. Precisamente porque tales derechos eran declarados naturales e imprescriptibles, la Constitución francesa de 1791, al garantizar varios de los mismos en su Título I, dispone que «el poder legislativo no podrá hacer leyes que mermen y dificulten el ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título y garantizados por la Constitución».

2.2. EL SOMETIMIENTO DEL ESTADO AL DERECHO: LA *RULE OF LAW* NORTEAMERICANA Y LA SUPREMACÍA DE LA LEY EN FRANCIA

Como se ha dicho, la noción de Constitución llevaba consigo el sometimiento del Estado o poder público al Derecho en Estados Unidos (*rule of law*) o a la legalidad en Francia (principio o supremacía de un Derecho legalizado).

En Francia, la ley se erigió en la expresión de la voluntad general⁴³¹, con arreglo a la conocida afirmación de ROUSSEAU, quien defendía «... una forma de gobierno que ponga a la Ley por encima del Hombre», y advertía que «no habría libertad en un Estado en el que el cuerpo encargado de aplicar la Ley tuviese derecho a hacerla hablar según su fantasía, pues podría hacer ejecutar como Leyes sus voluntades más tiránicas»⁴³².

430. DÍAZ, Elías, «Libertad-igualdad en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789», *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, Valencia, Universidad de Valencia, 1977, tomo I, pg. 238.

431. Al respecto, es bien conocida la obra de CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *La loi expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931.

432. En esta línea, ROUSSEAU señalaba: «Un pueblo libre obedece, pero no sirve; tiene jefes pero no dueños; obedece a las leyes, y es por la fuerza de las

Según el parecer de ROUSSEAU, las nociones de soberanía y de Ley como expresión de la voluntad general estaban estrechamente unidas. Sostenía, por una parte, que la soberanía era indelegable:

«... no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, no puede enajenarse nunca, y el soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo; el poder puede ser transmitido pero no la voluntad [...].

Por la misma razón que la voluntad no es enajenable, también es indivisible: Porque la voluntad es general o no lo es [...].

Es importante, pues, para la formulación de la voluntad general que no haya ninguna sociedad parcial en el Estado y que cada ciudadano opine exclusivamente según su propio entender⁴³³.»

Defendía, por otra parte, la superioridad de la ley como expresión de la voluntad general, confiriendo a la ley la fuerza de la legitimidad democrática:

«La soberanía no puede ser representada por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y ésta no puede ser representada: es ella misma o es otra; no hay término medio [...]. Toda ley no ratificada en persona por el pueblo es nula; no es una ley. El pueblo inglés cree ser libre, pero se equivoca, sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento⁴³⁴.»

leyes por lo que obedece a los hombres [...]. Un pueblo es libre, sea cual sea la forma de su gobierno, cuando quien le gobierna no ve al hombre, sino al órgano de la Ley. En una palabra, la libertad sigue siempre la suerte de las leyes, reina o perece con ellas; yo no sé nada que sea más cierto» (ROUSSEAU, J. J., «*Letters écrites de la Montagne*», Lettre VIII, *Ouvres complètes de la Bibliothèque de La Pléiade*, v. III, Paris, 1964, pg. 842).

433. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social o Principios de Derecho Político* (1762), Madrid, Tecnos, pg. 29; para una panorámica del pensamiento rousseauniano, *vid.* el estudio de SKINNER, Quentin, *HOBBS and Republican Liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

434. Texto recogido en JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons,

Según la concepción rousseauiana de soberanía, al no poder ser ésta dividida, lo único que podía hacerse era diferenciar las funciones del gobierno, idea que tendría un enorme influjo en el pensamiento francés posterior. Desde una perspectiva política, se distinguiría entre la «voluntad» y la «fuerza», correspondiendo la primera al Poder legislativo (quien determina la voluntad y, en consecuencia, aprueba la Ley), y la segunda al Poder ejecutivo (quien ejecuta la Ley o ejerce la fuerza). Su concepción de la división de poderes quedaba bien lejos, pues, de la idea de equilibrio, al tener como finalidad última la supremacía del Legislativo. Con razón se ha dicho que «esa superioridad del Legislativo tenía como consecuencia derivada la inexistencia de jerarquía alguna entre Constitución y ley ordinaria, pues esta última era expresión de la voluntad general y aquélla una ley más que servía para codificar determinados principios de la relaciones políticas»⁴³⁵.

Quedaban así derogados, pues, los antiguos principios romanos según los cuales la voluntad del monarca tiene fuerza de ley (*quod principi placuit legis habet vigorem*)⁴³⁶, la cual, además, no vinculaba al monarca, quien se encontraba por encima de ella (*princeps legibus solutus est*)⁴³⁷, y se introducía un nuevo sistema que instauraba el principio de supremacía de la ley, la cual, además de ser expresión de la voluntad general, sin discrimina-

2003, pg. 71; en este sentido hay que entender a Benjamín CONSTANT, quien denominó «la libertad de los modernos» al hecho de tener «el derecho de no estar sometido más que a las Leyes», así como de poseer un ámbito personal en el que pensar y obrar, con independencia del poder del Estado, e incluso frente a tal poder –libertad–: resistencia (al respecto, *vid.* CONSTANT, B., «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», *Del Espíritu de Conquista*, Madrid, Tecnos, 1988).

435. JIMÉNEZ ASENSIO, *El constitucionalismo*, pg. 71.

436. *Instituciones* 4, 1.

437. *Instituciones* 3, 31; al respecto, *vid.* el estudio –ya clásico– WYDUCKEL, D., *Princeps legibus solutes. Eine Untersuchung zur Frühmoderne Rechts- und Staatslehre*, Berlin, 1979.

ción de ningún género⁴³⁸, garantizaba la libertad y los derechos naturales de los individuos⁴³⁹, marcaba los límites de lo exigible y no exigible⁴⁴⁰, señalaba quién podía ser procesado y condenado por la comisión de un delito⁴⁴¹, y permitía exigir responsabilidad a todo agente público del ejercicio de su cargo⁴⁴².

Aunque de la propia doctrina francesa surgió la importante distinción entre «poder constituyente» y «poder constituido»⁴⁴³, el que la soberanía nacional residiera mucho más en aquel que en éste no impidió que, tanto en el plano teórico como en el práctico –y entre los poderes constituidos–, el legislativo adquiriera una supremacía particular frente a los otros dos, esto es, el ejecutivo

438. Art. 6 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*: «La Ley es la expresión de la voluntad general [...]. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por sus representantes en su formación [...]. ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos son iguales ante ella...».

439. Art. 4 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley».

440. Art. 5 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*: «La ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales para la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la Ley no ordena».

441. Art. 7 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*: «Ningún hombre puede ser acusado, detenido o encarcelado más que en los casos determinados por la Ley y según las formas que ésta prescriba [...]. Sólo cuando un ciudadano es llamado a obedecer en virtud de la Ley debe obedecer al instante». Art. 8: «Nadie podrá ser condenado más que en virtud de una Ley establecida y promulgada anteriormente al delito».

442. Art. 15 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*: «La sociedad tiene el derecho a pedir cuentas a todo agente público de su administración».

443. SIEYÈS, E., *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los Privilegios* (1789) (manejamos dos ediciones distintas: la edición de Oikos-tau, Barcelona, 1989; y la editada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, bajo el título *¿Qué es el estado llano?*).

y el judicial. El hecho de que la Ley fuera la expresión de la voluntad general y de que los representantes de ésta tuvieran escaño en el parlamento, hizo que el legislativo gozara de una preeminencia no exenta de consecuencias que pondrían de manifiesto las diferencias entre este modelo y el norteamericano.

En este sentido, aun asumiendo que todos los poderes emanaban de la soberanía, si el poder legislativo, por su carácter representativo, encarnaba más que cualquier otro el poder soberano, se entiende que, una vez aprobado el texto constitucional y constituidos todos los poderes, el legislativo y las leyes promulgadas por éste gozaban de una autoridad inigualable. Si a esto se le añade el hecho de que la propia Constitución francesa carecía de valor normativo⁴⁴⁴, pues su valor era meramente programático, esto es, no exigible o vinculante por sí mismo, a no ser que no fuera objeto de un posterior desarrollo legislativo, el Constitucionalismo francés –a diferencia del americano⁴⁴⁵– se caracte-

444. Sobre el valor normativo de la constitución y su control judicial en el Derecho europeo continental, *vid.* LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, *Orígenes constitucionales de control judicial de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1999, pgs. 27 y ss., en particular pgs. 39-53; respecto al caso español, véanse pgs. 54 y ss.; respecto al caso francés, *vid.* PARDO FALCÓN, Javier, «Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional», *Revista de Estudios Políticos* 72 (1991), pgs. 243-258; para una visión general de la noción de Constitución como norma, *vid.* también GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1981, pgs. 49-61.

445. Sobre el valor normativo de la constitución y su control judicial en el sistema jurídico norteamericano, *vid.* LÓPEZ ULLA, *Orígenes constitucionales de control judicial de las leyes*, 1999, pgs. 27 y ss., en particular pgs. 32-39; no cabe afirmar lo mismo del modelo inglés, donde la supremacía del Parlamento terminó imponiéndose, acercándose en este sentido –no en otros– al modelo francés (sobre la supremacía del Parlamento en el Derecho inglés, *vid.* LÓPEZ ULLA, *Orígenes constitucionales de control judicial de las leyes*, pgs. 30-32); para una comprensión de los principios teóricos y prácticos de la Constitución británica resulta imprescindible el estudio –ya clásico– de DICEY. A.V., *Introduction to the study of the Law of the Constitution* (1885), donde se recogen los dos grandes principios que definían, por

rizó por la marcada supremacía del poder legislativo frente al ejecutivo y –sobre todo– al judicial.

Era el poder legislativo el que, como poder constituido, asumía el protagonismo propio de quien está revestido de la soberanía nacional. En consecuencia, resultaba inaudito siquiera vislumbrar la posibilidad de que el poder judicial pudiera plantear o declarar la posible nulidad de las leyes por su disconformidad con la Constitución.

Y esto era así por tres motivos. En primer lugar, porque la Constitución, al carecer de valor normativo, no era susceptible de ser interpretada y aplicada por el juez en un caso concreto, por lo que menos cabía entonces plantearse su conformidad con respecto a otra norma o ley de rango inferior. En segundo lugar, por la mencionada supremacía del legislativo y de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad general, no era admisible que un juez pudiera declarar la nulidad de una ley que, además de ser la expresión de la voluntad general, había sido promulgada por los representantes de la nación (lo cual no era cierto *stricto sensu*, pues el legislativo es poder constituido, no constituyente). Y en tercer lugar, no conviene olvidar el recelo y animadversión que los antiguos *parlements* (ciertos órganos jurisdiccionales superiores) y jueces habían suscitado en las postrimerías del antiguo régimen, habida cuenta de que el juez, además de administrar justicia en nombre del rey, encarnaba y, en ocasiones, adoptaba precisamente el poder arbitrario y totalitario de éste⁴⁴⁶.

Desde esta perspectiva, pues, la supremacía del poder legislativo y, más concretamente, de la Ley resultaba indiscutible.

sí solos, todo el ordenamiento jurídico, a saber, la soberanía del Parlamento y el *rule of law* (gobierno del Derecho, o –empleando la terminología de la tradición continental– Estado de Derecho).

446. Sobre los *Parlements* y su función en la tradición jurídica francesa, *vid.* GARCÍA PASCUAL, Cristina: *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Generalitat Valenciana, 1997, pgs. 56 y ss.

Una Ley frente a la cual, en el supuesto de no estar conforme con el texto constitucional, ningún poder ni órgano estaba autorizado para declarar o exigir su nulidad. La relación entre soberanía nacional, separación de poderes y supremacía de la ley en el constitucionalismo francés podía, pues, sintetizarse en los siguientes elementos: 1) la soberanía parlamentaria y, por tanto, la supremacía de la ley (en este sentido, la Constitución, pese a poder ser rígida, no era más que un texto programático o de organización política del Estado); 2) la existencia de un Poder ejecutivo fuerte, con el contrapeso de un control legislativo al principio y, en cualquier caso, exento de control jurisdiccional; y 3) un Poder judicial sometido por completo al imperio de la Ley, sin capacidad para intervenir en ninguno de los ámbitos reservados a los demás poderes, y sin posibilidad de declarar la nulidad de una Ley por inconstitucional debido al carácter no normativo de la Constitución y a su inferioridad frente a cualquier ley aprobada por el Parlamento.

Con razón se ha dicho que «... la Constituyente partió de la convicción, tan profundamente anclada en el espíritu público de los tiempos de la Revolución, de que el Derecho por entero está contenido en la ley, y que sólo la ley puede querer y, por consiguiente, crear Derecho; que, por lo tanto, el oficio de juez se reduce a hacer en cada caso la aplicación servil del Derecho legal»⁴⁴⁷.

El propio Robespierre propuso borrar el término jurisprudencia del idioma en la sesión de la Asamblea Nacional del 18 de noviembre de 1790:

«La palabra jurisprudencia debe borrarse de nuestro idioma. En un Estado que posee una Constitución y una legislación, la

447. CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, 2ª ed., pg. 663; sobre la ideología de los revolucionarios franceses respecto a la función judicial, así como el Código napoleónico, la Escuela de la Exégesis y la función judicial, *vid.* GARCÍA PASCUAL, *Legitimidad democrática y poder judicial*, pgs. 104-113.

jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley misma; por lo tanto, siempre habrá identidad de jurisprudencia.»

Resultan acertadas, a nuestro juicio, las siguientes conclusiones a las que llega JIMÉNEZ ASENSIO:

«En suma, una concepción desvirtuada de la división de poderes, que se asentaba sobre la omnipotencia del Parlamento y la supremacía de la Ley como expresión de la voluntad general. Una concepción que orillaba el Poder judicial, escondía la importancia del ejecutivo y desconocía el valor normativo de la Constitución. Sin duda [...], estas dos notas de supremacía de la ley (traducido orgánicamente: soberanía parlamentaria) y de articulación de un Poder judicial débil serán [...], los elementos centrales que fundamentarán la separación radical del modelo norteamericano y el de raíz continental europeo. Por lo que hace al segundo de ellos, la debilidad del Poder Judicial, conviene apuntar que los revolucionarios franceses partían de una concepción omnipresente de la Ley (en calidad de producto normativo que, expresión de la voluntad general, todo lo podía): el legislador era poco más o menos que una maquinaria perfecta que todo lo preveía, sin fisuras, sin lagunas, y, en consecuencia, la labor del juez era meramente aplicativa, o si se prefiere mecánica, vedando cualquier espacio a la creación judicial⁴⁴⁸.»

Aunque el modelo francés había tomado algunos aspectos del constitucionalismo norteamericano (por ejemplo, la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 se había inspirado claramente en la *Declaración de Derechos de Virginia* de 1776), éste se distinguía del constitucionalismo francés como sigue.

El constitucionalismo norteamericano, a diferencia del francés, concedió al texto constitucional un valor normativo desde los inicios, en virtud del cual no sólo los poderes públicos como los individuos quedaban jurídicamente vinculados, sino que el juez, además, podía aplicar sus preceptos en los casos concretos,

448. JIMÉNEZ ASENSIO, *El constitucionalismo*, pgs. 84-85.

así como declarar la posible nulidad de una ley por su disconformidad con algún precepto constitucional mediante el denominado *judicial review*.

A este carácter normativo de la Constitución hay que añadir el hecho de que en Estados Unidos, territorio donde regía el *common law*, jamás tuvo lugar la tendencia francesa a identificar el Derecho con la Ley, rigiendo el principio del *rule of law*, cuyo sentido o significado no equivale al principio de legalidad o a la referida supremacía de la Ley existente en el modelo francés.

En efecto, aunque en Inglaterra, la cuna del sistema jurídico anglosajón, la Gloriosa revolución (1688) concluyó con la consagración de la soberanía del Parlamento y de la *rule of law* (de ahí el *Bill of Rights* de 1689), conviene no perder de vista que el Derecho inglés ya había sembrado la semilla que más tarde germinaría en Estados Unidos, convirtiéndose no sólo en árbol frondoso, sino en uno de los pilares del constitucionalismo norteamericano. Se trata de la sentencia del caso *Bonham*, pronunciada por el juez Edward Coke in 1610, según la cual se defiende que el *common law* es una norma o ley superior, por lo cual los jueces, quienes siguen el *common law* merced al precedente judicial, podrían llegar a declarar la nulidad de una ley aprobada por el Parlamento si ésta resulta contraria al *common law* (o al Derecho natural entendido como *common law*). Esta sentencia revestía una importancia notoria, habida cuenta de que suponía el sometimiento del Parlamento al *common law* o, en otras palabras, el que el *rule of law* vinculara también al Parlamento, pudiendo los jueces declarar la nulidad de una ley que resultara contraria al *common law*. El juez Coke difícilmente hubiera podido imaginarse la influencia que esta sentencia llegaría a ejercer en el constitucionalismo norteamericano:

«Con esta idea, el famoso juez sentaba una de las bases para la construcción de la idea de Constitución como norma suprema del ordenamiento y de su garantía: el control judicial de constitucionalidad o *judicial review of legislation*. La influencia de Coke en Norteamérica, junto con otros elementos, iba a dar lugar a la afir-

mación en este país de la existencia de una constitución situada en el vértice superior de la pirámide normativa, así como el desempeño, por parte del poder judicial, de la función de guardián de esa Constitución⁴⁴⁹.»

3. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO Y SU ACTUAL FRAGILIDAD

Quizá jamás los derechos de las personas hayan sido objeto de tanta atención como la que se les ha venido prestando desde el final de la Segunda Guerra Mundial, momento en el que los gobernantes tomaron conciencia del grave peligro que corría el mundo al desvincular el Derecho de la justicia, el Derecho de la dignidad y derechos fundamentales de las personas. Con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y, en nuestro entorno más cercano, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (1950), entre otros Tratados y Declaraciones internacionales, se inició una nueva etapa que bien puede denominarse «tiempo de los derechos», reflejo de la primacía de los «derechos» sobre cualquier otro valor.

Sin embargo, resulta sorprendente y paradójico el que haya existido un acuerdo tan generalizado en la necesidad de proteger los derechos humanos en un momento histórico en el que apenas existía –y apenas sigue existiendo– un parecer común sobre el ser humano, su dignidad y los derechos que le corresponden. Se comprende, pues, la existencia de visiones dispares y, en ocasiones, encontradas en torno a la dignidad de la persona, su origen o fundamento, así como de los derechos que debieran constituir una barrera infranqueable, tanto para los demás como para el propio Estado.

449. DORADO PORRAS, J., *La lucha por la Constitución. Las teorías del «Fundamental Law» en la Inglaterra del s. XVII*, Madrid, CEPC, 2001, pg. 70.

Así las cosas, esto es, ante una diversidad o pluralidad de pareceres tan amplia, y una vez rechazada la existencia real de una naturaleza humana accesible o cognoscible por la propia razón, a los derechos humanos no les queda otro posible fundamento que el meramente histórico (o cultural), el consensual (según el cual los derechos serían aquellos que son objeto de un consenso, gozando éste de un valor constitutivo), o el legal o jurídico-público (según el cual, los derechos son creados por el Estado, quien amplía o restringe los derechos humanos que estima oportuno en cada momento). Esta visión o fundamentación de la dignidad humana y de sus derechos, dejada a merced de la historia (o cultura), del consenso y/o del Estado, como si todo lo cultural, consensuado y prescrito por el Estado fuera digno de respeto, ha desembocado en un proceso gradual de debilitamiento y desprestigio de los derechos humanos, que son contemplados, por no pocos, como una forma de imposición de Occidente al resto del mundo.

No es extraño que, ante la grave amenaza del terrorismo, al elevarse el principio de seguridad a la categoría de derecho fundamental, los derechos fundamentales clásicos se hayan visto restringidos o considerablemente recortados, cuando no completamente conculcados, por un Estado cuyo objetivo primordial parece cifrarse más en la seguridad e integridad física de sus ciudadanos que en el respecto de sus derechos fundamentales.

¿Puede un Estado de Derecho restringir y conculcar los derechos fundamentales con el objetivo de garantizar la seguridad de sus ciudadanos? ¿Puede un Estado de Derecho introducir un permanente estado de excepción en el que las garantías de los mencionados derechos son objeto de una restricción notable y duradera, normalizando la excepción?

Una aproximación al constitucionalismo occidental moderno, surgido con el objeto de poner límites al poder absolutista del Estado, garantizando así un ámbito de libertad al individuo

—«la libertad de los modernos», según CONSTANT⁴⁵⁰—, muestra a las claras que, desde una perspectiva estrictamente jurídico-constitucional, siendo cierto que tanto la soberanía nacional, como la separación de poderes y la garantía de los derechos constituían los requisitos *sine qua non* para la existencia de un auténtico constitucionalismo⁴⁵¹, tanto el primero como el segundo se encaminaban a un objetivo común, esto es, el de establecer y garantizar un espacio de libertad para el individuo, y de no injerencia del Estado en el mismo. Era precisamente la protección de los derechos fundamentales del individuo lo que aconsejaba tanto la nueva estructuración del Estado en distintos poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), como su sometimiento al Derecho, tanto en su versión continental (supremacía de la ley) como anglosajona (*rule of law*).

El hecho de que el sometimiento de todos los poderes públicos al Derecho (*rule of law*) o a la legalidad (supremacía de la ley, entendida ésta como la expresión de la voluntad general), y la salvaguarda de los derechos fundamentales, descansaran en un principio político fundamental, el principio de la soberanía nacional, no significaba que el pueblo o la nación pudiera, en uso de sus facultades —ya como poder constituyente, ya como poder constituido—, restringir aquellos derechos fundamentales que, hundiendo sus raíces en la naturaleza del hombre constituían una realidad pre-política no sólo indisponible por el Estado, sino que obligaba a éste a su reconocimiento y protección.

Como se ha visto, así como el reconocimiento de la soberanía nacional resultaba un título más que suficiente para la organización del Estado con sus diversos poderes, entendiéndose que éstos habían sido «creados» o constituidos por el

450. *Vid.* la nota al pie núm. 434.

451. Art. 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789): «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no haya sido asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución».

pueblo o la nación soberana, no cabía decir lo mismo, sin embargo, con respecto a los derechos fundamentales, los cuales se entendía que no emanaban de la soberanía sino de la naturaleza, por lo que tan sólo cabía reconocerlos o declararlos, dejando claro que tales derechos eran naturales, es decir, pertenecientes a la naturaleza o inherentes al ser humano y, en cualquier caso, no susceptibles de privación o desposesión merced a pacto alguno.

En esta línea, conviene no olvidar que todos los primeros textos constitucionales y Declaraciones –tanto europeas como norteamericanas– partían de la existencia de unos derechos que, al tener su origen en la naturaleza y ser «inherentes» al ser humano, tenían un carácter natural pre-político, de suerte que jamás los hombres, una vez se hubieren constituido en sociedad (política), podrían ser privados o desposeídos de sus derechos inherentes mediante pacto alguno. Así lo expresaba el art. I de la *Declaración de Derechos de Virginia*:

«Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, una vez constituidos en sociedad, no puede en lo sucesivo privarse o desposeerse por ningún pacto; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.»

Como se vio, el texto de la *Declaración de Independencia* americana llegaba todavía más lejos al afirmar, tras insistir en su carácter inalienable, «que para asegurar estos derechos se instituyen los gobiernos entre los hombres, derivando su poder del consentimiento de los gobernados»⁴⁵², es decir, que es función de los gobiernos, cuyo poder deriva del consentimiento de los gobernados, el aseguramiento o garantía de tales derechos.

452. Párrafo II del Preámbulo de la *Declaración de Independencia de Estados Unidos* (4 de julio de 1776).

Lo mismo señalaba la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* al exponer, en su mismo Preámbulo, su razón de ser:

«... exponer, en una declaración solemne, los Derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, presente de manera constante en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes.»

Por si fuera poco, tras señalar que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» (art. 1), el art. 2 disponía:

«El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre...»

Precisamente porque tales derechos eran declarados naturales e imprescriptibles, la Constitución francesa de 1791, al garantizar varios de los mismos en su Título I, disponía:

«... el poder legislativo no podrá hacer leyes que mermen y dificulten el ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título y garantizados por la Constitución.»

Como puede verse, la idea de que los derechos fundamentales, al hundir sus raíces en la misma naturaleza de la persona, no son disponibles por el poder público ni por el pueblo o nación, en el que reside la soberanía, está en la base del constitucionalismo occidental moderno. Tanto es así, que Declaraciones y textos constitucionales posteriores recogieron sin ambages este mismo principio.

Así, por ejemplo, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), en el primer Considerando de su Preámbulo, dispone:

«... la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana⁴⁵³.»

453. Y en su Considerando 3º califica como esencial el que «...los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el

El art. 1, al señalar que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia...», reconoce que la dignidad y los derechos que de ella derivan no provienen de su condición de ciudadano político, sino de su nacimiento: Así, pues, el nacimiento, la dignidad y los derechos del ser humano constituyen realidades naturales pre-políticas que al Estado corresponde su reconocimiento y protección⁴⁵⁴.

La vigente Constitución española, cuyo Preámbulo contiene una referencia clara al «Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular»⁴⁵⁵, con un inciso final de clara influencia rousseauiana, menciona expresamente tanto la «dignidad humana» como «los derechos inviolables que le son inherentes»⁴⁵⁶.

hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión»; luego, sólo en un Estado de Derecho en el que tales derechos naturales sean efectivamente reconocidos y protegidos legalmente, el individuo no debe sentirse «compelido a la rebelión contra la tiranía y la opresión». De lo contrario, esto es, si el Estado no fuera capaz de reconocer y proteger legalmente tales derechos naturales, entonces el individuo sí podría sentirse compelido a ello.

454. La idea de que las Declaraciones y textos constitucionales se limitan a reconocer la existencia de derechos, y no a «crearlos» según la coyuntura histórica o el consenso existente en cada momento, constituye otro rasgo característico del constitucionalismo moderno. En esta línea –y a mero título de ejemplo–, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) dispone, en su Considerando 2º, que «esta declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos...».
455. Constitución española de 1978, Preámbulo: «La Nación Española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las Leyes conforme a un orden económico y social justo; consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular; proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones».
456. Artículo 10.1 CE 1978: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Si bien es cierto que el constitucionalismo occidental moderno no albergaba duda alguna sobre la existencia de unos derechos naturales, de carácter pre-político, cuyo reconocimiento y protección constituía la razón de ser del Estado, menos clara resultaba la cuestión relativa a qué derechos debían considerarse como naturales.

Así, por ejemplo –como se vio–, mientras la *Declaración de Independencia* se había referido expresamente a los derechos a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad, unos años más tarde, en los diez artículos de la primera enmienda a la Constitución americana, tras enumerar algunos derechos, se advertía expresamente que «la enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no supone la negación o menosprecio de otros que el Pueblo conserva»⁴⁵⁷. Por su parte, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, tras afirmar –en su Preámbulo– la existencia de unos «Derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre», y señalar –en su art. 2– que «el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre», dispone cuáles son tales derechos: «Estos Derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión». Resulta claro que, tal como advertía el texto constitucional americano, la enumeración de tales derechos no podía suponer la negación o menosprecio de otros.

Éste no era, sin embargo, el punto más frágil de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en los mismos orígenes del constitucionalismo moderno. Los aspectos más perjudiciales y corrosivos –según ha demostrado el paso del tiempo– fueron las concretas nociones de soberanía y de ley como expresión de la voluntad general introducidas en las mencionadas Declaraciones y textos constitucionales. Estos dos conceptos, al perder progresivamente sus límites o su alcance relativo⁴⁵⁸, terminarían

457. Art. 9 de la *Enmienda a la Constitución americana* (15 de diciembre de 1791).

458. En relación a la necesidad de establecer límites, se ha dicho –y con razón– que la violencia aparece «como negación del respeto debido a la persona

absolutizándose hasta el punto de subvertir el orden dispuesto por nuestro primigenio constitucionalismo moderno, trocando el carácter natural e indisponible de los derechos fundamentales por parte del Estado, en unos derechos carentes de otro fundamento y legitimación que el proveniente del ejercicio de la propia soberanía que, reflejo político de la afirmación de la plena autonomía de la voluntad⁴⁵⁹, sin límites ni referentes pre-políticos de ningún tipo, pasa de reconocer derechos a «crearlos» mediante ley, sobre la cual, al ser la expresión de la voluntad general, no cabe disenso alguno, no pudiendo ya el individuo invocar derecho alguno, por muy fundamental que fuera, si éste carece de plasmación, regulación o reconocimiento legal expreso⁴⁶⁰.

Éste fue el germen emponzoñado contenido, de modo latente, en las primeras Declaraciones y textos constitucionales modernos. Y el paso del tiempo no ha hecho más que confirmar sus efectos perniciosos, introduciendo el totalitarismo en el mismo Estado democrático y de Derecho. Esta semilla, presente

humana, que queda reducida a un ser al que cabe explotar, humillar o eliminar. La negación del respeto es el resultado de la desmesura, de la *hybris*, de la falta de sentido del límite, que en cada caso surge como primacía incondicionada del lucro, del placer o de la voluntad de dominio» (BALLESTEROS, *Repensar la paz*, pg. 107).

459. Al respecto, *vid.* el estudio de COTTA, Sergio, *Itinerarios humanos del Derecho*, Pamplona, 1974, en cuyo estudio introductorio Jesús BALLESTEROS señala que «resulta significativa la conexión entre la negación por SASTRE de toda esencia, previa a la existencia y su famosa frase en *Huis Clos*: «el infierno son los otros». Si mi libertad carece de límites intrínsecos, impuestos por mi naturaleza, es el otro el que aparece como freno y límite a mi libertad y por tanto como enemigo» (pg. 14).

460. Sobre la falsedad del principio según el cual los derechos fundamentales de las personas requieren necesariamente de su expresa plasmación legal o constitucional para que el ordenamiento jurídico pueda garantizar su efectiva salvaguarda, *vid.* MASFERRER, Aniceto, «El alcance de la prohibición de las *penas inhumanas y degradantes* en el constitucionalismo español y europeo. Una contribución histórico-comparada al contenido penal del constitucionalismo español y alemán», *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*. Valencia, Tirant lo Blanch - Facultad de Derecho (Univ. Valencia), 2005, pgs. 515-544.

en los inicios del constitucionalismo moderno en Occidente, provenía de la doctrina, tanto de la anterior como de la coetánea. Sus orígenes eran remotos, pero cabe encontrarlos en el contexto filosófico que va de DESCARTES a MARX, y sus efectos resultaron patentes tanto en la filosofía del Derecho como en la filosofía política, así como en autores clásicos –algunos, ya mencionados– como John STUART MILL, Thomas HOBBS, John LOCKE, Jean-Jacques ROUSSEAU y VOLTAIRE (François-Marie AROUET). No es que las tesis de todos estos autores coincidan a este respecto, pero sí muestran una gradual evolución cuya desembocadura sería la negación de la dignidad (pre-política) del ser humano o, mejor dicho, en la negación de la naturaleza pre-política de los derechos fundamentales, y en la consiguiente absolutización tanto de la sociedad como del poder político (Estado), negándose la existencia de una dimensión social pre-política del ser humano constitutiva de un referente natural objetivo, erigiéndose en una barrera infranqueable o en un límite al ejercicio del poder público en el marco de un Estado democrático y de Derecho⁴⁶¹. De no existir esta realidad o dimensión pre-política, el poder público termina resultando omnicomprensivo y absoluto, dejando al individuo inerme y desprotegido frente a un interés colectivo (encarnado en el Estado y cristalizado en la ley) cuya fuerza es arrolladora. Al negarse esta realidad, surge el pensamiento de que «el individuo puede ser liberado de todo mal y alcanzar su perfección *en la sociedad y por obra de la sociedad*», la cual

461. Según Thomas HOBBS, «individual rights-bearers do not possess rights because they are inscribed in nature or because they can be understood to be expressions of human reason, but only because they have been conferred by the sovereign's legislation» (LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, pg. 86); estas tesis, que siguen teniendo predicamento en nuestros días, son defendida por autores como John RAWLS y Ronald DWORKIN, entre otros; al respecto, *vid.* el sugerente estudio de RHONHEIMER, Martin, «The Political Ethos of Constitutional Democracy and the Place of Natural Law in Public Reason: RAWLS «Political Liberalism» Revisited», 50 *The American Journal of Jurisprudence* 2005, pgs. 1-70.

termina encarnada en el Estado, siendo éste *le grand tout* (ROUSSEAU) o la *Totalität* (HEGEL y MARX)⁴⁶².

Esto resulta particularmente patente en las doctrinas de Thomas HOBBS y Jean-Jacques ROUSSEAU, siendo probablemente este último –y a este respecto– el autor cuyo influjo en los orígenes de nuestro constitucionalismo moderno resultó más pernicioso⁴⁶³. Mientras buena parte del pensamiento moderno sostiene, partiendo del planteamiento agustiniano, de que la estructura política es necesaria pero provisional e imperfecta (LOCKE, MONTESQUIEU, CONSTANT, TOCQUEVILLE y ROSMINI, entre otros), en el que se aprecia «una sana desconfianza respecto al poder político acentuando la necesidad de su limitación y su control, para hacerlo responsable», otros autores, como el caso de ROUSSEAU, desembocaron en «la mitificación del poder político»⁴⁶⁴. En efecto, las nociones rousseauianas de soberanía y de ley como expresión de la voluntad general introducidas en las primeras Declaraciones y textos constitucionales llevaban el mencionado germen. Un estudio detenido de su obra resulta más que suficiente para constatar en qué medida se confiere al Estado y la ley un valor absoluto, situándolos por encima –y no al servi-

462. BALLESTEROS, «Estudio introductorio» a COTTA, *Itinerarios humanos del Derecho*, pg. 16.

463. Al respecto, *vid.* el estudio de GEARTY, Conor A., «Escaping HOBBS: Liberty and Security for Our Democratic (Not Anti-Terrorist) Age» (January 27, 2010), LSE Legal Studies Working Paper núm. 3 / 2010 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=1543121>), quien atribuye a HOBBS la fragilidad de los derechos y libertades fundamentales en la cultura jurídica occidental: «...there is no doubt that HOBBS remains hugely influential [...]. HOBBS's residual theory of liberty has proved of immense influence» (pg. 8).

464. BALLESTEROS, «Estudio introductorio» a COTTA, *Itinerarios humanos del Derecho*, pg. 16; al respecto, véanse también varios estudios de COTTA, Sergio, «Philosophie et politique dans l'oeuvre de ROUSSEAU. Une esai d'interpretation», *ARSP* (1963), pgs. 171-189; «Theorie politique et theorie religieuse chez ROUSSEAU», en *ROUSSEAU et la philisophie politique, Annales de Philisophie politique*, 1965; «La position du probleme de la politique chez ROUSSEAU», *Etudes sur le Contrat Social de Jean-Jacques ROUSSEAU*, Paris, 1964.

cio de— la persona. En efecto, ROUSSEAU presentaba, por una parte, las nociones de soberanía y de Ley como estrechamente unidas⁴⁶⁵, y defendía, por otra, la superioridad de la ley como expresión de la voluntad general, confiriendo a la ley la fuerza de la legitimidad democrática⁴⁶⁶.

Según la concepción rousseauiana de soberanía, al no poder ser ésta dividida, lo único que podía hacerse era diferenciar las funciones del gobierno, idea que tendría un enorme influjo en el pensamiento francés posterior. Desde una perspectiva política, se distinguiría entre la «voluntad» y la «fuerza», correspondiendo la primera al Poder legislativo (quien determina la voluntad y, en consecuencia, aprueba la Ley), y la segunda al Poder ejecutivo (quien ejecuta la Ley o ejerce la fuerza). Su concepción de la división de poderes quedaba bien lejos, pues, de la idea de equilibrio, al tener como finalidad última la supremacía del Legislativo. Con razón se ha dicho que «esa superioridad del Legislativo tenía como consecuencia derivada la inexistencia de jerarquía alguna entre Constitución y ley

465. Según el parecer de ROUSSEAU, las nociones de soberanía y de Ley como expresión de la voluntad general estaban estrechamente unidas: «...no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, no puede enajenarse nunca, y el soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo; el poder puede ser transmitido pero no la voluntad [...]. Por la misma razón que la voluntad no es enajenable, también es indivisible: Porque la voluntad es general o no lo es [...]. Es importante, pues, para la formulación de la voluntad general que no haya ninguna sociedad parcial en el Estado y que cada ciudadano opine exclusivamente según su propio entender» (ROUSSEAU, J. J., *El contrato social o Principios de Derecho Político*, 1762, Madrid, Tecnos, pg. 29).

466. «La soberanía no puede ser representada por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y ésta no puede ser representada: es ella misma o es otra; no hay término medio [...]. Toda ley no ratificada en persona por el pueblo es nula; no es una ley. El pueblo inglés cree ser libre, pero se equivoca, sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento» (texto recogido en JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pg. 71).

ordinaria, pues esta última era expresión de la voluntad general y aquélla una ley más que servía para codificar determinados principios de la relaciones políticas»⁴⁶⁷.

Se introducía así un nuevo sistema basado en la supremacía de la ley, la cual, además de ser expresión de la voluntad general, sin discriminación alguna⁴⁶⁸, teóricamente debía –como se ha dicho– garantizar la libertad y los derechos naturales de los individuos⁴⁶⁹, marcar los límites de lo exigible y no exigible⁴⁷⁰, señalar quién podía ser procesado y condenado por la comisión de un delito⁴⁷¹, y exigir responsabilidad a todo agente público del ejercicio de su cargo⁴⁷².

Ahora bien, ¿en qué medida era esto posible si la soberanía popular –no nacional⁴⁷³– rousseauniana carecía de límite alguno, o si la ley entendida como expresión de la voluntad general estaba, en realidad, en manos de un poder legislativo entonces –ahora ejecutivo– difícilmente controlable? ¿De qué sirve afirmar que «el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos»⁴⁷⁴, o que «la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales para la

467. JIMÉNEZ ASENCIO, *El constitucionalismo*, pg. 71.

468. Art. 6 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (vid. la nota al pie núm. 438).

469. Art. 4 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (vid. la nota al pie núm. 439).

470. Art. 5 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (vid. la nota al pie núm. 440).

471. Arts. 7-8 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (vid. la nota al pie núm. 441).

472. Art. 15 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*: «La sociedad tiene el derecho a pedir cuentas a todo agente público de su administración».

473. DUGUIT, León: *Manual de Derecho constitucional*. Madrid, 1937, pg. 133.

474. Art. 4 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (vid. la nota al pie núm. 439).

sociedad»⁴⁷⁵, si la soberanía carece de límites y es precisamente la que, en cada momento histórico, configura –en el sentido estricto y absoluto del término– la sociedad, al no reconocerse una dignidad pre-política del ser humano ni una dimensión social del hombre anterior a la sociedad política?

Con ROUSSEAU el absolutismo no se desterró sino que sencillamente cambió de sede, pasando del monarca absoluto a una –supuesta pero inexistente, por imposible– voluntad general que, sin límite teórico alguno, estaba abocada a un totalitarismo revestido de legitimidad democrática⁴⁷⁶.

En este sentido, resulta elocuente su defensa de «...una forma de gobierno que ponga a la Ley por encima del Hombre», en la que el individuo encontrara la libertad en la ley⁴⁷⁷. A nues-

475. Art. 5 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (vid. la nota al pie núm. 440).

476. BALLESTEROS, *Repensar la paz*, pg. 115: «En efecto, la democracia totalitaria es posible y la Convención revolucionaria lo prueba. Surge allí donde la voluntad general pretende valer como norma suprema de la justicia, de tal forma que es necesario enajenar los derechos personales al ente colectivo, al Todo, que resulta de tal voluntad general. Esta absolutización de la voluntad general lleva también lógicamente a eliminar a los disidentes, a los que se oponen a la misma, considerándolos como cercanos a delinquentes»; sobre totalitarismo y democracia en relación a ROUSSEAU, vid. TALMON, J. L., *Los orígenes de la democracia totalitaria* (trad. de M. Cardenal), Madrid, Aguilar, 1956, pgs. 41 y ss.

477. En esta línea, ROUSSEAU señalaba: «Un pueblo libre obedece, pero no sirve; tiene jefes pero no dueños; obedece a las leyes, y es por la fuerza de las leyes por lo que obedece a los hombres [...]. Un pueblo es libre, sea cual sea la forma de su gobierno, cuando quien le gobierna no ve al hombre, sino al órgano de la Ley. En una palabra, la libertad sigue siempre la suerte de las leyes, reina o perece con ellas; yo no sé nada que sea más cierto» (ROUSSEAU, «*Letters écrites de la Montagne*», v. III, pg. 842); vid. ROUSSEAU, *El contrato social o Principios de Derecho Político*, ya citado; sobre la identificación de voluntades entre individuo y Nación, de origen rousseauiano, vid. PAINE, Th., *Die Rechte des Menschen*. (1791-1792) (edit. por W. MÖNKE), 1962: «Cada ciudadano es partícipe de la soberanía y como tal no puede reconocer sujeción personal, sino sólo obedecer a la Ley» (pg. 243).

tro juicio, ROUSSEAU relacionaba las nociones de soberanía, ley y libertad de un modo ficticio e irreal, generando contradicciones de no fácil solución.

De entrada, cabe mencionar las contradicciones del propio concepto de soberanía nacional, calificado por este motivo de «dogma» no pocas veces⁴⁷⁸, provisto además de una «fuerza sobrenatural»⁴⁷⁹. Un dogma o mito que, unido al culto de la libertad individual⁴⁸⁰, tan sólo podía terminar negando y conculcando los derechos de los individuos⁴⁸¹, pues la voluntad general de la nación, en contra del tópico de la revolución liberal⁴⁸², debía

478. DUGUIT, León, *Soberanía y libertad*. Madrid, 1922, pg. 56; sobre la obra de DUGUIT y su crítica a las nociones de soberanía (respecto al Derecho público) y libertad (respecto al ámbito del Derecho privado), *vid.* el estudio de GRIMM, Dieter, *Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre León Duguits in ihrer Zeit*, Frankfurt, Athenäum, 1973 (una recensión de este estudio puede verse en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1975, elaborada por Jesús BALLESTEROS).

479. DUGUIT, *Soberanía y libertad*, pg. 57.

480. DUGUIT, *Soberanía y libertad*, pgs. 57-58: «Junto al mito de la soberanía nacional se instituyó el culto de la libertad individual».

481. DUGUIT, *Soberanía y libertad*, pgs. 213-214: «Muchos teólogos del individualismo se han esforzado por explicarla, pero sin conseguirlo, porque necesariamente se llegaba, o bien a hacer desaparecer la soberanía del Estado en provecho de la libertad individual, o bien a sacrificar completamente la libertad del individuo a la soberanía del Estado, cualesquiera que fuesen los sofismas empleados para mantener intacta la soberanía del Estado, tratando de mantener también los derechos del individuo»; véanse, a este respecto, los siguientes textos de ROUSSEAU: «Se conviene en que todo lo que cada uno enajene de su libertad sea únicamente la parte cuyo uso importe a la comunidad. Es preciso convenir también en que sólo el soberano puede juzgar esta importancia» (*Contrato social*, Libro II, cap. IV); «La unión (resultante del contrato social) es tan perfecta cuanto puede serlo, y ningún asociado tiene nada que reclamar, pues si quedase algún derecho al particular, como no existiría ningún superior común que pudiese interponerse entre ellos y el público, la asociación llegaría a ser necesariamente tiránica o vana» (*Contrato social*, Libro I, cap. IV).

482. Una síntesis sobre el mito de una sociedad autosuficiente como reacción frente al Estado absoluto puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, Taurus, 1972 (manejamos la 2ª ed., 1981), pgs. 13-31.

prevalecer frente a las voluntades individuales⁴⁸³. De ahí que, tras la primera Guerra Mundial, el constitucionalista francés Jean DUGUIT criticara ferozmente el dogma liberal de la soberanía y a su principal autor, ROUSSEAU⁴⁸⁴, a quien denominaba el «pontífice de la soberanía nacional»⁴⁸⁵.

En realidad era cierto que el Constitucionalismo continental europeo, a diferencia del norteamericano, no había logrado proteger debidamente los derechos de los individuos. Sería a partir de la primera mitad del s. XX, cuando surgiría un nuevo constitucionalismo europeo, reconocedor del valor normativo de la Constitución, y del que serían claros exponentes las Constituciones de Austria (1920), Italia (1947) y Alemania (1949). Pero tales reformas no resolvieron la cuestión de la protección de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho, que sigue lastrado por las paradojas e insuficiencias del primigenio princi-

483. Esto lleva consigo que «el individuo, no encontrando la plenitud de su ser más que en el Estado, éste puede ser todopoderoso sin que la autonomía del individuo quede disminuida. ROUSSEAU no dice otra cosa cuando afirma que en virtud del contrato social que crea la voluntad colectiva, los individuos, obedeciendo a esta voluntad, no obedecen sino a ellos mismos. Cuanto más poderosa sea esta voluntad colectiva, más poderosos son los individuos mismos, toda vez que aquella no está formada sino de voluntades individuales. Afirmar la soberanía sin límites de la voluntad colectiva del Estado es afirmar, pues, la soberanía sin restricciones del individuo. La autonomía individual adquiere realidad en la soberanía del Estado y existe por razón de esta soberanía» (DUGUIT, *Soberanía y libertad*, pgs. 215-216).

484. DUGUIT, *Soberanía y libertad*, pg. 214: «El iniciador de estos sofismas es, indiscutiblemente, J. J. ROUSSEAU, que por error singular es citado a menudo como el inspirador de las doctrinas liberales de la Declaración de Derechos promulgada en 1789, cuando, por el contrario, es el iniciador de todas las doctrinas de dictadura y tiranía, desde las doctrinas jacobinas de 1793 hasta las doctrinas bolchevistas de 1920 [...]. Basta abrir el *Contrato social* para ver cómo J. J. ROUSSEAU sacrifica sin reserva los derechos del individuo al poder omnímodo del Estado».

485. DUGUIT, *Soberanía y libertad*, pg. 285.

pio de soberanía nacional⁴⁸⁶, que permite que el Estado o el poder político tienda a absolutizarse y a abarcarlo todo, recortando el ámbito de libertad del individuo hasta límites insospechados. Es la era de un Estado constitucional que, mermado por las corrientes utilitarista y relativista, se muestra incapaz de hacer valer los derechos fundamentales del individuo frente a un ejercicio desmesurado del poder público que, amparado en una supuesta legitimidad democrática, carece de límites e irrumpe en la esfera de las libertades individuales. El relativismo, al negar la universalidad de los derechos humanos⁴⁸⁷, termina condicionando decisivamente su contenido y alcance⁴⁸⁸.

Si, desde Jean Bodin, la esencia de la soberanía es la facultad de crear el Derecho⁴⁸⁹, y la soberanía consiste fundamentalmente

-
486. Al respecto, *vid.* KOTZUR, Markus, «La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno», en HÄBERLE, Peter y KOTZUR, Markus: *De la soberanía al Derecho Constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pgs. 85-122.
487. *vid.* GOODALE, Mark, «On Universality and the Transnational Validity of Human Rights» (http://www.irmgard-coninx-stiftung.de/fileadmin/user_upload/pdf/archive/026%20Goodale.pdf); MORSINK, Johannes: «The Universal Declaration of Human Rights: Drafting, Origins & Intent. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2000; KOTZUR, Markus, «Universality, a Principle of European and Global Constitutionalism», *Revista Electrónica de Historia Constitucional* núm. 6, septiembre 2005 (disponible en <http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/09.pdf>).
488. RENTELN, Alison Dundes, «The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights», *Human Rights Quarterly* 7, núm. 4 (Nov., 1985), pgs. 514-540; KLEINIG, John, «Cultural Relativism and Human Rights», *Teaching Human Rights* (Elice Erh-Soon Tay, ed.), Canberra, 1981, pgs. 111-118; más en concreto y en relación al terrorismo, *vid.* KLEINIG, John, «Does the Language of Human Rights Have Traction in the “War on Terrorism”?», *Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Hyatt Regency Chicago and the Sheraton Chicago Hotel and Towers, Chicago, IL, Aug 30, 2007* (puede consultarse en http://www.allacademic.com/meta/p209183_index.html).
489. ARNAIZ AMIGO, Aurora, *Soberanía y potestad. De la potestad del Estado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, vol. II, pg. 26.

en la soberanía del Derecho⁴⁹⁰, resulta claro que a tal soberanía conviene ponerle límites; de lo contrario, el Derecho puede volverse contra el individuo, negándole unos derechos que no puede hacer valer porque quien debiera reconocerlos y protegerlos no ve más allá de la esfera estrictamente político-jurídica, negando en consecuencia una dignidad del ser humano que hunde sus raíces en su dimensión antropológica y social de carácter pre-político⁴⁹¹.

Conviene quizá volver a la tradición del pensamiento político, que va desde Cicerón, defensor de la *lex naturalis* y del *ius gentium*⁴⁹², a la época moderna, para recuperar los límites y el

490. «Sovereign will is the antithesis of subjective will. And since the expression of this will takes the form of law, sovereignty in reality means the sovereignty of law» (LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, pg. 87).

491. GEARTY, «Escaping HOBBS: Liberty and Security for Our Democratic (Not Anti-Terrorist) Age», quien pone de manifiesto los actuales efectos perniciosos del pensamiento hobbesiano: «But his (HOBBS) well-known vision of the government of a state as the location of absolute sovereignty, of power the exercise of which could not be gainsaid by those subject to it, was inevitably agreeable to those who, in subsequent generations, were to feel the need to act against a variety of perceived threats to the security of the state. HOBBS provides an important backdrop to the attacks on liberty in the name of security that have been such a feature of the democratic era, supplying that thread to the discussion which says security matters above all and (recalling our second point above) that security does not infringe liberty: that not only are those who do not notice repressive laws free, but so too are those coerced by fear into sullen obedience» (pg. 10). Y más adelante, refiriéndose al ámbito inglés, añade: «By the end of the 19th century, it is clear that HOBBS's security-state with a residual model of liberty, but without any strong notion of pre-political inalienable rights, is firmly in place» (pg. 12).

492. Al respecto, *vid.* el estudio de OBARRIO, Juan Alfredo, «Cicerón y los límites del poder», en el presente volumen (MASFERRER, A., ed., *Estado de Derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2011); *vid.* también DOMINGO, Rafael, *The New Global Law*, Cambridge University Press, 2010, pgs. 6-8; sobre la relación entre el *ius naturale* y el *ius gentium*, *vid.* WALDRON, Jeremy, «Foreign Law and the Modern Ius Gentium», *Harvard Law Review* vol. 119, núm. 1

sentido de la medida, donde el pueblo se entendía como *consensus iuris et comunitas utilitatis*⁴⁹³, y la soberanía popular, en el ámbito político, gozaba de legitimación siempre y cuando fuera fiel al Derecho y conforme con el interés general. Esta concepción bien podría servir para fundamentar adecuadamente el Estado moderno, considerando «al Derecho como defensa de la persona y sus prerrogativas inviolables, como algo que está por encima de la misma soberanía popular»⁴⁹⁴.

Conviene superar el espejismo de creer que la democracia puede garantizar, por sí misma, la libertad, idea que la misma historia europea, tanto la remota como la más reciente, desmiente con una notable nitidez. En efecto, los dos últimos siglos de historia muestran que una soberanía sin límites basada en una democracia sin más no puede garantizar la libertad del individuo, sino que, por el contrario, tiende a minarla. Y este problema sigue estando presente en nuestros días, aunque en ocasiones emerja de una manera menos aparente o más sutil⁴⁹⁵.

(Nov. 2005), pgs. 129-147 (disponible en <http://www.trinitinture.com/documents/waldron1.pdf>); WALDRON, Jeremy, «Ius Gentium: A Defense of Gentili's Equation of the Law of Nations and the Law of Nature» (November 2008), NYU School of Law, Public Law Research Paper núm. 08-34 (<http://ssrn.com/abstract=1280897>).

493. CICERÓN, Marco Tulio, *De Republica*, 1, 8 (citado por BALLESTEROS, *Repensar la paz*, pg. 113, donde se recoge también el estudio, existente a este respecto, de D'ENTREVES, Alessandro Passerin, *Teoría del Estado*, trad. de A. FERNÁNDEZ GALIANO, Madrid, 1970, pgs. 93 y ss. y 233 y ss.); al respecto, *vid.* también el estudio de OBARRIO, «Cicerón y los límites del poder», ya citado.

494. BALLESTEROS, *Repensar la paz*, pg. 114.

495. FRIED, Charles, *Modern Liberty and the Limits of the Government*. New York-London, W. W. Norton & Company, 2007, pg. 165: «But that is my point. In modern, liberal, welfare-administrative democracies, the impositions on liberty are likely to be gentle, marginal. But we must be vigilant, recognize them for what they are, or we will lose our grip on what liberty is, coming to confuse it with comfort, a generalized decency, or just democracy itself—a confusion that lovers of the state would be glad to foist upon us. But liberty is not the same as democracy».

Conviene, por tanto, volver a establecer o marcar unos límites al Estado que permitan salvaguardar los derechos individuales y dificulte que el poder público, adoptando una actitud paternalista, ejerza un poder sin medida amparándose en una supuesta soberanía nacional y en una legitimidad democrática que pretende justificarlo todo o casi todo. Para ello, es necesario el reconocimiento de unos derechos humanos que son previos al Estado, y no meras «criaturas» del Estado⁴⁹⁶, esto es, de unos derechos pre-políticos o naturales sobre los que ningún Estado debiera disponer⁴⁹⁷, ni legislar a su antojo, evitando así concebir la ley como un pasaporte formal que permita al Estado un ejercicio desmesurado, esto es, sin medida ni límites, del poder⁴⁹⁸.

Es cierto que el establecimiento de límites en el ejercicio del poder del Estado y en la creación del Derecho puede no resolver el

496. FRIED, *Modern Liberty and the Limits of the Government*, pg. 72: «It is because our rights flow from who and what we are that we may form, re-form, or accept states in order to make our rights more certain and secure. So those who say that our rights depend on or are the creatures of the state have it the wrong way around». Esto plantea, sin embargo, un problema que a FRIED no se le escapa y describe como sigue: «What we cannot get to on our own, without laws and so without a state, is the content and detail of those rights. And rights without content are empty. Liberty means honoring our rights, and if the content of our rights is only what the state says it is, then while the *general idea* of rights, and the *general idea* of liberty may be secure against the state, the *substance* of each depends entirely on the state after all».

497. FRIED, *Modern Liberty and the Limits of the Government*, pgs. 144-145: «If we have some rights, and therefore liberties, that are prepolitical rights which the state is bound to recognize, rights that are there before the state gets down to the business of defining rights, then, like Archimedes with his lever, we have a place to stand, and liberty can move the world. To put it in more traditional language, unless we have natural law, prepolitical rights, liberty is not secure»; al respecto, véanse también las pgs. 80, 84-85, 90-94 y 155.

498. GROSS, Oren, «Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional», *Yale Law Journal* (112), pgs. 1011-1134; *vid.* también la recensión de este estudio de D. DYZENHAUS en su edición del *Civil Rights and Security*. Farnham (UK), Ashgate, 2008, xiv-xvi.

dilema ni –sobre todo– la compleja relación entre la seguridad y la protección de los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo, pero puede ofrecer una valiosa ayuda que permita superar su enfoque excesivamente utilitarista, el cual, centrándose más en el *quantum* que en el *quod*, ignora la dimensión pre-política de los derechos humanos, trivializando –cuando no ignorando– de este modo la dignidad y la grandeza de cada ser humano, dejándole inerme frente al poder omnímodo del Leviatán.

BIBLIOGRAFÍA

- AA VV, *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (coords. CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.), vols. 1 y 2, ed. Edisofer, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- *El Estado de Derecho frente a la amenaza del nuevo terrorismo*, en *Teoría y Derecho*, núm. 3, 2008.
- ACKERMAN, Bruce, «This is Not a War», *Yale Law Journal*, 113 (2004), pgs. 1871-1907.
- ARNAIZ AMIGO, Aurora, *Soberanía y potestad. De la potestad del Estado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.
- ARSLAN, Zühtü, «Taking Rights less Seriously: Postmodernism and Human Rights», *Res Publica*, 5 (1999), pgs. 195-215.
- BALLESTEROS, Jesús, «La violencia hoy: sus tipos, sus orígenes», en AA VV, *Ética y política en la sociedad democrática*, Madrid, Espasa-Calpe, 1980, pgs. 265-315.
- *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, 1997, 4ª reimpr.
- *Repensar la paz*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2006.
- BERNUZ BENEITEZ, M^a José y PÉREZ CEPEDA, Ana (coord.), *La tensión entre Libertad y Seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Universidad de La Rioja (Col. Jurídica, 22), 2006.
- BOBBIO, N., *The Age of Rights*, trad. por A. CAMERON (Cambridge: Polity Press, 1996).

- BRONITT, S., «Balancing Liberty and Security: Critical Perspectives on Terrorism Law Reform», GANI, M. y MATHEW, P. (eds.), *Fresh Perspectives on the «War on Terror»* (2008), cap. 5.
- BROWN, Cynthia (ed.), *Lost Liberties: Ashcroft and the Assault on Personal Freedom* (2003).
- CAMPBELL, Tom, Series Preface to «The International Library of Essays on Rights», *Civil Rights and Security* (David DYZENHAUS, ed.). Farnham (UK), Ashgate, 2008.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998 (2ª ed.).
- CATALINA BENAVENTE, M. A., *La restricción de los derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo*, Ed. Fundación Alternativas, Madrid, 2006.
- CLAVERO, Bartolomé, *Evolución histórica del Constitucionalismo español*, Madrid, 1984 (manejamos la 2ª reimpresión, 1986).
— *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, 1989.
- COLE, David y DEMPSEY, James X., *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Liberties in the Name of National Security* (2002).
- COLE, David, «The Priority of Morality: The Emergency of Constitution's Blind Spot», *Yale Law Journal* 113 (2004), pgs. 1753-1800.
- CONSTANT, B., «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», *Del Espíritu de Conquista*. Madrid, Tecnos, 1988.
- CORONAS, Santos M., «Las Leyes fundamentales del Antiguo Régimen», *Estudios de Historia del Derecho Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pgs. 218-310.
- COTTA, Sergio, «La position du probleme de la politique chez ROUSSEAU», *Etudes sur le Contrat Social de Jean-Jacques ROUSSEAU*, Paris, 1964.
— «Theorie politique et theorie religieuse chez ROUSSEAU», en *ROUSSEAU et la philisophie politique*, *Annales de Philisophie politique*, 1965.
— «Philosophie et politique dans l'oeuvre de ROUSSEAU. Une esai d'interpretation», *ARSP* (1963), pgs. 171-189.
— *Itinerarios humanos del Derecho*, Pamplona, 1974.

- D'ENTREVES, Alessandro Passerin: *Teoría del Estado*, trad. de A. FERNÁNDEZ GALIANO, Madrid, 1970.
- *Declaration on Upholding Human Rights and the Rule of Law in Combating Terrorism*, called the *Berlin Declaration* (International Commission of Jurists, Geneva: ICJ, 2004, online: www.icj.org/IMG/pdf/Berlin_Declaration.pdf).
 - *Declaration on Upholding Human Rights and the Rule of Law in Combating Terrorism*, denominada la *Berlin Declaration* (International Commission of Jurists, Geneva: ICJ, 2004, online: www.icj.org/IMG/pdf/Berlin_Declaration.pdf).
- DÍAZ, Elías, «Libertad-igualdad en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789», *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, Valencia, Universidad de Valencia, 1977.
- DICEY, Albert Venn, *Introduction to the study of the Law of the Constitution* (1885).
- DINH, Viet D., *Freedom and Security after September 11*, 25(2) *Harvard J. L. & Pub. Pol.* 399-406 (2002).
- DOMINGO, Rafael, *The New Global Law*. Cambridge University Press, 2010.
- DORADO PORRAS, J., *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del s. XVII*, Madrid, CEPC, 2001.
- DUGUIT, León, *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, 1937.
- *Soberanía y libertad*, Madrid, 1922.
- DYZENHAUS, David (ed.), *Civil Rights and Security*, Farnham (UK), Ashgate, 2008.
- FORCESE, Craig y LAVIOLETTE, Nicole (eds.), *Human Rights of Antiterrorism*, Toronto: Irwin Law Books (2008).
- FRIED, Charles, *Modern Liberty and the Limits of the Government*. New York-London, W.W. Norton & Company, 2007.
- GANI, Miriam, «Upping the Ante in the «War on Terror»», Patty Fawcner» (ed.), *A Fair Go in an Age of Terror* (2004) 97-101.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1981.

- *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, 1994.
- *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, Taurus, 1972 (manejamos la 2ª ed., 1981).
- GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Generalitat Valenciana, 1997.
- GEARTY, Conor A., «Escaping HOBBS: Liberty and Security for Our Democratic (Not Anti-Terrorist) Age» (January 27, 2010), LSE Legal Studies Working Paper núm. 3/2010 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=1543121>).
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, Lección inaugural del curso 2005/2006, Ed. Universitat Jaume I, Castellón, 2005.
- GOODALE, Mark: «On Universality and the Transnational Validity of Human Rights» (http://www.irmgard-coninx-stiftung.de/fileadmin/user_upload/pdf/archive/026%20Goodale.pdf).
- GRACIA MARTÍN, L., «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-02 (2005).
- GRIMM, Dieter, *Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre León Duguits in ihrer Zeit*, Frankfurt, Athenäum, 1973.
- GROSS, Oren, «Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional», *Yale Law Journal* (112), pgs. 1011-1134.
- GÜNTHER, J. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, ed. Civitas, Madrid, 2006.
- HÄBERLE, Peter y KOTZUR, Markus, *De la soberanía al Derecho Constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pgs. 85-122.
- HAURIU, Maurice, *Principios de Derecho público y constitucional*. Granada, Editorial Comares, 2003.
- ICARRÉ DE MALBERG, Raymond, *La loi expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931.

- JAKOBS, G., *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2003.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El Constitucionalismo*, Oñati, IVAP, 2001.
- *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information* [Commission on Human Rights, UN ESCOR, 52 Sess., item 8 Annex, UN Doc. E/CN.4/1996/39 (1996)].
- KATYAL, Neal, «Equality in the War of Terror», *Stanford Law Review* 59 (2007), pgs. 1365-1494.
- KIELSGARD, Mark D., «A Human Rights Approach to Counter-Terrorism» (April 18, 2006), *California Western International Law Journal*, vol. 36, núm. 2, pg. 249, 2006 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=1645864>)
- KLEINIG, John, «Cultural Relativism and Human Rights», *Teaching Human Rights* (Elice Erh-Soon Tay, ed.), Canberra, 1981, pgs. 111-118.
- «Does the Language of Human Rights Have Traction in the “War on Terrorism”?», *Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Hyatt Regency Chicago and the Sheraton Chicago Hotel and Towers, Chicago, IL, Aug 30, 2007* (puede consultarse en http://www.allacademic.com/meta/p209183_index.html).
- KOTZUR, Markus, «Universality, a Principle of European and Global Constitutionalism», *Revista Electrónica de Historia Constitucional* Número 6, septiembre 2005 (disponible en <http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/09.pdf>).
- KRIEGEL, Blandine, *The State and the Rule of Law* (trans. by M. A. LEPAIN and J. C. COHEN), Princeton, Princeton University Press, 1995.
- Las Constituciones de España* (recopil. y prólogo a cargo de Jorge ESTEBAN), Madrid, CEPC, 2000.
- LEAL MEDINA, J., «El Derecho a la seguridad colectiva: un derecho fundamental en permanente expansión y progresión», *La Ley*, núm. 6363 (2005), pgs. 1-5.

Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1978) (recopil. y prólogo a cargo de E. Tierno Galván), Madrid, Tecnos, 1984.

Libertad y seguridad. La fragilidad de los derechos (Actas de Comunicaciones presentadas a las XXª Jornadas Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, celebradas en Málaga los días 11 y 12 de marzo de 2005), Málaga, 2006.

LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, *Orígenes constitucionales de control judicial de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1999.

LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia, «Seguridad humana y seguridad internacional: elementos clave para la paz», *Seguridad, defensa y desarrollo en el contexto internacional actual*, Madrid, Eunsa, 2010, pgs. 169-203.

LOUGHLIN, Martin, *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, 2003.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MASFERRER, Aniceto, «El alcance de la prohibición de las *penas inhumanas y degradantes* en el constitucionalismo español y europeo. Una contribución histórico-comparada al contenido penal del constitucionalismo español y alemán», *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*. Valencia, Tirant lo Blanch - Facultad de Derecho (Univ. Valencia), 2005, pgs. 515-544.

MICHAELSEN, C., «Australia's Counterterrorism Law and Policy in the Aftermath of 9/11: A Return to the Dark Ages?», en George Kassimeris (ed.), *Playing Politics with Terrorism* (London: C. Hurst & Co. and New York: Columbia University Press, 2007), pgs. 250-276.

— «Balancing Liberty against Security? A Critique of Counterterrorism Rhetoric», (2006) *University of New South Wales Law Journal*, vol. 29, núm. 2, pgs. 1-21.

MOECKLI, Daniel, «Human Rights Strategies in an Age of Counter-Terrorism» (July 30, 2008), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1189722>.

— «Terrorist Profiling and the Importance of a Proactive Approach to Human Rights Protection (December 16, 2006), disponible en <http://ssrn.com/abstract=952163>

- *Human Rights and Non-discrimination in the «War on Terror»*. Oxford University Press, 2008 (las primeras páginas pueden verse en <http://ssrn.com/abstract=1161103>).
- MORGAN, Edmund S., *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*, Madrid, Siglo veintiuno editores, 2006.
- MORSINK, Johannes, «The Universal Declaration of Human Rights: Drafting, Origins & Intent. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2000.
- NORTON, Jerry E., «Liberty: A Human Right, or a Citizen Right», *Loyola University Chicago Law Journal*, 36 (2005), pgs. 565-577.
- OBARRIO, Juan Alfredo, «Cicerón y los límites del poder», MASFERRER, A. (ed.), *Estado de Derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2011.
- OBERLEITNER, G., «Porcupines in Love: The Intricate Convergence of Human Security and Human Rights», A. MELBOURN and G. GUNNER (eds.), *Human Rights, From the Frontiers of Research*. Stockholm, Justus Förlag, 2005.
- PAINE, Th., *Die Rechte des Menschen*. (1791-1792) (edit. por W. MÖNKE), 1962.
- PAPELL, Antonio, *La monarquía española y el Derecho constitucional europeo*, Barcelona, Edit. Labor, 1980.
- PARDO FALCÓN, Javier, «Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, 72 (1991), pgs. 243-258.
- PÉREZ CEPEDA, A.I., «El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal», en *Derecho penal de excepción: terroristas e inmigrantes* (coord., Luz María PUENTE ALBA), Tirant lo Blanch, 2007, pgs. 95-138 (publicado también en *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Ed. Bomarzo, Albacete, pgs. 85-122).
- POSNER, Eric A. y VERMEULE, Adrian: «Emergencies, Tradeoffs, and Defeference», *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*. Oxford, Oxford University Press, 2007, pgs. 15-57.

- POSNER, Richard A., *Security versus Civil Liberties*, 288(5) *The Atlantic Monthly* 46-7 (2001).
- RAMÓN CHORNET, Consuelo y BERMEJO GARCÍA, Romualdo (eds.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*. Valencia, Publicaciones de la Universitat de València - Tirant lo Blanch, 2006.
- RECASENS I BRUNET, A., «Globalización, riesgo y seguridad: el continuó de lo que alguien empezó», en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto* (AGRA, DOMÍNGUEZ, GARCÍA AMADO, HEBBERECHT y RECASENS, eds.), Atelier, 2003.
- RENTELN, Alison Dundes, «The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights», *Human Rights Quarterly* 7, núm. 4 (Nov. 1985), pgs. 514-540.
- RHONHEIMER, Martin, «The Political Ethos of Constitutional Democracy and the Place of Natural Law in Public Reason: RAWLS's "Political Liberalism" Revisited», 50 *The American Journal of Jurisprudence* 2005, pgs. 1-70.
- ROACH, K., «The Need for a Restrained Definition of Terrorism», en Craig FORCESE and Nicole LAVIOLETTE eds., *The Ottawa Principles on Human Rights and Counter-Terrorism* (Toronto: Irwin Law, 2008), pgs. 97-127.
- «Must We Trade Rights for Security? The Choice Between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain», *Cardozo Law Review* 27 (2006), pgs. 2151-2221.
- ROUSSEAU, J. J., *El contrato social o Principios de Derecho Político* (1762) (manejamos una edición de Tecnos).
- *Letters écrites de la Montagne, Lettre VIII, Ouvres complètes de la Bibliothèque de La Pléiade*, v. III, Paris, 1964.
- SAN MARTÍN SEGURA, D., «Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo», en BERNUZ BENEITEZ, M^a José y PÉREZ CEPEDA, Ana (coord.), *La tensión entre Libertad y Seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Universidad de La Rioja (Col. Jurídica, 22), 2006, pgs. 71-106.
- SAUL, Ben, «Defining "Terrorism" to Protect Human Rights» (October, 29 2008), *Interrogating the War on Terror: Interdisciplinary Perspective* (D. Staines, ed.), pgs. 190-210 (*vid.* también en Sydney Law School

- Research Paper núm. 08/125 (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1292059>).
- *Defining Terrorism in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006).
- SCHMITT, Carl, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (trans. by G. SCHWAB), Chicago, University of Chicago Press, 2005.
- SIEYÈS, E., *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los Privilegios* (1789) (manejamos dos ediciones distintas: la edición de Oikos-tau, Barcelona, 1989; y la editada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, bajo el título *¿Qué es el estado llano?*).
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2001.
- SKINNER, Quentin, *HOBBS and Republican Liberty*. Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Terrorism and Human Rights* (texto elaborado por el *International Council of Human Rights Policy*, <http://www.ichrp.org/en/projects/129>).
- Textos básicos de la Historia constitucional comparada* (ed. y prólogo a cargo de J. VARELA SUANZES), Madrid, CEPC, 1998.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, «Prólogo» a *Los inicios del constitucionalismo español: de las Cortes de Cádiz a la crisis de la Monarquía absoluta (1808-1833)*, Valencia, Universidad de Valencia, 1980.
- VARELA SUANZES, Joaquín, «Derechos y libertades en la historia constitucional, con especial referencia a España», *ibidem*, *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Madrid, CEPC, 2007, pgs. 109-119.
- WALDRON, Jeremy, «Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*», *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 1 (noviembre, 2005), pgs. 129-147 (disponible en <http://www.trinitinture.com/documents/waldron1.pdf>).
- «*Ius Gentium: A Defense of Gentili's Equation of the Law of Nations and the Law of Nature*» (November 2008), NYU School of Law, Public Law Research Paper núm. 08-34 (<http://ssrn.com/abstract=1280897>).
- «Security and Liberty: The Image of Balance», *Journal of Political Philosophy* 11 (2003), pgs. 191-210.

WALKER, Clive, «Keeping Control of terrorists without Losing Control of Constitutionalism», *Stanford Law Review* 59 (2007), pgs. 1395-1463.

WALLERSTEIN, Shlomit, «The State's Duty of Self-Defence: Justifying the Expansion of Criminal Law», L. LAZAROS & B. GOOLD (eds), *Security and Human Rights*, Hart Publishing, 2007, pgs. 277-303.

WYDUCKEL, D., *Princeps legibus solutes. Eine Untersuchung zur Frühmoderne Rechts- und Staatslehre*. Berlin, 1979.

ZEDNER, Lucia, «Securing Liberty in the Face of Terror: Reflections from Criminal Justice», *Journal of Law and Society*, 32 (2005), pgs. 507-533.