

**GARANTIZANDO LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD
DE LOS CIUDADANOS EN EUROPA: NOBLES SUEÑOS
Y PESADILLAS EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO¹**

Miguel Revenga Sánchez

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Cadiz*

SUMARIO

1. El “método europeo” de la lucha contra el terrorismo.
2. ¿Guerra contra el terror; o lucha por (y desde) el Derecho?.
3. La Orden Europea de Detención y Entrega: democracia y desconfianza.
4. Las listas de organizaciones e individuos adeptos al terrorismo:
pluralidad de órdenes jurídicos y tutela de los derechos.
5. La recolecta y transmisión de datos y el “huidizo” derecho a la intimidad.
6. La “pesadilla”: contribuyendo a la guerra al margen de vínculos. Los
vuelos secretos de la CIA.

1. El trabajo que doy aquí a la imprenta es un "work in progress" cuyas versiones sucesivas he tenido ocasión de presentar durante esta primavera en sendos Cursos de doctorado, de la Universidad de Pisa, por invitación de los profesores Alessandro Pizzorusso y Roberto Romboli, y de la Universidad Autónoma de Barcelona, por invitación del profesor Pérez Francesc. A los tres, y a los doctorandos que escucharon activamente y ayudaron con sus observaciones, mi agradecimiento.

1. El "método europeo" de la lucha contra el terrorismo

Por qué Europa liderará el siglo XXI es el nombre de un ensayo de Mark Leonard, en el que el autor teje los argumentos dirigidos a justificar el título del libro en torno a la idea de que la "debilidad" de Europa es la principal fuente de su fortaleza (de la de Europa, se entiende). Según el joven politólogo inglés, de la obsesión de Europa por las formas y marcos legales, que a menudo obliga a recorrer tortuosos caminos antes de decidir cualquier cosa, surge un poder que a la larga consigue ir remodelando el mundo a la imagen de un orden basado en el respeto a la ley y en el compromiso de aunar esfuerzos *nacionales* para resolver problemas *globales*. Es un poder lento y fundado en la persuasión más que en la fuerza, pero es un poder que transforma por contagio, y de manera profunda, a aquellos órdenes políticos con los que entra en contacto (Leonard, 2005).

Las tesis de Leonard están influidas por las ideas de Joseph Nie (al que cita explícitamente) sobre el poder *duro* y el poder blando; el primero basado en la capacidad de conseguir lo que se quiere por la vía de la coerción, y el segundo, en la habilidad de hacerlo por la de la atracción, que Nie aplica para explicar la "paradoja del poder norteamericano" (Nye, 2003). También Ignatieff se entrega al juego de las paradojas entre una debilidad, que puede ser fuente de fortaleza, y una fortaleza susceptible de causar debilidad, en su exitoso libro *El mal menor*. El libro lleva por subtítulo "Ética política en una era de terror", pero en realidad tiene como idea-eje que la rigidez de los estándares morales de las sociedades democráticas, renuentes a traficar con los imperativos del mal menor -la debilidad de los fuertes- puede resultar letal en el combate que libran -que libramos- contra el terror (Ignatieff, 2005).

Aquellas contraposiciones y estas paradojas dan pie para hacer ejercicios especulativos que los autores suelen resolver con brillantez. Lo que es menos esperable es que ciertos documentos sucumban a los encantos del contraste, y realicen la alabanza de la fuerza, a costa de menospreciar los vericuetos debilitantes de las limitaciones jurídicas y el apego a las formas. Así sucede nada menos que en el aprobado en 2005 por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos, en el cual se refleja la estrategia defensiva de la Nación para los próximos años. En las primeras páginas del documento se relacionan los desafíos que se ciernen sobre la fortaleza del país, entre los cuales está el que procede de "aquellos que siguen una *estrategia propia de los débiles*, recurriendo a los foros internacionales, los procesos judiciales y el terrorismo". Se puede decir de manera más alambicada, pero no de forma más clara: como amenaza

para la fortaleza de los Estados Unidos, la propensión *de los débiles* a llevar determinadas causas ante el foro de los jueces, o a suscitar ciertos debates ante el de las organizaciones internacionales, representa un peligro no menos dañino que el causado por quienes están dispuestos a utilizar el terrorismo.

Que lo que llaman en los Estados Unidos "guerra contra el terrorismo" ha producido ya allí ciertas transformaciones en un modo de concebir la libertad política con una tradición de más de doscientos años, ofrece pocas dudas. Si la libertad se había considerado, sobre todo, como una garantía de la autodeterminación individual para llevar adelante un proyecto de vida -la *pursuit of happiness*- ahora parece que la idea de libertad ha cobrado una poderosa deriva "política" y "comunitarista", en el sentido de que tiende a ser concebida como un estilo de vida en común, cuya reafirmación frente a quienes pretenden destruirlo bien merece atenuar el componente más individualista (y potencialmente heterodoxo) del entendimiento de la libertad (véase Chalmers, 2004).

Mucho más dudoso es que pueda hablarse de la existencia misma de un "método europeo" para hacer frente al terrorismo. Desde luego, en Europa no ha enraizado la idea de una "guerra" contra el terror en disposición de justificar la causa de la excepcionalidad. Hay una conciencia de la importancia del desafío, pues desafortunadamente, y en especial en algunos países y durante muchos años, hemos padecido de cerca sus consecuencias. De hecho, y como es bien sabido, en 1977 el Consejo de Europa ya abrió a la firma de los Estados un Convenio europeo para la supresión del terrorismo. Pero, como suele ocurrir en bastantes de las ocasiones en las que nos referimos a Europa como una abstracción, es preciso aclarar que no estamos pensando en la organización que dio pie en 1950 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bajo cuyo impulso, al menos desde 1961, y precisamente en la primera de las sentencias que dictó, el Tribunal creado a resultas de dicho Convenio ya tuvo que decidir hasta qué punto el acoso del terrorismo podía justificar la vulneración de ciertos derechos². Nos referimos a la Europa (ahora) de los 27 miembros de la Unión, que es la única a la que, por la consistencia y la ambición de los vínculos que la vertebran, cabe exigirle un tipo de respuesta al terrorismo en el que pueda detectarse un método.

Dicho método europeo debería estar a la altura del objetivo que la Unión se marcó en 1992, por añadidura de los que ya tenía establecidos en los tres Tratados originarios. Este objetivo es el que viene expresado en el artículo 29 del

2. Lawless contra Irlanda, Sentencia de 1 de julio de 1961, 1 *European Human Rights Reports*, 15.

Tratado de la Unión: "ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia". Para el logro del mismo, el propio artículo 29 anuncia todo un programa de cooperaciones y acciones comunes, sin olvidar "la prevención y la lucha contra la delincuencia (...), en particular el terrorismo (...)"³.

El ingreso del terrorismo en la letra de los Tratados no fue un punto de partida, sino la culminación natural de una cooperación informal en la lucha contra la delincuencia que algunos de los Estados miembros venían practicando desde mediados de los años 70. Lo que aquí nos planteamos no es describir la historia de esa cooperación, ni valorar la medida en que los atentados del 11 de septiembre, y los que se produjeron en Madrid y en Londres, trastocaron la percepción de lo que demanda aquel objetivo del Tratado de la Unión. Lo que pretendemos, mucho más modestamente, es situar el "noble sueño" de conciliar los tres vértices del triángulo libertad-seguridad-justicia, en el contexto de (alguno de) los problemas causados por (alguna de) las recientes respuestas europeas al terrorismo. Para ello partimos de la bifurcación entre un modo norteamericano y unos *modos europeos* de responder a la amenaza terrorista. Hablamos después de las consecuencias, en parte inesperadas, que han acarreado en la Unión Europea al menos tres de los componentes más importantes de la "respuesta europea" post-11 de septiembre: la Orden Europea de detención y entrega, la elaboración de listas de organizaciones y personas vinculadas al terrorismo a efectos del bloqueo de sus fondos, y la acentuación de la política de recolecta y transmisión de datos personales. Finalmente constatamos que el noble sueño europeo de plantar cara al terrorismo sin traicionar los principios comunes a los Estados miembros en los que se funda la Unión (artículo 6 TUE), han llevado una vida paralela a la pesadilla resultante de una colaboración oculta con quienes lo combaten libres de vínculos, formales o materiales, con tales principios y todo lo que ellos representan.

2. ¿Guerra contra el terror, o lucha por (y desde) el Derecho?

Los atentados del 11 de septiembre son hoy para la mayoría de los ciudadanos de los Estados Unidos el equivalente a una declaración de guerra que se anuncia larga y en extremo dificultosa. Bajo los imperativos de esa supuesta

3. "preventing and combating crime, organized or otherwise, in particular, terrorism", dice la versión inglesa.

guerra, se han reforzado las prerrogativas del Presidente como comandante en jefe de los Ejércitos, se han remodelado a conciencia los aparatos administrativos, y se ha puesto en pie todo un programa sistemático de medidas legislativas dirigidas a reforzar la seguridad interior del país. Son unas consecuencias que hoy por hoy parecen irreversibles, con independencia de que sean los republicanos quienes continúen gobernando, o se culmine la alternancia en las próximas elecciones presidenciales. De hecho, el triunfo de los demócratas en las elecciones legislativas de 2006 no parece que haya producido (quiero pensar que) *todavía* un cuestionamiento frontal de las medidas más polémicas del gobierno Bush: teoría de la "respuesta bélica preventiva" al margen de la legalidad internacional (Irak), creación de espacios vacíos de Derecho (Guantánamo), y de categorías jurídicas espurias (combatiente enemigo), con la finalidad de remodelar (tortura) o denegar (*habeas corpus*) el contenido de ciertos derechos constitucionales, por citar algunas.

Por su parte el Tribunal Supremo, del que podría haberse esperado que cumpliera un papel decisivo para refrenar los excesos en la guerra contra el terrorismo, comenzó dictando unas sentencias prometedoras para la causa de las garantías constitucionales⁴. Pero adoptó luego una deriva que, contra lo que pudiera parecer a primera vista, y como consecuencia del acusado déficit de jurisprudencia de principios sobre el carácter indeclinable de los derechos, ha acabado por respaldar plenamente, con la colaboración decisiva del Congreso (Ley de Comisiones Militares), la "Constitución de la Excepción"⁵.

Ante una situación de guerra, se nos dice, lo que se necesitan son respuestas contundentes y a la altura del desafío. Como señala Ackerman en un importante libro recién traducido al castellano, poco importa que la propia expresión "guerra contra el terrorismo" no resista un análisis racional, como tampoco importa que, por el camino de las respuestas contundentes, se acabe olvidando que lo que dota de sentido a las medidas excepcionales es su carácter limitado en el tiempo y su función de instrumento para la recuperación de la normalidad (Ackerman, 2007).

4. Me refiero a los casos Hamdi contra Rumsfeld, Rumsfeld contra Padilla, y Rasul contra Bush, los tres fallados el 28 de junio de 2004.

5. Véanse los casos Hamdam contra Bush, fallado el 30 de junio de 2006, y la Decisión de 2 de abril de 2007 denegando el *certiorari* solicitado por un grupo de prisioneros de Guantánamo, contra la Sentencia de la Corte de Apelación del Distrito de Columbia, en la que se respaldó la disposición de la *Military Commissions Act* que impide a los (llamados) combatientes enemigos plantear un *habeas corpus* ante el juez ordinario.

Las distancias con la *debilidad* de Europa a la hora de articular propuestas y ensayar formas de respuesta son evidentes. Por lo pronto, está el lenguaje. Es difícil encontrar Declaración política o texto con alcance normativo de las instituciones europeas, cuyo argumento sea la respuesta al terrorismo, que no reasegure el compromiso de la Unión con los derechos fundamentales. Bien sé que con la expresión de compromisos se avanza poco (sobre todo cuando en la práctica no se atienden), pero interesa por lo que tiene de exteriorización de unos puntos de vista o, quizá mejor, de un "estilo" de aproximarse al problema de la lucha contra el terrorismo, que dice bastante del modo de ser de Europa. En su condición de comunidad política, el desafío que representa el terrorismo lo es, en el caso de Europa, de segundo grado. Son los Estados quienes están expuestos a la lacra terrorista y sobre ellos recae principalmente la responsabilidad de combatirlo. Y lo que Europa pueda hacer en este terreno cumple una función puramente ancilar, cuya sede natural es la de la cooperación intergubernamental.

Pero en su condición de comunidad de Derecho, el terrorismo es un fenómeno que afecta a la médula de Europa: en el plano simbólico, porque es la negación de todo cuanto representan los valores en los que se funda la Unión; y en el terreno de la práctica porque las reformas legales y las estrategias por las que se opta frente a la amenaza, son terreno abonado para excesos *seguritarios* que pueden llevar al sacrificio de los otros dos polos del "triángulo" (los de la libertad y la justicia) más allá de lo admisible. Es aquí donde cobra todo su sentido el carácter del orden jurídico europeo como un orden desdoblado en varios niveles con capacidad de contrapesarse recíprocamente: desde el nivel nacional, para contrarrestar los excesos *européos* y dejar indemne la correspondiente ordenación de los derechos. Y desde el nivel europeo, para vigilar que ciertas respuestas nacionales no acaben poniendo en riesgo la subsistencia de los principios que se relacionan en el artículo 6 TUE (véase Menéndez, 2007).

La respuesta europea al terrorismo ha ocasionado un repunte de los problemas jurídicos derivados de la extraña vida que continúan llevando los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión: un oscuro objeto del deseo, que no llega a tener expresión acabada como consecuencia de la técnica fluida y/o vaporosa con el que se expresa el compromiso de respetarlos, y que tampoco llega a satisfacerse debido a la falta de valor jurídico de la Declaración que los proclama. *Nihil novum sub sole*; se trata de la reedición de problemas viejos que vuelven sobre los caminos de la protección multi-nivel de los derechos, y sus sutiles equilibrios. Si acaso, un punto exacerbados, puesto que a los múltiples órdenes nacionales y a los dos órdenes europeos, el de la *Gran Europa* del Convenio, que

es el que actúa de espejo, y al de la Unión, se sobrepone, en este asunto de la lucha contra el terrorismo, la cuestión del vínculo al Derecho Internacional emanado del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Así pues, frente a la renuencia norteamericana -o el abierto rechazo- a reconocer la fuerza vinculante del Derecho Internacional de los derechos, Europa vive inmersa en un ambiente jurídico en el que la defensa de los derechos tiene uno de sus componentes centrales en la interconexión de los ordenamientos y en la supremacía de un Tribunal, el Europeo de Derechos Humanos, al que se le reconoce *auctoritas* y en algunos casos *potestas*, para determinar el contenido y el alcance de la protección nacional de los derechos. Esto da pie para que en Europa se difunda una cultura sobre el valor de los derechos fundamentales plenamente consciente del sometimiento de los mismos a ciertos límites infranqueables cuya concreción no está al alcance de veleidades nacionales. Y todo ello con independencia de que el propio modo de ser de los derechos en la Europa reconstruida desde la cenizas de la Segunda Guerra cuente en su haber con algunos *absolutos dogmáticos* que, desafortunadamente, y a tenor de lo que vamos viendo, resultan ajenos a la cultura jurídica norteamericana.

Este contraste -que es decisivo- se aprecia en ciertas decisiones señeras de relevantes Cortes nacionales y europeas (recuérdese, por ejemplo, la Sentencia del TEDH en el caso *Soering*⁶). Y de manera llamativa, en algunas de las dictadas recientemente a propósito de la lucha contra el terrorismo. Veamos un par de muestras: la primera a modo de ejemplo de una toma de posición contundente contra el poco respeto mostrado en los Estados Unidos hacia las garantías constitucionales; y la segunda, de más fuste teórico, para apreciar hasta qué punto ciertas opciones del legislador para combatir el terrorismo pueden chocar con un entendimiento "a la europea" del orden de los valores en el que se fundamenta la Constitución y su sistema de los derechos.

En la de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 20 de julio de 2006, en el caso conocido coloquialmente como *el del talibán español*, se casa y anula una de la Audiencia Nacional en el que se condenó a un nacional del Reino de España por el delito de integración en organización terrorista. La Audiencia había dado cierta relevancia probatoria a la declaración prestada por agentes de

6. *Soering* contra el Reino Unido, Sentencia de 7 de julio de 1989, 11 *European Human Rights Reports*, 439. En la sentencia, como es bien sabido, el TEDH otorga "protección de rebote" a un nacional de los Estados Unidos cuya extradición a ese país le ponía en riesgo de ser condenado a muerte, lo que fue equiparado a un trato inhumano o degradante prohibido por el Convenio.

la Unidad Central de Información Exterior que se desplazaron a la base de Guantánamo y sometieron allí a interrogatorio al encausado. En el Fundamento Jurídico Sexto de la sentencia del Tribunal Supremo, la Sala enfatiza la nulidad radical a efectos de prueba, directa o indiciaria, de "toda diligencia o actuación practicada en ese escenario". Y aunque señala retóricamente que no corresponde a la Sala pronunciarse sobre la situación de mantener privados de libertad indefinidamente a personas en esos "*limbos*" (sic), no escatima un contundente *excur-sus* para calificar la situación de los prisioneros de Guantánamo como "acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como *Derecho Penal del Enemigo*", así como para denunciar que "La detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, (...) constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada".

Y en la del Tribunal Constitucional alemán, de 15 de febrero de 2006, la Corte de Karlsruhe tuvo que dilucidar si la facultad concedida al Ministro federal de la Defensa para dar la orden de derribar un avión secuestrado, y susceptible de ser empleado por los terroristas como un misil, se acomodaba o no a la Constitución. Esta atribución ministerial había sido recogida en 2004 por la Ley de Seguridad en el Transporte Aéreo. La sentencia concluye que semejante facultad para resolver opciones trágicas es contraria a la Constitución por un triple orden de razones. En primer lugar, porque la ley infringe el orden de reparto de competencias entre la Federación y los Länder, al transformar una potestad de policía, que está en manos de estos últimos, en una acción militar que sólo vendría justificada en una situación constitucional de guerra. En segundo lugar, porque la ley se decanta por una *solución* del dilema que implica necesariamente el sacrificio *instrumental* de vidas inocentes, lo que es contrario al carácter intangible de la dignidad humana y al derecho a la vida (artículos 1.1 y 2.1 de la Constitución). Y en tercer y último término, porque el artículo 14.3 de la ley -que es en el que aparecía recogida la posibilidad de derribar el avión secuestrado- habría infringido el principio de proporcionalidad en el sacrificio de derechos, al tratar como cierta e incontrovertible una base fáctica para la decisión de carácter especulativo. Se trata, por supuesto, de una decisión polémica y que está bien lejos de haber recibido el apoyo unánime de la doctrina (en términos encomiásticos puede verse Lepsius, 2006 y, en sentido crítico, Ladiges, 2007).

Pero en contraste con lo que viene siendo la justificación última del "programa" de medidas legislativas adoptadas en los Estados Unidos -la *guerra* contra el terrorismo- lo que llama poderosamente la atención es el esfuerzo por

defender una racionalidad constitucional que, pese al carácter y la seriedad de la amenaza, continúa diferenciando entre "guerra" y "prevención". Y sobre esa base, y mal que les pese a quienes se embarcan en la lógica de los males menores, la contundencia con la que se rechaza la posibilidad de que una ley pudiera revestir con el aura de la legalidad los cálculos *utilitaristas* que están dando pie en otras latitudes al oxímoron de intentar dar respaldo jurídico a la "tortura de salvación" o a las técnicas de interrogatorio coercitivo (como triste muestra de esto último, véase Dershowitz, 2004, o el *memorandum* de John Yoo, redactado en 2002, para el Departamento de Justicia de los Estados Unidos)⁷.

3. La Orden Europea de Detención y Entrega: democracia y desconfianza

De todas las medidas adoptadas en el ámbito de la Unión a partir de 2001, la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE) no es quizá la más importante desde el punto de vista práctico. Embargar cuentas corrientes de organizaciones terroristas y compartir información pueden parecer expedientes de más utilidad. No obstante, por su significado para valorar hasta qué punto están dispuestos los Estados miembros a llegar en sus compromisos del tercer pilar (cooperación policial y judicial en materia penal), la OEDE sigue siendo para muchos la respuesta de referencia a escala europea frente a los atentados del 11 de septiembre. Por lo pronto, ha tenido el efecto de reducir espectacularmente el tiempo que empleaban algunos Estados miembros en resolver las solicitudes de extradición que circulaban entre ellos: de 20 meses de media, a unos 43 días aproximadamente. Se trata de un mérito sin valor alguno para quienes piensan que la OEDE ha establecido los fundamentos de una "Europa de los carceleros" (González-Cuellar Serrano, 2006). Y es, por lo demás, un logro que aparece empañado como consecuencia de la "rebelión" puesta en marcha contra ella en Alemania y otros Estados miembros.

La esencia de la Decisión Marco sobre la OEDE consiste en erradicar del espacio europeo de seguridad-libertad-justicia, el instituto de la extradición con sus tradicionales rasgos característicos: la necesidad de la doble tipificación del delito y la prohibición de que pueda afectar a nacionales del Estado requerido.

7. Y para contraste, y al propósito de mostrar la imposibilidad de que tales aberraciones pudieran alguna vez pasar por respuestas legales al desafío terrorista, véase también Waldron, 2005 y La Torre, 2006. En *passant*: en el caso de España, la posibilidad de la opción trágica ante el avión secuestrado está recogida actualmente en la Ley Orgánica de Defensa Nacional y desarrollada, según parece, en un Plan de Emergencia que lleva el nombre de "Plan Renegade".

De hecho, entre los objetivos de la Decisión Marco, se menciona expresamente el de "suprimir la extradición" sustituyéndola por un "sistema de entrega entre autoridades judiciales", que materialice en el ámbito de la Unión el principio de la "libre circulación de decisiones judiciales en materia penal, tanto previas como definitivas". Para llevar a cabo tal objetivo, la Decisión Marco delimita 32 categorías de actividades delictivas (entre las que figura el terrorismo) en las que resultará aplicable la orden europea "sin control de la doble tipificación de los hechos", y vincula la posibilidad de denegar la entrega de nacionales al compromiso de ejecutar en el Estado requerido, y de conformidad con su Derecho interno, la pena o medida de seguridad impuesta.

Aprobada por el Consejo en junio de 2002, la Decisión Marco ha tenido sobre la vida interna de los Estados y sobre la de la Unión unos sorprendentes efectos inesperados que vuelven a poner sobre la mesa algunos *viejos* problemas (el de la "fuente" última de las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos) y otros que no lo son tanto, y que afectan de lleno a la cuestión del "modo europeo" de plantar cara al terrorismo: el del alcance jurídico de los actos normativos del tercer pilar y el de la naturaleza última de tal pilar y de la propia Unión Europea.

Primero fue el *Conseil d'Etat* el que vino a decir que la OEDE era contraria a la estipulación constitucional que permitía rechazar la extradición por delitos de carácter político, lo que obligó a acometer en Francia una reforma constitucional. Después hubo sendas Decisiones del Tribunal Constitucional de Polonia (abril de 2005) y de la Corte Suprema de Chipre (noviembre de 2005) declarando la inconstitucionalidad de las correspondientes leyes nacionales de transposición, en el primer caso por contradecir la prohibición constitucional de extradición de nacionales polacos, y en el segundo, por no ajustarse la ley al carácter constitucionalmente tasado de las causas de privación de libertad. Y entre una decisión y la otra, en el mes de julio de 2005, el Tribunal Constitucional alemán sentenció que la ley de desarrollo de la OEDE era inconstitucional en su integridad (Etxeberria Guridi, 2006, Tomuschat, 2006, Kühn, 2007).

Lo que más sorprende de esta reacción contra la Decisión Marco -con relevantes episodios también en Bélgica, Finlandia y la República Checa- es que llega en un "momento" en el que el Tribunal de Justicia parecía haber dado un paso de gigante para conferir a las Decisiones Marco del tercer pilar una fuerza equiparable a la de las Directivas Comunitarias. En el caso *Pupino*, fallado en junio de 2005, el TJ recurrió, en efecto, al paralelismo entre el régimen jurídico

de la Decisión Marco (artículo 34.2 b del Tratado de la Unión, TUE) y el de la Directiva (artículo 249 del Tratado de la Comunidad, TCE), para establecer que, al igual que en estas últimas, las Decisiones Marco imponen a los órganos jurisdiccionales nacionales un deber de interpretación del ordenamiento interno en el sentido más favorable posible a la efectividad de la norma europea. En *Pupino* se discutía la aplicación analógica por jueces italianos, en un proceso en el que las víctimas eran menores, de la Decisión Marco sobre el estatuto de las víctimas en un proceso penal. El TJ se pronuncia por la obligatoriedad de tal aplicación, y razona desde la óptica de los objetivos que se plantearon los Estados miembros ("crear una unión más estrecha") al dar existencia jurídica a un Tratado como el de la Unión. Tales objetivos, dice el TJ en el Párrafo 42, "difícilmente podrían lograrse de manera efectiva si el principio de la cooperación leal, que exige a los Estados miembros adoptar todas aquellas medidas, generales o particulares, apropiadas para el cumplimiento de las obligaciones contraídas bajo el Derecho de la Unión, *no rigiera también en el área de la cooperación policial y judicial en asuntos penales*, un área que se basa exclusivamente en la cooperación entre los Estados miembros y las Instituciones" (véase Sarmiento, 2005).

La posibilidad de que el caso *Pupino* pudiera haber representado un hito comparable a *Costa Enel*, reforzando la eficacia de los actos jurídicos del Título VI del Tratado de la Unión, y cuestionando la separación entre actuaciones comunitarias y actuaciones "de los pilares", es lo que el Tribunal Constitucional alemán parece haber cerrado por completo. Sus razonamientos dirigidos a concluir que la Ley de asistencia jurídica internacional en materia penal rebaja hasta límites inadmisibles la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos alemanes se sitúan exactamente en las antípodas de lo que el TJ afirma en el citado párrafo de *Pupino*: la Decisión Marco es una forma de manifestación del derecho de la Unión "situada fuera de las estructuras de la decisión supranacional que son propias del derecho comunitario"; "pese al avanzado proceso de integración, la Unión Europea es *todavía* un sistema jurídico parcial cuyo ámbito de encuadramiento es el del derecho internacional público"; "los requisitos derivados del principio democrático se cumplen sólo (con respecto a las Decisiones Marco) *porque* los Parlamentos nacionales conservan la facultad de re-diseñarlas y la de rechazar su implementación si ello es preciso", etc. Es decir, unos alegatos resueltamente adversos a las tesis de la unidad de orden jurídico del derecho europeo y favorables a la clásica estructura de "templo griego" de la Unión (por decirlo de acuerdo con la célebre metáfora de Bruno de Witte) (de Witte, 1998).

La lucha *europaea* contra el terrorismo está llevando de nuevo a primer plano el viejo debate sobre la naturaleza de la Unión. Pero la cuestión no es ahora ésa. Lo que se aprecia en las vicisitudes de la OEDE es lo poco que confían los órganos judiciales de algunos Estados en el nivel de protección de los derechos fundamentales alcanzado en otros. La prevención frente al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales desacredita la conexión que la Decisión Marco, en su Considerando 10, pretende establecer entre la OEDE y una comunidad de valores (artículo 6 TUE) generadora de vínculos que se suponen estables y sólidos mientras no se constate, mediante el procedimiento establecido en el artículo 7 del propio TUE, la violación grave y persistente de los mismos por parte de cualesquiera de los Estados miembros.

Y por otra parte los tribunales nacionales, habiendo tenido ocasiones, se han mostrado renuentes a dejar que sea el TJ quien se pronuncie sobre la validez de la Decisión Marco. Sólo la Corte de Arbitraje belga se decidió a plantear la cuestión, dando lugar (cuando el presente trabajo ya estaba terminado) a la Sentencia del TJ, de 3 de mayo de 2007, en la que el Tribunal desestima por completo los tres argumentos utilizados por los litigantes belgas en contra de la Decisión Marco: el de la inadecuación de tal instrumento normativo y los de la vulneración de los principios de legalidad penal e igualdad. En cuanto a lo primero, el TJ no comparte la idea de que la OEDE debería haber sido objeto de un Convenio (artículo 34.2 letra d TUE), y no de una Decisión Marco (artículo 34.2 letra b TUE), por no ajustarse al objetivo de la aproximación gradual de las normas punitivas. Para el TJ la aproximación del contenido de la disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros y, particularmente, de "las normas sobre los requisitos, procedimientos y efectos de la entrega entre autoridades nacionales" es precisamente el objetivo de la Decisión⁸. En cuanto a la vulneración del principio de legalidad penal, el TJ enfatiza el hecho de que la relación de las categorías de delito incluida en la Decisión Marco, no elimina la competencia estatal para el establecimiento de los "elementos constitutivos" de los delitos y sus penas correspondientes. Y en lo que se refiere a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación entre los acusados de infracciones contempladas en la OEDE y los acusados de infracciones no previstas en ella, al TJ le parece que el factor diferencial utilizado por la OEDE es objetivo y razonable, por lo que la diferencia de trato está justificada.

8. Véanse los Párrafos 29 y 30 de la Sentencia de la Gran Sala, de 3 de mayo de 2007, en el asunto C-303/05, resolviendo la petición de decisión prejudicial planteada por el *Arbitragehof* belga en el asunto *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad*.

4. Las listas de organizaciones e individuos adeptos al terrorismo: pluralidad de órdenes jurídicos y tutela de los derechos

La elaboración de listas de organizaciones terroristas y de individuos que colaboran con ellas está dando también lugar a una serie de problemas que permiten evaluar los contornos de la aproximación europea a la lucha contra el terrorismo. Las listas comenzaron a materializarse a partir de una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprobada contra los talibanes en 1999, y han sido la base de una actuación internacional contra la financiación del terrorismo cuyo carácter razonable parece indudable.

A partir de una nueva Resolución de Naciones Unidas tras los atentados de 2001 -la 1373, de 28 de septiembre- la política de inmovilización de fondos cobró una deriva específicamente europea, al ser el objeto de una Posición Común del Consejo (Posición Común 2001/931/PESC) en la que la Unión establece los procedimientos a seguir para dar efecto a la Resolución de Naciones Unidas. Aunque adoptada en el ámbito del pilar de la política exterior y de seguridad común (Título V TUE), la Posición Común también compromete al tercer pilar, pues su artículo 4 establece la obligación de los Estados miembros, "mediante una cooperación policial y judicial en materia penal en el marco del título VI", de prestarse mutuamente la asistencia más amplia posible para la prevención y la lucha contra los actos terroristas. La Posición va acompañada de un Anexo en el que se relacionan las "personas, grupos y entidades" que intervengan en actos terroristas, elaborada de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 1.4 de la Posición⁹, y prevé que el anexo será objeto de una revisión periódica cada seis meses "con el fin de asegurar que su permanencia en la lista está justificada". La revisión de las listas se materializa mediante Regulaciones de la Comisión (que se han sucedido desde entonces con mucha mayor frecuencia que la de 6 meses), y la propia Posición Común, con base en los artículos 15 y 34 TUE ha sido también objeto de varias actualizaciones.

La aplicación de los mimbres legislativos sucintamente descritos está generando en el seno de la Unión una conflictividad jurídica que ya ha sido caracte-

9. "La lista que figura en el anexo se confeccionará sobre la base de informaciones concretas o de elementos del expediente que muestren que una autoridad competente ha adoptado una decisión respecto de las personas, grupos y entidades mencionados, tanto si se trata de la apertura de investigaciones o de procedimientos en relación con un acto terrorista, como de la tentativa de cometer, o de participar, o de facilitar dicho acto, basada en pruebas o en indicios serios y creíbles, o si se trata de una condena por dichos hechos. Las personas, grupos y entidades identificados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como relacionadas con el terrorismo y contra los cuales se hayan ordenado sanciones podrán ser incluidos en la lista".

rizada por alguna autora como "kafkiana" (Ley, 2007). Con olvido de los tintes humorísticos que también posee la obra de Kafka (del todo improcedentes en este contexto), el calificativo se aplica por lo común a aquellas situaciones en las que el individuo se nos aparece inerme frente a ciertas maquinarias burocráticas que se manifiestan de manera fría y obstinada. La "maquinaria burocrática" asume aquí la forma de una organización supranacional cuya naturaleza dista de ser clara, pero que se comporta a los efectos que estamos tratando como el brazo ejecutor de unas normas de *Ius cogens* cuyo acatamiento no podría eludir sin que los Estados que la integran incurrieran en una grave vulneración del Derecho Internacional.

Los asuntos decididos por el Tribunal de Primera Instancia (TPI) y por el TJ a propósito de las listas son interesantes casos de estudio sobre la cuestión de los derechos en la "constelación post-nacional". Las decisiones tienen que haberse las al menos con cuatro estratos del *multy-level constitutionalism* (directamente con el de las Naciones Unidas, y el de la Unión (de la *pequeña* Europa) y, al menos de refilón, con el del Convenio de la *gran* Europa y con el propio de cada uno de los Estados de los que el litigante es nacional), un embrollo del que se puede decir cualquier cosa menos que es sencillo de resolver. Y aunque quienes no somos adeptos a la tesis de la "única decisión correcta", tendemos a tratar con indulgencia las soluciones dadas a los casos difíciles, creo que no sería justo dejar de reconocer que las de los jueces de la Unión han ido ganando poco a poco cierta consistencia.

En los casos acumulados *Yusuf y Cadi*¹⁰, el TPI se limitó a invocar la capacidad de las Comunidades para imponer sanciones económicas y financieras a terceros "países" (artículos 60 y 301 del Tratado CE) y, en condiciones semejantes, también a "individuos" (artículo 308 TCE), así como a resaltar que, a la luz del Derecho Internacional y de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 103), las obligaciones de los Estados Miembros, y de la propia Unión, consecuentes con su pertenencia a ellas, prevalecían absolutamente sobre cualquier otro vínculo que pudiera derivarse de la común participación en otros Convenios u organizaciones. La acción sancionadora del Consejo y de la Comisión vendría a ser entonces la mera puesta en práctica de Decisiones del Consejo de Seguridad (y de su Comité de Sanciones) cuya revisión por el TPI desbordaría claramente el ámbito de sus competencias. Unas líneas de razonamiento que el TPI completa invocando el carácter legítimo del bloqueo de fon-

10. Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat Internacional Foundation (Caso T-306/01) y Yassin Abdullah Kadi (Caso T-315/01) contra la Comisión, fallados el 21 de septiembre de 2005.

dos como instrumento de lucha contra el terrorismo internacional cuya importancia está por encima del derecho de los recurrentes a tener acceso a un Tribunal para la revisión de su causa.

Se trata, como se ve, de una jurisprudencia de absolutos, en el sentido de que respalda la ausencia de jurisdicción para entrar en el fondo del asunto (y así lo indica expresamente con olvido del derecho a un recurso efectivo del artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) a la vista del "interés público esencial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional frente a una amenaza claramente identificada por el Consejo de Seguridad (de las Naciones Unidas)". Que tal interés pueda invocarse como causa justificadora de una actuación de la Unión decidida en el marco de los pilares del TUE, pero en apoyo de la cual se invocan los artículos 60, 301 y 308 del TCE tiene, por otra parte, el máximo interés para el debate sobre las limitaciones implícitas del Tratado CE y su relación con los objetivos genéricos de la Unión establecidos en el artículo 2 TUE, es decir, de nuevo, para la discusión sobre la naturaleza única o dual del sistema jurídico puesto en pie por los tres Tratados originarios y el Tratado de la Unión (véase, recientemente, Herrmann, 2007). Es una cuestión que aparece recurrentemente al hilo de los conflictos causados por las actuaciones de la Unión contra el terrorismo, y que recibe en los casos *Yusuf y Kadi* una respuesta favorable al carácter puente de los artículos 60 y 301 TCE en el contexto de la coexistencia de la Unión y la Comunidad como "ordenamientos jurídicos integrados pero separados"¹¹.

Incidentalmente, y como prueba de que la jurisprudencia de absolutos no siempre se corresponde con lo que exige la búsqueda de una solución justa, cabe recordar que Ahmed Yusuf es un nacional sueco al que se incluyó en la lista de individuos relacionados con el terrorismo por haber enviado un dinero a Somalia que nunca pudo probarse de manera convincente que acabara en las manos de Al Barakaat. De hecho, el sr. Yusuf recibió el apoyo público (y financiero) de relevantes personalidades públicas de Suecia, y fue finalmente tachado de la lista pocos meses después de haber recibido una respuesta tan decepcionante por parte del TPI (véase Dominica Bork, 2006).

11. Pese a rechazar que el artículo 308 TCE pudiera servir como base para conferir a las instituciones europeas facultades genéricas de cara a la consecución de los objetivos de la Unión (Párrafos 154 a 156), el TPI sí apoya que los artículos 60 y 301 TCE puedan actuar como "puente" entre éste y el pilar de la política exterior y de seguridad común: *"In the circumstances, account has to be taken of the bridge explicitly established at the time of the Maastricht revision between Community actions imposing economic sanctions under Articles 60 EC and 301 EC and the objectives of the Treaty on European Union in the sphere of external relations (...)"*.

Los casos de las listas decididos ulteriormente por el TPI no sitúan ya a éste en una posición contraria al derecho a la revisión judicial. En *Ayadi y Hassan*¹², el TPI sostiene que el recurso contra la inclusión en las listas debe materializarse, frente al Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad, mediante las autoridades diplomáticas del país del que sea nacional (o en el que resida) el interesado. Las autoridades diplomáticas de los Estados miembros deberían velar entonces por satisfacer el derecho a una nueva consideración del caso por el Consejo de Seguridad, permitiendo al interesado hacer valer sus razones ante aquéllas. Y el rechazo de las autoridades nacionales a actuar da base para reclamar ante los tribunales *internos*. Es una "solución" a la que castizamente podríamos aplicar el dicho "echar balones fuera", pero que no trata al menos la lucha contra el terrorismo como un valor situado por encima de la causa de los derechos. Puestos a ser imaginativos, el TPI podría haber conectado la posibilidad de instar la revisión con el *factum* de la pertenencia al Consejo de Seguridad, como miembros permanentes, de Francia y el Reino Unido, trazando paralelismos con la prerrogativa de la protección diplomática y consular de la ciudadanía europea (artículo 20 TCE).

Y en el caso de los *Mujahidines del Pueblo de Irán*¹³ va más lejos: anula la decisión del Consejo mediante la cual esta organización fue incluida en la lista, porque los derechos de la misma no fueron respetados al no habersele informado de las razones que avalaban la inclusión, ni permitido el intento de rebatirlas. Como cualquier Tribunal respetuoso con lo que es quizá la regla de oro de la interpretación jurídica, el TPI razona el cambio de criterio a partir de las diferencias que encuentra entre este caso y los fallados anteriormente. En los casos citados antes, los órganos comunitarios se habían limitado a dar efecto a lo que ya venía dispuesto en las Resoluciones de la ONU y sus anexos. Mientras que ahora la correspondiente Resolución de Naciones Unidas había dejado un margen a los Estados para tomar la decisión de cuáles habían de ser las organizaciones o los individuos inscritos. De acuerdo con ello, el TPI considera que la Regulación del Consejo en la aplicación de la Posición Común, una vez que han surtido efecto las consecuencias asociadas a la inclusión en la lista, debe ser respetuosa con el derecho a conocer (y rebatir) las razones que avalaron la inclusión. Bien es verdad que el TPI es bien consciente del modo a través del cual llegan a menudo a conocimiento de los Estados las razones

12. Chafiq Ayadi contra el Consejo (Caso T-253/02) y Faraj Hassan contra el Consejo y la Comisión (Caso T-49/04), fallados el 12 de julio de 2006.

13. Organización de los Modjahedines del pueblo de Irán contra el Consejo (Caso T-228/02), decidido el 12 de diciembre de 2006.

para incluir a una organización en la lista: mediante información reservada de los Servicios de Inteligencia que no es susceptible de desvelarse sin destapar al mismo tiempo las fuentes de información y los métodos operativos. De ahí que la Sentencia se limite a postular un control judicial *restringido*, es decir, suficiente para comprobar que ha habido unos "mínimos de procedimiento" capaces de evitar los errores manifiestos o los abusos de poder, pero deferente hacia las consideraciones sobre el superior interés de la seguridad que pudieran invocar los Estados.

En el caso de los Mujahidines, el Tribunal consideró que, además de prescindir del trámite de audiencia, ni el Consejo ni el Reino Unido habían aportado pruebas sobre el carácter terrorista de tal organización. Muy otra hubiera sido tal vez la respuesta si se hubiese tratado de un grupo calificado formalmente como terrorista en sede judicial de cualesquiera de los Estados miembros. La decisión de la Gran Sala del TJ en el caso de *Gestoras Pro Amnistía*¹⁴, confirmando el Auto del TPI en el que éste declaró que no se había vulnerado la tutela judicial efectiva de los recurrentes, así permite vaticinarlo. Lo que los demandantes solicitaron era que se reconociera su derecho a percibir una indemnización, a cargo del Consejo, como consecuencia de haber sido incluidos en la lista anexa a la Posición Común 2001/931. El TPI razonó el rechazo de la pretensión sobre la base del carácter limitado de la revisión judicial en los actos del segundo y tercer pilar (artículos 46 y 35 TUE) y la consiguiente imposibilidad de entrar siquiera a discutir el fondo. El TJ confirma plenamente este punto de vista contrario a la aplicación, en las actuaciones derivadas del artículo 4 de la Posición Común, de la responsabilidad por daños regulada en el artículo 288 TCE¹⁵. La misma (nula) suerte corren las alegaciones relativas a la vulneración del derecho a la tutela. No obstante la letra del artículo 35.1 TUE, el TJ se explaya sobre su competencia para conocer, con carácter prejudicial, sobre la aplicación de cualquier disposición del Consejo, sea cual fuere su carácter, siempre que produzca

14. *Gestoras Pro Amnistía*, Juan María Olano y Julen Zelarain Erraste contra el Consejo (Caso C-354/04), fallado el 27 de febrero de 2007. El TPI acumuló a este caso, y desestimó igualmente, el de Segi, Araitz Zubimendi Izaga y Aritz Galárraga contra el Consejo (Caso C-355/04).

15. El argumento es puramente formalista: el artículo 288 TCE no se encuentra entre los que el artículo 41.1 TUE declara aplicables en el ámbito del tercer pilar (Párrafo 47 de la Decisión de la Gran Sala). Esto convierte en una incógnita el saber cuáles son los "tribunales" competentes, según la declaración del Consejo incluida como anexo de la Posición Común 2001/931, para conocer del derecho a ser indemnizado como consecuencia de "cualquier error en cuanto a las personas, grupos o entidades" mencionados en el anexo. Sobre este extremo abundan los Párrafos 58 a 62, para desestimar que una declaración de esa índole pudiese crear acciones no previstas en los textos aplicables, ni ser tenida en cuenta "para interpretar el Derecho derivado del Tratado UE".

efectos frente a terceros¹⁶. Y con ello, más la referencia a la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales de los Estados para aplicar e interpretar las normas procesales internas, le basta para desestimar la alegación.

En los casos de *Gestoras y Segi*, el Reino de España, que actuó como coadyuvante, invocó los Autos del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional mediante los que se declararon ilegales las actividades de tales organizaciones. Y tal es, como decimos, un factor que podría explicar (aunque no justificar) el poco empeño que pone el TJ en hacer una jurisprudencia más apegada a las exigencias que se derivan, para las instituciones *comunes* de la Unión, del compromiso con los derechos fundamentales establecido en el artículo 6.2 TUE. Y eso que las Conclusiones del Abogado General, Paolo Mengozzi, en esta causa equivalen por sí solas a un ensayo sobre la cuestión de la proyección del mandato de respeto de los derechos en las actuaciones del tercer pilar¹⁷. Mengozzi pronostica que el ámbito de la cooperación judicial y penal en materia criminal va a empujar al TEDH a ejercer un papel cada vez más importante, y en el que no va a ser tan fácil mantener la "presunción de equivalencia" de protección de los derechos con la que hasta ahora el TEDH ha ido orillando conflictos y desencuentros¹⁸; es posible que así sea, sobre todo si se prolonga la insostenible situación de unos derechos "proclamados" y no incorporados.

Aunque, si nos guiamos por lo que el TEDH hizo en los casos de *Gestoras y Segi* contra los (entonces) 15 Estados miembros, voluntad de ser incisivo, no se aprecia por ningún lado. Ante la queja de los recurrentes de no haber tenido ocasión de rebatir su inclusión en la lista, El TEDH no admite la demanda, con el argumento de que el artículo 4 de la Posición Común (recuérdese, el que contempla la asistencia mutua más amplia posible para la prevención y la lucha contra actos terroristas), al ser una disposición genérica y abstracta que nada añade a las potestades que eventualmente pudieran ejercerse contra los recurrentes, no confiere a estos la condición de "víctimas" de una violación de derechos en el sentido del artículo 34 del Convenio¹⁹. Es,

16. "En la medida en que la finalidad del procedimiento que permite al Tribunal de Justicia pronunciarse con carácter prejudicial es garantizar el respeto del Derecho al interpretar y aplicar el Tratado, sería contrario a dicho objetivo interpretar restrictivamente el artículo 35..." (Párrafo 53).

17. Véanse, especialmente, los párrafos 77 a 90 de las Conclusiones (para la cuestión del "reparto de competencias" en la materia entre el TJ y el TEDH), y los Párrafos 133 a 140 (para la del "reparto de competencias" entre el TJ y los jueces y tribunales nacionales).

18. Un buen ejemplo de esta línea es el caso *Bosphorus* contra Irlanda, fallado por el TEDH el 30 de junio de 2005. Pero *Bosphorus* se refería, como es sabido, a actuaciones (rigurosamente) "comunitarias", y no del ámbito de los pilares "intergubernamentales".

19. *Segi y Gestoras pro Amnistía* contra Alemania y otros (Demandas 6422/02 y 9916/02), Decisión de inadmisión de 22 de mayo de 2002.

desde luego, un razonamiento que contrasta abiertamente con el utilizado en otras ocasiones por el TEDH al interpretar el artículo 34 propiciando un control de convencionalidad de normas estatales potencialmente lesivas de derechos²⁰.

5. La recolecta y transmisión de datos y el "huidizo" derecho a la intimidad

La protección de la intimidad, al hilo de la lucha contra el terrorismo, está siendo en la esfera europea un vivero de conflictos con los Estados Unidos, y una fuente constante de problemas sobre el ámbito adecuado para tomar decisiones. De una y otra cosa se extrae la impresión de que proteger la intimidad de los ciudadanos europeos, es algo que a la Unión le afecta sólo tangencialmente: una consecuencia más de la extraña relación que la Unión Europea mantiene con el concepto (normativo) de derechos fundamentales.

El propio contenido de lo que sea "intimidad" es, por lo demás, algo que carece de contornos precisos en el patrimonio constitucional europeo. Por no tener, ni siquiera tiene un *nomen iuris* del que se deduzca de manera indubitada cuál es el núcleo de lo que se protege. Y no es que el derecho a la vida privada y familiar del Convenio de 1950 no haya servido al TEDH para extraer contenidos que ni siquiera pudieron imaginar quienes lo redactaron. La cuestión es que se trata de un derecho sometido a una erosión tan irreversible, que se hace difícil hablar de unos "estándares" que pudieran servir para establecer barreras entre lo conforme al Convenio y lo contrario a él. Nuestros personales cálculos de coste/beneficio también contribuyen decisivamente a tal erosión; sabemos que "dejamos rastro" de muchas de las cosas que hacemos cada día, pero cargamos gustosos con tal inconveniente a cambio de las ventajas que obtenemos. Una Sentencia como la del Tribunal Constitucional alemán descalificando como inconstitucionales los sistemas de "vigilancia total" (*rundüberwachung*) basados en el cruce de datos y la definición en abstracto de categorías de sospechosos de actividad terrorista, parece inconcebible en muchos países -y desde luego en los Estados Unidos- en los que tal es un método empleado habitualmente por los servicios de seguridad²¹.

20. Emblemático en tal sentido puede ser, por ejemplo, el caso Klass y otros contra la República Federal de Alemania, 2 EHHR (1978), 245, en el que el Tribunal reconoce la condición de "víctimas potenciales" a un fiscal y a un grupo de abogados frente a una ley sobre intervención de las comunicaciones.

21. Me refiero a la Sentencia de 4 de abril de 2006, en la que, resolviendo un Recurso de Queja planteado por un estudiante marroquí, el BGV estableció que las amenazas potenciales o de carácter genérico, no justifican la creación de perfiles de sospecha y las pesquisas preventivas y masivas a la búsqueda de "terroristas durmientes". Y véase igualmente la de 12 de abril de 2005, en la que el Tribunal transige (por ser conforme a

La protección de los datos personales frente al uso indebido -una llamativa "laguna" del Convenio Europeo de derechos, que es "arqueología jurídica" desde este punto de vista es desde hace bastantes años objeto de atención del legislador comunitario (Bayo Delgado, 2005). El problema no es la falta de legislación, sino el emplazamiento de la misma en los estrictos contornos de las actividades sometidas al *Derecho comunitario*, precisamente en un momento en el que el intercambio de información entre los Estados -entre los europeos y entre los no europeos- es quizá el instrumento por antonomasia de la cooperación *intergubernamental* en la lucha contra el terrorismo. La exigencia de unanimidad en el tercer pilar es una rémora que dificulta hasta la exasperación el éxito de las iniciativas dirigidas a implantar en dicho pilar un sistema de protección de datos equiparable al del pilar comunitario. De manera que hay un interés para que el intercambio de datos (basado en la disponibilidad) sea cada vez mayor y más *confiado*²², pero tal tendencia no va acompañada de una superación del principio de la responsabilidad estatal por el uso y el destino de tales datos²³.

Ese cruce de tendencias se aprecia en la sentencia del TJ que anuló el Acuerdo concluido entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos sobre transmisión por las compañías aéreas de datos de sus pasajeros²⁴. La sentencia resuelve en sentido favorable el Recurso de Anulación interpuesto por el Parlamento contra el Consejo y la Comisión con un argumento muy sencillo: estos últimos decidieron que el nivel de protección dispensado por los Estados Unidos para los datos de los viajeros (*Personal Name Record*, en la jerga de uso común) era adecuado y que, en consecuencia, la transmisión no contravenía los términos de la Directiva 95/46/CE. Pero, según el TJ, el Consejo y la Comisión,

la ley) con la instalación secreta por la policía de un aparato GPS en un vehículo, pero también avisa al legislador para que impida que el efecto cumulativo de medidas de técnicas de vigilancia cada vez más sofisticadas, pueda acabar afectando al "núcleo" (*kernbereich*) de lo que se entiende por intimidad. (Ambas decisiones están comentadas en Kett-Straub, 2006 y Nicole Jacobs, 2005, respectivamente).

22. Véase el epígrafe 2.6 ("Acceso a la información necesaria para combatir el terrorismo y la criminalidad organizada") de la comunicación de la Comisión (COM2006, 331) sobre la ejecución del "programa de La Haya".

23. Una manifestación paradigmática puede apreciarse en el artículo 38 del Convenio Europol: "De conformidad con su Derecho Nacional, cada Estado miembro responderá de cualquier perjuicio causado a las personas, en el que intervengan datos que adolezcan de errores de derecho o de hecho almacenados o tratados por Europol. La víctima sólo podrá reclamar indemnización al Estado miembro en que se haya producido el hecho que originó el perjuicio y deberá acudir a los Tribunales que sean competentes en virtud del Derecho nacional de ese Estado. Ningún Estado miembro podrá invocar el hecho de que otro Estado miembro o Europol ha transmitido datos incorrectos para eludir la responsabilidad que le corresponda con arreglo a su Derecho nacional con respecto a una persona perjudicada".

24. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de mayo de 2006, en los asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04.

al adoptar tal Acuerdo, llevaron los términos de tal Directiva sobre protección de datos más allá de la esfera de aplicación de la misma, que está circunscrita a las actividades comprendidas en el ámbito del Derecho Comunitario, y que excluye expresamente el tratamiento de datos con fines de seguridad o defensa del Estado²⁵.

Bajo el rótulo "marco jurídico", la sentencia inicia sus razonamientos con una reproducción textual del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero su línea argumental carece luego de cualquier idea conectada con el mismo. La protección de la intimidad de los viajeros frente a la transmisión de una larga serie de sus datos personales al Departamento de seguridad de los Estados Unidos, una transmisión mantenida por espacio de meses sobre unas bases jurídicas que ahora se declaran nulas, flota así como una nebulosa bien perceptible, pero situada fuera del alcance del TJ. Ese "efecto-nebulosa" en lo que afecta al régimen jurídico de los derechos protegidos por el Convenio, es exactamente lo opuesto de lo que el TEDH viene estableciendo como el primero de los requisitos para considerar que una determinada restricción es legítima: una previsión legal de la suficiente calidad como para permitir al ciudadano conocer las consecuencias de sus conductas²⁶.

La Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas (que ha sido recurrida ante el TJ por Irlanda, disconforme con el pilar elegido para adoptarla) sigue descargando plenamente en los Estados la responsabilidad de velar por el uso adecuado de los datos que ella misma obliga a conservar²⁷. Y lo mismo la Decisión Marco 2006/960/JAI del

25. Artículo 3.2 de la Directiva 95/46/CE: "Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán al tratamiento de datos personales: (...) efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como las previstas por las disposiciones de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea y en cualquier caso al tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado (incluido el bienestar económico del Estado cuando dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del Estado) y las actividades del Estado en materia penal (...)".

26. Véase, por todas, la sentencia de la Sección Segunda del TEDH, de 6 de junio de 2006, en el caso *Segerstedt-Wiberg y otros contra Suecia* (Demanda nº 62332/00), especialmente los párrafos 74 a 80.

27. Artículo 4: "Los Estados miembros adoptarán medidas para garantizar que los datos conservados de conformidad con la presente Directiva solamente se proporcionen a las autoridades nacionales competentes, en casos específicos y de conformidad con la legislación nacional. Cada Estado miembro definirá en su legislación nacional el procedimiento que deba seguirse y las condiciones que deban cumplirse para tener acceso a los datos conservados de conformidad con los requisitos de necesidad y proporcionalidad, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión o del Derecho internacional público, y en particular el CEDH en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos".

Consejo, de 18 de diciembre, sobre la "simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea", cuyo artículo 8 remite, para la protección de los datos intercambiados, a "las (correspondientes) disposiciones nacionales", de conformidad con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa sobre tratamiento automatizado de datos²⁸.

El carácter "huidizo" y "lagunoso" de la protección de la intimidad ante el *factum* de un intercambio de datos que crece en proporción directa a lo que se percibe como una necesidad cada vez mayor de "cruzar" información sobre la conducta de individuos y organizaciones, causa inseguridad jurídica e incentiva comportamientos de hechos consumados al margen de cualquier regulación (Hijmans, 2006). Un ejemplo característico de ello lo encontramos en el asunto de la transmisión de datos de operaciones bancarias desde Europa a los Estados Unidos, de conformidad con el sistema SWIFT. Se trata de un sistema operado por una sociedad belga de mensajería financiera que registra y conserva los datos de transferencias bancarias internacionales de unos 8.000 bancos. SWIFT venía dando acceso incondicional de tales datos al Departamento del Tesoro de los Estados Unidos -y el Departamento los transfería a la CIA- al menos desde 2002, en cumplimiento de un mandamiento judicial emitido allí a las pocas semanas del 11 de septiembre. Este comportamiento era conocido en Europa por algunos grandes bancos y, desde luego, por el Banco Central Europeo, pero el asunto no salió a la luz hasta que el New York Times lo reveló en junio de 2006. Ante la filtración, tanto la sociedad belga como el Banco Central, y la propia Comisión, se escudaron, en la falta de una regulación que prohibiera la práctica. Y el Parlamento europeo, al margen hasta entonces del asunto, reaccionó llevándolo de inmediato al orden del día para un debate cuyo resultado no sirvió sino para constatar el carácter a-legal de la práctica e instar la actuación del Grupo europeo de Trabajo sobre protección de datos conocido como "Artículo 29"²⁹.

28. Y véase también el Apartado 7 del artículo 1, en el que se establece el "objetivo y ámbito de aplicación" de la Decisión marco: "La presente Decisión marco no supondrá modificación de la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos básicos plasmados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, ni se verá afectada ninguna obligación que incumba a los servicios de seguridad a este respecto".

29. En febrero de 2007, el *Article 29 Data Protection Working Party*, que toma su nombre del correspondiente artículo de la Directiva 95/46/CE, todavía continuaba mostrando su preocupación, a propósito de SWIFT, por "la persistencia de un trasvase de datos personales hacia los Estados Unidos realizado con quebrantamiento de las reglas europeas sobre protección de datos". (Véase el Comunicado de Prensa de 16 de febrero de 2007, en el sitio web http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsi/privacy/index.en.htm).

6. La "pesadilla": contribuyendo a la guerra al margen de vínculos. Los vuelos secretos de la CIA

La "inopia europea" (Bassets, 2006) ante las prácticas de SWIFT se queda pálida ante la demostrada a propósito de los centros de detenidos y los vuelos secretos de la CIA. El asunto se ajusta fielmente al guión habitual de los escándalos políticos y las "causas célebres". Ingredientes básicos del mismo son la programación de prácticas ilegales diseñadas y mantenidas en secreto por espacio de meses, cuando no de años; las denuncias difusas de la existencia de las mismas sin obtener mucho crédito y, al cabo, el interés generalizado de la opinión pública como consecuencia de la publicación de reportajes de investigación en periódicos de prestigio. Tal es el primer acto del drama, al que sigue un nudo de respuestas evasivas y negativas categóricas cada vez más insostenibles, que aumentan exponencialmente la curiosidad sobre el asunto y desembocan en la apertura de cauces de investigación que lo dejan por completo al descubierto. El epílogo suele ser la elaboración de informes dirigidos a obstaculizar la repetición futura de escándalos semejantes, cuyas propuestas de reformas legislativas y buenas prácticas, tienden más a caer en el olvido, que a llevarse a efecto.

Será raro encontrar un sistema democrático que no haya conocido, con un motivo o con otro, "guiones" de tal naturaleza. Y desde luego, en el ámbito de los servicios secretos, suele decirse que no hay más estímulo para las reformas, que los escándalos en los que periódicamente se ven atrapados.

Lo extraordinario de un caso como el de las actuaciones de la CIA en Europa no radica en el éxito obtenido para mantener el secreto durante tanto tiempo, sino en el carácter por así decir grosero y delictivo de las mismas, y en la propia amplitud del círculo de complicidad por omisión en el que se produjeron. Ahora sabemos casi todo acerca de unos planes que se venían llevando a la práctica antes del 11 de septiembre, pero que encontraron en la causa de la guerra contra el terrorismo el impulso decisivo para producir un efecto letal sobre el compromiso de la Unión Europea con los objetivos *normativizados* en el artículo 6 TUE. En el espacio de apenas un año -desde el reportaje de Dana Priest en noviembre de 2005 en el *Washington Post*, explicando las prácticas de "caza al terrorista" por parte de la CIA, hasta el Informe final del Parlamento europeo sobre los vuelos, de febrero de 2007- hemos perdido toda posibilidad de ignorar que en el espacio público de la Unión han coexistido la lucha contra el terrorismo sostenida (a duras penas) en un marco institucional de garantías jurídicas, y la guerra contra él librada al margen de frenos, internos o internacionales.

Mientras Europa repudiaba las torturas de *Abu Grahib* y solicitaba el cierre de Guantánamo³⁰, mientras se embarcaba en un sesudo debate sobre las posibilidades jurídicas de la orden de entrega y otros instrumentos de la lucha contra el terrorismo, Estados Unidos "actuaba": los agentes de la CIA, en algún caso con la colaboración activa de los de los servicios secretos de los países de la Unión, provocaban "entregas extraordinarias" de individuos, que eran trasladados en secreto a países o lugares *concentracionarios* para que otros hiciesen el trabajo sucio de interrogarlos, torturarlos y/o hacerlos desaparecer. Los Informes del Consejo de Europa, a cargo de Dick Marty, y el del Parlamento Europeo, a cargo de Claudio Fava, permiten reconstruir con todo detalle los secuestros y la "red de tela de araña" urdida por la CIA en un número de vuelos secretos desde (o con escala en) países europeos hacia países terceros, que sobrepasa los 1.200 sólo en el período comprendido entre 2001 y 2005³¹. Y también contamos ya con trabajos periodísticos realizados con todo rigor y minuciosidad, en los que se da cuenta de las desapariciones, los secuestros y los traslados de un número indeterminado de personas realizados en (o desde) suelo europeo (por todos, Chiesa, 2007).

Desde el punto de vista jurídico, el caso no presenta mayor complejidad: el Convenio Europeo de Derechos Humanos protege a toda persona sometida a la jurisdicción de los Estados miembros (artículo 1), lo cual ha generado una jurisprudencia del TEDH "expansiva" desde el punto de vista personal, e "intensiva" desde el punto de vista de las obligaciones positivas de impedir (y/o investigar) los ilícitos que se cometan en el ámbito territorial de los Estados signatarios. Puede entrarse a debatir si los vuelos de la CIA en aeronaves fletadas bajo la titularidad de compañías-fantasma, entraban en la categoría de vuelos de Estado o

30. Véase el Documento nº 10.497 de la Comisión de asuntos jurídicos y de derechos humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre "Legalidad de la detención de personas por parte de Estados Unidos en Guantánamo Bay", hecho público el 8 de abril de 2005.

31. Véanse el Documento del Consejo de Europa SG/Inf (2006) 5 ("*Report by Secretary General on the use of his powers under Article 52 of the European Convention on Human Rights, in the light of reports suggesting that individuals, notable persons suspected of involvement in acts of terrorism, may have been arrested and detained, or transported while deprived of their liberty, by or at the instigation of foreign agencies, with the active or passive co-operation of States Parties to the Convention, or by States Parties themselves at their own initiative, without such deprivation of liberty having been acknowledged*"), y el del Parlamento Europeo A6-0020/2007 ("Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos"). Y puede consultarse además la Opinión de la Comisión de Venecia nº 363/2005 ("*on the international legal obligations of Council of Europe Member States in respect of secret detention facilities and inter-State transport of prisoners*"), así como la Opinión de la Red Europea de expertos independientes en materia de derechos fundamentales nº 3-2006 ("*The human rights responsibilities of the EU Member States in the context of the CIA activities in Europe. Extraordinary Renditions*").

adoptaban, como parece más cierto, la apariencia de vuelos civiles, lo que influye en el alcance de las facultades reconocidas en el Convenio de Chicago sobre control del espacio aéreo (Ruiloba Alvarino, 2006). Pero de lo que no cabe duda es de que los Estados de la Unión se contentaron con unas "garantías diplomáticas" del gobierno de los Estados Unidos, cuya escasa credibilidad (por decirlo suavemente) se volatilizó por completo con ocasión del (hoy célebre) encuentro, en diciembre de 2005, de la Secretaria de Estado norteamericana con los ministros de Asuntos Exteriores de los Estados de la Unión.

Las sospechas sobre la existencia de cárceles secretas en ciertos países (Polonia y Rumanía, especialmente) no han logrado traspasar el umbral de la certeza. Pero, con independencia de ello, una aeronave puede ser considerada un centro de detención de personas, si éstas son retenidas allí en contra de su voluntad y sin posibilidad de recabar la protección de las autoridades. Al menos en Italia (como consecuencia del secuestro a plena luz del día de Abu Omar), y en Alemania (como consecuencia del secuestro del ciudadano alemán Jaled el Masri), ambos "reaparecidos", así como en España y Portugal (como consecuencia de los vuelos), la Justicia tiene abiertas causas judiciales que, con independencia del mayor o menor celo empleado por las autoridades para blindar los secretos de Estado, acabarán arrojando más luz sobre los delitos de la CIA.

Dado el carácter irreversible de las vulneraciones de los derechos, lo que cabe preguntarse es si todo ello bastará para tener la seguridad de que las formas europeas de plantar cara al terrorismo no volverán a contemporalizar con los métodos de la guerra. Porque a escala europea, no tenemos muy lejanos en el tiempo "guiones" semejantes, con su punto de llegada en solicitudes de reformas que no han sido atendidas. El Informe del Parlamento europeo sobre la red de espionaje "Echelon", compartida por los Estados Unidos con el Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, de mayo de 2001, clamaba ya por la instauración de cauces de control sobre la actuación de los servicios secretos extranjeros, y por la implantación o la mejora de los existentes sobre los servicios nacionales³². Seis años después, las Recomendaciones del Parlamento Europeo (las del Informe "Fava" sobre los vuelos de la CIA) y las realizadas por el Consejo de Europa (Recomendación 1713/2005 sobre "control democrático del sector de la seguridad en los Estados miembros") insisten en el mismo programa de reformas pendiente de realizarse: normativa de calidad que concrete los mandatos y

32. Parlamento Europeo 1999-2004, Documento PR/439868EN.doc ("*Draft Report on the existence of a global system for the interception of private and commercial communications (ECHELON interception system)*").

coarte la invocación del secreto de Estado, comités parlamentarios en disposición de ejercer adecuadamente la función de control, y códigos europeos de "comportamientos éticos en la función de inteligencia".

En el mundo post-11 de septiembre, la percepción del riesgo y la prevención tienden a ocupar el sitio (simbólico y efectivo) que tradicionalmente se asignaba a la función estatal de velar por la observancia de la ley. Por sus peculiaridades como organización supranacional en vías de integración, la Unión Europea cuenta con la ventaja sobre los Estados de poder ir seleccionando para su agenda de trabajo los objetivos y ámbitos de actuación que se adapten mejor en cada momento a las características últimas que la definen. Hablando en términos generales, la lucha contra el terrorismo ha sido hasta el momento, y pese a todo, un factor de integración. También podría ser, si se pusiese empeño en ello, el contrapeso que evitara que aquellas "nuevas" funciones de los Estados no acabaran por hacer irreconocibles las señas de identidad que vienen alumbrando desde hace medio siglo la idea de Europa.

Referencias

Ackerman B. (2007), *Antes de que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, Barcelona, Península.

Bayo Delgado J. (2005), "Derecho Comunitario sobre protección de datos", en AAVV., *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

Bassets Ll. (2006), "La inopia europea", *El País*, 29 de junio, pág. 11.

Bork D. (2006), "*The War on Terror and the Institution of Human Rights - Can the Two Be Combined?*", *Working Paper* núm. 102, *Department of Euroasian Studies Upsala University*.

Chalmers D. (2004), *Constitutional Reason in an Age of Terror*, *Global Law Working Paper del Hauser Global Law School Program*.

Chiesa G. *Le Carceri Segrete della CIA in Europa*, Milán, Piemme.

De Witte B. (1998), "*The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?*", en T. Heukels, N. Blokker y M. Brus (eds.), *The European Union after Amsterdam - A Legal Analysis*, Amsterdam, Kluwer.

Dershowitz A. (2004), *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*, Madrid, Encuentro.

Etxeberría Guridi J.F. (2006), "Vicisitudes de la orden europea de detención

y entrega. El caso alemán en particular", *La Ley* núm. 6613, ref^a D-275.

González-Cuéllar Serrano N. (2006), "La 'Euroorden': hacia una Europa de los carceleros", *La Ley*, núm. 6619, ref^a D-281.

Herrman Ch. (2007), *Much Ado about Pluto? The 'Unity of the Legal Order of the European Union' Revisited*, *EUI Working Papers*, RSCAS 2007/05.

Hijmans H. (2006), *"The third pillar in practice: coping with inadequacies. Information Sharing between Member States"*, *Discussion Paper for the meeting of the Netherlands Association for European Law (NVER)*, 24 November.

Ignatieff M. (2005), *El mal menor. Ética política en una era de terror*, Madrid, Taurus.

Jacoby N. (2005), *"The Decision of the Bundesverfassungsgericht of April 12, 2005 - Concerning Police Use of Global Position Systems as a Surveillance Tool"*, *German Law Journal*, vol. 6, núm. 7, págs. 1085 y ss.

Kett-Straubb, G. (2006), *"Data Screening of Muslim Sleepers Unconstitutional"*, *German Law Journal*, vol. 7, núm. 11, págs. 967 y ss.

Kühn W.M. (2007), "Problemas jurídicos de la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea", *revistas@iustel.com*.

La Torre M. (2006) *"Juristen böse Christen - Tortura y principio de legalidad"*, próxima publicación en *Derechos y Libertades Revista del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"* de la Universidad Carlos III de Madrid.

Ladiges M. (2007), *"Comment - Oliver Lepsius's Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act"*, *German Law Journal*, vol. 8, núm. 3, págs. 307 y ss.

Leonard M. (2005), *Por qué Europa liderará el siglo XXI*, Madrid, Taurus.

Lepsius O. (2006), *"Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act"*, *German Law Journal*, vol.7, núm. 9, págs. 761 y ss.

Ley, I. (2007), *"Legal Protection against the UN-Security Council between European and International Law: a Kafkaesque Situation?"*, *German Law Journal*, vol. 8, núm. 3, págs. 280 y ss.

Menéndez A. (2007), "Epílogo" a Ackerman B., *Antes de que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, Barcelona, Península.

Nye J. (2003), *La paradoja del poder norteamericano*, Madrid, Taurus.

Priest D. (2005), *"CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons"*, *Washington*

Post, 2 de noviembre.

Ruiloba Alvariño J. (2006), "La responsabilidad de los Estados europeos en los vuelos secretos de la CIA. Especial referencia a España", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 24, págs. 541 y ss.

Sarmiento D. (2005), "Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea, La sentencia María Pupino y el efecto directo de las Decisiones marco", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 10.

Tomuschat Ch. (2006), "Inconsistencias: la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 sobre la orden europea de detención y entrega", *Teoría y Realidad Constitucional*, 18, págs. 253 y ss.

Waldron J. (2005), "*Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*", *Columbia Law Review*, vol. 105 núm. 6, págs. 1681 y ss.