

TERRORISMO, DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA¹

Antonio F. Fernández Tomás
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

1.- Introducción: modelo europeo versus modelo norteamericano de respuesta frente al terrorismo. 1.1 *Modelo norteamericano: un problema de defensa.* 1.1.1 Ámbito externo. 1.1.2 Ámbito que debería estar sujeto a su jurisdicción interna. 1.2 *Modelo Europeo: un problema de seguridad interior.* 1.2.1 Persecución policial y judicial pero respetando los derechos fundamentales. 1.2.2 Límite: prohibición de la pena de muerte. 1.3 La reacción de la Unión Europea tras el 11-S y tras el 11-M. **2.- Actos de terrorismo y Derecho Internacional Público.** 2.1 *La red convencional antiterrorista y sus insuficiencias.* El asunto *Lockerbie* y el “uso alternativo” de la regla *aut dedere aut iudicare*. 2.2 *Hechos ilícitos de terrorismo y responsabilidad internacional.* 2.2.1 ¿Se cometió el 11-S un hecho *internacionalmente* ilícito atribuible a un Estado? 2.2.2 ¿Cometía Afganistán un hecho internacionalmente ilícito al ofrecer apoyo y refugio a Al-Qaeda? ¿Era este hecho ilícito equivalente a un “ataque armado”? 2.2.3 ¿Cuáles son las consecuencias de calificar unos hechos como ilícitos, pero diferentes de un ataque armado, para el “Estado responsable”? 2.3 *Ataques terroristas y legítima defensa. ¿Unos hechos y un concepto desfigurados?* 2.3.1 Los pasos de la desfiguración. 2.3.2 Si no hay desfiguración, la intervención armada en Afganistán es un acto de agresión. 2.4 *Actos de terrorismo, amenaza a la paz y Carta de las Naciones Unidas.* 2.4.1 La amenaza a la paz no puede dar lugar a una guerra preventiva, ni a una legítima defensa preventiva, sino a la aplicación de las sanciones previstas en los artículos 41 y 42 de la Carta. 2.4.2 La mera calificación no conlleva automáticamente la aplicación de las sanciones del artículo 41 ni del artículo 42. 2.4.3 La Resolución 1441 (2002), cuando habla de “consecuencias desfavorables” para Irak no está autorizando el uso de la fuerza armada. **3.- Actos de terrorismo y reacción de los Estado miembros en el marco de la Unión Europea.** 3.1 *Estrategia Europea de Seguridad (EES), Objetivos Estratégicos y Plan de Acción Revisado contra el terrorismo en la Unión Europea.* 3.1.1 El Consejo Europeo de 25 y 26 de marzo de 2004. 3.1.2 Características generales de la normativa antiterrorista de la Unión Europea. 3.2 *La Estrategia Europea de Seguridad (EES).* 3.2.1 EES y coordinación institucional de la lucha contra el terrorismo. 3.2.2 EES y Política Común de Seguridad y Defensa (PESD). 3.2.3 EES, PESC y Cláusula de Solidaridad. 3.2.4 EES, PESC y celebración de acuerdos internacionales por la Comunidad Europea. 3.3 *Los Objetivos Estratégicos y el Plan de Acción Revisado: las medidas legislativas.* 3.4 *El Refuerzo de la Cooperación Operativa en el ámbito policial y judicia*. 3.4.1 Acervo Schengen, sistemas de Información (SIS I, SIS II, VIS) y controles fronterizos. 3.4.2 EUROPOL y EUROJUST. **4.- Las medidas legislativas en la Unión Europea. El equilibrio entre la represión del terrorismo y la protección de los derechos fundamentales.** 4.1 *Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.* 4.1.1 El marco internacional. 4.1.2 La normativa comunitaria sobre blanqueo: la directiva 91/308/CEE sobre prevención del blanqueo de capitales y la directiva 2001/97, por la que se modifica la directiva 91/308. 4.1.3 La normativa española sobre blanqueo. 4.1.4 El bloqueo preventivo de la financiación del terrorismo. Resoluciones del Consejo de Seguridad (CS), marco comunitario y legislación española. 4.2 *La Decisión marco sobre terrorismo, de 13 de junio de 2002.* 4.2.1 El punto de partida: la percepción comunitaria del problema en los noventa. 4.2.2 Hacia una armonización de las conductas constitutivas de delito y el elemento subjetivo en los tipos delictivos de terrorismo. 4.2.3 La aplicación de la Decisión marco. 4.3 *La Decisión marco sobre la euroorden, de 13 de junio de 2002.* 4.3.1 Origen y naturaleza. 4.3.2 Características. 4.3.3 La aplicación de la euroorden. 4.3.4 La garantía de los derechos fundamentales de la Unión Europea en la Decisión marco sobre la euroorden. **Conclusión.**

¹ Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación BJU2002-00559, cofinanciado por el MCYT y el FEDER

1.- Introducción: modelo europeo *versus* modelo norteamericano de respuesta frente al terrorismo.

Los acontecimientos internacionales de los últimos años revelan que el terrorismo es el problema fundamental a resolver por el Estado de Derecho en las democracias occidentales. El terrorismo intenta desestabilizar regímenes democráticos extendiendo la consideración de víctima potencial a todos los integrantes de una sociedad. Los hechos tristemente han demostrado que no hay Estado invulnerable frente al terrorismo². La necesidad de una respuesta está fuera de toda duda. Ahora bien, dentro de las democracias occidentales existen modelos de respuesta diferentes. En este curso intentaré defender la tesis de que el modelo europeo es más sensato, más ajustado a la regla de derecho, y a la larga más eficaz que el modelo norteamericano de los últimos años.

1.1 El modelo norteamericano: un problema de defensa nacional.

El *modelo norteamericano*, tal y como ha sido desarrollado por el gobierno Bush a comienzos del siglo XXI³, y tal y como es percibido a través de los medios de comunicación de masas por la opinión pública de los países occidentales, concibe el terrorismo como un problema de *defensa*⁴, y aplica para su “solución” fórmulas militares. La actuación de las coaliciones lideradas por los EE. UU. en Afganistán e Irak pone de manifiesto las pautas o directrices básicas de ese modelo militar, que no respeta ni la Carta de las Naciones Unidas, ni el *ius in bello*, ni el trato que el Derecho internacional humanitario exige para los combatientes y prisioneros de guerra. Finalmente, el escándalo de las torturas en las cárceles iraquíes pone de manifiesto la degeneración a la que puede conducir la llamada “guerra contra el terror”.

1.1.1 Ámbito externo.

En el ámbito *externo*, el modelo norteamericano de respuesta al terrorismo intenta encubrir los fallos de una política de seguridad interna con un recurso fácil a la superioridad militar⁵. Pero los objetivos formulados por la *Estrategia de Seguridad Nacional de los*

² SISTIAGA, G., “Terrorismo y seguridad internacional en Europa”, en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, Escuela Diplomática, AEPDIRI y BOE, Madrid, 2003, p. 87.

³ En una etapa anterior y quizá debido al escaso número de víctimas causado, el gobierno demócrata presidido por Clinton siguió aplicando la *rule of law* tras el primer atentado contra el World Trade Center en 1993, y únicamente llevó a cabo represalias armadas localizadas contra otros países tras los atentados contra las sedes diplomáticas norteamericanas en Nairobi y Dar Es Salaam, a finales de la década.

⁴ Aunque su terminología (*National Security*), pudiera inducir a error. Sobre la concepción anglosajona del terrorismo como problema de índole militar véase, CALDUCH CERVERA, R., “La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional”, *REDI*, 2001, pp. 171 y ss.

⁵ Todo ello partiendo de la premisa de que la intervención armada en Afganistán realmente tuviera como objetivo responder a los atentados terroristas del 11 de septiembre, y no otros fines ligados al aprovisionamiento estratégico de materias primas (petróleo, gas natural) procedentes de Asia Central y su transporte, por los correspondientes oleoductos, hasta destinos controlados por la industria occidental. Por su parte, la presencia de esos intereses en la intervención armada y posterior ocupación del territorio iraquí parece cada vez más evidente.

*Estados Unidos de América*⁶ va mucho más allá de una eventual respuesta a la amenaza terrorista. Partiendo de un concepto que ha sido justamente calificado como de la soberanía condicionada⁷, defiende el derecho a intervenir usando la fuerza frente a cualquier Estado cuyo modelo no se ajusta al propuesto por los propios norteamericanos⁸. Ello supone la ruptura de principios bien asentados durante décadas (soberanía, no intervención, prohibición del uso de la fuerza armada) que constituyen las bases del orden jurídico y político internacional.

El modelo norteamericano de respuesta al terrorismo se basa en la represalia militar, mal disimulada bajo el argumento de la legítima defensa (Afganistán). La vuelta a una política unilateral de recurso a la fuerza armada ha conducido posteriormente a otra intervención armada aún más injustificable, bajo la cobertura ideológica de la doctrina denominada “guerra preventiva” (Irak). Sin embargo, sin perjuicio de la calificación que merezcan con arreglo al Derecho internacional estas actuaciones⁹, en lo relativo a la lucha contra el terrorismo hasta ahora sus métodos no han demostrado mayor eficacia que los vinculados a la *rule of law*. Arrasar Afganistán no ha servido para detener a Bin Laden, ni deshacer la red de Al-Qaeda, sino tan sólo para arrojar del gobierno al régimen talibán que garantizaba un santuario a la organización y a su líder en territorio afgano¹⁰. Ocupar Irak no ha servido ni siquiera para eso. Sólo para sustituir la imaginaria amenaza de las armas de destrucción masiva detentadas por Sadam Hussein por otra real, pues la resistencia iraquí, auxiliada por organizaciones terroristas que antes no operaban en Irak, ha logrado causar muchas más bajas en las tropas de ocupación que la propia guerra en los ejércitos de la coalición. El Irak posterior a la intervención armada de la coalición es un nuevo Estado

⁶ The National Security Strategy of the United States of America, septiembre 2002. Puede verse en el sitio <http://www.whitehouse.gov>.

⁷ GARCÍA SEGURA, C., Y RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., “El orden internacional tras el conflicto de Irak”, en *El imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak* (García Segura y Rodrigo Hernández, editores), Madrid, ed. Tecnos, 2004, pp. 11 y ss., especialmente, p. 22.

⁸ “Aquellos estados que tiranizan a su propio pueblo y se aprovechan de sus recursos naturales, que no cumplen el Derecho internacional y amenazan a sus vecinos, que están empeñados en adquirir armas de destrucción masiva, que patrocinan el terrorismo global y que rechazan los valores humanos básicos y odian a los Estados Unidos son calificados como Estados canallas (*Rogue States*), frente a ellos, y para impedir que se lleven a cabo actos hostiles, los Estados Unidos podrían actuar, si fuera necesario, de forma preventiva incluso mediante el uso de la fuerza”. GARCÍA SEGURA, C., y RODRIGO HERNÁNDEZ, A., *op. cit.*, p. 22, glosando el documento *The National Security*, *op. cit.*

⁹ En principio, la de intervención armada en agresión a otro Estado, o si se prefiere, más técnicamente, “crimen de agresión”, REMIRO BROTONS, A., “Guerras del Nuevo Orden: Iraq, la agresión de los democráticos señores”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2003, pp. 17-55.

¹⁰ Cabría plantearse, sin embargo, si el hecho de que el Estado afgano apoyase, financiase y protegiese a la red y sus integrantes hubiera sido un motivo justificativo para que el Consejo de Seguridad, actuando en el marco del Capítulo VII, hubiera autorizado una acción armada *ex art. 42*, a los EE.MM., con el fin de dismantelar los campos de entrenamiento de guerrilleros. De hecho, la calificación de los atentados terroristas como “amenaza a la paz”, es susceptible de desencadenar las medidas coercitivas previstas en los arts. 41 y 42. Ello no obstante, aun salvándose de ese modo los problemas de legalidad internacional, el desmonte de los campos de entrenamiento, incluso el eventual derrocamiento del gobierno afgano, no hubiera supuesto el dismantelamiento de la red. Sea cual fuere, por tanto, la cobertura jurídico-política, la acción militar por sí sola, es incapaz de resolver el problema.

fallido que constituye el caldo de cultivo ideal para las huestes de Al-Qaeda¹¹. Luego paradójicamente la intervención militar en Irak, lejos de su presentación pública como una nueva victoria en la “guerra contra el terror”, constituye un error estratégico de hondo calado en esa lucha.

Resulta cada vez más evidente que con todo ello no se soluciona un problema que requiere básicamente investigación policial y cooperación interestatal. Por el contrario, las intervenciones armadas en otros Estados, unilateralmente decididas por el gobierno norteamericano en detrimento de las decisiones colectivas que hubieran debido ser tomadas en los oportunos foros multilaterales, perjudican la estabilidad de las relaciones internacionales añadiendo nuevos problemas geoestratégicos susceptibles de repercutir gravemente en terceros Estados, como demuestran tristemente en nuestro caso los atentados del 11-M.

1.1.2 Ámbito que debería estar sujeto a su jurisdicción interna.

En el ámbito que debería estar sujeto a su *jurisdicción interna*, ese singular “estado de guerra contra el terror” determina la suspensión de las garantías propias del Estado de Derecho y es capaz de originar situaciones tan anormales como las sufridas por los “combatientes ilegales” capturados en territorio afgano e implícitamente considerados terroristas, como revela la situación de los presos en Guantánamo. El modelo americano suprime para estos supuestos terroristas las garantías del Estado de derecho, al impedir el acceso de los detenidos a un abogado y a un juez independiente e imparcial¹², así como las exigencias propias del Derecho internacional humanitario relativas al trato que merecen los prisioneros de guerra. A juzgar por las privaciones sufridas por los prisioneros talibanes¹³ en Guantánamo¹⁴, así como por las repugnantes violaciones de derechos humanos acaecidas

¹¹ ZALDÍVAR, C.A., “Votos y bombas”, ARI nº 45/2004 (23/3/2003) del Real Instituto Elcano. <http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/447.asp>

¹² Dos años y medio después de la finalización de los combates en Afganistán, el TS norteamericano, en sentencia de 28 de junio de 2004 (*Rasul et Al. v. Bush President of the United States, et Al.*), ha afirmado que los tribunales de los EE.UU tienen jurisdicción para conocer de los problemas derivados de la legalidad de la detención y del internamiento sin procesamiento previo de los prisioneros capturados durante las hostilidades y reclusos en la base militar de Guantánamo. En julio de 2004, en la base quedaban todavía siete personas de nacionalidad francesa, cuatro británicas y un ruso (Puede accederse a la sentencia a través de un vínculo en la página web de la Fundación Robert Schuman, *La Charte*, correspondiente a la primera semana de julio de 2004). No obstante, la respuesta de la Administración Bush al pronunciamiento del Tribunal Supremo –cuyo tenor literal denota cierta ambigüedad, al estimar la posibilidad de que los internados recurran ante un juez “u otro órgano decisorio neutral”- ha consistido en la creación de unos “tribunales administrativos”, compuestos por paneles de tres militares cada uno, ante los cuales los 549 reclusos que todavía permanecen allí podrían interponer sus peticiones de revisión de su caso. Según noticia publicada en *El País*, de 18 de julio de 2004, el 95% de los reclusos ha aceptado participar en ese simulacro descafeinado de la tutela judicial. Sin perjuicio de ello, la sentencia del Supremo norteamericano ha supuesto una vía libre para la interposición de recursos ante la jurisdicción ordinaria.

¹³ Los medios de comunicación (*El Mundo*, 18 de julio de 2004), se han hecho eco de la odisea sufrida por Hamed Abderraman Ahmed (*Hamido*), el ceutí que pasó dos años en Guantánamo metido en una jaula sin ser objeto de acusación ni procesamiento alguno. Seis meses después de su entrega a las autoridades españolas ha sido puesto en libertad sin cargos.

¹⁴ Sobre esta cuestión, PÉREZ GONZÁLEZ, M., y RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L., "El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos", *REDI*, 2002, pp. 11-40.

en las cárceles iraquíes, cabría pensar que los norteamericanos conciben la lucha contra el terrorismo como una guerra en la que no rigen reglas, especialmente las protectoras de los derechos fundamentales de la persona. Parece como si para la Casa Blanca no importara que sus métodos se ajustasen a las más elementales reglas del derecho siempre que resultasen eficaces.

1.2 El modelo europeo: un problema de seguridad interior.

El modelo europeo de respuesta al terrorismo se diferencia netamente del anterior. En primer lugar, porque no concibe el terrorismo como un problema de defensa nacional, sino de *seguridad* interior. Ello implica la necesidad de soluciones policiales, no militares, y exige el refuerzo de las fuerzas y cuerpos de seguridad de cada Estado, así como el incremento de la cooperación policial entre los diversos Estados miembros (EE. MM.) de la Unión Europea, especialmente en el terreno del intercambio de información y de las actuaciones conjuntas de policías pertenecientes a varios EE. MM. Para ser eficaz en tareas de prevención, el intercambio no sólo debería ser de información, sino también de los análisis desarrollados a partir de esa información¹⁵. Como ha podido afirmar quien será, previsiblemente, el primer Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, el corazón de la concertación europea está en el intercambio de información. “La gran batalla contra el terrorismo internacional no tiene como centro de gravedad la lucha armada o la guerra, ni la acción militar. Tienen como centro de gravedad el intercambio de información y la confianza entre los países que intercambian información”¹⁶.

La actuación policial debe complementarse mediante la persecución de los delincuentes por la *Justicia*. Y una actuación judicial eficaz que apoye la lucha policial contra el terrorismo precisa una modernización importante de las normas y procedimientos legales. A ello responden ciertas decisiones marco adoptadas por la Unión Europea, las más importantes de las cuales son la decisión marco sobre terrorismo y la decisión marco sobre la euroorden. No obstante, en un Estado de Derecho –o en una Comunidad de Derecho como la Unión Europea– la actuación de los cuerpos de seguridad debe estar sujeta a un control político (parlamentos nacionales, Parlamento Europeo) y a un control judicial (juez interno, y por vía prejudicial juez comunitario), para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

1.2.1 Persecución policial y judicial pero respetando los derechos fundamentales.

Por constituir un parámetro básico en una Comunidad de Derecho, la persecución del delincuente debe llevarse a cabo por vías jurídicamente reguladas y de modo conforme a la ortodoxia normativa. En un Estado de Derecho los perseguidos por la justicia poseen ciertas garantías formuladas por los más elevados parámetros del sistema. Así, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa incluye en su Parte II las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (arts. II-61 a II-114), dentro de las cuales se contemplan las relativas a la Dignidad (Título I), las Libertades (Título II), y la Justicia

¹⁵ ARISTEGUI Y SAN ROMÁN, G.M., “El nuevo terrorismo y las nuevas amenazas”, en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos...*, op. cit., p. 111.

¹⁶ SOLANA, J., en entrevista concedida Carlos Yárnoz, corresponsal de *El País*, el 18 de julio de 2004.

(Título VI). Dentro de cada uno de estos títulos existen derechos y libertades fundamentales que pueden quedar afectados en la persecución de un delito de terrorismo. Ahora bien, como es lógico dentro de cualquier sistema jurídico, la extensión de tales derechos y libertades no es ilimitada, y puede verse constreñida en determinados supuestos de modo razonable y proporcionado. En suma, en el modelo europeo de represión del terrorismo se trata de mantener un equilibrio entre la modernización de las normas que permitan una agilización de los procesamientos penales y entrega de delincuentes a los órganos judiciales de otros EE. MM., y las posibilidades de defensa del acusado durante tales procesamientos en una época en la cual la transferencia de competencias en materia de seguridad y justicia a la Unión Europea es cada vez más importante, si bien las principales siguen en manos de cada Estado soberano.

1.2.2 Un límite: la prohibición de la pena de muerte

Dentro de un modelo de respuesta judicial hay que subrayar otra diferencia básica entre el sistema penal norteamericano y el europeo, cual es el mantenimiento en el primero de la pena capital y del llamado “corredor de la muerte”. Por lo que respecta a la máxima pena, desde la entrada en vigor en 1985 del protocolo adicional nº 6 al CEDH¹⁷ –reforzado para los EE. MM. de la Unión Europea por la Declaración nº 1 sobre la abolición de la pena de muerte, adoptada por la CIG de 1996 y aneja al Tratado de Amsterdam- la pena capital está abolida en los Estados partes en dicho protocolo y no ha sido aplicada, al menos desde 1983, en ninguno de los miembros de la Unión Europea. Finalmente, el art. II-62.2 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa refuerza, si cabe, la trayectoria anterior, al reiterar que nadie podrá ser condenado a muerte ni ejecutado en la Unión Europea. De modo coherente con tal premisa, la jurisprudencia del TEDH (a partir de la sentencia *Soering*¹⁸), considera la entrega de un condenado que corra el riesgo de ir a parar al “corredor de la muerte” contraria a las obligaciones derivadas del CEDH para un Estado parte, lo cual equivale a considerar la permanencia en el citado corredor como un “trato inhumano o degradante”, contrario al art. 3 del CEDH¹⁹. Esta situación jurídica conlleva ciertas consecuencias a la hora de plantear la entrega o extradición de un delincuente a los EE.UU.²⁰ (o a cualquier otro país cuyo sistema penal siga contemplando

¹⁷ BOE de 12 de Enero de 1991. Posteriormente, en 2002, se adoptó el protocolo adicional número 13 respecto a la abolición de la pena de muerte en todas circunstancias, en vigor desde 1 de julio de 2003. Por el momento no todos los EE.MM. de la UE son partes en éste último protocolo.

¹⁸ *Soering v. Reino Unido*, sentencia de 7 de julio de 1989, serie A, nº 161.

¹⁹ Como afirman los profesores GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, ed. Civitas, 2002, p. 756, (la responsabilidad de un Estado parte en el CEDH puede verse implicada por actos de sus autoridades, tanto si tales actos son realizados fuera del territorio del Estado), “como si el acto realizado en territorio del Estado puede lesionar, en otro Estado, un derecho reconocido por el Convenio de Roma. Como ocurre con la entrega de una persona a otro Estado caso de concederse su extradición, al igual que en el supuesto de la expulsión de un extranjero (TEDH, *Soering c. Reino Unido*)”.

²⁰ Sobre el régimen convencional bilateral EE.UU./UE en materia de extradición, GENSON, R., “Les accords d’extradition et d’entraide judiciaire signés le 25 juin 2003 à Washington entre l’Union Européenne et les États-Unis d’Amérique”, *Revue du Marché Commun et de L’Union européenne*, nº 470, juillet-aôut 2003, pp. 427-432.

la pena de muerte), pues algunos Estados miembros de la UE condicionan la extradición del mismo a la seguridad de que no le será aplicada la pena capital²¹.

1.3 La reacción de la Unión Europea tras el 11-S y tras el 11-M.

Tras el 11-S-2001, la Unión Europea adoptó una declaración sobre el terrorismo que llevaba aneja un primer Plan de Acción antiterrorista. El objetivo era entonces ayudar a los norteamericanos a resolver los problemas causados por el terrorismo islámico y a prevenir su reiteración, pues pocos países dentro de la Unión (España, Reino Unido, Italia, Alemania y Francia) tenían o habían tenido problemas de terrorismo en su propia casa. La acción emprendida no fue puramente retórica, pues en los países europeos fueron detenidas personas integrantes de Al-Qaeda, y el nivel de colaboración entre los servicios de información policiales fue mucho más satisfactorio que en el periodo anterior. De hecho durante tres años y medio tras el 11-S no se producen atentados de envergadura en los países de la Unión ni en los EE. UU., trasladándose los atentados a lugares como Casablanca o Bali, en los que el nivel de vigilancia es obviamente menor.

Tras el 11-M, en el seno de la Unión se produce un mayor acercamiento político entre los EE. MM. que facilita la entrada en vigor y la ejecución de ciertas decisiones adoptadas tras el 11-S, así como la adopción de otras nuevas. Pero no se enmarca el problema dentro del ámbito de la defensa nacional, ni se proponen actuaciones militares para su solución. Por el contrario, el Consejo Europeo de 25 y 26 de marzo de 2004 adopta una Declaración contra el Terrorismo, dentro de la cual se formula una Estrategia Europea de Seguridad (EES) que incluye el Plan de Acción Revisado de la Unión Europea. En él se incluyen una serie de objetivos estratégicos y actuaciones de carácter táctico. Dentro de estas últimas destacan ciertas medidas legislativas, así como otras medidas operativas de cooperación policial y judicial. A todas ellas haremos referencia más extensa en su momento.

2. Actos de terrorismo y Derecho Internacional Público

La respuesta que el marco jurídico internacional puede ofrecer frente a los actos de terrorismo bascula entre dos principios fundamentales. De un lado, el principio de cooperación, en torno al cual se ha intentado y se sigue intentando articular toda una red

²¹ Así, durante las sesiones del Consejo (Justicia e Interior) de 5 y 6 de junio de 2003 se adoptó el texto de un *acuerdo de extradición y cooperación judicial mutua entre la Unión Europea y los Estados Unidos*, firmado el 25 de junio de 2003 (*ad referendum*, en tanto en cuanto 12 de los 15 EE.MM. declaran que deberán ajustarse a las exigencias de sus procedimientos constitucionales [autorización parlamentaria] antes de la definitiva manifestación del consentimiento). Este acuerdo completará los ya existentes acuerdos bilaterales entre los EE.UU. y los EE.MM. de la UE. Junto al texto del acuerdo, figura una declaración de Portugal en la que se afirma lo siguiente: “Con arreglo a su derecho constitucional, Portugal no recurrirá a la facultad prevista en el artículo 13 del Acuerdo de Extradición y no concederá la extradición cuando el delito está castigado con pena de muerte. Sin embargo, Portugal podrá someter la extradición a la condición de que, con arreglo al derecho del Estado requirente, vinculante para sus tribunales y autoridades competentes para la ejecución de las penas, no sea posible legalmente considerar la aplicación de la pena de muerte al caso, o no resulte legalmente posible aplicar dicha pena, cuando haya sido ya impuesta previamente a la solicitud de extradición”. Reproducida en comunicado de prensa 9845/03 (Presse 150), en <http://ue.eu.int/newsroom/loadbook.asp?BID=86&LANG=7>

convencional que, comenzando por abordar concretas conductas enmarcadas dentro de las actividades terroristas, concluya por diseñar una red de alcance general en la que la participación estatal sea muy amplia. De otro lado, ante las insuficiencias estructurales que evidencia dicha red convencional en su estado actual, algunos Estados han intentado buscar grietas en el principio de prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Los resquicios iniciales se han convertido finalmente en una vía de agua abierta en la línea de flotación del principio por obra y gracia de la desbordada actuación intervencionista de la potencia imperial en los últimos años. Prohibición del uso de la fuerza y no intervención se vienen abajo ante concepciones desmedidas de la legítima defensa –dignas de un personaje de novela de Joseph Conrad²²- y cínicas doctrinas acerca de la “guerra preventiva”.

2.1 La red convencional antiterrorista y sus insuficiencias: el asunto Lockerbie y el “uso alternativo” de la regla aut dedere aut iudicare.

A consecuencia de la comisión de atentados terroristas de diversa naturaleza (secuestro de personas, aviones y barcos, colocación de bombas en aeronaves y discotecas), desde los años sesenta y bajo los auspicios de las Naciones Unidas ha ido siendo elaborada una serie de convenios internacionales de objetivo específico; en total once convenios aplicables a diversos actos terroristas²³. Sin embargo –aun estando en proyecto un nuevo convenio general antiterrorista- no se ha pactado todavía una regulación global, ni hay un concepto unificado de terrorismo universalmente aceptado, ni es posible una aplicación plenamente uniforme de todos los instrumentos que ya están en vigor. Conviene dejar claro que esta situación no se debe a ninguna pretendida ineficacia de las Naciones Unidas. Son razones de divergencia política las que impiden el consenso, partiendo de la falta de una concepción

²² “Parecía una forma de proceder despótica, pero en realidad se trataba de un caso de legítima defensa. No se puede estar oliendo a hipopótamo muerto al despertar, mientras se duerme, mientras se come, sin perder el precario apego a la existencia”. Joseph CONRAD, *El corazón de las tinieblas*, Madrid, ed. Alianza, 13ª ed., p. 80.

²³ Los convenios de referencia son los siguientes: 1) Convenio de Tokio, de 14 de septiembre de 1963 sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves; 2) Convenio de La Haya, de 6 de diciembre de 1970, para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves; 3) Convenio de Montreal, de 23 de septiembre de 1971, para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil; 4) Convención de Nueva York, de 14 de diciembre de 1973, sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; 5) Convención de Nueva York, de 17 de diciembre de 1979, contra la toma de rehenes; 6) Convención de Viena, de 3 de marzo de 1980 sobre la protección física de los materiales nucleares; 7) Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional (complementario al convenio de Montreal), de 24 de febrero de 1988; 8) Convenio de Roma, de 10 de marzo de 1988, para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima; 9) Protocolo de Roma, de 10 de marzo de 1988, complementario del anterior, para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental; 10) Convenio de Nueva York, de 15 de diciembre de 1997, para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas, y 11) Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1999, para la represión de la financiación del terrorismo. Puede verse un comentario a los mismos en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *Las actividades terroristas ante el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 2000, ed. Tecnos, pp. 33-36, y en RAMÓN CHORNET, C., *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 186-213; en concreto, sobre la toma de rehenes, ABAD CASTELOS, M., *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho Internacional*, ed. Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1997.

uniforme acerca de lo que se considere terrorismo. Así, por ejemplo, para ciertos países árabes, sería terrorismo de Estado la “política” seguida por el estado de Israel en los territorios ocupados, especialmente en los campos de refugiados palestinos. Siendo esta perspectiva inaceptable para ciertos Estados occidentales y el propio Israel. Pese a los inconvenientes de naturaleza política, los dos últimos convenios (convenio “bombas” y convenio “financiación”) pretenden paliar los problemas de carácter técnico, en el primero de los casos perfilando una definición de la conducta delictiva ligada a un elemento intencional (finalidad terrorista) que podría igualmente completar los anteriores convenios, y en el segundo, haciendo expresa referencia a que los actos cuya financiación está proscrita por el convenio son los incluidos en los diez convenios anteriormente celebrados con excepción del primero. De este modo, aunque no haya un concepto único, ni un tratado general, se avanza hacia una aplicación armónica de la red convencional.

Sin embargo, es preciso admitir las insuficiencias que presenta todavía hoy la mencionada red convencional antiterrorista. Además de los problemas de técnica jurídica relativos al alcance de las convenciones, que por su propia naturaleza sólo obligan a los Estados partes en ellas, hay otros ligados a la voluntad política de los Estados, pues algunos de los que se sospecha que apoyan, sostienen o financian a organizaciones terroristas no han querido ser partes en los referidos convenios, por lo cual la red presenta lagunas en su ámbito de aplicación geográfico. Por añadidura, un problema de técnica jurídica contribuye a dificultar la solución política de los problemas ligados a la entrega o extradición de los supuestos autores materiales de los atentados, pues una de las reglas básicas establecidas en estos convenios es el principio *aut dedere aut iudicare*, con lo cual, el Estado de detención de los supuestos autores de un acto terrorista puede optar, bien por juzgarlos él mismo, o bien extraditarlos al Estado que los reclama. La primera será normalmente la opción elegida cuando tales personas sean nacionales del Estado de detención, pues a todo Estado le repugna la idea de entregar a sus propios nacionales para que sean juzgados por tribunales de otros Estados, debido a la dejación de soberanía que dicha actitud entraña.

En tales circunstancias, un convenio antiterrorista puede ser un arma de dos filos y prestarse a un “uso alternativo”, como puso de manifiesto Libia en el asunto *Lockerbie*. Si un Estado que apoya, financia o promueve la comisión de actos terroristas por medio de sus propios agentes (Estado nacional de los agentes), detiene a uno de éstos tras la comisión de un atentado en otro país (Estado territorial), podría procesar al autor del hecho ilícito ante sus propios tribunales, pero no con el fin de castigarle, sino para evitar su entrega al Estado (Estado territorial) que lo reclama para procesarlo ante su jurisdicción interna y aplicarle sus propias normas penales.

En esa situación precisamente se encontraba Libia tras la detención de las personas que, según los servicios secretos norteamericano y británico, estaban implicadas en la voladura de un avión de la Panam sobre la ciudad escocesa de Lockerbie en 1988. Ambos gobiernos, en virtud de una declaración común, se dirigieron al libio, en 1991, solicitando la entrega de los acusados. Libia, tras negarse a la entrega, invocó a su favor el Convenio de Montreal de 1971 demandando al Reino Unido y a los EE. UU. ante la CIJ, en solicitud de medidas cautelares, para que la Corte protegiera su derecho a juzgar a los supuestos autores. Las

Grandes Potencias²⁴ respondieron logrando que el CS adoptase tres días más tarde una resolución que imponía sanciones económicas y comerciales a Libia -Resolución 748 (1992)-. Tras años de presiones diplomáticas y sanciones económicas, sin que la Corte dictase una sentencia definitiva sobre esta diferencia, el acuerdo de 27 de agosto de 1998 consigue dar una salida provisional al contencioso entre Libia, Reino Unido y los EE. UU. En virtud del mismo, Libia acepta que sus nacionales sean juzgados en un tercer Estado (Holanda), por un tribunal compuesto por jueces escoceses, y conforme a la ley escocesa. Sin embargo, el fallo fue poco satisfactorio para los anglosajones, pues uno de los acusados fue absuelto por falta de pruebas, siendo el otro condenado a una pena de veinte años²⁵, y no entrando el tribunal a examinar si existía o no responsabilidad del Estado libio por los actos de terrorismo llevados a cabo por estos particulares. En suma, un balance poco satisfactorio para presentarlo ante una opinión pública, como la norteamericana, ansiosa de una justicia bíblica a corto plazo.

No obstante, cuando las nuevas circunstancias internacionales han hecho deseable para los mercados el petróleo libio (a falta del iraquí o el venezolano), las partes en la diferencia han llegado a un acuerdo para solventarla, pues en septiembre de 2003 los demandantes acordaron desistir en su instancia ante la CIJ. A juicio de ciertos comentaristas, Libia ha obtenido el perdón de sus pecados²⁶, pero no sin pagar una notoria penitencia, tanto jurídica -pues Libia acepta sutilmente su responsabilidad internacional por el hecho ilícito acaecido, al aceptar la vía de atribución consistente en reconocer que los autores materiales eran órganos del Estado libio²⁷, sin precisar si los actos que cometieron fueron ordenados por órganos superiores del Estado, o si fueron actos *ultra vires*- como económica, pues la suma pactada como indemnización asciende a 2.700 millones de dólares.

En cualquier caso, frente a los tardíos y parciales logros derivados del ejercicio de actuaciones diplomáticas y judiciales que, respetando las reglas jurídicas internacionales,

²⁴ Francia había sufrido también, en 1989, un atentado similar en un vuelo de la UTA atribuido a agentes libios, y en 1991 solicitó asimismo la entrega de los supuestos autores del delito.

²⁵ La bibliografía sobre el asunto *Lockerbie* es muy abundante. Merecen destacarse: ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “¿*De maximis non curat praetor...*? El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto *Lockerbie*”, *REDI*, 1992, pp. 327 y ss.; GOWLAND-DEBBAS, V., “The Relationship between the ICJ and the Security Council in the light of the Lockerbie Case”, *AJIL*, 1994, pp. 643 y ss.; Mc WHINNEY, E., “The International Court as emerging Constitutional Court and the Co-ordinate UN Institutions: Implications of the Aerial Incident at Lockerbie”, *CYIL*, 1992, p. 261 y ss.; ORIHUELA CALATAYUD, E., “La actuación del CS de la ONU en el asunto *Lockerbie*: paradigma de incontrolable abuso de poder”, *REDI*, 1992, pp. 395 y ss.

²⁶ Un detallado resumen de los variados avatares del asunto, y de las sorprendentes novedades de su desembocadura, en GUTIÉRREZ ESPADA, C. y BERMEJO GARCÍA, R., “Examen de conciencia, dolor de corazón y propósito de la enmienda [...] (¿Una nueva Libia?)”, *REDI*, 2003, vol. 2, pp. 779-795.

²⁷ Obsérvese la gran finura de la solución jurídica adoptada, pues Libia no se autoinculpa de una conducta “dolosa” (como hubiera sido el reconocimiento de que fue el gobierno libio quien ordenó el atentado, a través de particulares que actuaban siguiendo sus instrucciones y estaban situados bajo su dirección y control), sino tan sólo “culposa”, aceptando su responsabilidad por los hechos llevados a cabo por unas personas que eran órganos del Estado, cualquiera que fuese el móvil de su conducta. (GUTIÉRREZ ESPADA Y BERMEJO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 786-790). Por otra parte, quizá no se sepa nunca si los motivos del espectacular cambio político fueron debidos a la antipatía personal entre Gadafi y Bin Laden, al temor del líder libio de que Libia fuera uno de los próximos Estados integrados en el llamado “eje del mal” que tendría el honor de ser atacado por las fuerzas de la coalición, al puro cálculo económico de que el petróleo que pronto podría colocar en el mercado internacional produciría unos beneficios muy superiores a la indemnización pactada, o a una combinada dosificación de los anteriores ingredientes.

tropezaban con los indeseables problemas ligados a los complejos mecanismos de extradición, el gobierno Bush ha seguido las tesis de los nuevos “expertos” ultraconservadores (Donald Rumsfeld, Paul Wolfowitz, Richard Perle) que propugnan soluciones militares al problema terrorista y con ello el empleo ilícito de la fuerza armada, como demuestran las intervenciones en Afganistán e Irak.

Pero ¿pretenden realmente acabar con el terrorismo las intervenciones armadas de las coaliciones dirigidas por los EE. UU. ? Vistas las cosas con la perspectiva de los años, es bastante dudoso que el Gobierno, el Congreso y el Senado norteamericanos²⁸, o sus ideólogos creyeran que con estas intervenciones armadas podrían atajar el problema del terrorismo internacional. Sin embargo, tales actuaciones militares han sido presentadas ante la opinión pública occidental como piezas claves en la “guerra contra el terror”, enmascarando su auténtica finalidad, probablemente porque los objetivos geoestratégicos de las mismas –controlar las mayores reservas petrolíferas en Oriente Medio, así como las rutas alternativas de aprovisionamiento basadas en un gran oleoducto que atravesara Asia Central- no resultaban “políticamente correctos”, corriendo el riesgo de que la opinión pública norteamericana en víspera electoral no apoyase suficientemente la acción exterior de su gobierno. No obstante, la doctrina oficial acerca de tales actuaciones armadas nos obliga a analizarlas, así como los conceptos paralelamente manejados²⁹ durante las mismas, en el contexto de las posibles respuestas estatales frente al fenómeno terrorista, tanto desde la perspectiva propia de las reglas que rigen la responsabilidad internacional, como desde las que componen la Carta de las Naciones Unidas.

2.2 Hechos ilícitos de terrorismo y responsabilidad internacional.

Desde el prisma propio del Derecho Internacional Público, los atentados terroristas se sitúan en la intersección de los enfoques derivados de dos ópticas distintas. De un lado un enfoque jurídico procedente de los mecanismos que analizan a partir de qué presupuestos se desencadenaría la responsabilidad del Estado involucrado en ellos. De otro, un enfoque político derivado de la aplicación del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en función del cual, exista o no responsabilidad de un Estado, el órgano primordialmente responsable del mantenimiento de la seguridad internacional decide la aplicación de unas sanciones al Estado involucrado en un acto de agresión, un quebrantamiento de la paz o una

²⁸ El Congreso y el Senado norteamericanos adoptaron conjuntamente el 2 de octubre de 2002 una resolución por la que se autorizaba el uso de la fuerza contra Irak, basándose en el sorprendente vínculo al parecer existente entre el desarme iraquí, la posibilidad de que grupos terroristas pudieran tener acceso a las armas de destrucción masiva hipotéticamente proporcionadas por el gobierno iraquí y la seguridad interior de los propios EE. UU. Véase el inefable comentario de BERMEJO GARCÍA, R., “Comentario en torno a la resolución del Congreso y del Senado de los Estados Unidos, de 2 de octubre de 2002, por la que se autoriza el uso de la fuerza contra Irak”, *REDI*, 2003, I, Vol. LV, pp. 523-529.

²⁹ Tienen razón, no obstante, quienes recuerdan que la doctrina basada en la intervención militar cuando puedan considerarse en peligro los “intereses vitales” de Norteamérica (tal y como los entiende la propia Norteamérica) es muy anterior al gobierno Bush, y ha sido aplicada tanto por gobiernos demócratas como republicanos. Véase, por ejemplo, la referencia a la “Doctrina Carter-Brown” (1980), en SCHWENNINGER, J., *Rutgers Law Review*, 1981, pp. 423-424, (*cit.* por BERMEJO GARCÍA, R., *op.cit.*, p. 524). Ello conduce a un lógico pesimismo desde el punto de vista del cumplimiento del DIP, pues no parece que la alternancia política interna haya supuesto cambios importantes en esta faceta de la política internacional de la superpotencia.

situación que conlleve una amenaza a la paz. Y es que, como se ha recordado recientemente entre nosotros³⁰, la Carta no contiene en su seno un régimen de responsabilidad del Estado basado en parámetros jurídicos, sino un régimen de sanciones rígidamente condicionado por un parámetro político: el derecho de veto de las Grandes Potencias en el Consejo. Por tanto, puede que a un Estado responsable de la comisión de un hecho ilícito no se le apliquen las sanciones previstas en la Carta, bien por ser una de las Grandes Potencias con derecho de veto, bien por ser un Estado directamente colocado bajo su protección. Y viceversa, es posible que las Grandes Potencias aprueben la imposición de sanciones a un Estado (Libia, Irak), sin que previamente dicho Estado haya sido declarado responsable de la comisión de un hecho ilícito por un órgano de arreglo pacífico de diferencias internacionales. Conviene examinar por separado ambos enfoques, sin perjuicio de señalar el punto de intersección entre ambos constituido por la legítima defensa, de un lado circunstancia excluyente de responsabilidad internacional, y de otro, derecho inmanente del Estado a usar excepcionalmente la fuerza frente a un ataque armado sin pasar por las reglas y el procedimiento establecidos en el mecanismo de seguridad colectiva regulado en el Capítulo VII de la Carta.

2.2.1 ¿Se cometió el 11-S un hecho *internacionalmente* ilícito atribuible a un Estado.

Siendo indudable la calificación de hechos ilícitos de los atentados del 11 de septiembre de 2001, la primera cuestión que se plantea es la de si es posible calificarlos de hechos *internacionalmente* ilícitos. Pongamos un ejemplo sin víctimas para evitar que consideraciones humanitarias alteren un juicio de valor jurídico. Si una persona física extranjera secuestra un avión de pasajeros listo para su despegue en un aeropuerto norteamericano, hace descender del aparato a la tripulación y los pasajeros, e intentando chocar con un edificio yerra su objetivo, pierde el dominio de los mandos y cae al mar, sin duda el hecho ilícito caería bajo el reproche jurídico del derecho penal norteamericano, originando también una responsabilidad civil interna complementaria de la anterior, pero ¿constituiría además un hecho *internacionalmente* ilícito?

Según los arts. 1, 2 y 3 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado por la CDI, la calificación de un hecho *del Estado* como internacionalmente ilícito se rige por el DI (art.3), todo hecho ilícito *de un Estado* da lugar a la responsabilidad internacional de éste (art. 1), y hay hecho *internacionalmente* ilícito *de un Estado*, cuando un comportamiento (...) es *atribuible según el Derecho internacional al Estado* (art. 2). La atribución se revela por tanto como el proceso clave para la existencia o no de un hecho *internacionalmente* ilícito, puesto que, *si el hecho no es atribuible a un Estado, no sería internacionalmente ilícito*, al menos en el marco de las normas que rigen la responsabilidad internacional de los Estados.

Las reglas de atribución vienen determinadas en los arts. 4 a 11 del proyecto. Si la persona que cometiere el atentado terrorista resulta ser un órgano de un Estado que actúe en calidad de tal, qué duda cabe de que sus hechos le serán atribuibles en virtud de una regla tan clásica como renovada por la codificación (art. 4 del proyecto) y la práctica reciente

³⁰ HUESA VINAIXA, R., “El derecho de la responsabilidad internacional y la Carta de las Naciones Unidas: consideraciones desde la perspectiva de las relaciones entre sistemas”, *REDI*, 2002-2, vol LIV, pp. 587-616.

(Libia en el desenlace del asunto *Lockerbie*). Si por el contrario los autores materiales de los hechos carecen de ése estatuto jurídico y son meros particulares, será preciso examinar si –como decía la antigua redacción del proyecto- actúan de hecho por cuenta de un Estado, o -como dice el texto final- actúan de hecho *por instrucciones* de un Estado o *bajo la dirección y control* de éste (art. 6 del proyecto). En los restantes casos, las reglas del DIP no atribuyen a ningún Estado las conductas de meros particulares cuyo único vínculo con un Estado puede ser el de la nacionalidad, salvo que posteriormente los representantes del Estado reconozcan esas conductas como propias (como hiciera en su día el Ayatollah Jomeini tras la toma como rehenes del personal diplomático norteamericano en Teherán por los “estudiantes revolucionarios”). Esa regla negativa de atribución se llegó a plasmar expresamente en el antiguo art. 11.1 del proyecto, finalmente suprimido. Pero, como es sabido, su desaparición se debe a razones puramente sistemáticas (exposición tan sólo de los supuestos positivos de atribución), sin que lo entonces formulado haya dejado de ser cierto hoy.

Aplicando esas reglas de atribución a los ataques terroristas sufridos el 11-S por los Estados Unidos, no es posible encontrar un hilo conductor que conforme a las reglas del DIP en materia de responsabilidad atribuya tales hechos al Estado de Afganistán, puesto que ni sus autores eran órganos de ese Estado, ni actuaban siguiendo las instrucciones o bajo el control del gobierno de ese Estado, sino de una organización terrorista internacional de carácter desterritorializado denominada Al-Qaeda. Luego, por paradójico que pueda parecer, los atentados terroristas del 11-S, en sí mismos, no constituyen hechos internacionalmente ilícitos, puesto que no es posible atribuirlos a ningún Estado. Obviamente, ello no resta un ápice de su condenable brutalidad, ni disminuye en lo más mínimo la capacidad del gobierno del territorio en el que se producen para perseguirlos con toda la energía de su policía, sus jueces y gobernantes, aplicando en toda su extensión su derecho penal, así como a recabar la cooperación del resto de los gobiernos del mundo para descubrir a quienes participaron en su preparación y lograr su detención y condena. Eso, lo único que pone de relieve es que –por muchos pretendidos nuevos sujetos de derecho que hayan surgido en opinión de la doctrina en las últimas décadas- el orden jurídico internacional es un orden básicamente previsto por y para los Estados, y es por tanto incapaz de prever y dar respuesta a los actos de violencia llevados a cabo por grupos que escapan al control del Estado, como son las organizaciones terroristas actuales. Estamos, por tanto, ante un problema estructural.

2.2.2 ¿Cometía Afganistán un hecho internacionalmente ilícito al ofrecer apoyo y refugio a Al-Qaeda? ¿Era este hecho ilícito equivalente a un ataque armado?

Ahora bien, es perfectamente lícito preguntarse si los únicos hechos ilícitos relacionados con la organización terrorista Al-Qaeda, como inspiradora intelectual de los atentados, y con el Estado de Afganistán, son los llevados a cabo con aviones de uso civil el 11 de septiembre de 2001. Dicho de otro modo, ¿no hay en toda la trama internacional de los atentados ningún hecho internacionalmente ilícito que atribuir a un Estado? En concreto, el hecho de que una organización terrorista no sólo reciba apoyo institucional y económico de un gobierno, sino que tenga campos de entrenamiento de combatientes armados preparados para una guerra de guerrillas o para perpetrar actos de terrorismo en terceros Estados ¿no constituye un hecho ilícito internacional atribuible al Estado en cuyo

territorio se entrenan tales combatientes islámicos? La respuesta debe ser afirmativa. Pero es preciso observar que el mero hecho de preparar, apoyar logísticamente y financiar a tales combatientes (que no son precisamente agentes secretos capaces de preparar un atentado mínimamente sofisticado) no constituye un ataque armado, y por tanto no puede lugar a una respuesta armada bajo la cobertura de la legítima defensa, con arreglo a los parámetros hasta ahora establecidos por el DIP.

Tales hechos, por una parte podrían ser calificados de amenaza a la paz, entrando en la dinámica de aplicación del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como examinaremos en otro epígrafe, y por otra parte podrían ser calificados de hechos internacionalmente ilícitos distintos de un ataque armado (aunque hubieran producido violaciones graves de obligaciones esenciales para la comunidad internacional en su conjunto), dando lugar a las consecuencias previstas en el régimen de responsabilidad internacional de los Estados. Ahora bien, partiendo de que, incluso en el caso de que se hubiera producido una violación grosera de normas de Derecho Internacional imperativo, la diferencia en consecuencias afectaría –curiosamente- más a todos los demás Estados que al propio Estado responsable (Capítulo III del proyecto), ¿cuáles serían esas consecuencias con arreglo a las reglas del DIP?

2.2.3 ¿Cuáles son las consecuencias de calificar unos hechos como ilícitos, pero diferentes de un ataque armado, para el “Estado responsable”?

Evidentemente, unas consecuencias bastantes pobres, porque así lo han querido todos los Estados que durante decenios han estado prolongando el desenlace de la codificación internacional en la materia. Y probablemente los Estados principalmente responsables del retraso y la pobreza del desenlace codificador sean precisamente los Miembros Permanentes del CS y otras Grandes Potencias no representadas en el mismo. En cualquier caso, como es sabido las consecuencias previstas para el Estado responsable, consisten tan sólo en un nuevo conjunto de obligaciones –surgidas del hecho ilícito- y consistentes en la continuidad del deber de cumplimiento de la obligación internacional violada (art. 29), la cesación y no repetición del hecho ilícito, en caso de que todavía se estuviese produciendo (art. 30), y el otorgamiento de una reparación al Estado o Estados lesionados (art. 31 y artículos 35 a 40), que debería comprender, tanto una satisfacción (art. 38), como una indemnización (art. 37). Esto es lo poco que dan de sí las normas internacionales sobre responsabilidad, insisto, porque los propios Estados no han querido ir más allá en la construcción de un régimen de responsabilidad semejante al previsto en el derecho público interno de cualquier Estado.

Ello nos obliga a concluir aquí que, ni las soluciones militares unilaterales sirven para afrontar el problema, ni tampoco las reglas del Derecho Internacional Público en materia de responsabilidad pueden ofrecer una respuesta susceptible de ser asimilada por la opinión pública de un país, cuando se producen hechos como los del 11-S y 11-M. De hecho, la instintiva respuesta inmediata de cualquier ciudadano encuestado iría en la línea del descrédito, formulando de nuevo la manida cuestión: ¿y entonces para qué sirve el Derecho Internacional? Esa perplejidad de la opinión pública, unida a un lógico deseo de justicia del ciudadano cada vez –aparentemente- mejor informado de los acontecimientos internacionales, provocan sentimientos fáciles de ser conducidos por la senda equivocada

por un gobierno mínimamente hábil. Surgen así doctrinas que, bajo la cobertura de la legítima defensa, o incluso de la necesidad de hacer una guerra preventiva para evitar una terrible amenaza, pretenden justificar ante el ciudadano occidental la actuación ilícita de sus gobiernos.

2.3 Ataques terroristas y legítima defensa. ¿Unos hechos y un concepto desfigurados?

A juicio del gobierno norteamericano, la intervención armada en Afganistán podía justificarse aduciendo que las fuerzas de la coalición actuaban en legítima defensa de los EE. UU., tras haber sufrido este país el ataque armado exterior constituido por los atentados del 11-S. Si realmente fuera posible caracterizar los hechos del 11-S como un ataque armado, y atribuirlos a un Estado, el DI autorizaría sin duda a los Estados de la coalición a emplear la fuerza para rechazar al Estado agresor, sin perjuicio de la obligación de poner su acción en conocimiento del CS.

2.3.1 Los pasos de la desfiguración.

No obstante, como hemos visto, no es posible atribuir tales hechos a un Estado. Luego para lograr el objetivo anteriormente expuesto sería preciso no sólo desfigurar los hechos hasta presentarlos como un “ataque armado”, sino llevar a cabo una elipsis acerca de la existencia de una vinculación tan estrecha entre Al-Qaeda y Afganistán que permitiera identificar ambos entes, a efectos de atribuir al Estado huésped de parte de su infraestructura lo que es responsabilidad de la organización terrorista. Finalmente, haría falta proceder a una reelaboración del propio concepto de legítima defensa en el marco del DIP para evitar que las condiciones fijadas para su ejercicio impidan su aplicación como circunstancia excluyente de responsabilidad en este caso. Todo ésto ha sido efectuado por los gobiernos de la coalición para justificar su acción armada contra Afganistán, pero con ello no se hace más que desfigurar los hechos y desvirtuar el contenido de la norma pretendidamente aplicable. Repasemos los contornos de la figura.

La legítima defensa reposa en un derecho consuetudinario inherente a los Estados. Este dato, además de por el art. 51 de la Carta, resulta confirmado por la CIJ en conocidos pasajes de la sentencia de 27 de Junio de 1986, en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, y no parece que la esperada sentencia sobre las *Plataformas petrolíferas*³¹ añada nada relevante al respecto. Ahora bien, si la legítima defensa constituye una excepción al genérico principio de prohibición del uso de la fuerza, como tal excepción debería ser interpretada siempre restrictivamente³². Por tanto, no deben extenderse sus contornos para encubrir actuaciones de carácter punitivo *a posteriori*

³¹ CIJ, sentencia de 6 de noviembre de 2003. Comentario de GARCÍA RICO, E., “La legítima defensa en el Derecho Internacional contemporáneo: ¿Algo nuevo bajo el sol tras la sentencia de la CIJ sobre el asunto de las plataformas petrolíferas?”, *REDI*, 2003-2, Vol. LV, pp. 819-838.

³² Uno de los autores que manifiesta de modo más claro esta postura es SICILIANOS, L.A., “L’authorisation par le Conseil de Sécurité de recourir à la force: une tentative d’évaluation”, *RGDIP*, 2002-1, p. 47; asimismo, CORTEN, O. Y DUBUISSON, F., “Operation “liberté immuable”: une extension abusive du concept de légitime défense”, *RGDIP*, 2002-1, pp. 52-54.

(represalias armadas), carentes del contenido defensivo que caracteriza a la excepción³³, y situadas fuera del marco dialéctico (ataque armado/respuesta inmediata para detenerlo) en el que hay que inscribir la legítima defensa en cualquiera de las ramas del ordenamiento jurídico.

Algún estimable autor³⁴ ha defendido con notoria habilidad la tesis según la cual no habría que descartar, de entrada, la hipótesis de que un atentado terrorista como el del 11-S pudiera dar lugar a una actuación encuadrable dentro del marco de la legítima defensa. Aunque dadas las circunstancias del caso, sería preciso analizar, de un lado si la actuación de los EE.UU. y sus aliados tras el 11-S cabe dentro de la dialéctica inherente a la aplicación del principio (ataque “armado”/respuesta “inmediata”), y de otro, si cumple las condiciones de ejercicio que señala el DI consuetudinario. Todo ello partiendo de la necesaria atribución de tales hechos a un determinado Estado.

Los atentados terroristas del 11-S, en Nueva York y Washington fueron calificados por el gobierno norteamericano como “ataque armado” y aún como “acto de guerra”, aunque debe observarse que no fueron llevados a cabo por fuerzas armadas de un Estado, ni tampoco por “bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios”, *enviadas “por un Estado o en su nombre”*, como exige el apartado 3, g) de la Res. 3314 (XXIX) de la AG. No se utilizó arma alguna en el sentido convencional del término, ni tampoco el ataque procedía del exterior del territorio norteamericano. Por tanto, dicha calificación es no sólo discutible sino claramente tergiversadora, pero tiene un objetivo claro, pues si no pudieran calificarse los hechos de ataque armado faltaría el presupuesto necesario para la legítima defensa³⁵.

Ahora bien, “para que exista un acto terrorista jurídicamente relevante a los fines de la legítima defensa resulta imperativo que en el uso de la fuerza esté involucrado, directa o indirectamente, uno o varios Estados extranjeros, según el art. 51 de la Carta (...). Para activar este mecanismo contra un Estado es imprescindible (...) que ese Estado esté implicado en las actividades terroristas, lo que exige la prueba de dicha atribución (...). Si un Estado permite que su territorio sea utilizado para perpetrar actos terroristas contra otro Estado es cómplice de los mismos, y esta sería la primera condición necesaria (aunque no suficiente) para llegar a concebir teóricamente el ejercicio de la legítima defensa; (pero) para que eso ocurra es además necesario que estemos ante un supuesto de ataque armado”³⁶.

³³Sobre terrorismo, legítima defensa y 11-S, desde una perspectiva crítica respecta a la actuación de la coalición puede verse el conjunto de trabajos (de los profesores REMIRO BROTÓNS, CALDUCH CERVERA, CARDONA LLORÉNS, GONZÁLEZ VEGA, RAMÓN CHORNET, ALCAIDE FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ TOMÁS) agrupados bajo la rúbrica “El orden internacional tras los atentados del 11 de septiembre de 2001”, en *REDI*, 2001, pp. 125-301.

³⁴ Me refiero al sopesado, meticoloso y sistemático análisis del profesor SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., “Una cara oscura del Derecho Internacional: legítima defensa y terrorismo internacional”, en *La codificación del Derecho Internacional. Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria/Gasteiz*, 2002, pp. 266-299.

³⁵FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “El recurso al artículo quinto del Tratado de Washington tras los acontecimientos del 11 de septiembre: mucho ruido y pocas nueces”, *REDI*, 2001, pp. 205 y ss..

³⁶ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *op. cit.*, p. 274.

A este respecto, y siguiendo la distinción en su día efectuada por la CIJ, cabe diferenciar la actuación de un Estado que constituye un ataque armado, y la que sin serlo, puede constituir una intervención en asuntos internos de otro Estado, como la “asistencia a rebeldes en forma de suministro de armas, asistencia logística u otro tipo de apoyos”³⁷. Ahora bien, “la mera financiación o ayuda indirecta que se presta en un Estado a un movimiento terrorista no puede generar un derecho de legítima defensa contra ese mismo Estado por parte del Estado agredido. Para ello resultaría imprescindible, como mínimo, que su territorio constituyera inmediatamente la base física del ataque terrorista o allí estuviera situada la infraestructura militar del movimiento terrorista (...). En otras palabras, para situar a Afganistán como objetivo territorial de un presunto derecho de legítima defensa, habría que situar allí la base física de la estructura militar de Al Qaeda, desde la que habría partido mediatamente el ataque contra Estados Unidos”³⁸.

2.3.2 Si no hay desfiguración, la intervención armada en Afganistán es un acto de agresión.

No siendo ello así, puesto que la esencia de esta organización terrorista viene constituida por el hecho de ser una red desterritorializada, porque los ataques partieron del propio suelo norteamericano, y porque no está claro ni siquiera que la planificación material y concreta de los atentados fuera efectuada por el propio Bin Laden u otra persona ubicada en Afganistán, la conducta del Estado afgano permitiendo la existencia de campos de entrenamiento de guerrilleros en su territorio y ofreciendo refugio al líder de la organización, Osama Bin Laden, sin duda constituye un hecho internacionalmente ilícito, pero no equivalente a un “ataque armado”, no dando lugar, por tanto, a una legítima defensa del Estado que sufre los atentados terroristas frente al Estado afgano (o contra éste).

Y es conveniente comparar con la norteamericana la actitud del gobierno español y del resto de los gobiernos europeos tras el 11-M. ¿Alguien ha llamado a la legítima defensa europea frente al ataque armado procedente de algún Estado árabe tras el 11-M? ¿O más bien se ha intentado hacer frente al problema por vía policial y judicial? ¿Se ha promovido una intervención armada en Marruecos, por estimar que las personas de nacionalidad marroquí involucradas en el 11-M podían actuar bajo instrucciones y control de éste, o, por el contrario, se ha solicitado la cooperación policial del Estado magrebí? ¿No se ha llevado a cabo precisamente un acercamiento a Marruecos para facilitar el flujo de información policial antiterrorista entre el Magreb y Europa? ¿No será la cooperación una vía de solución más adecuada que la intervención armada? Precisamente durante su comparecencia ante la Comisión Parlamentaria que investiga los hechos del 11-M, el Presidente Zapatero ha salido al paso de eventuales imputaciones de responsabilidad al Estado marroquí revelando la estrecha colaboración prestada por las fuerzas de seguridad marroquíes, primero tras el 11-S, y luego tras el 11-M³⁹.

³⁷ CIJ, asunto de las *Actividades militares...*, Sentencia de 27 de junio de 1986, p. 10, par. 195

³⁸ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *op. cit.*, p. 285.

³⁹ Desde el 11-S al 11-M, 165 informes relativos a la amenaza terrorista en España. Desde el 11-M, 118 solicitudes de información atendidas, 231 informes sobre personas implicadas en los atentados de Madrid, 280 teléfonos marroquíes identificados, 363 teléfonos españoles identificados como contactados por personas relacionadas con los atentados de marzo (*El País*, 14 de diciembre de 2004).

Sin perjuicio de todo lo anterior, es una lástima que mientras la CIJ tarda quince años en dictar sentencia acerca de una diferencia en la cual una de las cuestiones relevantes es la de saber si el choque de un navío contra una mina enemiga, o el hecho de que un buque pueda recibir el impacto de un misil, constituyen “usos menores de la fuerza”, o bien pueden caracterizarse como “ataques armados” a efectos de legítima defensa⁴⁰, el ordenamiento internacional siga sin encontrar un concepto adecuado para caracterizar un atentado terrorista cuando éste alcanza proporciones masivas y es capaz de causar una cifra de víctimas muy superior a los usos menores de la fuerza específicamente bélicos anteriormente mencionados. Pero estamos ante un problema estructural. Por mucho que se hay pretendido innovar desde que el TPJI en el asunto del *Lotus* dijera que el Derecho Internacional es un ordenamiento que rige las relaciones entre los Estados, por muchas excepciones que se hayan buscado a esta regla general, esa premisa básica sigue ocupando la mayor parte del espacio disponible en la estructura de nuestra disciplina. Y por tanto, cuando en unos hechos que suponen graves y masivos usos de la fuerza no intervienen Estados o estructuras sumergidas paraestatales, el Derecho Internacional carece de los más elementales mecanismos jurídicos que permitan poner en marcha su pesada maquinaria, especialmente en términos de atribución y por tanto de responsabilidad internacional. Eso es lo que pasa con los atentados terroristas.

Volviendo a la legítima defensa y sus requisitos, aun en el caso de que fuera posible salvar los obstáculos anteriormente mencionados respecto a la noción de ataque armado, tampoco se cumplen en el caso afgano las condiciones de ejercicio (inmediatez, necesidad, proporcionalidad) exigidas por la norma consuetudinaria como requisitos para la licitud de la legítima defensa. Es evidente que no hubo inmediatez, en la medida en que el comienzo de los ataques de la coalición contra Afganistán se produce más de mes y medio después del 11-S⁴¹. Por tanto, en mi opinión, no es tan difícil concluir que se ha superado el difuso

⁴⁰ En la primera parte de mi artículo “El recurso al artículo quinto del Tratado de Washington tras los acontecimientos del 11 de septiembre: mucho ruido y pocas nueces”, *op. cit.*, se señalaba que se arrastra desde la constitución de la OTAN en 1949 una duda semejante, pues la concepción de “ataque armado” prevista en el TAN (que incluye un ataque contra los buques o aviones de cualquiera de las partes como modalidad de ataque armado susceptible de dar lugar a la legítima defensa colectiva) era más amplia que la generalmente aceptada en aquella época, partiendo de la Carta de las Naciones Unidas o de lo afirmado por la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú* (1948), también originado por el choque de una mina contra un navío de guerra británico y la posterior actuación de la flota del Reino Unido.

⁴¹ La práctica está relativizando el requisito de la inmediatez. La sentencia de las *Plataformas* guarda silencio al respecto, y eso que la respuesta norteamericana se demoró sólo tres o cuatro días en cada uno de los dos supuestos de hecho analizados en la sentencia. GARCÍA RICO, E., *op. cit.*, pp. 833-834. Tiene una lógica incuestionable el hecho de que es preciso un cierto tiempo para organizar un contraataque de cierta envergadura, aunque éste pueda ir solamente dirigido contra el origen del ataque armado recibido. En esa línea va el concepto de “respuesta demorada” propuesto por CASSESE, A. (“Terrorism is also disrupting some crucial categories of International Law”, *EJIL*, 2001, pp. 997 y ss.). Lo que inadmisibles es que quepa dentro del concepto lo que se viene denominando “legítima defensa preventiva”, o más suavemente, legítima defensa “anticipada” (véanse PÉREZ GONZÁLEZ, M., “La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva”, *REDI*, vol. LV, 2003-1, pp. 192 y ss.; RIPOL CARULLA, S., “La nueva doctrina global de defensa preventiva. Consideraciones sobre su caracterización y fundamento”, en *El imperio inviable... op. cit.*, pp. 141 y ss.).

límite⁴² entre lo que hubiera debido ser una respuesta inmediata o cuasi inmediata (¿no cayó a un bosque, en circunstancias poco claras, un cuarto avión de pasajeros tripulado con un propósito similar a los de Nueva York y Washington?) y una actuación armada posterior, o lo que es lo mismo, entre la legítima defensa y las represalias armadas. También era discutible la necesidad de bombardear masivamente todo un país para acabar con la posibilidad de reiteración de unos ataques terroristas que no partieron de allí. Finalmente, por grave y masivo que resulte el atentado contra las Torres Gemelas, ni siquiera la hebra Ley del Talión consideraría proporcionado destruir un Estado por medio de bombardeos masivos de las nada inteligentes bombas de los anticuados B-52, con la inevitable secuela de víctimas entre la inocente población civil hasta una cifra muy superior a la ocasionada por los atentados en Norteamérica. Por todo lo cual, ni aunque fuera posible calificar los hechos como ataque armado, sería ajustado al DIP el ejercicio del derecho de legítima defensa en este caso, tal y como ha pretendido llevarse a cabo.

Si no es posible aplicar la circunstancia excluyente de legítima defensa a los hechos que constituyen la supuesta respuesta al 11-S por parte de la coalición liderada por los EE. UU., ello tiene una doble consecuencia. Por un lado, dentro del ámbito de la responsabilidad de los Estados, la intervención armada de la coalición en Afganistán no podría excluir su carácter de hecho ilícito, pues no concurriría la circunstancia de legítima defensa. Si no puede excluirse su ilicitud, la calificación que corresponde a estos hechos es la de acto de agresión. Por otro lado, en relación con los mecanismos sancionadores y las excepciones a la prohibición del uso de la fuerza establecidas en la Carta de la ONU, al no existir ataque armado atribuible a un Estado, no habría motivo para haber prescindido de los mecanismos de respuesta ortodoxos, pudiendo activarse el mecanismo de seguridad colectiva basado en la aplicación de los artículos 39 y siguientes de la Carta.

2.4 Actos de terrorismo, amenaza a la paz y Carta de las Naciones Unidas.

2.4.1 La amenaza a la paz no puede dar lugar a una guerra preventiva, ni a una legítima defensa preventiva, sino a la aplicación de las sanciones previstas en los artículos 41 y 42 de la Carta.

Como es sabido, la Carta de la ONU no contempla del mismo modo un “ataque armado” que una “amenaza a la paz”, pues sólo el ataque armado podría dar lugar a una reacción defensiva unilateral, mientras que la mera amenaza (*ex art. 39*) se limita a abrir las puertas a las medidas sancionadoras de los artículos 41 y 42, en caso de que así lo decida el Consejo de Seguridad. Y la calificación tradicionalmente otorgada a los atentados terroristas por el Consejo de Seguridad, incluso tras el 11-S, no ha sido la de “ataque armado”, ni siquiera la de acto de “agresión” o “quebrantamiento de la paz”, sino la de “amenaza a la paz”⁴³.

⁴² Parafraseando –aunque en sentido contrario- a GONZÁLEZ VEGA, J., en su magnífico trabajo, “Los atentados del 11 de septiembre, la operación “libertad duradera” y el derecho de legítima defensa”, *REDI*, 2001, Vol. LIII, p. 251 y ss., especialmente, p. 252.

⁴³ Si bien en el preámbulo de las resoluciones 1368 y 1373 el CS menciona el derecho a la legítima defensa de los Estados. Comentarios en STAHN, C.: “Security Council Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001): What They Say and What They Do Not Say”, en <http://www.ejil.org/forum>, y en general en el *forum* del EJIL

La amenaza a la paz constituida por la existencia de un Estado santuario del terrorismo internacional, como Afganistán bajo el régimen talibán, podría perfectamente haber desencadenado las medidas sancionadoras previstas en los artículos 41 y 42, aunque no se hubieran llegado a producir los acontecimientos del 11-S. Con mayor motivo, tras los brutales atentados, si EE. UU. hubiera querido hacer uso del CS como mecanismo para la acción, ningún Estado miembro del Consejo lo hubiera impedido, del mismo modo que se pusieron a su disposición todos los aliados de la OTAN encendiendo la mecha del art. 5 del TAN. Sin embargo, los EE. UU. han preferido una acción unilateral, apenas disimulada por la coalición constituida *ad hoc*, antes que usar el mecanismo mundial o el regional. Quizá su actuación se entienda mejor si pensamos en que las intervenciones armadas en Afganistán e Irak no perseguían los motivos alegados ante la opinión pública mundial, sino un control de esos territorios por motivos geoestratégicos, deseo difícil de compartir con otros miembros permanentes del Consejo a excepción del incondicional aliado británico.

2.4.2 La mera calificación no conlleva automáticamente la aplicación de las sanciones previstas en los artículos 41 y 42.

La calificación de los hechos susceptibles de constituir una amenaza a la paz es un acto político del Consejo de Seguridad de la ONU. Debido a su carácter político, ni el propio Consejo ni la doctrina se han esforzado excesivamente en describir los parámetros teóricos susceptibles de delimitar el concepto de amenaza. Ahora bien, desde la óptica de su explicación a la opinión pública, la “amenaza” derivada de la supuesta existencia de unos arsenales químicos y bacteriológicos, e incluso una futura capacidad nuclear, ha parecido suficiente argumento para justificar la intervención armada “preventiva” en Irak, en 2003⁴⁴, decidida por los Estados Unidos y secundada por los gobiernos británico y español a espaldas del Consejo, para evitar no sólo un uso directo de tales arsenales por parte del régimen iraquí, sino la hipotética posibilidad de que éste los pusiera a disposición de una organización terrorista que los empleara contra los países occidentales⁴⁵.

Con ello, quienes preconizan las nuevas doctrinas belicistas tergiversan el significado y las consecuencias del término “amenaza a la paz” empleado por la Carta en su capítulo VII. Así se borra la distinción entre “ataque armado” (equivalente a una agresión directa) y mera “amenaza”, por lo que respecta a sus efectos, pues dejan de diferenciarse en el terreno de una posible respuesta armada por parte de los Estados que se consideran afectados (amenazados). Tal consecuencia es inadmisibles, pues supone privar al mecanismo de seguridad colectiva en su día instaurado de la garantía –no por ser política despreciable– de no levantar la prohibición del uso de la fuerza salvo que haya un consenso entre las Grandes Potencias con derecho de veto. Y es que se olvida interesadamente que, según el

(<http://www.ejil.org>) bajo el rótulo *The attack on the World Trade Center: Legal Responses*, especialmente las colaboraciones de PELLET, A.: “No, This is not War!” y DUPUY, P.M.: “The law after the Destruction of the Towers”. Asimismo, CHARVIN, R.: “L’affrontement Etats-Unis-Afghanistan et le déclin du Droit International”, en el sitio: <http://www.ridi.org/adi..>

⁴⁴ Sobre la intervención en Irak puede consultarse la interesante obra colectiva *L’Intervention en Irak et le Droit International*, bajo la dirección de BANNELIER, K., CHRISTAKIS, TH., CORTEN, O. Y KLEIN, P., CEDIN, PARIS I y Centre de Droit International de la ULB, Ed. Pédone, Paris, 2004.

⁴⁵ Véase la referencia a la organización *Ansar al Islam*, en BERMEJO GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 525.

artículo 27 de la Carta, para que una amenaza a la paz pueda desencadenar una intervención armada legalizada por el DIP es imprescindible una autorización del Consejo de Seguridad, lo cual exige nueve votos sobre los quince del Consejo, incluyendo los de los miembros permanentes. Si no se tienen esos votos, no hay autorización posible, y si no la hay, la actuación que puedan emprender algunos Estados miembros no es conforme al Derecho Internacional.

Sin embargo, de nuevo esos datos elementales son desfigurados en el mensaje dirigido a la opinión pública occidental, ocultando la clave de que cada decisión sancionadora debe ser objeto de una resolución clara y contundente del Consejo en la que se describan las medidas adoptadas, pues no hay automatismo ninguno entre la calificación de los hechos como amenaza a la paz y la subsiguiente aplicación de sanciones que supongan una autorización a los Estados miembros para el uso de la fuerza contra el estado o Estados causantes de la amenaza. Cada decisión sancionadora debe ser tomada de un modo autónomo, al menos si el tipo de medidas en ella recomendadas a los Estados miembros es de una naturaleza tal que supone un cambio en el encuadramiento de las mismas según la carta, esto es, si se pasa de autorizar medidas sancionadoras que no impliquen un uso de la fuerza (artículo 41) a las que sí lo conlleven (artículo 42). Por eso el debate final previo a la invasión de Irak se centró en la existencia o inexistencia de dicha autorización.

2.4.3 La resolución 1441(2002) cuando habla de “consecuencias desfavorables” para Irak no está autorizando el uso de la fuerza armada.

La resolución 1441 (2002) del Consejo no fue adoptada con el fin de autorizar a los EE. MM. a usar la fuerza en Irak, y sin embargo como tal ha sido presentada a la opinión pública de los países occidentales por los gobiernos formantes de la denominada “Coalición de las Azores”. La complejidad de la tesis oficial intentando interpretar esa resolución conforme a sus intereses es tan elevada que se convierte en una formulación incomprensible para sus destinatarios naturales, para los cuales es preciso resumir el mensaje. La llamada “teoría de las resoluciones encadenadas”⁴⁶ consiste en afirmar que la autorización para el uso de la fuerza contra Irak otorgada durante la primera Guerra del Golfo por la resolución 678 (1990) del CS había quedado sólo anestesiada por el alto el fuego establecido en la resolución 687 (1990). La mala conducta iraquí, negándose a colaborar con los inspectores que intentaban descubrir algo que no había en su suelo, habría llegado a despertar de su sueño barbitúrico al demonio de la guerra. De ese modo la obligación de detener el fuego establecida en 1990 dejaría de producir efectos, reactivándose la antigua autorización para el uso de la fuerza, trece años después. Pero eso es imposible que lo entienda un camionero de Tennessee, o un granjero de Ohio, luego había que simplificar el mensaje. Así, la resolución 1441 (2002) ha sido objeto de las más descaradas interpretaciones para dotarla de un sentido del que carecía en el momento de su

⁴⁶ El término y la exposición inicial son de ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “El Consejo de Seguridad en la guerra contra Irak”: ¿ONG privilegiada, convalidador complaciente u órgano primordial?”, *REDI*, vol LV, 2003-I, pp. 205-222. Es asimismo adoptado por REMIRO BROTONS, A., “Guerras del Nuevo Orden...”, *op. cit.*, pp. 25-26.

adopción⁴⁷. Los términos (Irak) “se arriesga a graves consecuencias” (si no coopera con la labor de los inspectores de las Naciones Unidas en la búsqueda de armas de destrucción masiva ocultas en su territorio), han tenido una interpretación demencial, pero más comprensible. Y es que ante la imposibilidad de lograr una resolución explícita en su autorización para el uso de la fuerza, debido al anunciado veto de Francia y Rusia, los EE. UU., el Reino Unido y España han interpretado esa resolución como base suficiente para una nueva intervención armada “preventiva”.

Sin embargo, no puede haber actuación más absurda si se trata de acrecentar la seguridad mundial. Si precisamente uno de los rasgos singulares de la amenaza creada por el terrorismo moderno es el constituir una “amenaza desterritorializada”⁴⁸, pues la red de miembros de Al-Quaeda se encuentra distribuida por muchos Estados (aunque tras el cambio de régimen afgano, no hay ninguno que parezca refugiar ni apoyar explícitamente a la organización), ¿de qué sirve una “guerra preventiva” territorialmente localizada frente a una amenaza terrorista desterritorializada?

Ante todo lo anterior, desde la óptica del Derecho Internacional es preciso reiterar que no cabe hacer valer consideración de naturaleza alguna para justificar el uso de la fuerza armada en violación de la Carta de las Naciones Unidas. Se hace pues preciso salir al paso de aquéllas interpretaciones de los hechos según las cuales, a partir de la aquiescencia⁴⁹ aparentemente manifestada por el resto de los Estados durante la intervención de la coalición en Afganistán, seguida por una actuación ambigua de protesta no suficientemente firme ni mantenida por el resto de los Estados durante la intervención en Irak, pudiera haberse gestado un derecho de ingerencia⁵⁰ en territorio de ciertos Estados (*Rogue States/États voyous*), cuyo gobierno pudiera constituir una amenaza para la seguridad mundial. Evidentemente, el pretendido derecho de intervención –frente al cual la CIJ ha opuesto siempre una rotunda negativa⁵¹– podría venir formulado con distintas denominaciones, una de las cuales podría ser la noción de “guerra preventiva”⁵², pero la respuesta debería ser la misma cualquiera que fuese la denominación elegida por los

⁴⁷ Completo comentario a la resolución, sus precedentes y las consecuencias de la alteración interpretativa en REMIRO BROTONS, A., “Guerras del Nuevo Orden ...”, *op. cit.*, pp. 24-29.

⁴⁸ Así la califica el *Rapport d’Information* (nº 1716), presentado por Michel DELEBARRE, en nombre de la misión de información constituida en el seno de la Comisión de Asuntos Exteriores, a la Asamblea Nacional francesa, el 6 de julio de 2004, p. 5.

⁴⁹ Conviene recordar que, cuando la pretendida aquiescencia supone la modificación de una norma previamente establecida de DIP, para que puedan producirse tales efectos es preciso el cumplimiento de rígidas condiciones. En esa línea, JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional (A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima)*, Madrid, 2002, pp. 163 y ss. Aplicando esta tesis al supuesto afgano, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *op. cit.*, p. 294.

⁵⁰ CONDORELLI, L., “Vers un reconnaissance d’un droit d’ingérence à l’encontre des “‘États voyous’?””, en *L’intervention en Irak et le Droit International*, *op. cit.*, pp. 49-61.

⁵¹ Y no sólo en el conocidísimo párrafo del asunto del *Canal de Corfú* (CIJ, *Recueil* 1949, pp. 34-35), sino asimismo en las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua* (CIJ, *Recueil*, 1986, Sentencia de 27 de junio de 1986, pár. 202 y ss.). “Aunque los ejemplos de violación del principio no sean raros, la Corte estima que el principio forma parte del Derecho Internacional consuetudinario (...) El pretendido derecho de intervención no puede ser calificado más que como la manifestación de una política de fuerza...”.

⁵² CRHISTAKIS, Th., “Vers une reconnaissance de la notion de guerre préventive?””, en *L’intervention en Irak et le Droit International*, *op. cit.*, pp. 11-49.

infractores de una norma bien establecida, que prohíbe el uso de la fuerza armada de modo contrario al Derecho Internacional.

3- Actos de terrorismo y reacción de los Estados en el marco de la Unión Europea

El Parlamento Europeo, en una resolución sobre la estrategia seguida contra el terrorismo un año después del 11-S, afirmaba que “la turbulencia diplomática, social y económica ocasionada por las intervenciones torpes puede dar lugar a reacciones que podrían obstaculizar los esfuerzos futuros para garantizar la resolución pacífica de los conflictos”, manifestando su nula fe en que “una estrategia de ataques preventivos sea la manera más eficaz de combatir el terrorismo”, pues “el concepto de seguridad colectiva se basa principalmente en planteamientos no militares para la prevención de conflictos con objeto de eliminar las raíces de los mismos en vez de intentar combatir los fenómenos que de ellos se derivan”⁵³.

Bien conocida fue luego la posición de Francia y Alemania, contrarias a la intervención en Irak, apoyándose en una interpretación gramatical, sistemática, conforme a los trabajos preparatorios y a las explicaciones de voto de la resolución 1441 (2002) del CS⁵⁴. Mientras el reino Unido y España apoyaban las tesis del gobierno norteamericano, la “Vieja Europa” era pues contraria a la guerra en Irak. El pueblo español, contrario al planteamiento del gobierno Aznar, reacciona en masa tras los brutales atentados del 11-M acudiendo a las urnas y desbancando del gobierno al Partido Popular. Más tarde, el nuevo gobierno español, puso término rápidamente a la participación española en la ocupación ilegal del territorio iraquí.

Conviene comparar la reacción de los gobiernos europeos, reunidos al máximo nivel durante la Cumbre de 25 y 26 de marzo de 2004, pocos días después de los tremendos atentados del 11-M, con la llevada a cabo por el gobierno norteamericano tras el 11-S. Lo primero que salta a la vista es que, cuando se establece la autoría de los hechos correspondiente a Al-Qaeda, España no pretende ser víctima de un “acto de guerra”, ni intenta atribuir la responsabilidad de los hechos a un Estado en virtud de los puntos de conexión que pudieran existir entre éste y los autores materiales de los atentados. En cualquier caso, parece evidente que ni Afganistán ni Irak pueden ser ya las bases desde las que opere el terrorismo islámico que actúa en Madrid. ¿Entonces, en qué lugar del llamado “Eje del mal” se encuentra ahora el núcleo del terror? ¿Irán, Corea del Norte? ¿Y por qué no Marruecos, partiendo del dato de que la nacionalidad de la mayor parte de los autores materiales es la marroquí? Las consecuencias que podrían deducirse de tales argumentos son tan inconsistentes –y sobre todo tan peligrosas- que ningún gobierno se atreva a sostenerlas en el seno del Consejo. Los gobiernos europeos son pues coherentes con la tesis de que el terrorismo islámico forma una red desterritorializada, y por tanto actuar militarmente contra el territorio de un Estado no conduce a nada útil para acabar con ella.

⁵³ Resolución del Parlamento Europeo sobre “Evaluación y perspectivas de la estrategia de la UE en materia de terrorismo un año después del 11 de septiembre de 2001”, puntos 8, 10 y 14. Puede encontrarse en la siguiente dirección [http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/pv2?PRG=DOCPV&APP=PV"&LANGUE](http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/pv2?PRG=DOCPV&APP=PV)

⁵⁴ En la misma línea que Rusia y China. Respecto a los trabajos preparatorios y especialmente las explicaciones de voto de la Resolución 1441 (2002) del CS, *vide* REMIRO BROTONS, A., “Guerras del Nuevo orden...”, *op. cit.*, p. 27-28.

¿Cómo hacer frente entonces a la amenaza que para todos representa el terrorismo internacional? ¿Qué modelo de respuesta adoptan los Estados miembros en el marco de la Unión Europea?

3.1 Estrategia Europea de Seguridad (EES), Objetivos Estratégicos y Plan de Acción Revisado contra el terrorismo en la Unión Europea.

Tras el 11-S, los dirigentes europeos manifestaron su adhesión al pueblo norteamericano y el deseo de colaborar con su gobierno en la lucha contra el terrorismo⁵⁵. Consecuentemente, la Unión Europea diseñó un primer Plan de Acción contra el terrorismo internacional que abarcaba una serie de medidas legislativas junto a otras operativas. Tras el impulso inicial, la aprobación de alguna de estas medidas encontró resistencia en ciertos países miembros debido a razones de política interna⁵⁶. Sin embargo el atentado del 11-M sirvió de acicate para que los gobernantes de la UE aceleraran de nuevo la iniciativa anteriormente emprendida. Es así como, quince días después de la matanza de Atocha, se reúne el Consejo Europeo los días 25 y 26 de marzo. Las Conclusiones de la Presidencia del mencionado Consejo recogen una “Declaración contra el terrorismo”, un “Plan de Acción Revisado” y una “Declaración sobre la Cláusula de Solidaridad”. Este conjunto de textos es de una importancia política incuestionable. Sin embargo, no puede ocultarse que resultan documentos de redacción apresurada y reiterativa, y no tan claros como debieran en su exposición sistemática.

Se marcan en estos textos una serie de objetivos en política exterior y en política de seguridad de la Unión. En el marco de la política exterior se busca el fortalecimiento del consenso internacional y la masiva ratificación de los convenios internacionales contra el terrorismo. En el marco de la política de seguridad preocupa especialmente el control de las fronteras exteriores de la Unión, reforzando tanto la seguridad en el transporte internacional, como la restricción del acceso a los recursos financieros por parte de las organizaciones terroristas⁵⁷. Al mismo tiempo, se persigue optimizar la eficacia de los sistemas de información (SIS, SIS II, VIS) vinculados al desarrollo del acuerdo de Schengen. Finalmente, se hace patente la necesidad de controlar los factores culturales y religiosos ligados al reclutamiento de miembros de las organizaciones terroristas⁵⁸. Por su

⁵⁵ Sobre los orígenes de la política antiterrorista de la Unión Europea y las líneas de actuación emprendidas a partir de Maastricht, y su posterior afianzamiento tras el 11-S, MARGUE, T.-L., “Les initiatives menées par l’Union dans la lutte antiterroriste dans le cadre du troisième pilier (Justice et affaires intérieures)”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2002/2, pp. 261-280.

⁵⁶ Por ejemplo, la resistencia de Italia frente a la adopción de la decisión marco sobre la euroorden, debido probablemente al miedo a facilitar con ello el procesamiento por corrupción de algún miembro de su gobierno mediante la iniciativa procesal tomada por el juez de otro Estado miembro. Este inconveniente hubiera podido evitarse si se hubieran puesto en marcha únicamente mecanismos legislativos específicamente antiterroristas, y no instrumentos legales de más amplio espectro, dirigidos contra variadas formas de criminalidad organizada, algunas de las cuales pueden tener vinculaciones políticas de alto nivel.

⁵⁷ El 5 de noviembre de 2004 el Consejo Europeo adoptó el llamado Programa de La Haya, que prevé la adopción de ambiciosas medidas en el campo del intercambio de información, control de fronteras, seguridad en los documentos y cooperación policial y judicial. (Comunicado de prensa de 2-XX-2004), 14894/04 (Presse 332).

⁵⁸ En esa línea, los ministros del interior del G 5 (Alemania, Francia, Gran Bretaña, Italia y España), se han reunido en Sheffield por primera vez tras el 11-M a mediados de julio de 2004, con objeto de armonizar posiciones en materia de seguridad de fronteras y especialmente en lo relativo a los “predicadores” del

parte, hay que situar en un lugar básico dentro del Plan de Acción Revisado ciertos textos legislativos, relativos a la tipificación de conductas constitutivas de delito de terrorismo, agilización del procesamiento de los acusados de tales delitos, y modificación del marco genérico del blanqueo de capitales para adaptarlo a los problemas planteados por la financiación del terrorismo.

En líneas generales es preciso formular dos observaciones sobre la legislación comunitaria en estas materias. En primer lugar, estas normas no son directamente aplicables. Se trate de decisiones marco (como las relativas al terrorismo y a la euroorden), o se trate de directivas (como las relativas al blanqueo de capitales), es preciso que se produzca una transposición de la norma comunitaria a los ordenamientos internos para su plena aplicación. En segundo lugar, la mayoría de estas normas comunitarias (con excepción de la decisión marco sobre terrorismo) no han sido diseñadas exclusivamente para ser aplicadas a conductas constitutivas de un delito de terrorismo, sino a actividades diversas en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada. Ello otorga a estos textos jurídicos un carácter de instrumentos neutros, dentro de un marco más amplio de política legislativa que el determinado por la lucha contra el terrorismo. Este enfoque tiene un inconveniente. Puede que determinados planteamientos, válidos en la lucha frente a la delincuencia organizada común, no estén lo suficientemente adaptados a la especificidad del fenómeno terrorista, como ocurre en el ámbito de la financiación del terrorismo.

Finalmente, en la medida en que el lenguaje revela el enfoque elegido por los autores de estos documentos, observaremos que la terminología empleada dista de la utilizada por los norteamericanos tras el 11-S. Los europeos, tras el 11-M siguen calificando los hechos de acto de terrorismo –y no de acto de guerra⁵⁹– aun enfatizando la amenaza que suponen contra una sociedad democrática. Pero no se examina la posibilidad de emprender acciones militares dirigidas contra ningún Estado al que pudiera atribuirse responsabilidad en virtud de conexiones con los autores materiales de los atentados. Cosa diferente es emplear a las fuerzas armadas, como ocurrió en España, para labores de vigilancia de vías férreas, asistencia humanitaria, u otras perfectamente enmarcables dentro de sus funciones en un Estado de Derecho y plenamente respetuosas con el DIP.

3.2 La Estrategia Europea de Seguridad (EES).

Existe un léxico variado en los textos aprobados por el Consejo el 25 y 26 de marzo de 2004. Así, se habla de “Estrategia Europea de Seguridad”, “Objetivos Estratégicos” y “Plan de Acción”, siendo sin embargo rotulaciones cuyos contenidos coinciden parcialmente, y que no responden a conceptos diferenciados con gran nitidez. A la falta de claridad conceptual de estos documentos se añade la carencia de una delimitación clara entre las competencias de la Unión y las de los Estados miembros en las materias ligadas a la seguridad del Estado, en las que la *vis atractiva* europea va expandiendo poco a poco unas competencias hasta hace pocos años inexistentes. Para una exposición clara, el árbol lógico

islamismo. En dicha reunión se ha propuesto la creación de un grupo de trabajo de expertos sobre los extranjeros que fomentan la violencia. <http://www.fenetreeurope.com/actu/2004/07/a-3174.htm>. Sobre el islamismo y el reclutamiento de nuevos miembros, ARISTEGUI Y SAN ROMÁN, G., *op. cit.*, pp. 117-122.
⁵⁹ La única concesión terminológica consiste en el empleo del término “ataque”, en lugar del tradicional de “atentado”, a la hora de referirse a los hechos del 11 de marzo en España.

debería comenzar por la Estrategia Europea de Seguridad, dentro de la cual existe una serie de Objetivos Estratégicos, para cuya consecución (ya a un nivel “táctico”), sería preciso un Plan de Acción compuesto básicamente por ciertas medidas legislativas europeas, de necesaria transposición a los ordenamientos internos, así como por un refuerzo de la cooperación operativa entre las instituciones y órganos de la Unión Europea y los correspondientes órganos nacionales.

Gran parte de las medidas legislativas antiterroristas europeas fueron aprobadas tras el 11-S, pero es precisa una revisión del estado de transposición al derecho interno y aplicación práctica de las normas aprobadas. De ahí el nombre de Plan de Acción “*Revisado*”, pues su contenido es doble. De un lado lograr la plena aplicación de lo ya aprobado. De otro adoptar nuevas medidas legales complementarias y modificar alguna de las anteriores. Finalmente, en el terreno de la actuación policial y judicial, resalta la importancia de la cooperación operativa, de un lado entre los entes nacionales de unos y otros EE. MM. (especialmente los jueces), y de otro entre los variados órganos de información nacionales y los europeos, lugar en el que se acentúa cada vez con mayor relieve la necesidad de lograr la máxima operatividad de las redes informáticas ligadas a EUROPOL y EUROJUST. Siguiendo ese orden lógico, los textos del Consejo Europeo incluyen dentro de la denominada Estrategia Europea de Seguridad tres géneros de actuaciones.

3.2.1 EES y coordinación interinstitucional.

Hay en la EES un evidente refuerzo de la vertiente institucional creando una cadena de toma de decisiones que va desde el propio Consejo Europeo hacia el Secretario General/Alto Representante de la Unión Europea, a cuya propuesta se decide el nombramiento de un Coordinador de la lucha contra el terrorismo, que recae en el holandés Gijs De Vries, directamente dependiente de Javier Solana. Es una manera sensata de asumir que, si para un determinado gobierno existe una prioridad política, la estructura gubernamental tiene que reflejar esa prioridad, creando o reforzando los órganos oportunos. A ello se añadiría el eterno problema de la coordinación.

En marzo de 2004, la norteamericana Rand Corporation publica un informe denominado “*Coordinating the War on Terrorism*”, en el que ponen de relieve las interacciones que produce –en los EE.UU.- la actuación de los departamentos (o ministerios) de Interior, Exteriores, Defensa, Justicia y Economía y Hacienda. Cada uno de ellos tiene aspectos del problema bajo sus competencias, pero ninguno de ellos puede abordar con éxito la tarea por sí sólo⁶⁰. La coordinación de las actuaciones de todos esos departamentos bajo una mano única se constituye por tanto en una necesidad de primer orden para poder actuar rápida y eficazmente. Dicha necesidad tienen además en el marco de la UE una dificultad adicional en la medida en que en todos los ámbitos mencionados hay competencias compartidas entre los EE.MM. y la UE, sin que sea nítido el reparto de las mismas entre los Estados y la organización, sino más bien fruto de una dinámica de

⁶⁰ Davies, L. E., Treverton, G.F., Byman, D., Daly, S., y Rosenau, W., “Coordinating the War on Terrorism”, Occasional Paper (OP-110-RC, March 2004).

atribución competencial progresiva⁶¹ (y ello pese a la actual existencia de los arts. I-13 y I-14 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa). La conclusión lógica en este ámbito debería ser pues, el refuerzo de la coordinación interinstitucional, tanto en el plano europeo, como en el de la coordinación de las instituciones equivalentes de los diversos EE.MM., entre sí y con las europeas.

3.2.2 EES y Política Común de Seguridad y Defensa(PESD).

Dentro de una Estrategia Europea a largo plazo es vital abordar las causas del fenómeno terrorista, intentando atajarlas de raíz. En esa línea se hace conveniente la participación de la UE en la estabilización de los conflictos regionales, desde el conflicto palestino a los Balcanes, que puedan constituir un caldo de cultivo idóneo para el nacimiento de nuevas organizaciones terroristas o el reclutamiento de nuevos efectivos para las ya existentes, así como, en general, incrementar una tendencia a la legitimación de las actividades terroristas dentro del mundo musulmán. La actuación de la UE puede incluir, tanto una labor diplomática –como la llevada a cabo en Palestina–, como una directa contribución de la PESD a la lucha contra el terrorismo. En ese orden de cosas podría tener pleno sentido una política de prevención, mantenimiento y consolidación de la paz directamente llevada a cabo por la Unión Europea en los Balcanes⁶², que ya ha comenzado en Bosnia⁶³ y Macedonia⁶⁴. El objetivo político sería que la población de estos países

⁶¹ Limitada por la necesidad de llevar a cabo previas revisiones constitucionales internas, en su caso, como ha exigido el *Conseil Constitutionnel* francés, en su Decisión nº 2004-2005 DC, de 19 de noviembre de 2004, debido a ciertas disposiciones del Tratado relativas a las políticas y al funcionamiento de la Unión, entre otras cosas debido al control de las fronteras (III-265), la cooperación judicial en materia penal (III-270 y III-271), y el ámbito de actuación y tareas asignadas a EUROPOL Y EUROJUST (III-273 y III-276, respectivamente).

⁶² En el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa desaparece la previsión de subordinación de la defensa europea a la OTAN, en su día formulada por el art. 17.1.3 del TUE, tanto en el actual art. I-16, como en los relativos a la PESC (III-294 y ss.) y a la PESD (III-309 y ss.). El art. 17.2 TUE preveía las llamadas *Misiones Petersberg* (misiones humanitarias, de gestión de crisis, de mantenimiento y de restablecimiento de la paz). Dicho articulado fue desarrollado por medio de posiciones comunes del Consejo, y sobre todo por las conclusiones adoptadas en el Consejo de Colonia en 1999, en las cuales se afirmó que “el Consejo debe tener la capacidad de tomar decisiones en toda la serie de tareas de prevención de conflictos y gestión de crisis definidas en el TUE”. *Vide*, DÍAZ BARRADO, C.M., “Las denominadas “intervenciones de humanidad” y la Unión Europea”, en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, ed. de Escuela Diplomática, AEPDIRI y BOE, Madrid, 2003, pp. 143-153; asimismo, KLEIN, J., BUFFOTOT, P., VILBOUX, N., *Vers une politique européenne de sécurité et de défense*. (Actes du colloque du 15-16 juin 2001 au Centre de relations internationales et de stratégie, Université de Paris I, Institut de Hautes Études de Défense Nationale, Ministère des Affaires Étrangères), Paris, ed. Economica, 2003.). Estas fuerzas de intervención europeas tienen capacidad autónoma para ejecutar mandatos de la UE, siendo operaciones militares llevadas a cabo por la Unión sin el auxilio de ninguna otra Organización Internacional. En el Consejo Europeo de Sevilla (2002), la UE confirmó que estaba en condiciones de “asumir operaciones de gestión de crisis” y asumió la Misión de Policía (MPUE) en Bosnia, relevando a la correspondiente OMP de la ONU el 15 de diciembre de 2003 (Operación PROXIMA). Véase LEBAS, C., *Europe de la défense: état des lieux à l'heure où l'Union européenne prend le relève de l'OTAN en Bosnie-Herzégovine*, en <http://www.robertschunman.org/supplement/supl190.htm>, p. 8.

⁶³ El Consejo de Seguridad de la ONU ha adoptado el 22 de noviembre de 2004 su Resolución 1575 (2004), que abre la vía necesaria para la operación ALTHEA de la UE en Bosnia-Herzegovina. En virtud de la aplicación de esta resolución, la fuerza de la OTAN llamada SFOR, que en su día sustituyera a la onusiana UNPROFOR tras los acuerdos de paz de Dayton, ha sido reemplazada por la nueva EUFOR el 2 de diciembre de 2004. La fuerza de la Unión Europea cuenta con 7.000 efectivos.

diferenciara las misiones de paz de la Unión Europea de las fuerzas armadas de ciertos Estados. Al propio tiempo, se trata de que la Unión Europea vaya asumiendo las propias capacidades de defensa y seguridad en su zona geoestratégica sin necesitar la colaboración de potencias ajenas a la misma, como alguna de las que forman parte de la OTAN.

A su vez, el art. II-309 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa prevé que “Todas esas misiones podrán contribuir a la lucha contra el terrorismo, entre otras cosas mediante el apoyo prestado a terceros países para combatirlo en su territorio”. La enumeración de tipos de misiones que se efectúa en la primera parte del artículo es muy amplia, comprendiendo las humanitarias, de rescate, las de asesoramiento y asistencia militar, prevención de conflictos y mantenimiento de la paz, misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de la crisis, restablecimiento de la paz, y estabilización al término de un conflicto. La variedad de posibilidades de colaboración de tales misiones con las fuerzas de seguridad del Estado territorial es tan amplia que se ha preferido recurrir a una cláusula abierta y una mención a título de ejemplo en la que parece hacerse una elipsis del necesario consentimiento previo del Estado territorial para que la actuación de las fuerzas europeas no pueda ser calificada de injerencia en asuntos de otros Estados. Obsérvese a este respecto la sutil diferencia entre este supuesto –relativo a la actuación de tales fuerzas en un Tercer Estado- y el previsto en el III-329 (Aplicación de la Cláusula de Solidaridad) al que se hará referencia en breve, que exige “la petición de las autoridades políticas” del Estado que es víctima del ataque terrorista para enviar fuerzas cuando tal Estado es un Estado miembro. Ciertamente, la existencia de un concepto tan fluido como el de “gestión de crisis”, que en el marco precedente de la OTAN ha servido para que esta organización asumiera operaciones “no artículo 5”, esto es, más allá de cualquier posible actuación en el marco de la legítima defensa, hace cuestionarse sobre si siempre sería necesario el previo consentimiento del Estado territorial para que pudiera llevarse a cabo una intervención (perdón, una operación) de este tipo.

3.2.3 EES, PESC y cláusula de solidaridad.

Dentro del ámbito de la política exterior comunitaria, se adopta como anexo final a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de marzo de 2004 una “Declaración sobre la solidaridad contra el terrorismo” cuyo tenor literal despertó cierto eco en los medios de comunicación. Su redacción parece evocar subliminalmente el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte en la medida en que hace una llamada a algo que aparenta ser una “legítima defensa” colectiva contra el terrorismo (en el sentido del conocido precepto del Tratado de Washington), pero que sin embargo no pasa de ser una “legítima ayuda” que todos los EE.MM. de la UE prestarán conjuntamente al Estado miembro víctima de un atentado terrorista, o una catástrofe natural. En caso de producirse dicho supuesto, la Unión movilizará todos los instrumentos de que disponga, “incluidos los medios militares puestos a su disposición por los EE.MM.”. Ubicada en su contexto, que no es otro que el art. 42 del

⁶⁴ La primera operación de “gestión de crisis” en la que la UE sustituye a la OTAN ha sido la “Operación Concordia” iniciada en la primavera de 2003 en Macedonia, en virtud de la cual las fuerzas de la UE han sustituido a las de la OTAN en ese país. No obstante, la operación de gestión de crisis más importante hasta el momento quizá haya sido la operación ARTEMIS llevada a cabo en la selva de Ituri (tierra de pigmeos y okapis ubicada entre la República del Congo, Uganda y la República Centroafricana), entre el 5 de junio y el 19 de septiembre de 2003.

entonces proyecto constitucional europeo, la declaración no pasa de ser un texto político que pone de manifiesto la importancia de la solidaridad colectiva ante la catástrofe sufrida por un pueblo amigo, y no es merecedor de suspicacia alguna, puesto que se integra plenamente dentro marco constitucional europeo, no siendo más que una glosa del hoy art. I-43 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Y ello porque la actuación conjunta de los restantes EE.MM. prevista en el articulado constitucional, tenga como fin el de prevenir la amenaza terrorista, el de proteger a las instituciones democráticas y a la población civil, o el de asistir al Estado víctima en su territorio, *se efectuaría siempre a petición de sus autoridades políticas*. Ello implica un claro límite a la “solidaridad colectiva” interpuesto por la propia soberanía del Estado víctima, quien posee “la competencia exclusiva (...) para solicitar la aportación de asistencia común”⁶⁵, y por tanto se aleja de los contornos de una posible potenciación de la “injerencia humanitaria” en asuntos de un Estado víctima del terrorismo. Desde una óptica de Derecho Internacional Público, se trataría pues de una variante más de la “asistencia humanitaria” a un Estado que sufre un atentado o una catástrofe. En estos casos suelen emplearse efectivos de las fuerzas armadas, sí, pero combinados con los proporcionados por las ONG, y actuando en labores de vigilancia del orden público, socorro, y asistencia a las víctimas. En definitiva, como se ha dicho⁶⁶, “se trata de consolidar una idea de solidaridad europea eficaz frente a nuevas amenazas, solidaridad que va más allá de una mera alianza militar y que obligaría a la Unión en su conjunto a poner en marcha una suma de instrumentos defensivos y reparadores a favor de un Estado miembro”.

Finalmente, el Capítulo VIII (Aplicación de la cláusula de solidaridad) del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa incluye un solo precepto, el art. III-329, a cuyo tenor es el propio Consejo, a propuesta conjunta de la Comisión y del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, quien adoptará, en su caso, la iniciativa correspondiente por la vía técnica de una decisión europea, informando seguidamente al Parlamento Europeo. Así pues, si se produjese en un Estado miembro un ataque terrorista o una catástrofe natural de envergadura, la decisión que pudiera adoptarse sería siempre una decisión institucional colectiva con todas las garantías que los diversos controles de poder democráticos establecen en los mecanismos de adopción de decisiones propios del ordenamiento europeo. Y en cualquier caso, reitera el punto 1 del art. III-329, la prestación de la eventual asistencia se efectuaría siempre “a petición de sus autoridades políticas”. No hay pues, lugar ninguno para pensar que estos preceptos dan pie a un hipotético fomento de la injerencia armada en asuntos de otros Estados miembros con la excusa de que el gobierno de uno de ellos fuera incapaz de controlar la actuación de las organizaciones terroristas que operan en su territorio. Lo curioso, en cambio, es que no exista una previsión paralela cuando el ataque terrorista afecte a un Estado Tercero ubicado dentro de la zona de interés geoestratégico de la Unión Europea.

⁶⁵ QUEL LÓPEZ, F.J., “La Política Exterior y de Seguridad Común en el Proyecto de Constitución para Europa”, *Europa ante su futuro*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, s.l., 2004, p. 112, nota 31.

⁶⁶ QUEL LÓPEZ, F.J., *op. cit.*, pp. 111.

3.2.4 EES, PESC y celebración de acuerdos internacionales por las Comunidades Europeas.

Dentro del marco que supone la Estrategia Europea de Seguridad se formulan algunos Objetivos Estratégicos más concretos dentro del marco de la PESC⁶⁷, tanto en el ámbito genérico de la Política Exterior, como en el de la Política Comercial. Así, en la primera vertiente, sería preciso fortalecer el consenso en el afianzamiento de la red convencional antiterrorista sustentada por las Naciones Unidas logrando la mayor participación posible en los diez tratados antiterroristas hasta ahora existentes, amén de la celebración de un nuevo convenio general en la materia. Por otra parte, dentro de la Política Comercial comunitaria se hace precisa la inclusión de una cláusula antiterrorista –del tipo de la conocida “democracia/derechos humanos”- que permita suspender la ayuda financiera y las preferencias arancelarias o comerciales otorgadas al gobierno de un Estado que apoya o sirve de refugio a organizaciones terroristas, o que no colabora suficientemente en la lucha contra el terrorismo internacional. En otro orden de cosas, sería conveniente compensar la capacidad de persuasión de los imanes, capaces de ejercer una influencia por medio de vínculos religiosos, con una política generosa de cooperación cultural y educativa que fomente la creación de lazos y puentes entre culturas y religiones.

3. 3 Los Objetivos Estratégicos y el Plan de Acción Revisado: las medidas legislativas.

Combinando los “objetivos estratégicos” con el “plan de acción”, en la vertiente propia de la política de seguridad, se hace precisa la adopción de una serie de medidas legislativas. Es preciso comprobar el grado de cumplimiento de las medidas legales adoptadas tras el 11-S, así como la adopción de nuevas medidas. El objetivo de la nueva legislación consiste en agilizar y simplificar la actuación institucional en la persecución del terrorismo. Para ello hay que incidir en tres aspectos básicos. En primer lugar, la armonización de normas de los EE. MM que tipifican las conductas constitutivas de un delito de terrorismo. En segundo lugar, el diseño y la aplicación de un procedimiento alternativo a la extradición para la más rápida entrega de detenidos y ejecución de las decisiones judiciales entre los diversos EE. MM. de la UE (euroorden). Y finalmente, la adaptación de las normas sobre blanqueo de capitales a los problemas planteados por la financiación del terrorismo. Junto a esos aspectos básicos, existirían ciertas normas complementarias y otras destinadas al refuerzo de la cooperación operativa.

Siguiendo el calendario establecido, en junio de 2004 eran de plena aplicación en el territorio de todos los EE.MM. las decisiones marco sobre terrorismo, sobre la euroorden, y sobre los equipos conjuntos de investigación policial, la relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos del delito, así como la decisión de creación de EUROJUST y la relativa a medidas específicas de cooperación policial y judicial en la lucha contra el terrorismo. A su vez, en diciembre de 2004 se ponía en práctica la decisión marco sobre el embargo preventivo de bienes y

⁶⁷ Sobre las posiciones comunes PESC relativas a la lucha contra el terrorismo, en el marco del segundo pilar, BENOIT, L., “La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier: un nouveau volet des relations extérieures de l’Union européenne”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2002/2, pp. 281 y ss.

aseguramiento de pruebas, y finalmente lograr la más amplia ratificación del convenio sobre asistencia judicial en materia penal.

3.4 El Refuerzo de la Cooperación Operativa en el ámbito policial y judicial

3.4.1 Acervo de Schengen, Sistemas de Información (SIS I, SIS II y VIS) y controles fronterizos.

Es necesario optimizar la eficacia de los sistemas de información, esto es, los Sistema de Información de Schengen (SIS y SIS II); el Sistema de Información de Visados (VIS), y en un futuro próximo el intercambio de información personal, especialmente en lo relativo a los datos biométricos.

3.4.1.1 El Sistema de Información de Schengen (SIS) es definido como “una compleja base de datos que posibilita el intercambio de datos entre las autoridades policiales y judiciales pertinentes en el ámbito de las investigaciones sobre personas y bienes. Información relacionada, por ejemplo, con individuos sobre los que penden órdenes de detención o extradición, o sobre obras de arte y vehículos sustraídos”.⁶⁸ Este sistema es aplicado por los trece países con fronteras exteriores de la Unión que están dentro del sistema de cooperación reforzada que supone el Acuerdo de Schengen (los quince, menos Reino Unido e Irlanda)⁶⁹, de 14 de junio de 1985, completado por un Protocolo, de 25 de junio de 1991, relativo a su aplicación⁷⁰. Estos dos tratados básicos son completados por una serie de normas de derecho derivado que componen lo que se suele denominar el “acervo de Schengen”. Esas medidas adoptadas por las instituciones deben aceptarse en su conjunto por cualquier nuevo Estado que sea candidato a adherirse al acuerdo de Schengen. La delimitación de dicho acervo viene establecida por la Decisión del Consejo 1999/435/CE⁷¹.

La estricta aplicación del acervo de Schengen viene motivada por el hecho de que, al suprimirse las fronteras interiores entre los EE.MM. que están dentro del acuerdo de Schengen, quien se infiltre dentro de ese espacio ya no va a ser previsiblemente controlado en ninguna otra frontera estatal. La libre circulación de las personas por el territorio de los Estados Schengen exige, por tanto, como contrapartida, no sólo el refuerzo de las fronteras exteriores, sino también el incremento de la cooperación policial. El intercambio de información es el elemento más importante de toda la cooperación entre servicios policiales⁷². La aplicación del sistema de Schengen ha sido especialmente importante en materia de inmigración ilegal, de tráfico de estupefacientes y de otras formas de criminalidad organizada, incluido el terrorismo. Para vigilar la aplicación del acervo existe

⁶⁸ Comisión Europea, “Vivir en un espacio de libertad, seguridad y justicia. Justicia y asuntos de interior en la Unión Europea”, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2001, p. 8.

⁶⁹ A ellos se añaden Islandia y Noruega, en virtud del Acuerdo de Cooperación celebrado por el Consejo de la Unión Europea, la República de Islandia y el Reino de Noruega, sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, firmado el 18 de mayo de 1999.

⁷⁰ BOE de 30 de julio de 1991, núm. 181/1991, p. 25108.

⁷¹ DO, serie L, 176, de 10 de julio de 1999.

⁷² UE, Catálogo de Schengen, Volumen 4, “Cooperación policial: recomendaciones y prácticas más idóneas”, junio de 2003, introducción, punto 6.

un Comisión Permanente, hoy denominada “Grupo de Evaluación Schengen”, que ha elaborado, hasta la fecha cuatro “catálogos” sobre la aplicación del acervo.

3.4.1.2 La cooperación policial entre los EE.MM. debe tener lugar, obviamente en las fronteras exteriores de la Unión, en cuyo ámbito existe ya una propuesta de reglamento para crear una Agencia Europea para la Gestión de las Fronteras, pero asimismo debe funcionar adecuadamente dentro del territorio de la Unión Europea. Para ello, desde la entrada en vigor del Acuerdo de Schengen, en 1995, se ha concluido una serie de acuerdos bilaterales entre Estados vecinos, especialmente para hacer frente a la delincuencia organizada en zonas fronterizas internas. Es así como funcionan los sistemas bilaterales de asistencia mutua entre autoridades centrales, y la utilización del SIS de tal forma que un Estado pueda lograr que se inicien actuaciones policiales en otro Estado miembro conducentes a una detención⁷³. Finalmente, tanto en este ámbito como en el de EUROPOL y en EUROJUST son básicos los llamados “funcionarios de enlace”, destinados a representar los intereses de un EE. MM. en otro a nivel policial y judicial, facilitando los necesarios contactos a los que se ha hecho referencia.

Por último, de modo concordante con las iniciativas ya adoptadas en los EE. UU., está prevista para finales de 2004 la adopción de normas que plasmen la propuesta de la Comisión relativa a la incorporación de los datos biométricos de las personas en pasaportes y visados de la UE⁷⁴. A iniciativa del Comisario para Asuntos de Justicia e Interior, Antonio Vitorino, la Comisión Europea ha elaborado una Comunicación sobre la lucha contra el terrorismo que propone la creación también para finales de 2004, de un Registro Europeo de Antecedentes Penales, para mejorar los intercambios de información policial. En dicho registro figurarían todas las “infracciones terroristas y relativas a un grupo terrorista, de las cuales los EE. MM. tengan conocimiento, incluida la participación en las actividades de un grupo terrorista mediante cualquier forma de financiación, así como la incitación, la complicidad y la tentativa”⁷⁵. También propone la Comisión que la UE adopte una norma que obligue a los operadores telefónicos y a los proveedores de Internet a conservar los datos de las operaciones realizadas durante un periodo de dos o tres años, a fin de facilitar las eventuales investigaciones policiales.

Sin perjuicio de todo lo anterior, es de pura lógica el estudiar la posibilidad de adoptar, en cada Estado miembro, medidas de prevención y control en sectores materiales estrechamente relacionados con los medios de comisión de los delitos de terrorismo, incluidas las armas, especialmente el relativo a los explosivos, como se está haciendo en España actualmente, obligando a registrar y custodiar las cantidades sobrantes de

⁷³ UE, Catálogo de Schengen, Vol. 4, cit., pp. 5-6.

⁷⁴ La prensa, por el contrario (EL País, 22 de marzo de 2004), estima que sería más bien antes de finales de 2006 cuando estaría operativa el nuevo sistema. Se barajan diversas posibilidades, la primera de las cuales sería incluir en un *chip* la foto digital, las huellas dactilares y el iris de los ojos, y la segunda sólo la foto digital de forma obligatoria, dejando que cada Estado miembro incluya o no los restantes datos según estime conveniente.

⁷⁵ Comunicado de Prensa de la UE, IP/04/425, de 30 de marzo de 2004, “Lucha contra el terrorismo: la Comisión propone medidas sobre intercambio de información y sobre el registro de antecedentes penales europeo (“*casier judiciaire européen*”).

explosivos descuidados en las explotaciones mineras, cuya distracción y reventa supuso la fuente de provisión de dinamita más importante en la matanza de Atocha.

3.4.1.3 El Sistema de Información sobre Visados (VIS). A comienzos de 2005 la Comisión ha adoptado una propuesta de reglamento relativo al sistema de información sobre visados (VIS) y el intercambio de datos entre Estados miembros sobre visados para estancias de corta duración. El VIS será un sistema de intercambio de información y proporcionará un instrumento destinado a mantener una política común en la materia. Facilitará igualmente el control en las fronteras exteriores y supondrá la creación de una base de datos europea, conectada a los sistemas nacionales, a la que podrán tener acceso las autoridades competentes de los Estados miembros, de tal modo que contribuya a la seguridad interior y facilite la lucha contra la inmigración clandestina. Los datos almacenados por el sistema serán, no obstante, de tipo tradicional, esto es, alfanuméricos, fotográficos y dactiloscópicos⁷⁶. No se hace referencia en esta materia, por tanto, a los datos biométricos.

3.4.2 EUROPOL Y EUROJUST.

El último aspecto táctico mencionado en los textos del Consejo Europeo del 25-26 M viene referido al refuerzo de las capacidades operativas de Europol y Eurojust. Dichos instrumentos fueron creados hace años. En el caso de EUROPOL, por el Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía⁷⁷, con sede en La Haya. Sin embargo, la mencionada oficina no inició sus actividades hasta el 1 de julio de 1999. En los años posteriores hay una copiosa serie de Actos, Decisiones y Declaraciones del Consejo, así como posteriormente Actos del Consejo de Administración de Europol y Actos de la Autoridad de control común de Europol (a partir de 1999) que configuran un considerable acervo compuesto en su mayoría por actos atípicos⁷⁸.

EUROPOL es una gigantesca base de datos que debería ser común a las policías de los EE.MM. partes en el convenio Europol, si bien, mediante acuerdos específicos también puede recibir y transmitir datos a terceros Estados. La base de datos está gestionada por una oficina, a cuyo frente está un Director –nombrado por el Consejo- y un Consejo de Administración, compuesto por un representante de cada Estado miembro. Al margen de esa estructura orgánica interna existe una autoridad de control común independiente que supervisa las actividades de la oficina con el fin de poder garantizar que el almacenamiento, el tratamiento y el uso de los datos personales no perjudica los derechos fundamentales de las personas, aspecto éste en el que la Comisión y sobre todo el Parlamento Europeo ponen especial énfasis⁷⁹. Se trataría ahora de incentivar su uso, desarrollando la figura del

⁷⁶ Comunicado de prensa IP/05/10, de 7 de enero de 2005,

<http://europa.eu.int/rapid/pressReleaseAction.do?reference=IP/05/10&format=HTML&age>

⁷⁷ DO, serie C, núm 316, de 27 de noviembre de 1995.

⁷⁸ Puede encontrarse un listado de los mismos en la síntesis de legislación denominada “Convenio Europol: Oficina Europea de Policía”, en el sitio <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/114005b.htm>.

⁷⁹ Véase a este respecto la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Control de mocrático de Europol [COM (2002) 95 final- no publicada en el DO] y otros datos en “Control democrático de Europol”, en <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/133200.htm>.

corresponsal nacional que tiene acceso a esas bases de datos, así como las relaciones mutuas entre las dos redes. Al propio tiempo hay que acentuar su sinergia con los denominados equipos de investigación policial conjunta. Con todo ello se podría desarrollar un considerable cúmulo de información que cumpliría una importante función preventiva.

4.- Las medidas legislativas en la Unión Europea. El equilibrio entre la represión del terrorismo y la protección de los derechos fundamentales.

Para lograr los objetivos perseguidos en la represión del terrorismo hace falta una decidida voluntad política. Pero es necesario transformar en normas esa voluntad política para poner los medios técnico-jurídicos apropiados al alcance de nuestros jueces y policías. Si –como se puso de relieve al comentar el asunto *Lockerbie* y el uso alternativo de la regla *aut dedere aut iudicare*–

es acertado criticar la incertidumbre, la dilación y los límites que conllevan los procedimientos de extradición, la solución lógica a ese problema debe venir por la vía de una transformación de los procedimientos de entrega de detenidos en el marco de una Comunidad de Derecho. Si dentro de esa comunidad existe un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que permite a los delincuentes traspasar con facilidad las fronteras nacionales internas a la Unión sin ser objeto de control policial, para conseguir los objetivos marcados dentro de esta “nueva” situación es necesario cambiar las normas que establecían procedimientos excesivamente lentos, inseguros e imbuidos de un excesivo respeto por la soberanía judicial del Estado para la entrega de delincuentes entre Estados miembros. En un marco común en el que todos los Estados soberanos son igualmente democráticos y garantizan de modo paralelo la protección de los derechos fundamentales, la mayoría de las precauciones tradicionalmente establecidas en materia de extradición están de más y no hacen sino dificultar el logro de los objetivos comunes.

En el art. 29 (ex K.1) TUE, con el fin de proporcionar el mayor grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, se prevé la elaboración de acciones comunes entre los EE. MM para llevar a cabo la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada, en particular contra el terrorismo, mediante tres líneas de actuación basadas en una mayor cooperación policial, una mayor cooperación judicial y una aproximación de normas penales⁸⁰. A su vez, en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, dentro del Capítulo IV relativo al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, existe una primera sección sobre disposiciones generales, entre las que se encuentran los arts. III-257, III-261, y III-262. Entre ellos existe un sutil equilibrio al que conviene hacer referencia, pues si bien según el art. III-257 “la Unión se esforzará por garantizar un nivel adecuado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia (...) así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”, y, si bien se creará un comité permanente en el Consejo con objeto de garantizar la intensificación de la cooperación operativa en materia de seguridad interior (III-261), todo ello se entenderá sin perjuicio de “las responsabilidades que incumben a los Estados

⁸⁰ BARBE, E., "Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne. Mandat d'arrêt européenne, terrorisme et Eurojust", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2002, n° 454, pp. 5-9.

miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior” (III-261). Por tanto, de un lado la Unión se encargará de proporcionar un marco común legislativo, así como de promover la cooperación entre los Estados en el seno de órganos e instituciones. Pero de otro, siguen siendo los propios Estados quienes conservan las competencias primordiales en la materia, lo cual, unido al juego creado por el principio de subsidiariedad, permite afirmar que siguen siendo los Estados quienes gobiernan su propia seguridad. Es por tanto ese equilibrio de competencias entre la Unión y los EE. MM. el que va a marcar la dinámica en la materia.

Pero hay otro equilibrio que también preocupa a las instituciones europeas. Una judicatura diligente y una policía democrática son la fuerza del derecho y deben afianzar el mantenimiento de un orden público expuesto a la amenaza terrorista. Pero en la Unión Europea ello debe efectuarse sin merma de la garantía de los derechos fundamentales de las personas. Esa premisa constituye el sello distintivo más relevante del modelo europeo de respuesta frente al terrorismo. Para que el respeto de los derechos fundamentales sea verosímil deben existir controles a varios niveles. Además del control judicial de los actos de las instituciones, y de los actos de los EE. MM. en el desarrollo y la ejecución de los actos comunitarios, el Parlamento Europeo exige un control de la actuación policial y judicial para acreditar que se respetan los derechos fundamentales durante las respectivas actuaciones. Por ello existen interesantes informes⁸¹ de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores del PE, que revisan el grado de cumplimiento de los artículos más importantes de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Hay que entender que la preocupación del PE no se refiere tan sólo a que quienes sean acusados de un delito de terrorismo en el interior de un Estado miembro sean capaces de beneficiarse de una tutela judicial efectiva y un juez independiente e imparcial, sean presumidos inocentes mientras no se demuestre lo contrario, y no sean condenados dos veces por el mismo delito, o no sean acusados de la comisión de conductas que no constituían delito previamente a los hechos juzgados. Además de todo ello, al PE le preocupa que, tras el 11-S y el 11-M, en nombre de la seguridad ciudadana, los poderes públicos impongan excesivas restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y que las disposiciones adoptadas por los EE. MM. en esa línea “afecten directa o indirectamente a ciertos grupos vulnerables y a los movimientos sociales”⁸², detallando entre los más afectados a los sindicatos, las asociaciones de defensa de los derechos fundamentales, los inmigrantes y los refugiados. Y estamos hablando no sólo de los derechos fundamentales agrupados en la Carta de la Unión Europea bajo la rúbrica de la Justicia, sino también de la protección de datos de carácter personal, y de la libertad de expresión y de información, además, obviamente, de los relativos a la propia dignidad de la persona.

⁸¹ Informe de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2004, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2003). Sig. Provisional 2003/2006(INI). Ponente: Alima Boumediene-Thiery. PR\520242ES.doc; PE 329.936 (en los sucesivos “Informe Boumediene”).

⁸² Informe Boumediene, *op. cit.*, p. 15.

En los próximos subapartados y epígrafes va ser sintetizada la normativa marco adoptada por la Unión Europea comparada con la normativa interna española en tres ámbitos: financiación del terrorismo, armonización de normas penales sobre terrorismo, y nuevos procedimientos de aplicación de resoluciones judiciales penales dictadas por jueces de otro Estado miembro. El modelo europeo persigue, por una parte armonizar la tipificación del terrorismo en las legislaciones de los EE. MM., y por otra agilizar la entrega de detenidos entre los diversos EE. MM., en toda la medida compatible con el respeto a los derechos fundamentales. El nuevo modelo legislativo -plasmado en sendas decisiones marco de junio de 2002- busca sustituir la extradición (aunque ya estuviera sujeta a procedimientos simplificados entre los EE. MM. de la Unión⁸³), por una orden de detención y entrega europea que permita una eficacia simultánea de las decisiones judiciales en el ámbito de los veinticinco.

En estas dos materias, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en su Parte III, establece unos principios básicos sobre la cooperación judicial en materia penal a los que conviene hacer referencia. Se trata, por un lado, del principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas, sentado en el art. III-270.1.a), previéndose que para adoptar normas mínimas en la materia se adopten las correspondientes leyes marco europeas con el fin de conseguir la armonización de las legislaciones de los Estados miembros. Por otro lado, el art. III-271, asegura que la ley marco europea podrá establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza, mencionando entre los ámbitos delictivos de este género al terrorismo, el tráfico ilícito de armas y el blanqueo de capitales.

Pero no sólo es precisa una armonización de los tipos penales en materia de terrorismo y una agilización de los procedimientos de entrega de detenidos. También es preciso incidir en la financiación del terrorismo. La legislación sobre blanqueo de capitales es un instrumento útil pero de alcance limitado. De un lado porque no contempla sanciones penales, sino administrativas. De otro porque se aplica para desentrañar una maraña de operaciones ya realizadas, aunque su pista pueda conducir a los autores materiales de un delito de terrorismo. Es preciso por tanto completarla a dos niveles. Por una parte con las modificaciones adecuadas de los Códigos Penales en los que se establezcan los tipos relativos a las conductas relacionadas con la financiación del terrorismo y el blanqueo. Por otra con una legislación que permita bloquear los fondos ligados a organizaciones terroristas, para poder actuar con una finalidad preventiva, esto es, cortando la financiación antes de que se produzcan los atentados alimentados con ella.

4.1 Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

4.1.1 El marco internacional.

⁸³ Como los contemplados en el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 10 de marzo de 1995 (DO, C 78, de 30 de marzo de 1995). Téngase en cuenta, asimismo, el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996 (DO, C 313, de 23 de octubre de 1996), adoptado sobre la base del art. 31 del TUE.

Cuando el origen de los actos de terrorismo venía ligado a una estructura estatal que actuaba como instancia promotora de los mismos, la financiación no era un problema para las organizaciones terroristas, puesto que el propio aparato estatal se encargaba de generar fondos. Ahora bien, cuando el fenómeno terrorista se “privatiza”⁸⁴, la financiación pasa a desempeñar un papel de gran importancia para el mantenimiento de la propia organización y sus actividades, y genera una dinámica autónoma de considerable relevancia en el mundo económico, gestionándose un buen número de negocios legales cuyos beneficios van a parar a tales organizaciones. Con probable exageración, se ha estimado que el conjunto de los fondos legales e ilegales movidos por todas las organizaciones terroristas a escala mundial duplica el PIB del Reino Unido⁸⁵. Aun dividida por diez la anterior, estaríamos ante una cifra notoria.

La actividad de financiación y blanqueo de dinero de las organizaciones terroristas se estimó inicialmente análoga a la llevada a cabo por otras formas de criminalidad organizada, particularmente el narcotráfico y las mafias. De ahí que se atacara inicialmente la financiación del terrorismo dentro del marco jurídico diseñado para hacer frente al blanqueo de capitales procedentes de cualquier actividad delictiva. El blanqueo o lavado de capitales consiste en convertir dinero de origen ilícito en dinero legal, y supone el complemento necesario para que actividades como el terrorismo, el tráfico de drogas o la asociación mafiosa, produzcan una elevada rentabilidad económica. Combatir el lavado del dinero procedente de actividades criminales tiene un objetivo, y es que "al impedir que se obtenga rentabilidad alguna del dinero y los recursos que se reciben por la comisión de los delitos, se debilite la posición de las organizaciones que actúan hoy en día a gran escala y se desincentive a nuevos sujetos y organizaciones a ejercer esas actividades"⁸⁶.

El marco internacional contra el blanqueo de capitales viene inicialmente establecido por la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988), y por el Convenio sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito, auspiciado por el Consejo de Europa y abierto a la firma en 1990. Con posterioridad, y en el concreto marco de la lucha antiterrorista es adoptado el Convenio Internacional de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York, el 9 de diciembre de 1999. Estos convenios establecen para los Estados partes la obligación de tipificar el delito de blanquear dinero procedente de un origen ilícito, mandato que cumple con corrección nuestro Código Penal –en los arts. 301 a 303- al incluir el blanqueo en su Capítulo XIV, dentro de la receptación de bienes procedentes de un delito y otras conductas afines. De ahí el calificativo de "receptación impropia"⁸⁷ otorgado por la doctrina, pues estamos ante una figura próxima a la que califica el tráfico y reventa de objetos procedentes de un hurto o de un robo.

⁸⁴ Expresión empleada por NAPOLEONI, L., *Yihad. Cómo se financia el terrorismo en la nueva economía*, Barcelona, ed. Urano, Barcelona, 2004, especialmente, pp. 79-107.

⁸⁵ *Idem.*, pp. 317-337.

⁸⁶ MONTALVO, A., "La prevención del blanqueo de capitales de origen delictivo", ICE, Mayo 1995, pp. 85.

⁸⁷ SOTO NIETO, F., "El delito de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo". La Ley, 15 de Abril de 1996.

A los textos internacionales recién mencionados hay que añadir otros de *soft law*, como el Código de Conducta adoptado en Basilea por los representantes de los Bancos Centrales del Grupo de los Diez, también conocido como "Declaración de Basilea" (1988), que "fijó las líneas éticas que habrían de guiar la actuación de las entidades financieras en relación con el blanqueo de dinero"⁸⁸. La Asociación Española de la Banca Privada (AEB) y la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) fueron dos de las entidades que se adhirió a la Declaración de Basilea⁸⁹. Y es que a la Banca le preocupó el hecho de asociarse involuntariamente con el crimen organizado, porque a la larga, ello puede amenazar la estabilidad del sistema financiero. De ahí su pragmática preocupación por distinguir el llamado "dinero sucio", procedente del narcotráfico, la mafia, o el terrorismo, del simple "dinero negro"⁹⁰, implícitamente tolerado hasta cierta medida por el sistema, en el que habría que englobar los patrimonios fiscalmente ocultos por motivos fiscales.

4.1.2 La normativa comunitaria sobre blanqueo: las directivas 91/308/CEE sobre prevención del blanqueo de capitales y 2001/97/CE, por la que se modifica la directiva 91/308

El 28 de Junio de 1991 se publica en el DOCE la directiva 91/308 del Consejo, de 10 de Junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. La Directiva pretendía constituir un marco común, necesario para evitar posibles resquicios en las legislaciones de los Estados miembros. En aras de proteger tanto la solidez de las instituciones financieras como la credibilidad del sistema en su conjunto, la norma comunitaria quería armonizar la actuación de los Estados miembros en la prevención y represión del blanqueo. La obligación principal establecida era la prevención de las conductas que constituyen el blanqueo mediante la identificación de sus autores por las entidades financieras y la comunicación de los datos oportunos a las autoridades encargadas de perseguir y sancionar estas conductas. Ello exige definir qué se entiende por "blanqueo de capitales", y a esa tarea se entrega el art. 1 de la Directiva. La definición empleada en él contiene una combinación de un elemento subjetivo - "intencionadamente" dice el art. 1.3- con otro objetivo, consistente en la realización de una conducta consistente, bien en la conversión o transferencia de bienes, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de esos bienes, o de encubrir al autor de la conducta presuntamente delictiva; bien en la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o de la propiedad de bienes o de derechos; bien en la adquisición, tenencia o utilización de bienes; o bien en la participación en alguna de las acciones precedentemente mencionadas.

La enumeración de conductas es muy amplia, pero viene limitada por el elemento subjetivo, pues en todas las conductas descritas es precisa su concurrencia. Afortunadamente, el párrafo 7º del art. 1, permite la "objetivación del elemento subjetivo" al afirmar que: "el conocimiento, la intención o la motivación (...) podrán establecerse basándose en

⁸⁸MONTALVO, A., Op. Cit., p. 87. Esta autora pasa revista, asimismo, a la constitución, tras la Cumbre de París de 1989, del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), adscrito a la OCDE y encargado de la cooperación estatal en este marco.

⁸⁹ITURRIAGA, J.A., "Blanqueo de dinero a través de operaciones de interior. Tipología de operaciones y sistemas de control para su detección", *ICE*, Mayo de 1995, pp. 95 y ss.

⁹⁰Idem, pp. 100-101.

circunstancias de hecho objetivas". Esto es, se facilita la prueba del elemento subjetivo mediante la concurrencia de unas circunstancias de hecho de carácter objetivo, cuya concurrencia equivaldrá al *animus* necesario para que la conducta del intermediario financiero caiga bajo el ámbito de la legislación anti blanqueo. Para no hacer más difícil la situación, el art. 9 de la Directiva descarta la posibilidad de que la revelación a la autoridad responsable de las informaciones oportunas pueda ser considerada una violación de la confidencialidad impuesta a estos directivos o empleados por cualquier vía legal o contractual.

El mecanismo comunitario previsto en la Directiva 91/308 contempla, por un lado, la obligación de "identificar" al cliente bancario "en el momento de entablar relaciones de negocios, en particular cuando abren una cuenta o libreta u ofrecen los servicios de custodia de activos" (art. 3.1) y específicamente, cuando se lleven a cabo operaciones cuya cuantía ascienda o exceda de 15.000 ECUS (art. 3.2, actualmente 15.000 €, según el art. 3.2 de la directiva 2001/97/CE), o incluso para cuantías menores si existen sospechas de blanqueo (art. 3.6), así como la de guardar pruebas relativas a dichas transacciones (art. 4). Además, deberán informar a las autoridades competentes cuando sospechen que uno de los "identificados" está llevando a cabo operaciones que puedan considerarse "blanqueo", facilitando la información necesaria para sancionarles (art. 6). Por último, "cuando sepan o sospechen" que les han sido encargadas transacciones relacionadas con el blanqueo, las entidades financieras deberán "abstenerse de ejecutar dichas transacciones antes de haber informado a las autoridades". La manera más eficaz de actuar de un modo conforme al derecho comunitario en la materia es a través de un sistema de declaración obligatoria de cualquier operación que pueda dar lugar al fraude. Este sistema debería conseguir que la información obtenida llegue a manos de las instituciones represoras (art. 8). Además, se establece la obligación de conservar justificantes y copias de las transacciones financieras durante un periodo mínimo de cinco años (art. 4).

En marzo de 1995 y julio de 1998, la Comisión adopta sucesivos informes sobre la aplicación de la directiva 91/308 concluyendo que la situación era satisfactoria, puesto que todos los EE. MM. la habían transpuesto a su derecho interno. No obstante, en los años posteriores se pone de relieve la necesidad de una actualización normativa, especialmente al percatarse las instituciones de la existencia de procedimientos de blanqueo al margen del sistema bancario. Se aprueba así la directiva 2001/97/CE, del Parlamento y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001⁹¹, por la que se modifica la directiva anterior sobre blanqueo. Una de las novedades más significativas de esta nueva directiva viene constituida por el "descubrimiento" de que los autores del blanqueo "tienden a recurrir cada vez más a empresas no financieras" para llevarlo a cabo. En buena lógica jurídica, ello debería suponer una ampliación de los sujetos obligados a transmitir información a las autoridades encargadas de reprimirlo. Y en efecto, la constatación de que los asesores económicos y jurídicos, notarios, agentes de cambio y bolsa, agentes inmobiliarios y empresas de inversión, agencias de cambio, empresas de envío de dinero y casinos, eran utilizados con finalidad blanqueadora, constituyendo "métodos alternativos para ocultar el origen del producto de las actividades delictivas", induce al legislador comunitario a hacer extensivas las obligaciones previstas en la directiva a las mencionadas actividades profesionales,

⁹¹ DOCE L 344/76, de 28 de diciembre de 2001

considerando a quienes las ejercen obligados por la norma, como explica su exposición de motivos y recogen los artículos 1 y 2 *bis*.

Finalmente, algunos otros textos comunitarios completan la normativa anterior. En primer lugar, la decisión marco de 26 de junio de 2001 (2001/500/JAI), sobre blanqueo, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito⁹², cuya transposición al derecho interno de los EE. MM. estaba previsto que fuera completada para diciembre de 2004. En segundo lugar, existe una propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo⁹³, relativo a la prevención del blanqueo de capitales mediante la cooperación aduanera, cuyo objetivo consiste en controlar a los individuos que cruzan la frontera *exterior* de la Comunidad Europea con sumas importantes de dinero en efectivo. Por último, es de especial importancia la Posición Común del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, relativa a la lucha contra el terrorismo (2001/930/PESC)⁹⁴, en cuyo artículo 1 se recoge la obligación para los EE. MM. de tipificar como delito la provisión o recaudación de fondos que se vayan a utilizar para realizar actos de terrorismo, y cuyo artículo 2 contempla la obligación de congelar los fondos y otros activos financieros de las personas que cometan actos de terrorismo y las entidades de su propiedad o que estén bajo su control. Más adelante se hará nueva referencia a esta Posición Común.

Finalmente, se hace preciso mencionar la existencia de una nueva e importante propuesta legislativa en la materia. Me refiero a la propuesta de directiva del Parlamento y del Consejo relativa a “la prevención de la utilización del sistema financiero con fines de blanqueo de capitales, incluida la financiación del terrorismo”, presentada por la Comisión en 2004⁹⁵. La adopción de la directiva 2001/97 dejó algunas cuestiones pendientes, en particular la definición precisa de las infracciones graves, invitando a la Comisión a que presentase una nueva propuesta en 2004, intentando aproximar tal definición a la prevista en la Acción Común 98/699/JAI. Esta propuesta tiene en cuenta las recomendaciones formuladas por el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI) acerca de la financiación del terrorismo. Y el objetivo perseguido es la formulación de un nuevo texto refundido en la materia que tenga en cuenta el acervo anterior aunque incorpore las innovaciones necesarias, permitiendo la derogación de las normas hasta ahora vigentes para una mayor claridad.

4.1.3 La normativa española sobre blanqueo

Con la promulgación de la ley 19/1993, de 28 de Diciembre, sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales⁹⁶ y de su Reglamento, establecido por el RD 925/1995, de 9 de Junio⁹⁷, España se dotó de la legislación necesaria para cumplir las obligaciones asumidas en el ámbito comunitario en torno a la prevención de la utilización del sistema

⁹² DOCE L 182/1, de 5 de julio de 2001

⁹³ COM (2002) 328 final DOCE C 277 F, de 24 de junio de 2002.

⁹⁴ DOCE, L 344/90, de 28 de diciembre de 2001.

⁹⁵ La proposición de la Comisión carecía aún de signature en el momento en que la manejé, en un original de lengua francesa. La propuesta constaba de exposición de motivos, incluido un breve comentario del articulado, cuarenta y tres artículos y un anexo.

⁹⁶BOE de 29 de Diciembre de 1993.

⁹⁷BOE de 6 de Julio de 1995.

financiero para el blanqueo de capitales. La Ley 19/1993 y su Reglamento contienen un régimen sancionador limitado al ámbito administrativo, cuyo objetivo es abrir expedientes sancionadores a las entidades que no cumplan las obligaciones establecidas en la norma respecto a la Administración, así como a sus directivos. Los artículos 8 y 9 clasificaban las infracciones en "graves" y "muy graves", respectivamente, y preveían la aplicación de multas que podían oscilar entre 1 y 25 millones de las antiguas pesetas en las "graves", y entre 15 y 250 millones en el caso de las "muy graves", a la entidad financiera o asimilada responsable del blanqueo. Además, los artículos 8.2 y 9.2 contemplaban sanciones pecuniarias para los directores de las entidades financieras que podían oscilar entre medio millón y diez millones de las antiguas pesetas en el primer caso y diez y cien millones en el segundo, cantidades capaces de hacer reflexionar a quienes se vean tentados de llevar a cabo una "conducta dolosa o negligente", como establece el art. 7. Se prevé también el concurso con otros procedimientos sancionadores en el art. 6 de la Ley. En su primer apartado, el art. 6 recuerda la vigencia del principio *ne bis in idem*, para luego establecer la prioridad de la sanción penal y del procedimiento correspondiente, obligándose al traslado del expediente sancionador al Ministerio Fiscal, siempre que se estime que los hechos conocidos por el órgano administrativo pudieran ser constitutivos de delito⁹⁸.

Esta norma ha sido parcialmente modificada por la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre *régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales*⁹⁹. La Ley 19/2003, entre otras cosas, traspone a nuestro derecho las novedades establecidas por la directiva 2001/97/CE, especialmente en lo relativo a incurrir como sujetos pasivos de la obligación de informar a notarios, abogados, asesores inmobiliarios, auditores y otras personas relacionadas con el mundo de los negocios que pueden proporcionar la necesaria cobertura para encubrir el origen ilícito de grandes sumas de dinero. Los obligados a informar deberán ser ahora especialmente cuidadosos con las operaciones de sus clientes que resulten especialmente complejas o inusuales, o bien que no tengan un propósito económico o financiero lo suficientemente claro, y deberán informar a la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias de las operaciones que claramente no correspondan con la naturaleza de sus clientes, su volumen de actividad o sus antecedentes operativos. Por otra parte, modifica la norma originaria española sobre blanqueo, ampliando su ámbito de aplicación al relacionado con cualquier delito castigado con una pena de prisión superior a tres años.

En otro orden de cosas, la norma española construye de nuevo un sistema de control sobre los movimientos físicos de billetes que había quedado prácticamente desarticulado desde que –a consecuencia de las sentencias *Bordessa* y *Sanz de Lera*¹⁰⁰– fue desmontado el mecanismo de control basado en la autorización administrativa previa para tales movimientos de capitales previsto en la normativa española que desarrollaba la Ley de Régimen Jurídico del Control de Cambios, ley 14/1979. La novedad viene ahora

⁹⁸ Terminado el procedimiento penal y reiniciado el administrativo, el resultando de hechos probados en aquél deberá ser respetado en sede administrativa.

⁹⁹ BOE nº 160, de 5 de julio de 2003.

¹⁰⁰ Puede verse mi comentario a las mismas, "Libre circulación de capitales, control de cambios y delitos monetarios: la solución a unas discrepancias entre el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal Supremo español", en *REDC*, 1997, pp. 175-193.

constituida por el hecho de que no sólo se va a controlar el movimiento físico de dinero con origen o destino *exterior* a nuestras fronteras (6.000€ por persona y viaje), sino también *dentro* de las mismas, cuando el desplazamiento de billetes por territorio nacional supere los 85.000€. El sistema de control establecido es declarativo, y por tanto conforme a la normativa comunitaria, pues no suspende el ejercicio de la libre circulación de capitales. Ahora bien, la omisión de tal declaración tendría como consecuencia –si es detectada la infracción- la intervención de los medios de pago por las fuerzas de seguridad del Estado, el traslado de la información al Servicio Ejecutivo de la Comisión de prevención del blanqueo de capitales y la imposición de la correspondiente sanción pecuniaria por ésta.

4.1.4 El bloqueo preventivo de la financiación del terrorismo. Resoluciones del Consejo de Seguridad (CS), marco comunitario y legislación española.

Desde que aprobara en 1999 la resolución 1267, el CS de la ONU ha ido adoptando una serie de resoluciones -1269 (1999), 1333 (2000), 1368 (2001), y 1373 (2001)- una de cuyas utilidades más importantes es servir de parámetro de legalidad internacional para la legislación adoptada por los EE. MM. con el fin de bloquear la financiación del terrorismo¹⁰¹. Frente al lento proceso de negociación, adopción del texto y manifestación del consentimiento en los convenios internacionales -incluido el Convenio Financiación de 1999- de alcance limitado por la propia participación estatal en cada uno de ellos y por la dilación que supone normalmente la espera a su entrada en vigor, las resoluciones del CS tienen la ventaja de la rapidez, como corresponde a instrumentos diseñados para responder a situaciones de urgencia, así como de la universalidad, pues las obligaciones derivadas de las mismas afectarían tanto a los Estados miembros, en virtud del art. 25 de la Carta, como incluso eventualmente a los Estados no miembros en virtud del art. 2.6. Finalmente, en aplicación de la –por otra parte discutible- jurisprudencia *Lockerbie*, tales obligaciones se beneficiarían además de la prevalencia sobre cualesquiera otras obligaciones internacionales establecida para la propia Carta por el art. 103.

Este núcleo de legalidad internacional constituye pues respaldo suficiente para que un Estado miembro de la UE adopte una legislación cuyo efecto consista en suspender el ejercicio de una libertad comunitaria, cual es la libre circulación de capitales, cuando existan indicios suficientes de ciertas transferencias, transacciones o movimientos de capitales están involucradas en la financiación del terrorismo internacional. España lo ha hecho por vía de la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, invocando expresamente en su Exposición de Motivos el apartado 1.a) de la resolución 1373 (2001) del CS, en el que este órgano decide que los Estados “congelen sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo (...)”.

Sin perjuicio de lo anterior y en la medida de sus propias competencias en la materia, no estaría demás que una norma comunitaria (al margen de la correspondiente al blanqueo) armonizara la actuación estatal en este punto, desarrollando lo escuetamente

¹⁰¹ Evitando así que las consecuencias desfavorables de la aplicación de esa legislación a nacionales de terceros Estados pueda ser considerada como un hecho ilícito internacional atribuible al Estado autor de la legislación bloqueadora.

previsto en la mencionada Posición Común del Consejo, de 27 de diciembre de 2001. Bases no van a faltar en el futuro derecho de la Unión. Cuando esté ratificado el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa podría acudirse al art. III-160, cuando afirma que “en lo que se refiere a la prevención y lucha contra el terrorismo y las actividades con él relacionadas, la ley europea definirá un marco de medidas administrativas sobre movimientos de capitales y pagos, tales como la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios económicos cuya propiedad, posesión o tenencia ostenten personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales (...)”. A su vez, para justificar la acción legislativa unilateral de un Estado siempre podría acudirse al art. III-158.1 b), que reconoce expresamente el derecho de los EE. MM. a “adoptar las medidas indispensables para impedir las infracciones (...) o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública”.

Pendiente de ratificación esta normativa constitucional, en el actual derecho comunitario sigue vigente el art. 58 (ex 73 D) del TCE, cuyo texto, idéntico en este aspecto al futuro III-158.1 b), mantiene el derecho de los EE. MM. a adoptar medidas justificadas por motivos de orden público o de seguridad pública. En cambio, no está adaptado a la problemática antiterrorista actual el todavía vigente art. 60 (ex 73 G) del TCE, en la medida en que contempla, tanto acciones colectivas (60.1), como medidas unilaterales (60.2), “contra un tercer país en lo relativo a movimientos de capitales y a los pagos”. Dicho artículo constituyó la base de medidas nacionales de congelación de fondos y activos de sociedades radicadas en el Kuwait ocupado por Irak tras el verano de 1990, así como a los fondos iraquíes en los EE. MM., pero –como se ha reiterado en diversas páginas de este curso- no sirve de nada actuar “contra un tercer país” cuando las actividades terroristas son llevadas a cabo por una red desterritorializada. Sería pues urgente una actualización de la perspectiva legal comunitaria al respecto sin necesidad de esperar la culminación del largo proceso de ratificación constitucional europea, desarrollando lo previsto en los arts. 1 a 3, 7 y 8 de la Posición Común del Consejo 2001/930, por si acaso la ratificación a veinticinco de la nueva Constitución Europea diera problemas. Aunque lo más importante es que los Estados miembros asuman en su práctica la obligación de adoptar medidas legislativas bajo la cobertura de la Posición Común del Consejo y aplicarlas debidamente.

4.2 La decisión marco sobre terrorismo, de 13 de junio de 2002.

El 19 de septiembre de 2001 fue propuesta por la Comisión para su aprobación por el Consejo la decisión marco sobre terrorismo, cuyo texto contemplaba el obligado cumplimiento de sus disposiciones por los EE. MM. antes del 31 de diciembre de 2002. La propuesta de la Comisión fue aprobada con ciertas variaciones por el Consejo el 13 de junio¹⁰². Las decisiones marco, en virtud de lo establecido en el art. 34.2.b) del TUE, carecen de efecto directo, por lo cual, a semejanza de las directivas, no es posible una aplicación directa de sus disposiciones a los particulares sin intermediación de una norma nacional. No obstante, a diferencia de las directivas, no cabe invocar un efecto directo vertical de sus disposiciones por el particular cuando un Estado miembro haya incumplido la obligación de trasponer su contenido o lo haya hecho incorrectamente, pues el art. 34.2 TUE, en sus apartados b) y c), es taxativo al afirmar que las directivas y decisiones marco

¹⁰² DOCE L 164/3, de 22 de junio de 2002.

en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal “no tendrán efecto directo”, a diferencia del art. 249 (ex 189 TCE), que conserva la primitiva redacción relativa a las directivas (en el ámbito del TCE) y no incluye expresamente ese inciso. Será preciso pues llevar a cabo una constante labor de seguimiento de la actividad de transposición, tarea que lleva a cabo la Comisión, en su caso el Consejo, y en la escasa medida de sus competencias –contempladas por el art. 35.7, en relación con el 34.2 del TUE- el propio Tribunal de Justicia.

4.2.1 El punto de partida: la percepción comunitaria del problema en los noventa.

Para entender la relevancia de esta decisión marco debemos tener en cuenta, en primer lugar, que los Estados de la UE son partes en el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, concertado bajo los auspicios del Consejo de Europa en 1977. En él se establecía que los delitos terroristas no pueden ser considerados ni delitos políticos, ni delitos relacionados con delitos políticos, ni delitos inspirados por motivos políticos. Pese a ello, se toleró durante años que dentro de la UE pudieran existir Estados-refugio para nacionales de otros Estados, de cuya legislación han podido beneficiarse individuos pertenecientes a bandas terroristas a la hora de enfrentarse a una petición de extradición. El ejemplo más significativo a comienzos de los noventa era la actitud de Bélgica respecto a miembros de ETA¹⁰³, contemporánea con la ratificación del Tratado de Maastricht. Cabe recordar que los belgas mantuvieron su postura incluso en 1997, cuando lograron insertar en el protocolo sobre *Asilo a nacionales de otros Estados miembros*, anejo al Tratado de Amsterdam¹⁰⁴, el inciso d) que vaciaba de contenido la pretensión española. Esta situación era obviamente inadmisibles, en tanto en cuanto, parecía dar a entender que el Estado de origen de la solicitud de extradición no era un Estado *seguro*, en términos de asilo y respeto de los derechos fundamentales, razón por la cual el otro Estado miembro podría conceder asilo a un nacional suyo. Además, es una postura incompatible con los actuales arts. 6 y 7 del TUE. Afortunadamente, la presión política¹⁰⁵ suavizó la actitud belga¹⁰⁶, y finalmente el

¹⁰³ En 1993, la solicitud de extradición de la Audiencia Nacional relativa a Luis Moreno y Raquel García, supuestos colaboradores del comando Vizcaya de ETA, tuvo como respuesta la admisión a trámite por parte de Bélgica de las solicitudes de asilo de ambos, lo cual producía el efecto de bloquear el proceso de extradición.

¹⁰⁴ Protocolo nº 29 sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, acompañado de la Declaración nº 48 relativa a dicho protocolo, la Declaración nº 49 sobre la letra d) del artículo único de dicho protocolo, y la Declaración de Bélgica relativa a dicho protocolo.

¹⁰⁵ Especialmente importante fue la colaboración de Alemania, cuya Ley de Asilo reformada en 1993 impedía que un ciudadano de la Unión Europea obtuviese el estatuto de asilado, y cuyos tribunales, en 1998, condenaron a colaboradores de ETA (Heike Schubbert y Gary Siemund, véase *"El País"*, de 8 de mayo de 1998) por conductas constitutivas de colaboración con banda armada, si bien, al ser los imputados nacionales alemanes, tanto el juicio oral como el cumplimiento de condena se llevó a cabo en Alemania, en aplicación del principio *aut dedere aut iudicare*. Una glosa de la ley alemana comparada con la española en CARRERA HERNÁNDEZ, J., "El derecho de asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE", *RIE*, 1998, pp. 839-857. Este autor afirmaba que "el reconocimiento del estatuto de asilado a un ciudadano de la Unión iría en contra del *espíritu del mercado interior*" (p. 850), y llega a preguntarse si son los ciudadanos de la Unión *extranjeros* desde el punto de vista de la aplicación de las normas de asilo, para concluir negativamente (pp. 846-847).

¹⁰⁶ Hasta el punto de que hoy, Bélgica es uno de los siete Estados miembros (junto con España, Francia, Portugal, Luxemburgo, Reino Unido y Alemania) que han manifestado su intención de anticipar la eficacia de la decisión marco sobre la euroorden al primer trimestre de 2003.

11-S trajo consigo un significativo avance en estas materias en el plano europeo, produciendo el impulso político necesario para culminar una modificación ya prevista del marco jurídico aplicable¹⁰⁷.

4.2.2 Hacia una armonización de las conductas constitutivas del delito y del elemento subjetivo del tipo en los delitos de terrorismo.

Todavía hoy, tan sólo seis de los Estados miembros de la Unión (Alemania, Italia, España, Reino Unido, Francia y Portugal) poseen legislación específica o tipos penales especiales sobre terrorismo. Y es que sólo dos de los Estados miembros (España y el Reino Unido) han sido incapaces de erradicar el terrorismo de su suelo. En los Estados sin legislación específica, la mayoría de las conductas constitutivas de un acto de terrorismo se castigan como delitos comunes, aunque no son perseguidas como tales, normalmente, la mera participación una organización de este tipo. Ciertamente, la mayor parte de las conductas constitutivas de un delito de terrorismo podrían ser constitutivas de delitos comunes. De hecho, la conducta constitutiva de un homicidio o de un secuestro constituye un delito común bajo el parámetro de cualquier código penal, sin necesidad de llevar aparejada ninguna intención especial. Sin embargo, lo que distingue a un delito de terrorismo de un delito común es el elemento subjetivo, la intencionalidad inherente al delito terrorista (intimidar a la sociedad y/o destruir las estructuras políticas de un Estado). Ante esa situación, es conveniente un esfuerzo armonizador de legislaciones penales en esta materia, estando previsto, en el art. III-271 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el establecimiento de normas mínimas por medio de una ley marco europea. Además, así se evitarían situaciones que pueden romper el requisito usual (doble tipificación, o “doble criminalización) en un procedimiento de extradición¹⁰⁸, y que pudieran provocar una instintiva repugnancia en el juez que debiera ejecutar resoluciones judiciales ajenas ordenando la entrega de un detenido, cuando no se diera esa misma tipificación¹⁰⁹ de la conducta en su propio derecho penal. Como veremos en el próximo subapartado, sin embargo, la euroorden va a suponer un cambio diametral y un importante avance en la concepción de la situación.

Introducir un concepto único de terrorismo en las legislaciones de todos los Estados miembros de la Unión Europea no es imprescindible para reprimir adecuadamente las conductas constitutivas de un delito de terrorismo en el marco de la Unión. Se puede emplear otra vía técnica consistente en unificar un listado de conductas (homicidio, lesiones, secuestro, apoderamiento ilícito de aeronaves o buques, fabricación, tenencia ilícita o adquisición de armas o explosivos, destrucciones masivas, incendios, explosiones,

¹⁰⁷ CONDORELLI, L., “Les attentats du 11 septembre et leur suites: où va le droit international?”, *RGDIP*, 2001, p. 836 y ss.

¹⁰⁸ Ello no obstante, como veremos, una de las características peculiares de la euroorden consiste en prescindir de la exigencia de la doble criminalidad o doble tipificación, tal y como establece, para un amplio listado de delitos, el art. 2.2 de la decisión marco, de 13 de junio de 2002, sobre la euroorden.

¹⁰⁹ Sentimiento que, por otra parte, puede ser conforme a sus parámetros constitucionales anteriores, constituyendo una de las razones por las cuales Francia ha debido modificar su Constitución. Por el contrario, Italia ha llevado a cabo una declaración unilateral relativa a la entrada en vigor de la euroorden en su territorio, subordinándola a previas modificaciones en su derecho interno que no parece tener ninguna prisa en realizar, y que no pretende sino mantener su actitud de bloqueo frente al nuevo sistema. Véase BENOIT, L., “Le mandat d’arrêt européen”, *RMCUE*, n° 465, février 2003, p. 110.

y las demás previstas en el art. 1 de la directiva 2002/475/JAI, incluida la amenaza de llevar a cabo cualquiera de las anteriores conductas), que de suyo constituyen delitos comunes, y armonizar unos elementos intencionales añadidos (intimidar gravemente a la población, obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, desestabilizar gravemente las estructuras políticas de un país) susceptibles de convertir esas conductas (ordinariamente constitutivas de delitos comunes) en delitos de terrorismo cuando se adicione tal elemento subjetivo. Esta vía facilita la persecución de los delitos de terrorismo en aquellos países todavía reacios a adoptar una legislación especial en la materia.

La dificultad inherente a la tipificación del terrorismo deriva de su carácter de delito de intención, pues para que exista, es preciso que la conducta –que constituye el elemento objetivo del delito- sea cometida con los señalados fines –elemento subjetivo- de intimidar a la sociedad o destruir las estructuras políticas de un país. Sin perjuicio de lo anterior, en la mayoría de las ocasiones, las conductas constitutivas de los delitos de terrorismo producen daños en otros bienes jurídicos protegidos diferentes de la paz y la seguridad ciudadanas, como la integridad física y psíquica de las personas o el ejercicio de las libertades públicas, por lo cual, aun sin que existiera el elemento subjetivo, ya serían conductas que llevarían aparejado un reproche penal. Ahora bien, en la medida en que existe un elemento diferencial insertado en ellas es posible tipificarlas de un modo distinto y sancionarlas con penas proporcionadas a su mayor gravedad, como las previstas en el art. 5 de la directiva.

Al margen de lo anterior, la mera participación en una organización o grupo terrorista, y con más motivo el hecho de dirigirla o crearla, es, de suyo, constitutiva de delito (delito de participación). Y requiere el empleo legal de un concepto de organización o grupo terrorista. Para evitar el debate político que pudiera acarrear la definición del término “organización terrorista”, la norma comunitaria no hace sino adaptar el concepto previo de “organización criminal”, ya contemplado en la Acción Común del Consejo de 21 de diciembre de 1998. Según ésta, aquélla sería una “asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos”. Si al texto anterior le añadimos la palabra terrorismo (“delitos de terrorismo”), compondremos fácilmente el concepto de “grupo terrorista” incluido inicialmente en la Posición Común del Consejo de 27 de diciembre de 2001 (2001/931/PESC)¹¹⁰. De allí pasa a ser reproducido casi literalmente en el art. 2 de la directiva (“Delitos relativos a un grupo terrorista”), del modo siguiente: “organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto periodo de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo”. Consecuentemente, el art. 2 de la directiva incluye entre los delitos relativos a un grupo terrorista, tanto la dirección del mismo, como la mera “participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista”.

Finalmente, por lo que respecta a las conductas que integran el elemento objetivo del delito, el artículo 3 de la decisión marco 2002/475/JAI enumera una breve lista de delitos “menores” entre los cuales se encuentran el hurto o robo, el chantaje, y el libramiento de

¹¹⁰ DOCE L 344/93, de 28 de diciembre de 2001, art. 1.3, *in fine*.

documentos administrativos falsos, englobándolos bajo la rúbrica general de “delitos ligados a las actividades terroristas”. A su vez, el art. 4 contempla la inducción, complicidad y tentativa respecto a las conductas detalladas en los artículos anteriores.

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación espacial, la decisión marco no sólo comprende los delitos de terrorismo cometidos en o contra EE. MM., sino también los supuestos en que las conductas realizadas en el territorio de uno o más EE. MM. (planificar, entregar, financiar) contribuyan a la realización de un acto terrorista en un tercer Estado¹¹¹. Abarca por tanto los delitos terroristas preparados dentro de la UE, aunque su objetivo afecte a Estados no pertenecientes a la UE.

Por lo que respecta a la competencia jurisdiccional, todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia respecto a estos delitos (art. 9). A tal fin, según el art. 9.1, serán criterios determinantes de la atribución de jurisdicción, el de la territorialidad (9.1.a), el de la territorialidad ampliado a buques y aeronaves bajo su pabellón (9.1.b), el de personalidad activa (9.1.c), el finalista (cometer un delito contra las instituciones de ese Estado, 9.1.e), y un cuarto criterio al que podría denominarse el criterio del control, consistente en que el delito se cometa por cuenta de una persona jurídica establecida en el territorio (9.1.e). De modo que se contempla con amplitud unos criterios que permiten el ejercicio de una jurisdicción extraterritorial, para impedir por todas las vías posibles que pueda haber algún supuesto en el que no exista una jurisdicción competente para enjuiciar los hechos de terrorismo cometidos. Este propósito se refuerza con un inciso final (9.5) según el cual, lo establecido en el presente artículo “no excluye el ejercicio de una competencia en materia penal establecida en un Estado miembro con arreglo a su legislación nacional”. Otra cuestión interesante regulada en el art. 9.2 es la concurrencia de criterios de jurisdicción entre las correspondientes a los Estados miembros (aunque no regula explícitamente la concurrencia de solicitudes de entrega, o de entrega [por medio de una euroorden] y extradición). Se prevé al respecto una solución negociada en un marco institucional no explícito, ordenándose una serie de criterios que sólo aproximadamente coinciden con los formulados a la hora de auto-atribuirse jurisdicción.

Quizá el aspecto más endeble de la estructura jurídica construida por la directiva 2002/475 sea el integrar en el elemento objetivo del tipo una locución que estaba de más, y que procede precisamente del art. 1.3 de la Posición Común 2001/931/PESC. Me refiero a la consideración de que acto terrorista es (¿solamente?) el “acto intencionado que, *por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional*, tipificado como delito según el Derecho nacional, cometido con el fin de (...)”. Que la resaca del 11-S pudiera influir en la conceptualización inicial en la Posición Común de ese requisito –que parece referirla tan sólo a un atentado masivo- puede ser disculpable, partiendo del intento de reflejar jurídicamente aquél gran atentado. Pero no que haya pasado a formar parte del concepto finalmente formulado por el art. 1.1 de la directiva 2002/475/JAI, dejando fuera del tipo –aparentemente- a las conductas terroristas de carácter aislado o no masivo. En una interpretación literal del tipo, quedarían fuera del mismo aquellas gravísimas conductas listadas en el propio art. 1, incluso llevando involucrada una inequívoca intención terrorista, si no producían un resultado tan tremendo como para

¹¹¹ A ello hace referencia la Exposición de Motivos de la propuesta de Decisión marco “sobre la lucha contra el terrorismo” presentada en su día por la Comisión, COM(2001) 521 final, 2001/0217 (CNS), p. 2.

lesionar gravemente (dice el texto definitivo) a un país o a una organización internacional. ¿Qué ocurre entonces con la bomba lapa bajo el coche de un concejal, con el secuestro de un funcionario de prisiones, o con la amenaza a un profesor de la Universidad del País Vasco? ¿Son suficientemente lesivas para un país, teniendo en cuenta la naturaleza y el contexto de tal conducta? ¿O no son delitos de terrorismo?

4.2.3 La aplicación de la decisión marco.

Para la mejor aplicación de esta decisión marco pareció conveniente la elaboración de un listado de organizaciones terroristas por el Consejo, en la ya citada Posición Común de 28 de diciembre de 2001¹¹², adoptada cuando ya existía una propuesta de Decisión marco sobre terrorismo adoptada por la Comisión, pero todavía no se había producido la intervención final del Consejo. En ausencia de una definición más precisa de organización o grupo terrorista puede ser muy conveniente ilustrar la norma con un anexo de este tipo. Ahora bien, es discutible si para confeccionar ese listado o para modificarlo con nuevas inclusiones, era necesario emplear un procedimiento de urgencia, esquivando la participación del Parlamento Europeo en el control de la inclusión, o no, de una organización en el mismo¹¹³.

Pero es una lástima que la aplicación de esta importante Decisión marco se vea tan ralentizada por los propios Estados miembros de la Unión como pone de relieve el informe de la Comisión de 8 de junio de 2004¹¹⁴. Según lo establecido en el art. 11 de la Decisión marco, la Comisión debería haber efectuado ese informe seis meses después de la adopción de aquélla, permitiendo al Consejo evaluar la situación un año más tarde. No obstante, Luxemburgo y los Países Bajos no respondieron al requerimiento de la Comisión, haciéndolo Suecia con casi un año de retraso, y con una tardanza menor la mayoría de los restantes EE. MM.. A ello hay que añadir que la información proporcionada por Grecia no proporcionaba ningún dato específico. Todo ello, limitándonos a una Unión Europea de quince miembros, pues no hay datos respecto a los diez nuevos miembros producto de la última ampliación. Todo ello alteraba el calendario previsto, teniendo en cuenta finalmente la Comisión la información proporcionada por los Estados hasta el 15 de febrero de 2004. Estamos, por tanto, ante un informe que evalúa la incorporación normativa de la decisión marco en los ordenamientos nacionales durante el periodo comprendido entre el 11-S y el 11-M, aunque esté fechado en junio de 2004.

La Comisión, al valorar la actividad de transposición de la Decisión marco, ha aplicado por analogía los criterios inducidos de la reiterada jurisprudencia del TJCE sobre la

¹¹² La Posición Común del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (2001/93/PESC; -DOCE L 344/93, de 28 de diciembre de 2001), incluye como Anexo un listado de personas, grupos y entidades. Dentro de los grupos y entidades están los irlandeses, sólo un par de grupos islámicos (Hamas y Djihad islámica Palestina), ETA y las entidades de su entorno KAS, Ekin, kaki, Jarrai-Haika-Segi y Gestoras Pro-amnistía), pero no estaban originalmente Herri Batasuna ni Euskal Herriarrok.

¹¹³ Aspecto denunciado por el PE en su resolución sobre la Decisión del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre medidas dirigidas a luchar contra el terrorismo [P5-TA(2002)0055], B50100/2002; puede encontrarse en <http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/pv2?PRG=DOCPV&APP=PV2&LANGUE=>.

¹¹⁴ Informe de la Comisión basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo {SEC(2004)688}; Bruselas, 08.06.2004; COM(2004)409 final.

transposición de las directivas. Y así, si bien los EE. MM. deben transponer mediante disposiciones vinculantes y dentro del plazo previsto, “la transposición no exige necesariamente que se promulgue una disposición legal con las mismas palabras exactas; por tanto, puede bastar un contexto legal general, siempre y cuando se garantice la plena aplicación de la directiva con claridad y precisión suficientes”¹¹⁵. Ello quiere decir que los criterios de evaluación de la transposición de la decisión marco han sido flexibles, pudiendo considerar transpuesta la Decisión marco siempre que exista una norma nacional, anterior o posterior, que pueda interpretarse en el sentido exigido por la Decisión. Por otra parte, la Comisión pone de relieve la escasez de sus competencias en el marco del Título VI del TUE, que no le permiten iniciar un procedimiento de infracción contra el Estado miembro responsable de un incumplimiento de su obligación de transponer¹¹⁶. Estamos pues ante un informe cuyas únicas repercusiones pueden ser políticas, si bien, con la situación originada por el 11-M, eso no debe ser motivo de desdén. Ello no obstante, la Comisión debe limitarse a “invitar” a los Estados miembros que todavía no lo han hecho a realizar una transposición rápida y completa¹¹⁷, así como a informar al Consejo de las medidas adoptadas por éstos y de la valoración que merecen.

La Comisión ha efectuado un resumen del análisis por artículos de la directiva, incluyendo un cuadro anejo en el que remite a las disposiciones nacionales oportunas¹¹⁸. El resultado de la transposición hasta el mes anterior al 11-M es descorazonador, si es que es verdaderamente fiable el informe. Respecto a la incorporación del contenido del art. 1, la Comisión indica que sólo ocho Estados “han tipificado específicamente los delitos de terrorismo como categoría separada, aunque hay diferencias en cuanto al grado y método de aplicación, mientras que Irlanda está modificando su legislación en ese sentido”. Esto es, que muy pocos de los Estados que antes del 11-S no tenían legislación especial parecen dispuestos a tenerla luego. Ello no obstante, el hecho de que, según la Comisión, Alemania “parece no haber transpuesto esta disposición”¹¹⁹, y el Reino Unido “prevé sólo un número limitado de delitos de terrorismo concretos (...), aplicando una definición general de terrorismo”¹²⁰, unido a los inconvenientes ya señalados en la defectuosa redacción del elemento objetivo según el art. 1 de la Decisión marco, induce a pensar que, o bien el informe no refleja debidamente la situación jurídica de todos los EE. MM., o bien alguno de ellos no ha incorporado intencionadamente el concepto propuesto por la Decisión marco, so pena de empeorar sus propias posibilidades de perseguir internamente tales delitos, dado que su legislación punitiva es más avanzada o más correcta técnicamente que la propuesta por las Instituciones.

Más optimismo produce el análisis de la recepción del contenido del art. 2 (“Delitos relativos a un grupo terrorista”), puesto que “la mayor parte de los Estados miembros tienen o tendrán una legislación que penalice separadamente” los delitos de participación. Ello es

¹¹⁵ Informe *cit.*, p. 4, glosando el asunto 29/84 del TJCE *Comisión v. Alemania*[1985], Rec. P. 1661, punto 1673.

¹¹⁶ Informe *cit.*, p. 5.

¹¹⁷ Informe *cit.*, p. 7.

¹¹⁸ A su vez, con la misma fecha y signatura, existe un *working paper* (“Comisión Staff Working Paper , *Annex to the Report from the Comisión*”) en el que se amplían los detalles del análisis.

¹¹⁹ Informe *cit.*, p. 6.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 6.

básico desde una óptica preventiva, pues permite perseguir la participación en el grupo terrorista antes de que de ella se derive una conducta que puede ser fatal para terceras personas. La excepción viene constituida por Suecia y Dinamarca, que no castigan específicamente esas conductas, aunque en determinados casos quienes las cometan pueden ser encausados como coautores. No obstante, la tibieza de la reacción de la mayor parte de los EE. MM. se pone de nuevo de manifiesto en el análisis de la transposición del art. 3, pues sólo cuatro Estados (más Irlanda en trámite) tienen una legislación que incluye a los hurtos, robos, chantajes y falsificación de documentos como eventuales delitos de terrorismo, pese a la importancia que pueden tener en la concatenación de hechos que permiten la realización de un atentado.

Impresión agridulce ante la modestia y variabilidad de los resultados conseguidos, y prudente reserva respecto a un juicio de valor más sentado sobre la transposición de esta Decisión, abriendo la puerta al optimismo la posibilidad de que, tras el 11-M, nuevos Estados miembros hayan decidido cambiar de actitud y colaborar más estrechamente en la incorporación normativa de los contenidos de la Decisión marco sobre terrorismo. Está previsto, como es lógico, que el informe evaluador de la Comisión tenga continuidad, repitiéndose periódicamente.

4.3 La decisión marco sobre la euroorden, de 13 de junio de 2002.

4.3.1 Origen y naturaleza.

La decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, de 13 de junio de 2002 (2002/584/JAI), es el instrumento más importante de cooperación judicial en la lucha antiterrorista que se ha construido en la Unión Europea¹²¹. Con origen en las previsiones formuladas casi dos años antes del 11-S, en el Consejo de Tampere (octubre de 1999)¹²², ha sido sin embargo la onda expansiva originada en Nueva York, Washington y Pensylvania, la que ha dado impulso a su puesta en marcha tras el Consejo de Gand (octubre de 2001), estando inicialmente su entrada en vigor prevista para el 1 de enero de 2004, aunque algunos EE. MM. –entre ellos, España-

¹²¹ Comentarios a la decisión marco sobre la euroorden en: BENOIT, L., “Le mandat d’arrêt européen”, *RMCUE*, nº 465, février 2003, pp. 106-110; URREA CORRES, M., “La orden europea de detención, captura y entrega”, *REDI*, 2001, pp. 707-711 (el texto comentado por M. URREA no es el definitivo, sino el correspondiente a la propuesta de la Comisión, de 19 de septiembre de 2001, que posteriormente sufrió alteraciones a su paso por el Consejo; JIMENO BULNES, “La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales”, *Diario La Ley*, nº 5979, de 19 de marzo de 2004, p. 16 y ss.; CUERDA RIEZU, *De la extradición a la “Euro-orden” de detención y entrega*, 2003; CASTILLEJO MANZANARES, R., “El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 587, 24 de julio de 2003; DE MIGUEL ZARAGOZA, J., “Algunas consideraciones sobre la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición”, *Actualidad Penal*, nº 4, 20 al 26 de enero de 2003.

¹²² La mayor parte de la doctrina marca su origen en Tampere. DE MIGUEL ZARAGOZA, sin embargo, se remonta hasta el “non paper” español presentado al Consejo JAI de Funchal, en 1992, y a la declaración adoptada por el Consejo del 29 y 30 de noviembre de 1993, sobre el principio de confianza recíproca en materia de extradición. Para más detalles, *vide* DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *La detención preventiva a efectos de extradición en el marco de la Unión Europea*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997.

han anticipado su aplicación en 2003¹²³. Basándose en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal, su objetivo consiste en la ejecución recíproca de las órdenes de detención y entrega, sin diferenciar entre solicitudes de detención preventiva y solicitudes de entrega de un condenado. En el fondo, por tanto, aunque en términos políticos se hable de “sustituir” la extradición por una “entrega”¹²⁴ más directa mediante el expediente de la euroorden, no estamos ante una invención jurídica totalmente nueva, sino ante un procedimiento especialmente acelerado –o si se prefiere abreviado- de extradición (una *turboextradición*). Este nuevo procedimiento va a convivir con los procedimientos tradicionales de extradición en lugar de darlos por terminados, pues la aplicación de la euroorden, en base al principio de la *lex specialis*, sólo podrá hacerse entre determinados países (los EE. MM. que la incorporen debidamente a su derecho interno, cuando esté en vigor la norma de transposición), y funcionará de modo más frecuente en relación con determinados delitos (los treinta y dos incluidos en el listado del artículo 2.2 de la Decisión marco, si es que son homogéneamente incorporados en las leyes de los EE. MM. que la transpongan, pues alguno ha manifestado claramente su deseo de limitar el catálogo), restando para alguno de los demás supuestos la anciana construcción jurídica que protege a ultranza la soberanía judicial de cada Estado.

Como afirma la exposición de motivos de la Decisión marco, podríamos hablar del establecimiento de un principio de libre circulación de resoluciones judiciales en materia penal, tanto previas a un procesamiento, como de ejecución de una sentencia, en el marco del Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Dicho principio ha sido formulado ahora en el art. III-171 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, quizá no sin cierto rubor por el asistemático modo de proceder comunitario, que primero formula el principio en un instrumento legislativo de derecho derivado, y sólo más adelante en uno de los Tratados Constitutivos, como el que establece una Constitución para Europa. En buena lógica, no sólo la formulación en el derecho originario hubiera debido preceder a la del derecho derivado, sino que también la armonización de normas penales sustantivas hubiera debido preceder al principio procesal de reconocimiento mutuo de las sentencias que aplican tales normas¹²⁵. No habiendo sido así, la situación creada acusa cierta incoherencia y –a falta de armonización- favorece en su eficacia al ordenamiento penal más punitivo, que extiende sus efectos al conjunto de la Unión Europea a través de la aplicación de las órdenes de detención y entrega. Pero en cualquier caso, debe quedar claro que, como afirma la exposición de motivos de nuestra ley de transposición: “los mecanismos tradicionales de cooperación judicial tienen que dejar paso a una nueva forma de entender las relaciones entre sistemas jurídicos de los Estados miembros basada en la confianza. Aquí es donde se inserta el principio del reconocimiento mutuo, que permite la ejecución

¹²³ En ejecución de la decisión marco España ha adoptado la Ley 3/2003, de 14 de marzo (BOE de 17 de marzo, nº 65/2003) y la LO 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior y cuyo rango se justifica por ser modificadora de la LOPJ (BOE de 17 de marzo, nº 65/2003; RCL 2003\731).

¹²⁴ La propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2003, de 14 de marzo se hace eco de ese planteamiento cuando afirma que la Ley “tiene por objeto cumplir con las obligaciones que la Decisión marco establece para los Estados miembros, consistentes en la sustitución de los procedimientos extradicionales por un nuevo procedimiento de entrega”.

¹²⁵ Parafraseando a la doctrina alemana señala esta cuestión GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *Diario La Ley*, nº 6069, de 26 de julio de 2004, p. 3.

prácticamente automática de las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de los demás Estados”.

La situación así creada ha sido duramente criticada por un importante sector de la doctrina alemana¹²⁶, que se pregunta con forzado dramatismo cómo es posible que un principio rector de la libre circulación de mercancías acabe siendo un principio rector de la jurisdicción penal, en detrimento de los derechos fundamentales de los ciudadanos. No puede negarse que la falta de armonización previa de las normas penales sustantivas produce una importante distorsión cuando se unifican las normas procesales que deberían facilitar la aplicación de aquéllas. Ahora bien, lo más pragmático y constructivo no es dolerse porque alguien haya puesto el carro delante de los bueyes, sino poner de nuevo los bueyes en su sitio en el más breve plazo posible, esto es, hacer efectivas las previsiones del art. 31. e) del TUE sobre “la adopción de normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas”. A ello se dirige, ampliando los sectores objeto de armonización, el artículo III-271 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, mediante el empleo del nuevo instrumento constituido por la ley marco europea.

4.3.2 Características

La euroorden es una resolución del juez de un Estado miembro (Estado *emisor*), dictada con vistas a la entrega de una persona que es buscada en otro Estado (Estado *de ejecución*), bien para ser puesta a disposición judicial y proceder a su procesamiento penal, bien para proceder a dictar las medidas necesarias para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad. Por tanto, no sólo la orden de búsqueda, sino también la solicitud de entrega dictada por el juez de un Estado miembro *podrá*¹²⁷ ser ejecutada directamente por el juez de otro Estado miembro sin tener que pasar por el correspondiente procedimiento de extradición. Sin embargo, la propia literalidad del término empleado indica que la ejecución de la euroorden no será meramente mecánica (por tanto no será tan automática como pretende la Exposición de Motivos de la Ley 3/2003, como está demostrando la práctica, al menos en Bélgica y Francia), sino que el funcionario judicial competente deberá, antes de dictar orden de entrega de la persona requerida, examinar si concurre alguno de los supuestos en los que no es posible la entrega, o bien tomar una decisión en el marco de sus propias competencias en aquellos supuestos en los que la entrega sea potestativa y dependa de su decisión.

¹²⁶ Ciento veintitrés profesores de Derecho Penal alemanes han firmado –al mejor estilo luterano– unas tesis contrarias a la trasposición de la euroorden, pues a su juicio plantearía problemas de inconstitucionalidad. Las dos primeras tesis son glosadas por GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 3. El autor más representativo es SCHÜNEMANN, “Ein Gespenst geht um Europa –Brüsseler “Strafrechtspflege” intra muros–”, en *Goldammers Archiv*, 2002, p. 511 y ss., llega a hablar de “lobo con piel de cordero” y “caballo de Troya”, refiriéndose a la euroorden.

¹²⁷ El juez competente del Estado de ejecución no está obligado, sin más, a proceder a la ejecución automática de la euroorden, disponiendo de las posibilidades otorgadas por los arts. 3 (“motivos para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea”), y 4 (“motivos para la no ejecución facultativa de la orden de detención europea”), en los cuales estará obligado a no ejecutar la euroorden, o bien podrá no hacerlo. Véase, GONZÁLEZ CANO, M. I., “La ejecución condicionada del mandato de detención y entrega europeo”, *Unión Europea Aranzadi*, BUE 1/2 2002, pp. 5-15.

La autoridad judicial emisora de la orden será la competente en virtud del derecho del Estado miembro emisor (art. 6.1). Y la autoridad judicial de ejecución de la orden será la competente según el derecho del Estado de ejecución (art. 6.2). A juzgar por los términos de la Decisión marco, por la regulación existente en nuestras normas de incorporación y por nuestra propia práctica judicial, la *emisión* de una euroorden está descentralizada dentro del sistema, esto es, está al alcance de cualquier juez de lo penal competente en el conocimiento de un delito. Así debe interpretarse el art. 2.1 de la Ley 3/2003 cuando describe como “autoridad judicial de emisión” al “juez o tribunal que conozca de la causa”, a la luz de la propia Exposición de Motivos (“la orden europea de detención y entrega, [que] puede ser emitida por cualquier juez o tribunal español que solicite la entrega de una persona a otro Estado miembro para el seguimiento de actuaciones penales o para el cumplimiento de una condena impuesta”). Por el contrario, la *ejecución* de una euroorden – al menos en el caso español- será centralizada, pues tras la recepción y tramitación de la solicitud y la instrucción del procedimiento por los Juzgados Centrales de Instrucción, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (LO 2/2003, artículo único, modificativo de los artículos 65 y 88 de la LOPJ). La propia exposición de motivos de la LO 2/2003 apunta a la explicación principal de esta centralización de las ejecuciones. Al ser la Audiencia Nacional la competente en los procedimientos judiciales de extradición pasiva (y ser la ejecución de una euroorden un supuesto especial o abreviado de extradición pasiva), lo lógico es añadir la nueva competencia a la que ya poseía la Audiencia Nacional. A mayor abundamiento, la propia competencia de la AN sobre los delitos más importantes del listado que permite ejecutar una euroorden sin necesidad de que exista doble tipificación, hace especialmente sensata esta atribución de competencia, pues permitirá unificar doctrina en un periodo inicial de aplicación de este nuevo procedimiento.

Quien dicta la resolución de detención o entrega en el Estado emisor de la euroorden es pues, en todo caso, un juez. Nunca un órgano del Ejecutivo, pues aunque fuese el Ministro de Justicia en vez del Ministro del Interior seguiría siendo un órgano del Gobierno, el cual puede tomar cartas en el asunto como ha ocurrido en la fase final de tantos procedimientos tradicionales de extradición (recuérdese la negativa decisión final del entonces ministro del interior británico Jack Straw, tras la culminación de la fase judicial del procedimiento en el tristemente célebre asunto *Pinochet*). Una de las principales ventajas del nuevo sistema sobre el tradicional de extradición es, por tanto, ésta total judicialización del procedimiento, o si se prefiere, la despolitización del mismo, eliminando la posibilidad de que la autoridad política en el Estado de ejecución pueda interferir en la decisión final de entrega.

Ello no impide que el juez competente pueda necesitar un cierto auxilio administrativo para la recepción o la transmisión de las euroórdenes. Para ello, el Estado miembro designará una autoridad central –el Ministerio de Justicia en nuestro caso- para que lleve a cabo estas actuaciones. A eso debe limitarse la actuación administrativa, tanto en el Estado emisor como en el de ejecución, si bien, como única fisura ante el factor político, excepcionalmente, en el supuesto de concurrencia de solicitudes entre una euroorden emitida por el juez de un Estado miembro, y una solicitud de extradición emitida por el juez o el órgano gubernativo de un tercer Estado (art. 23.2, Ley 3/2003), la autoridad judicial de ejecución española “suspenderá el procedimiento y remitirá toda la documentación a la Autoridad Central. La propuesta de decisión sobre si debe darse preferencia a la orden

européa o a la solicitud de extradición se elevará por el Ministro de Justicia al Consejo de Ministros, rigiéndose este trámite por la Ley de Extradición Pasiva”.

Así pues, sólo en el caso de esta especial concurrencia –y no en el caso de concurrencia entre dos euroórdenes contemplado en el art. 23.1, en el que la propia autoridad judicial establecería la prioridad- decidiría el Gobierno cuál prevalece, basándose en criterios políticos de decisión¹²⁸. En mi opinión, puesto que el supuesto más probable de concurrencia externa es el de una petición norteamericana de extradición confluyente con la euroorden emitida por el juez ordinario de un Estado miembro, no estaría de más que la “vieja” y la “nueva” Europa unificaran criterios en el marco de la PESC. Podría ser un modo de continuar la construcción de una política judicial común con repercusiones exteriores y de seguridad, que ya ha comenzado con la negativa europea a extraditar sin condiciones cuando hay riesgo de aplicación de la pena de muerte al extraditado, como se deduce del punto 13 de la exposición de motivos de la Decisión marco sobre la euroorden, en relación con el art. 23.4 de la misma..

Por lo que respecta a su ámbito material de aplicación, la Decisión marco señala un umbral cuantitativo mínimo para la aplicación del nuevo mecanismo. Así, la orden de búsqueda no podrá dictarse sino por “hechos para los que la ley del Estado miembro *emisor* señale una pena (...) de al menos doce meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena (...) no inferior a cuatro meses” (art. 2.1).

A partir de ahí se abren –en ambos casos dentro del mecanismo de la euroorden- dos opciones dentro del Estado de *ejecución*. La primera prescinde de la tradicional exigencia de la doble criminalidad (esto es, que la conducta enjuiciada constituya delito tanto en el Estado emisor como en el de ejecución) para los treinta y dos delitos comprendidos en el listado del art. 2.2 de la Decisión marco. Bastará, por tanto, que la realización de la conducta constitutiva de uno de esos delitos por la persona buscada esté castigada en el Estado *emisor* con una pena de al menos 3 años, para que la entrega pueda ser ejecutada por el juez del Estado miembro requerido aunque tal conducta no esté penada en el Estado de ejecución. No se aplica por tanto en esta primera opción el requisito de la doble tipificación. La enumeración de tipos comprendidos en el listado de treinta y dos delitos comprende, además del terrorismo, muchos otros ligados a la criminalidad organizada¹²⁹.

A mi juicio, sin embargo, la excesiva amplitud del listado del art. 2.2 supone un error de cálculo considerable, pues está perjudicando notoriamente la velocidad –y la integridad- en la incorporación de la Decisión marco por algún Estado miembro. El caso más significativo es el de Italia, nada interesada en la aceleración de procedimientos penales sobre determinados delitos respecto de cuya eventual comisión podrían recaer acusaciones sobre

¹²⁸ Comentando el art. 23 del anteproyecto de la Ley 3/2003, DE MIGUEL ZARAGOZA, *art.cit.*, p. 145, señala la posible existencia de un defecto en la transposición de la norma comunitaria, ya que cuando el art. 18.3 de la Decisión marco se refiere a la “autoridad competente” para resolver este supuesto de concurrencia, “en la filosofía de la Decisión marco, esta autoridad no puede ser una autoridad gubernativa, sobre todo porque las variables a utilizar para resolver la colisión son netamente jurídicas”.

¹²⁹ Trata de seres humanos (inmigración ilegal, prostitución forzada); explotación sexual de niños y pornografía infantil; tráfico de estupefacientes; falsificación de moneda; tráfico de documentos falsos; tráfico de vehículos robados, etc.

miembros del Ejecutivo. Pero quizá no sea el único. En cualquier caso, Italia ha procedido en los últimos años a renovar la celebración de tratados bilaterales de extradición con otros EE. MM. –por ejemplo con España, en noviembre de 2000- para evitar que esa situación entorpezca la persecución acelerada de los delitos más importantes, como los de terrorismo, la criminalidad organizada, el tráfico de estupefacientes, de armas y de seres humanos.

Se ha señalado también¹³⁰ –analizando el listado de la euroorden desde el prisma antiterrorista- que resulta sorprendente la no inclusión en el listado del art. 2.2 de delitos tales como los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, los actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima o contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, esto es, los que motivan la existencia de los respectivos convenios de la red convencional antiterrorista de las Naciones Unidas (*supra*, 2.1). A mi juicio, sin embargo, tal crítica es inconsistente, puesto que, pese a su no inclusión *expressis verbis*, puede entenderse realizada una tácita remisión, desde la Decisión marco sobre la euroorden a la Decisión marco sobre terrorismo, y de ésta a la red convencional de la que forman parte los EE. MM. de la Unión, desde el momento en que la segunda rúbrica del listado de los treinta y dos delitos del art. 2.2 de la Decisión marco sobre la euroorden es simplemente “terrorismo”. Obsérvese que no hay *un* delito de terrorismo, sino una serie de conductas que pueden constituir *delitos* de terrorismo. Luego, en ausencia de un concepto específico de terrorismo formulado a efectos de permitir la detención y entrega de personas en el marco de la euroorden, parece clara la necesidad de remitirse interpretativamente, en primer lugar a la Decisión marco sobre terrorismo, adoptada el mismo día que la correspondiente a la euroorden, y subsidiariamente a la red convencional multilateral concertada bajo los auspicios de las Naciones Unidas, incluidos los trabajos actualmente en curso con el fin de unificar un concepto de terrorismo.

La segunda opción –dentro de la aplicación de la euroorden- mantiene la exigencia de *doble tipificación* para la entrega del autor (o de la persona acusada de la comisión) de uno de los restantes delitos. Habrá que entender por tales, tanto los que superen el umbral mínimo formulado por el art. 2.1 (12 meses y 4 meses, respectivamente), y no estén enumerados en el art. 2.2, como los listados en el 2.2 cuando superen el umbral mínimo pero, por el menor grado de participación en el delito u otras circunstancias, la pena solicitada –o pendiente de cumplimiento- en el Estado emisor fuera menor de tres años¹³¹. A mayor abundamiento, el listado del art. 2.2 no es inamovible, sino que podrá ser modificado por el Consejo, en consulta con el Parlamento, según prevé el art. 2.3. En estos dos supuestos, el art. 2.4 *permite* supeditar la entrega de la persona buscada al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la euroorden sean constitutivos de delito no sólo en el Estado *emisor* sino también en el Estado *de ejecución*. Sin embargo, como señala la doctrina¹³², tal supeditación es potestativa, quedando a la discrecionalidad del Estado requerido, o para ser más exactos, del órgano judicial competente del mismo.

¹³⁰ DE MIGUEL ZARAGOZA, *op. cit.*, p. 148.

¹³¹ Esto no se deduce de una interpretación literal del art. 2.2 (que se refiere tan sólo a los delitos “distintos de los mencionados en el apartado 2”), pero parece de pura lógica para poder utilizar la euroorden en la agilización de la entrega de las personas que puedan cometer delitos “menores” (apología, comandos de información) en el ámbito del terrorismo.

¹³² GONZÁLEZ CANO, M^a. I., *op. cit.*, p. 8.

4.3.3 La aplicación de la euroorden.

La aplicación del mecanismo de la euroorden entre dos Estados miembros exige la incorporación de la Decisión marco en el ordenamiento de cada uno de ellos, puesto que la Decisión marco carece de aplicabilidad directa. Es preciso, por tanto, antes que nada, dinamizar el proceso de incorporación. En febrero de 2004, esto es, dos meses después del cumplimiento del plazo otorgado por la propia norma, sólo ocho EE. MM. habían incorporado la orden de detención, a saber: Reino Unido, Irlanda, España, Portugal, Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Suecia. En Francia, la recepción de la euroorden exigió una reforma constitucional tras el correspondiente pronunciamiento del Conseil Constitutionnel, lo cual retrasó ligeramente su recepción, llevada a cabo mediante ley de 9 de marzo de 2004. Por otra parte, Hungría también ha adoptado la normativa precisa para la incorporación y otros siete EE. MM. habían iniciado el proceso a lo largo de 2004¹³³. Dentro de ese contexto general de cumplimiento resulta llamativa la actitud negativa de Alemania, motivada por las fuertes críticas doctrinales a las que se ha hecho referencia (*supra* 4.3.1) y su influencia en el Bundestag.

La aplicación judicial de las órdenes de detención y entrega hasta el momento de poner punto a estas líneas ha sido más bien escasa, como es lógico ante una medida tan innovadora y chocante para las posiciones más ligadas a la soberanía judicial. Se ha ejecutado en Bélgica -no sin resistencia pues ha sido preciso llegar hasta el Tribunal Supremo- contra los miembros de ETA Juan López Gómez y Diego Ugarte López de Arkute¹³⁴. En cambio, en Francia, el Tribunal de Apelación de Pau ha rechazado la petición de entrega del juez Garzón en lo que hubiera sido la primera aplicación de la euroorden con Francia como Estado de ejecución, dirigida contra tres activistas de la organización juvenil Segi¹³⁵, no sólo proscrita en España por formar parte del entorno de ETA, sino asimismo incluida en el listado de la Posición Común del Consejo, de 27 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (*supra* 4.2.3). La prensa española había dado cuenta de la detención de los tres activistas (Amaia Rekarte, Ives Machocotte y Haritza Galarraga)¹³⁶, pero pese al apoyo de la Fiscalía y a la decisión inicial favorable de una magistrada¹³⁷, la Sala correspondiente del Tribunal de Apelación de Pau, presidida por M. Henri Suquet¹³⁸ ha rechazado la aplicación de la euroorden basándose en que los hechos de los que se acusa a las personas reclamadas se han cometido, parcialmente, en territorio francés¹³⁹.

La escasa precisión de las fuentes a mi alcance obliga a la prudencia a la hora de buscar una explicación, pero ésta parece claramente estar relacionada con el hecho de que la ley francesa de procedimiento penal, incluso modificada por la incorporación de la euroorden

¹³³ Comunicado de Prensa posterior al Consejo JAI de 19 de febrero de 2004. 5831/04 (Presse 37).

¹³⁴ *El Mundo*, 23 de abril de 2004 y 27 de mayo de 2004.

¹³⁵ *Liberation.fr*, Dossiers, 6 de junio de 2004, puede encontrarse en <http://www.liberation.fr/page.php?Article=211178>.

¹³⁶ http://servicios.hoy.es/pg040512/actualidad/politica/200405/12/RC_detenidos_seg.html.

¹³⁷ Chantal Firminger-Michel, <http://es.news.yahoo.com/fot/ftxt/20040525122430.html>.

¹³⁸ http://www.informativos.telecinco.es/dn_8911.htm

¹³⁹ En esta afirmación las fuentes periodísticas son unánimes.

prevé (en su art. 659-24) la competencia del juez francés si los hechos supuestamente delictivos han sido cometidos en territorio francés¹⁴⁰. Sin perjuicio de la conveniencia de un detenido estudio de la redacción de la norma francesa, es evidente que el art. 7.a de la Decisión marco incluye, entre los “motivos de no ejecución *facultativa* de la orden de detención europea”, el siguiente: “cuando la orden de detención europea contemple infracciones que: a) el Derecho del Estado miembro de ejecución considere cometidas en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo”. Luego parece claro que, incluso en el caso de una correcta transposición de la Decisión, el juez ordinario de un Estado miembro *podría* negarse a ejecutar la orden de detención. Ahora bien, por la misma razón, el juez de casación *podría* decidir lo contrario, aunque parece poco probable teniendo en cuenta la escasa gravedad de los hechos y la nacionalidad de al menos uno de los supuestos autores. El problema, sin embargo, podría plantearse en el caso de que el legislador francés hubiera efectuado una transposición incorrecta, *obligando* al juez interno a tomar una decisión negativa en este caso, y privándole de una facultad discrecional de decisión en perjuicio de la eficacia y finalidad de la norma comunitaria. Quizá, si ese fuera el caso, la orden de entrega emitida por el juez Garzón buscara poner de relieve la contradicción en un asunto menor para buscar posibles soluciones previas a al planteamiento de asuntos más graves.

4.3.4 La garantía de los derechos fundamentales de la Unión Europea en la euroorden.

La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada con ambiguo valor jurídico en la Cumbre de Niza, en diciembre de 2000¹⁴¹, ha sido felizmente incorporada como Parte II, al proyectado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa¹⁴². Aunque sus previsiones no sean formalmente obligatorias hasta que culmine el proceso de ratificación tras la autorización de los respectivos Parlamentos nacionales, la inserción de la Carta en el nuevo tratado único ha puesto fin a las especulaciones relativas al valor jurídico de las disposiciones de aquélla, aunque no solucionará todos los problemas relativos a su eficacia, relacionados, de un lado con la escasez de vías de recurso, y de otro con la estrechez de miras con la cual el ordenamiento comunitario contempla la legitimación activa de los particulares frente a los actos normativos adoptados por las instituciones¹⁴³ en el ámbito de los escasos recursos actualmente existentes, situación que no ha variado un ápice con la adopción de la Carta. Hacen falta cauces además de Carta, pero peor era que ni siquiera hubiese un catálogo de referencia.

¹⁴⁰ ABC, 10 de junio de 2004;

<http://www.abc.es/abc/pg040602/prensa/noticias/Nacional/Terrorismo/200406/02/NAC-NA...>

¹⁴¹ Sobre estas cuestiones, FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Valencia, ed. Tirant Lo Blanch, 2001, especialmente, pp. 79-99; HERRERO DE LA FUENTE, A., (ed.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Zamora, Fundación Rei Afonso Henriques, 2003; PI LLORÉNS, M., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Barcelona, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 2001, y la bibliografía en ellos recogida.

¹⁴² ROLDÁN BARBERO, J., “La Carta de Derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional”, *RDCE*, 2003, pp. 946 yss.

¹⁴³ SÁNCHEZ LEGIDO, A., *La tutela judicial del particular frente a la actividad normativa comunitaria*, Cuenca, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1993.

El Capítulo VI de la Carta, bajo la rúbrica genérica de “Justicia”, contempla el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47), la presunción de inocencia y el derecho a la defensa (art. 48), los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas (art. 49), y el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito (*ne bis in idem*), correspondientes a los arts. 6, 7 y 13 del CEDH, y coincidentes también, a grandes rasgos, con los contemplados en las constituciones de los EE. MM. Es perfectamente sostenible que tales derechos ya habían sido incorporados al acervo comunitario como principios generales del derecho, por la vía inductiva utilizada durante años por el TJCE, pero ahora resulta evidente para cualquier ciudadano europeo que las instituciones y otros órganos comunitarios deberán respetarlos cuando adopten actos que puedan afectarle.

Si una euroorden es un acto de aplicación de una norma comunitaria (la Decisión marco que la regula) llevado a cabo por un juez nacional, éste, al adoptar su decisión se convierte en un órgano comunitario, en la medida en que aplica una de las normas de este ordenamiento. Por tanto, deberá respetar los mencionados derechos fundamentales a la hora de adoptar las resoluciones de emisión o de ejecución correspondientes, de conformidad con la Decisión marco, y con el art. 51.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pues estaríamos ante actos de órganos de un Estado miembro “que aplican el Derecho de la Unión”. Esta previsión está expresamente contemplada en diversos preceptos de la decisión, como el art. 1.3 de la misma, el cual recuerda la obligación de respetar los derechos y principios fundamentales tal como son reconocidos en el art. 6 del TUE (y contemplados en la Carta).

Ese especial cuidado por la protección de los derechos fundamentales de la persona que se convierta en sujeto pasivo de una euroorden se pone de relieve en otros preceptos de la Decisión marco, por ejemplo, en los arts. 3 y 4, que contemplan motivos para la no ejecución obligatoria (en todo caso) o facultativa (a discreción del juez) de una orden de detención europea. O bien en el art. 5, que recoge las especiales garantías que deberá dar el Estado emisor de la euroorden en casos particulares, como el de ejecutar una resolución judicial dictada en rebeldía (art. 5.1), el de las condenas a perpetuidad (art. 5.2), o el de la orden de detención dictada contra un nacional del Estado miembro de ejecución¹⁴⁴ (art. 5.3). A su vez, los arts. 9 a 25 regulan con prolijidad el procedimiento para la entrega de la persona buscada, dentro del cual se contemplan el derecho a la información sobre la acusación, el derecho a la asistencia letrada (art. 11), la audiencia de la persona buscada (art. 14), la posibilidad de que esa persona se oponga a su detención y entrega (arts. 14 y 17.3) y se abra, por tanto, trámite contradictorio (máximo 60 días, art. 17.3), al finalizar el cual el juez de ejecución deberá dictar la correspondiente decisión al respecto (art. 15). De

¹⁴⁴ La decisión marco está basada en la superación del rechazo a la entrega basado en el motivo de una nacionalidad del reclamado coincidente con la del Estado de detención, a diferencia de la regla clásica, incorporada en el art. 6 de la Convención Europea de Extradición de 1957. Con carácter excepcional, el art. 33.1 establece la posibilidad transitoria (a más tardar hasta 2008) de que los jueces austriacos denieguen la ejecución de una euroorden por ese motivo hasta que no modifiquen su legislación. Por su parte, el art. 4.6 prevé que, cuando el objeto de la euroorden sea la entrega de un condenado para el cumplimiento de una pena, aquél sea nacional del Estado requerido, y éste se comprometa ejecutar él mismo dicha pena conforme a su derecho interno, el juez de ejecución *pueda* denegar la ejecución de la euroorden. Esta decisión podría estar basada en las mejores posibilidades de éxito de cara a la eventual reinserción del condenado.

igual modo se regula la concurrencia de solicitudes (art. 16), tanto si éstas pertenecen a dos Estados miembros, como si la concurrencia se produce entre una euroorden y una solicitud de extradición cursada por un tercer Estado. Por otra parte, el preámbulo (punto 13) establece que nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado tercero en el que corra peligro de ser sometido a pena de muerte, tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, actuación que cabría bajo el paraguas protector de la suspensión de la entrega por motivos humanitarios prevista en el art. 23.4, y, en general, bajo la cobertura de las obligaciones que el CEDH (del que forman parte todos los EE. MM., y al que deberá adherirse la Unión en virtud de lo dispuesto en el art. I-9.2 del tratado por el que se establece una Constitución para Europa) establece para los Estados partes.

Ahora bien, si pese a la especial sensibilidad manifestada por el legislador comunitario, un individuo, sujeto pasivo de la aplicación del sistema, decidiese impugnar la aplicación de una euroorden a su persona, la situación sería compleja. En principio, cabría diferenciar dos hipótesis. En primer lugar, en caso de que un Estado miembro haya transpuesto la Decisión marco, y al hacerlo aproveche el margen de discrecionalidad hipotéticamente establecido en la norma comunitaria para introducir disposiciones de desarrollo y ejecución de aquélla¹⁴⁵, tal actuación estatal –en caso de estimarse incorrecta- podría ser cuestionada mediante las vías de recurso que ofrece la jurisdicción ordinaria de ese Estado, y fuera del parámetro comunitario¹⁴⁶.

En segundo lugar, en caso de que se pretenda impugnar la conformidad del acto del órgano estatal de aplicación (la resolución del juez del Estado de emisión, o del Estado de ejecución) con los preceptos de la norma comunitaria que lo fundamenta, lo oportuno será la impugnación de la resolución judicial por las vías de recurso internas y, en su caso, la solicitud de elevación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo. El problema, sin embargo, es que en estas materias comprendidas en el Título VI del TUE, la competencia prejudicial del TUE no es automática, sino que depende de la declaración facultativa prevista en el art. 35.2 del TUE, lo cual puede conducir a una indeseable diversidad de situaciones entre los EE. MM.. La cuestión de las garantías a otorgar a los justiciables se complica especialmente si tenemos en cuenta que, al carecer de efecto directo, la propia decisión marco no podría ser invocada como norma aplicable ante el juez nacional por el particular interesado en impugnar el acto de aplicación de la misma, sino sólo como parámetro de validez de aquélla. Ello conduciría a que el juez ordinario,

¹⁴⁵O bien para limitar el ámbito de aplicación respecto a determinados delitos. Conviene recordar, al respecto, la firme oposición de Italia ante la propuesta del texto de la decisión marco, alegando la necesidad de reducir el listado de delitos a los que podría aplicarse la euroorden, especialmente dejando a un lado el delito de corrupción (¿tendría algún motivo para ello el gobierno Berlusconi?). Véase, BENOIT, L., *op. cit.*, p. 108; URREA CORRES, M., *op. cit.*, p. 708.

¹⁴⁶ Esta y otras cuestiones pueden producir delicados problemas de constitucionalidad en el seno de algún Estado miembro, pudiendo dar lugar a declaraciones (como sería el caso en nuestro derecho, según el art. 78.1 LOTC), o dictámenes (como el emitido por el *Conseil d'Etat* francés el 26 de septiembre de 2002), acerca de la conformidad de las disposiciones de la decisión marco con el previo orden constitucional, y provocando, en su caso, la modificación del mismo. Francia ha llevado a cabo por ese motivo una revisión constitucional el 17 de marzo de 2003. Sobre esta cuestión puede verse el amplio trabajo de MONJAL, P.-I., “La décision-cadre instaurant le mandat d’arrêt européen et l’ordre juridique français. La constitutionnalité du droit dérivé de l’Union européenne sous contrôle du Conseil d’État”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2003/1, pp. 109-187.

consultando por vía prejudicial al comunitario, podría dejar sin aplicación aquello en lo que la norma nacional se apartara –excediera- del parámetro comunitario. Pero si la mala transposición se ha producido por defecto, es de temer que el juez interno no pudiera aplicar la propia decisión marco al justiciable.

Nada de ello ocurriría si la norma nacional de trasposición reprodujera fielmente el contenido de la decisión marco, convirtiéndola en norma nacional, y permitiendo así tanto su aplicación directa al particular, como su invocación por el acusado en el marco de un eventual procedimiento interno.

Finalmente, una hipótesis menos probable es la que podría conducir a la impugnación de la validez de la propia Decisión marco sobre la euroorden, debido a su disconformidad con alguno de los derechos fundamentales protegidos en el marco de la Unión Europea. Tal impugnación podría llevarse a cabo por la vía indirecta de la elevación de una cuestión prejudicial de validez¹⁴⁷ por el juez ordinario de un Estado miembro.

Conclusión.

A lo largo de este curso se ha puesto de manifiesto la existencia de dos modelos diferentes de lucha contra el terrorismo. Un modelo usa un enfoque mixto de seguridad y defensa, no respeta las reglas elementales del Derecho internacional en el plano externo – especialmente los principios de prohibición del uso de la fuerza y no intervención- y basa su respuesta en intervenciones armadas, bien preventivas, bien con carácter de represalia. Ni en el plano internacional ni en el plano interno respeta suficientemente los derechos fundamentales de las personas, y sitúa a los detenidos y prisioneros fuera del ámbito de la jurisdicción de sus tribunales para evitar el control judicial de tales violaciones. Pese a su extrema dureza, este modelo no ha demostrado una particular eficacia en la lucha contra el terrorismo. Más bien la emplea como pantalla para ocultar intereses geoestratégicos y móviles políticamente incorrectos que no desea presentar descarnadamente ante su propia opinión pública. Los autores de este modelo no pueden hacer uso adecuado de las endeble construcciones jurídicas existentes en el ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados y tampoco soportan el lastre que la necesidad de consenso con las otras grandes potencias requiere en el Consejo de Seguridad. Por tanto se ven obligados a desfigurar normas y procedimientos internacionales en búsqueda de inexistentes autorizaciones para una acción unilateral, insolidaria e ilegal.

Frente al anterior, el modelo europeo está basado en el empleo del principio de cooperación en el plano externo, desde una óptica de seguridad. El intercambio de información -tanto entre Estados miembros como con países terceros- y la cooperación policial y judicial, se convierten en instrumentos que, correctamente utilizados de un modo cada vez más amplio, están logrando una eficacia considerable frente a algunas formas de terrorismo. El modelo europeo contrapesa la eficacia policial y la agilización en los

¹⁴⁷ Parece inviable la posibilidad de un recurso de anulación contra la propia decisión marco creadora de la euroorden, dada la naturaleza de tal disposición normativa, la materia sobre la que versa, y la regulación establecida por el art. 35.6 del TUE, caracterizado –no ya por una gran restricción como en el marco del art. 230 TCE- sino por silenciar totalmente una posible legitimación activa de los particulares en el ámbito del tercer pilar.

procedimientos de entrega de perseguidos y detenidos con una garantía sólida de la protección de los derechos fundamentales. Con todas las peculiaridades e insuficiencias de construcción propias del ordenamiento comunitario y de sus relaciones con el derecho propio de cada Estado miembro, no puede decirse que las actuaciones jurídicas emprendidas para la represión del terrorismo en el modelo europeo se salgan del marco de una Comunidad de Derecho, sino todo lo contrario.

En unas materias en las que, pese al crecimiento de las competencias comunitarias, las bases de la seguridad ciudadana siguen en manos de cada Estado, no ejerciendo la Unión Europea más que un papel de catalizador de voluntades, lo que se echa de menos en el modelo europeo es una mayor concienciación entre los gobernantes, que son capaces de anteponer intereses mezquinos a las necesidades impuestas por una lucha global. Así, la armonización normativa de los tipos penales es un proceso que avanza cojeando, lo mismo que el establecimiento de controles adecuados del blanqueo de dinero, y de cualesquiera otras formas de financiación del terrorismo. Este es un aspecto en el que da la impresión de que –pese a las técnicas jurídicas que permiten la congelación de fondos y el control de los movimientos de capitales– el ordenamiento jurídico y sus defensores van por detrás de las innovaciones urdidas por los transgresores. Esperemos que los gobernantes de los Estados que apuestan por una Europa unida y con futuro sepan resolver el problema más crucial de la sociedad europea actual.