

**TERRORISMO Y DERECHOS HUMANOS EN LA
UNIÓN EUROPEA Y EN EL CONSEJO DE EUROPA:
¿MARCOS DE REFERENCIA MUNDIAL?**

por Dra. MAGDALENA M. MARTÍN MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Málaga

SUMARIO

- 1. Introducción**
- 2. Algunos problemas de definición y de uso del binomio terrorismo-derechos humanos**
 - 2.1. LA APORTACIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA
 - 2.2. DESARROLLOS NORMATIVOS E INSTITUCIONALES EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA
- 3. Consecuencias del desplazamiento del eje conceptual del binomio terrorismo-derechos humanos desde la legalidad a la legitimidad internacional**
 - 3.1. LA REACCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA: LA VUELTA A LOS ORÍGENES
 - 3.1.1. *La intervención de la Asamblea Parlamentaria*
 - 3.1.2. *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*
 - 3.2. LA UNIÓN EUROPEA Y LA «GUERRA» CONTRA EL TERRORISMO: ENTRE LA AQUIESCENCIA Y LA CONTESTACIÓN
 - 3.2.1. *La respuesta del Parlamento Europeo*
 - 3.2.2. *El control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*
- 4. Reflexiones finales**

Resumen

El objetivo de este trabajo es abordar el vínculo existente entre terrorismo y derechos humanos como términos constitutivos de un mismo binomio, o como par de conceptos jurídicos equilibrados. Para ello resulta necesario analizar, aunque sea en el marco delimitado por el título de esta contribución, es decir en el Consejo de Europa y en la Unión Europea (UE), dos cuestiones recurrentes de naturaleza bien distinta. La primera tiene que ver con las dificultades conceptuales, de definición y de uso, que plantean las nociones de terrorismo y derechos humanos, insistiendo en particular en la aportación que en este sentido ofrece el Consejo de Europa y en los desarrollos normativos e institucionales acontecidos en la UE. La segunda cuestión se refiere a las consecuencias del desplazamiento del eje conceptual del binomio terrorismo-derechos humanos desde la legalidad a la legitimidad internacional, profundizando en la reacción que este giro ha provocado en la Asamblea Parlamentaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en la respuesta, entre la aquiescencia y la contestación, articulada por la UE. En suma, se trataría de discernir si tanto el Consejo de Europa como la UE ofrecen marcos útiles de referencia para que, en la búsqueda del equilibrio en el binomio terrorismo-derechos humanos, Europa deje de ser parte del problema y devenga, por fin, en parte de la solución.

Abstract

The aim of this paper is to address the linkage between terrorism and human rights as constituent elements of the same binomial, or as a couple of legal concepts. This requires to analysis, albeit within the framework defined by the title of this contribution, i.e the Council of Europe and the European Union (EU), two issues with a quite different nature. The first has to do with the difficulties on the definition and use of the notions of terrorism and human rights, with particular emphasis on the contribution that on this regard offers the Council of Europe and the institutional and legal changes developed in the EU. The second question concerns the consequences of the displacement of the binomial terrorism-human rights since the legality towards the international legitimacy, the reaction this shift has resulted in the Parliamentary Assembly and the European Court of Human Rights, and the answer given by the EU. In short, the final purpose would be to think about whether both the Council of Europe and the EU offer useful frameworks to counterbalance, in a proper and definitive way, terrorism and human rights.

1. Introducción

Cualquier asiduo lector de los Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gastéiz puede dar fe de que una de sus notas distintivas es la certera elección de los temas que componen el programa. Año tras año en sus sesiones se examinan y debaten, junto a cuestiones clásicas del Derecho y las Relaciones Internacionales, problemas punteros de ambas disciplinas. Tal es el caso de la lucha contra el terrorismo y los derechos humanos que, de una u otra forma, han estado muy presentes en la agenda de los últimos años¹.

Por consiguiente, la singularidad del presente trabajo estriba no en el objeto, sino en la perspectiva de análisis. Recurriendo a una clave algebraica, abordaremos el vínculo existente entre terrorismo y derechos humanos como términos constitutivos de un mismo binomio, o como par de conceptos jurídicos equilibrados. No puede ser de otro modo, ya que tal binomio constituye una «*vexata quaestio*» tanto de la política como del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo². Como es bien sabido, la relación que une ambos conceptos es paradójica y conflictual. De hecho, en la Sociedad Internacional contemporánea el terrorismo se considera una de las más flagrantes violaciones a los derechos humanos e incluso puede devenir en una amenaza para la democracia y la paz y seguridad internacionales³. Pero, paralelamente, en la lucha contra el terrorismo no todo vale ya que, en tal caso, se atentaría contra los mismos valores que se pretenden proteger, de ahí que pueda anticiparse que el respeto de la dignidad humana debiera ser, además del fundamento, el límite último e infranqueable de cualquier política antiterrorista⁴.

¹ Prueba de ello son las ponencias elaboradas en la última década para los Cursos de Vitoria-Gastéiz por los profesores L.I. Sánchez Rodríguez, «Una zona oscura del Derecho Internacional: legítima defensa y terrorismo internacional», 2002; A. Fernández Tomás, «Terrorismo, Derecho Internacional Público y Derecho de la Unión Europea», 2004 o R. Calduch Cervera, «Conflictos Internacionales Culturales y Violencia Terrorista», 2006, disponibles en <http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/programacion/programacion.htm>

² C. Fernández Casadevante Romani y F. Jiménez García, *Terrorismo y Derechos Humanos: una aproximación desde del Derecho Internacional*, Fundación Víctimas del Terrorismo-Dykinson, Madrid, 2005.

³ «Una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo», Discurso del Secretario General de Naciones Unidas Kofi Annan ante el Plenario de Clausura de la Cumbre Internacional de Madrid sobre Democracia, Terrorismo y Seguridad, 2005, <http://cumbre.clubmadrid.org/conferencias/una-estrategia-mundial-de-lucha-contra-el-terrorismo.html>, así como el Informe de 21 de marzo de 2005 «Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos», en el que se afirma que: «*El terrorismo es una amenaza para todo lo que Naciones Unidas representan: el respeto de los derechos humanos; el imperio de la ley; la protección de los civiles; la tolerancia entre los pueblos y las naciones y la solución pacífica de los conflictos (...). Nuestra estrategia contra el terrorismo ha de ser global y basarse en cinco puntos fundamentales: persuadir a la gente de que no recurra al terrorismo ni lo apoye; negar a los terroristas el acceso a los fondos y materiales; persuadir a los Estados que no patrocinen el terrorismo; desarrollar la capacidad de los Estados para derrotar al terrorismo y defender los derechos humanos*».

⁴ En palabras del Presidente de la Corte Internacional de Justicia: «*Si el objetivo que buscamos en la lucha antiterrorista es proteger a la sociedad de las consecuencias del terrorismo, la supresión de los derechos humanos fundamentales de individuos en la sociedad, incluso con el propósito de com-*

Para aprehender el vínculo existente entre terrorismo y derechos humanos a nuestro juicio es necesario abordar, aunque sea en el marco delimitado por el título de esta contribución, es decir en el Consejo de Europa y en la Unión Europea (UE), dos cuestiones recurrentes de naturaleza bien distinta.

La primera cuestión, que consideramos estructural, tiene que ver con las dificultades conceptuales, *de definición y de uso*, que plantean las nociones de terrorismo y derechos humanos en tanto que términos del mismo binomio. Así, todos los Estados manifiestan su preocupación por el fenómeno terrorista y su voluntad de respetar los derechos fundamentales en la lucha antiterrorista, pero no todos están comprometidos con el mismo fenómeno ni con los mismos derechos. No puede afirmarse, por ejemplo, que exista un derecho humano específico a vivir sin miedo o a tener un gobierno democrático⁵. Pese a que, como tendremos ocasión de comprobar, las dificultades conceptuales no han impedido avanzar en la cooperación internacional, consideramos que sigue siendo necesario consensuar una definición jurídico internacional del terrorismo, especialmente con vistas a su eventual calificación como crimen internacional⁶.

La segunda cuestión, que queremos creer es coyuntural, surge a partir del 11 de septiembre de 2001. Los atentados de Nueva York, Washington y Pensilvania marcan un punto de inflexión en la aproximación político-jurídica de la lucha antiterrorista, que desplaza su eje desde la *legalidad* internacional a la *legitimidad*, para sumergirse en una «lógica belicista» o «estrategia militar» en la que se constatan graves violaciones de los derechos humanos con frecuencia vinculadas con interpretaciones subjetivas de la legítima defensa en la que los terroristas son calificados como «combatientes enemigos»⁷.

*batir el terrorismo, puede caer en un contrasentido si se permite sin una extrema cautela. Solo esta extrema precaución ofrecería una solución válida cuando se trata de hacer frente a la amenaza que supone el terrorismo. En mi opinión, las medidas que se adoptan para luchar contra el terrorismo podrían ser en última instancia contraproducentes si desembocan en la negación total del principio básico del Estado de Derecho, así como la negación de la protección de los derechos humanos fundamentales como ingrediente esencial del Estado de Derecho». H. Owada, «Terrorismo internacional y Estado de Derecho», ARI n.º 67, agosto-septiembre 2009, Real Instituto Elcano, p. 6. En la misma línea, Alcaide Fernández indica que la defensa de los derechos humanos es desde luego el límite de la lucha antiterrorista, pero también su fundamento y un ingrediente importante de la solución al fenómeno terrorista. J. Alcaide Fernández, «Derechos Humanos y terrorismo: límite, fundamento y solución», en *Cursos de Derechos Humanos de Donosita-San Sebastián*, vol. V, J. Soroeta (ed.), Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2005, pp. 11-49.*

⁵ En este sentido, tanto el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 como el 9 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 consagran el derecho a la libertad y seguridad personales en un sentido físico, pero no aluden al miedo o la inseguridad física causada por la violencia terrorista.

⁶ Sobre esta cuestión y el debate acerca de la posibilidad de conceptualizar el terrorismo como crimen internacional autónomo o incluirlo entre los crímenes de lesa humanidad, M. Di Filippo, «Terrorist Crimes and International Co-Operation: Critical Remarks on the Definition and Inclusion of Terrorism in the Category of International Crimes», *European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, n.º 3, pp. 533-570.

⁷ A. Sánchez Legido, «Guerra contra el terrorismo, conflictos armados y derechos humanos», en *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional*, *Cursos de Derechos Humanos*

2. Algunos problemas de definición y de uso del binomio terrorismo-derechos humanos

Retomando la primera de las dos cuestiones enunciadas, el fracaso de las sucesivas tentativas que desde diferentes instancias internacionales se emprendieron a partir de principios del siglo XX para lograr una definición del terrorismo ha propiciado que, mientras para algunos «*that definition is both technically imposible and/or undesirable on policy grounds*»⁸, para otros por el contrario, «*a proper definition of terrorism is essential in bridging the gap in different legal treatment of terrorits between countries and invaluable for harmonization in combating terrorist offences*»⁹. En nuestra opinión pueden enumerarse al menos tres razones que avalan la necesidad de que el Derecho Internacional persista en el propósito de definir y categorizar el terrorismo:

1. El respeto del principio de legalidad penal, que tanto en su dimensión interna como internacional obliga a que los delitos de terrorismo, además de la predefinición normativa, satisfagan las exigencias de certeza, especificidad y previsibilidad de las conductas delictivas¹⁰. La existencia de normas internacionales previas que tipifiquen las conductas terroristas aparece así como un derecho humano inderogable¹¹, además de una «*conditio sine quae non*» para su eventual consideración como crimen internacional.

2. La existencia de un marco jurídico internacional previene el abuso del término «terrorismo» y dificulta la adopción de políticas que vulneren los derechos humanos¹². No obstante, la paradójica hipertrofia del marco jurídico internacional actual, en el que en el ámbito de las Naciones Unidas existen trece tratados internacionales universales sobre diferentes aspectos del terrorismo¹³, aunque parale-

de Donosita-San Sebastián, vol. VI, Juan Soroeta (ed.), Universidad del País Vasco, 2006, pp. 413-458.

⁸ B. Saul, «Defining terrorism to Project human rights», FRIDE, Working Paper, February 2006, p. 1, así como «Attempts to Define «Terrorism» in International Law», 52 Netherlands International Law Review, p. 57 y ss. También duda de la utilidad de elaborar un concepto determinado J.A. Carrillo Salcedo, «Les aspects juridiques du terrorisme international/The legal aspect of the International Terrorism», Dordrecht, 1989.

⁹ Vid. «Defining terrorism», Trasnational Terrorism, Security and Rule of Law, WP 3, 1 october 2008, disponible en www.trasnationalterrorism.eu; En la misma línea J. Alcaide Fernández, Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo, Tecnos, Madrid, 2000.

¹⁰ Al respecto, M. Martín Martínez, «La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho Internacional contemporáneo», en Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales, A. Cuerda y F Jiménez (dir), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 370-390.

¹¹ A. Bianchi, «Assesing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion», European Journal of International Law, 2007, vol. 17, nº 5, pp. 881-919, especialmente p. 907.

¹² Como señala M.J. Glennon, las palabras son armas, y el término terrorista puede ser usado como un arma defensiva u ofensiva. M.J. Glennon, Terrorism and International Law, Hague Academy Of International Law Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, Martinus Nijhoff, 2007, p. 106 .

¹³ Por orden cronológico: 1) el Convenio sobre las Infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves, de 14 de septiembre de 1963; 2) la Convención para la Represión de la Captura Ilícita de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970; 3) el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra

lamente no se haya logrado la aprobación del Proyecto de Convención General sobre el Terrorismo Internacional¹⁴, pone de manifiesto que la proliferación de instrumentos internacionales puede repercutir negativamente en la percepción sobre la eficacia y legitimidad del Derecho Internacional para afrontar el fenómeno terrorista.

3. El acuerdo en torno a su definición facilita el establecimiento de mecanismos de control jurisdiccional de la legalidad de las medidas antiterroristas adoptadas tanto a nivel nacional como internacional, cuestión especialmente relevante habida cuenta del protagonismo creciente adquirido por el Consejo de Seguridad de la ONU¹⁵.

En este contexto, es obvio que la dificultad de conceptualización es inversamente proporcional a la homogeneidad del marco político y jurídico en el que se plantee. En otras palabras, el fracaso de los intentos de definición del terrorismo desde el Derecho Internacional universal ha propiciado una fragmentación geográfica y material. Así lo atestiguan la panoplia de instrumentos convencionales adoptados por instituciones tales como la Organización de Estados Americanos¹⁶, la

la seguridad de la aviación civil, de 23 de septiembre de 1971; 4) el Convenio sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, de 14 de diciembre de 1973; 5) El Convenio Internacional contra la Toma de Rehenes, de 17 de diciembre de 1979; 6) La Convención para la Protección Física de los materiales nucleares, de 3 de marzo de 1980; 7) el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, de 24 de febrero de 1998; 8) la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, de 10 de marzo de 1988; 9) el Protocolo para la Represión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas emplazadas en la Plataforma Continental, de 10 de marzo de 1988; 10) el Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos, de 1 de marzo de 1991; 11) Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas con bombas, de 15 de diciembre de 1997; 12) el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 9 de diciembre de 1999 y 13) el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, de 14 de septiembre de 2005. Este mismo listado en <http://www.un.org/terrorism/instruments.shtml>

¹⁴ C. Espósito, «El desacuerdo sobre el alcance de la definición de terrorismo internacional en el Proyecto de Convenio General sobre Terrorismo Internacional de Naciones Unidas, FRIDE, Documento de Trabajo, septiembre 2004, <http://www.fride.org/publications>; J. Escribano Ubeda-Portugués, «Nuevos avances en la lucha contra el terrorismo», Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2009, n° 17, <http://www.reei.org>.

¹⁵ Sobre este particular existe ya una importante bibliografía en la doctrina española, entre la que destacan los trabajos de varios autores agrupados bajo la rúbrica «El orden internacional tras los atentados del 11 de septiembre de 2001», en la Revista Española de Derecho Internacional, 2001, pp. 125-301. Más recientemente, destaca M.A. Cano Linares, «La labor del Consejo de Seguridad en la lucha contra el terrorismo: tres vías de coordinación de los diferentes Comités implicados», en Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales, A. Cuerda y F Jiménez (dir), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 123-146. En la doctrina anglosajona véase por todos Christian J. Tams, «The Use of Force against Terrorists», European Journal of International Law, 2009, vol. 20, n° 2, pp. 359-397.

¹⁶ Convención para Prevenir y Sancionar los actos de terrorismo, adoptada en Washington el 2 de febrero de 1971, y la Convención Internacional contra el Terrorismo, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 3 de junio de 2002 en la Resolución 1840 (XXIII). Sobre el particular, R. Villacis, «The Organization of American States», en International Cooperation in Counter-Terrorism. The United Nations and Regional Organizations in the Fight Against Terrorism, G. Nesi (ed), Asghate, 2006, pp. 149-153

Liga Árabe¹⁷, la Conferencia Islámica¹⁸ o la Unión Africana¹⁹. El propósito que nos anima es discernir hasta qué punto el planteamiento y los resultados registrados en el ámbito regional europeo, en concreto en el marco del Consejo de Europa y de la UE, pueden servir como referentes mundiales en la definición y uso apropiado del binomio terrorismo-derechos humanos²⁰.

2.1. LA APORTACIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA

A la hora de abordar el marco jurídico conceptual urdido por el Consejo de Europa es necesario distinguir a grandes rasgos dos etapas, ya que como apunta el profesor Remiro Brotons «*los hechos criminales del 11 de septiembre de 2001 –el trágicamente célebre 11-S– agitaron las cuadernas vías de la lucha antiterrorista hasta un punto en que no ha de descartarse el naufragio de determinados principios rectores de nuestra sociedad*»²¹.

Como es bien sabido, en el marco del Consejo de Europa antes del 11-S se había producido una exitosa codificación convencional tanto de los derechos y libertades fundamentales, en virtud del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950²² y de sus 14 Protocolos, como del terrorismo, merced a la adopción del Convenio Europeo para la represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977²³. El artículo 17

¹⁷ Convención Árabe para la Represión del Terrorismo, adoptada en El Cairo el 22 de abril de 1988. M. Samy, «The League of Arab States», en *International Cooperation in Counter-Terrorism. The United Nations and Regional Organizations in the Fight Against Terrorism*, G. Nesi (ed), Asghate, 2006, pp. 155-160.

¹⁸ Convención de la Organización de la Conferencia Islámica sobre la Lucha contra el terrorismo, adoptada en Ouagadougou el 1 de julio de 1999 (entrada en vigor 7 octubre de 2002. M. Hmoud, «The Organization of the Islamic Conference», en *International Cooperation in Counter-Terrorism. The United Nations and Regional Organizations in the Fight Against Terrorism*, G. Nesi (ed), Asghate, 2006, pp. 161-169.

¹⁹ Convención de la OUA para la Prevención y Lucha contra el terrorismo, adoptada en Argel el 14 de julio de 1999. A. Ibrahim Kanu, «The African Union», en *International Cooperation in Counter-Terrorism. The United Nations and Regional Organizations in the Fight Against Terrorism*, G. Nesi (ed), Asghate, 2006, pp. 171-175.

²⁰ Somos conscientes de que es ésta una aproximación parcial y necesariamente incompleta, en tanto que orillamos la crucial labor de Naciones Unidas, pero tal laguna podrá al menos parcialmente subsanarse gracias a la contribución que en este mismo volumen realiza la profesora Abad. Como tampoco profundizaremos en las actividades de otras Organizaciones que directa o indirectamente afrontan el fenómeno terrorista, como sería el caso de la OTAN o la OSCE, sobre las cuales el trabajo de la profesora Lirola podrá aportar mayores datos. En todo caso, cabe la consulta de M. Pertile, «NATO», en *International Cooperation in Counter-Terrorism. The United Nations and Regional Organizations in the Fight Against Terrorism*, G. Nesi (ed), Asghate, 2006pp. 177-1194 y P. Gargiulo, «The Organization for Security and Cooperation in Europe», *ibidem*, pp. 195-206.

²¹ A. Remiro Brotons, «Terrorismo internacional, principios agitados», en *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional, Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, A. Cuerda Riazú y F. Jiménez García (directores), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 17-47.

²² Entrada en vigor internacional el 3 de septiembre de 1953 y para España el 4 de octubre de 1979.

²³ Entrada en vigor internacional el 4 de agosto de 1978 y para España el 21 de agosto de 1980.

del Convenio Europeo de Derechos Humanos apunta la relación existente entre ambos en los siguientes términos:

«Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

Una vez delimitado el marco de relación, el binomio terrorismo-derechos humanos ha sido objeto de constante desarrollo por la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Desde la década de los años ochenta del pasado siglo, la Asamblea Parlamentaria adoptó una batería de Resoluciones en las que definía el terrorismo no sólo como una violación grave de los derechos humanos y una amenaza a la democracia, sino también como un crimen internacional cuyo enjuiciamiento competiría a la Corte Penal Internacional²⁴. Este primer paso abonó la aprobación por el Comité de Ministros, el 11 de julio de 2002, de las «*Líneas Directrices sobre derechos humanos y lucha contra el terrorismo*», consideradas «*la Carta Declarativa de la posición normativa y jurisprudencial del Consejo de Europa sobre esta cuestión*»²⁵, y que marcan un punto de inflexión, al constituir el primer instrumento jurídico internacional que expresa sin ambages el vínculo entre ambos términos.

Las Líneas Directrices de 2002 se basan en los principios contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como han sido interpretados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Más allá de su valor jurídico, su utilidad estriba en que ofrecen una hoja de ruta para que Estados y particulares puedan chequear la legalidad de medidas antiterroristas concretas, partiendo de la premisa de que el respeto de los derechos humanos no es a priori un obstáculo para la eficacia de la lucha antiterrorista. Con tal fin se formulan dieciocho principios, que comprenden desde la obligación estatal de proteger a cualquier persona frente al terrorismo (I), a la prohibición de la arbitrariedad (II) o la tortura (IV), pasando por la regulación de la prisión provisional (VIII), la imposición de penas (X) o la extradición (XIII). Los tres últimos principios resultan especialmente novedosos y en ellos se reconoce sucesivamente:

- la posibilidad de derogaciones eventuales de los derechos humanos en situaciones de guerra o peligro público que amenace la supervivencia de un Estado;
- la exigencia de que la lucha antiterrorista respete, sin excepciones, las normas imperativas del Derecho Internacional (*ius cogens*) y las normas de derecho internacional humanitario;

²⁴ Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria 916(1981), 941(1982) y 982(1984), relativas a la defensa de la democracia; 1024(1986) y 1170(1991) sobre la represión del terrorismo; 1534(2001) y 1550(2002), en las que se condena al terrorismo como violación del derecho humano básico a la vida, y con posterioridad a las Líneas Directrices, 1664 (2004) en la que se reitera la conveniencia de enmendar el Estatuto de Roma para que la Corte Penal internacional conozca de los crímenes de terrorismo.

²⁵ C. Fernández Casadevante Romaní y F. Jiménez García, *op. cit.*, p. 133.

– el deber de indemnizar a las víctimas de actos terroristas. La mejora de la situación de las víctimas es uno de los logros más sobresalientes del Consejo de Europa, cuya beneficiosa influencia se ha proyectado luego sobre la Unión Europea²⁶. Así lo confirma la temprana adopción del Convenio Europeo sobre Indemnización de las Víctimas de los delitos violentos, concluido en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983²⁷, al que ha seguido la aprobación por el Comité de Ministros, el 2 de marzo de 2005, de unas Directrices específicas sobre «*La protección de las víctimas de los actos terroristas*» que incluyen la asistencia médica, psicológica, financiera y social, compensaciones pecuniarias, el acceso a los recursos legales, la protección de la vida privada y dignidad de las víctimas de actos terrorista y la información sobre los procesos que les afecten.

Al margen de las Directrices de 2002 y 2005, el binomio terrorismo-derechos humanos ha continuado ocupando un lugar prioritario en la agenda del Consejo de Europa, como demuestran dos iniciativas posteriores.

Por una parte, la adopción el 15 de mayo de 2002, de un Protocolo de Enmienda al viejo Convenio Europeo de 1977 para la Represión del Terrorismo²⁸. El artículo 5 del mencionado Protocolo ilustra la obsesión por compatibilizar libertad y seguridad al consagrar el derecho de asilo (párrafo 1), y al enunciar de manera expresa (párrafos 2 y 3) la facultad de un Estado parte de negarse a conceder la extradición si considera que existe riesgo de que la persona requerida pueda ser torturada, ejecutada o condenada a cadena perpetua sin posibilidad de redención. En el mismo sentido camina el Convenio Europeo para la Prevención del Terrorismo, adoptado en Varsovia el 16 de mayo de 2005²⁹, en el que, junto a la reiteración del compromiso con el respeto de los derechos humanos, se tipifican por primera vez los delitos de apología, reclutamiento y formación para el terrorismo, se refuerza la protección, indemnización y apoyo a las víctimas, y se establece la exclusión de la cláusula de excepción política.

Por otra parte la creación, en el contexto de un ambicioso plan de acción producto del 11-S, de instancias específicas que articulan la relación entre lucha anti-terrorista y derechos humanos, entre las que destacan el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa y el «Comité de Expertos sobre el Terrorismo» (CODEXTER).

El Comisario para los Derechos Humanos es un órgano político independiente creado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa en virtud de la Resolución 99(50) de 7 de mayo de 1999. Su labor consiste en promover la observancia

²⁶ J. Almqvist, «Facing the Victims in the Global Fight Against Terrorism», FRIDE, Working Paper, enero 2006, <http://www.fride.org/publications>.

²⁷ Dicho Convenio ha sido ratificado por España el 30 de octubre de 2001.

²⁸ El Protocolo de 2002 se abrió a la firma en mayo de 2003 y a día de hoy, aún no ha entrado en vigor al contar de momento con 29 ratificaciones de los 47 Estados Miembros, entre ellos España. Al respecto, R. Benítez, «Un nuevo Convenio Antiterrorista para Europa», Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2003, n° 7, pp. 1-28.

²⁹ En vigor internacionalmente desde el 1 de julio de 2007 y para España el 1 de junio de 2009 (fue firmado 16 de mayo de 2005 y ratificado el 23 de febrero de 2009), BOE n° 250, de 16 de octubre de 2009.

de los derechos humanos, identificar posibles deficiencias en la legislación y la práctica de los 47 Estados Miembros y formular recomendaciones al respecto, valiéndose de la facultad de hacer visitas «*in situ*»³⁰. En cumplimiento de ese mandato el primer Comisario, el español Álvaro Gil Robles, dedicó una atención preferencial al binomio terrorismo-derechos humanos reflejada, entre otros documentos, en el dictamen elaborado tras la aprobación de la «*Antiterrorism, Crime and Security Act*» británica de 2001 y en los informes sobre el respeto de los derechos humanos en el País Vasco³¹. Su sucesor, el sueco Thommas Hammarberg, parece sin embargo haber circunscrito la labor del Comisariado a la protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado.

Respecto al CODEXTER, se trata de un grupo *ad hoc* de trabajo, de carácter intergubernamental, que sucedió en 2003 al Grupo Multidisciplinar sobre la Acción Internacional contra el Terrorismo (GMT)³² en la coordinación de todas las iniciativas adoptadas en la materia. En la actualidad su labor gira entorno a la adopción de normas comunes en los delitos de apología del terrorismo, el reclutamiento y la financiación de grupos terroristas y la responsabilidad de las personas jurídicas, el ciberterrorismo, y la conveniencia y utilidad de la adopción de un Convenio General europeo contra el terrorismo que incentive y apoye los trabajos en curso en el marco de la ONU³³

2.2. DESARROLLOS NORMATIVOS E INSTITUCIONALES EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

Al igual que en el Consejo de Europa, el binomio terrorismo-derechos humanos ocupa un lugar privilegiado en la agenda de la Unión Europea (UE) desde hace más de treinta años, no en vano la casi totalidad de los 27 Estados Miembros han sufrido en mayor o menor medida los efectos del terrorismo, que sólo en Irlanda, Gran Bretaña y España se ha cobrado ya más de 5.000 víctimas³⁴. De forma paralela a la trayectoria del Consejo de Europa, en la UE el vínculo entre terrorismo y

³⁰ Vid. <http://www.coe.int/t/commissioner/>.

³¹ Informe al Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria de 8 de marzo de 2001 (COMMDH(2001)2, Informe de seguimiento de marzo de 2003 (BCOMMDH(2003)15 e Informe sobre la visita a España de marzo de 2005. En ellos el Comisario recuerda que el terrorismo es en sí mismo fuente directa de violaciones del más elemental de los derechos humanos, el derecho a la vida y la integridad física y analiza los dispositivos españoles de protección a las víctimas de la violencia terrorista. A mayor abundamiento, A. Gil-Robles y Gil-Delgado, «La eficacia de los mecanismos europeos de protección de los derechos humanos en la lucha antiterrorista. En especial la acción del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa», en *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional, Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, A. Cuerda Riazu y F. Jiménez García (directores), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 491-507.

³² El GTM fue creado por decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa en septiembre de 2001, y al mismo se debe la elaboración del Protocolo de Enmienda de 2003 al Convenio Europeo para la represión del terrorismo.

³³ Más información sobre el trabajo que desarrolla el CODEXTER en http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/fight_against_terrorism/3_CODEXTER/.

³⁴ A. Sorroza Blanco, «La UE y la lucha contra el terrorismo: del 11-M al 7-J», ARI n.º 92/2004, Real Instituto Elcano.

derechos humanos se ha beneficiado de la existencia de una sólida base conceptual previa, que en el ámbito de los derechos humanos tiene como piedra angular la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 diciembre de 2000, a la que el artículo 6 del Tratado de Lisboa le atribuye «*el mismo valor jurídico que los Tratados*»³⁵.

Respecto a la conceptualización y tipificación del terrorismo, la articulación de una estrategia comunitaria data del TUE de Maastricht (1992), fecha en la que empiezan a superarse tímidamente algunas dificultades iniciales, como la inexistencia de tipos penales homogéneos o las diferentes sensibilidades entre Estados Miembros. En 1995, de la mano del Consejo Europeo, el terrorismo es considerado una amenaza a la democracia, al libre ejercicio de los derechos humanos y al desarrollo económico y social de la Unión³⁶, aunque el impulso legislativo no se aceleraría hasta el 11-S, fecha en la que éste mismo órgano, reunido en sesión extraordinaria aprobó un «Plan de Acción» con una dimensión política, en la que se incardinaban los problemas de definición del terrorismo, y otra técnica, cuya finalidad era el fortalecimiento de la cooperación policial y judicial. La toma de conciencia de que el territorio de la UE es simultáneamente objetivo y sede de grupos terroristas de viejo y de nuevo cuño propició la aprobación de un conjunto de instrumentos normativos relativos al binomio terrorismo-derechos humanos, entre los que destacan dos Decisiones Marco.

La primera de ellas es la 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002³⁷, sobre la lucha contra el terrorismo, en la que se fijaron las bases de una definición armonizada del terrorismo que permitió su diferenciación de otros «delitos relativos a grupos terroristas» o «ligados a actividades terroristas» (arts. 1 al 3). La tipificación contenida en la misma difiere de las esbozadas en la mayoría de los tratados internacionales ya que, a los dos elementos clásicos, a saber; elemento objetivo (descripción de las conductas); y subjetivo (ánimo o intencionalidad de las mismas), viene a sumarse un tercero, consistente en la aptitud de la conducta para lesionar gravemente a un país o a una Organización Internacional³⁸. En opinión de García Rivas, esta tercera exigencia impediría calificar como delictivas algunas de las acciones del terrorismo islamista y sería la razón principal de su defectuosa transposición en los ordenamientos internos³⁹. Con todo, el esfuerzo codificador parte del respeto a los derechos fundamentales «*como están garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros*», (considerando 10) lo que lleva a dos importantes afirmaciones conexas: 1) que nada de lo dispuesto «*podrá interpretarse como un intento*

³⁵ DOCE C 346/1, de 18.12.2000; A. Torres Pérez, «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE» en http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Torres_Pxrezx_Aida.pdf

³⁶ Declaración de la Gomera, Consejo Europeo de 14 de octubre de 1995. En la misma línea las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (Finlandia, 1999) y Santa María de Feira (Portugal, 2000).

³⁷ DOCE n° L 164, de 22.06.2002.

³⁸ E. Dumitriu, «The EU's Definition of Terrorism: The Council Framework Decision on Combating Terrorism», *German Law Journal*, 2004, vol. 5, n°. 5, pp. 585-602.

³⁹ N. García Rivas, «La tipificación europea del delito terrorista en las Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas», *iustel.com*, RGDP, n°. 4, noviembre 2005.

de reducir u obstaculizar derechos o libertades fundamentales» y, 2) que la DM no será de aplicación en periodos de conflicto armado (considerando 11). A ello hay que sumar la preocupación, heredada del Consejo de Europa, por la protección y asistencia a las víctimas (art. 10).

La segunda es la 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008⁴⁰, que ha venido a modificar y actualizar la Decisión Marco de 2002, a la que considera la clave de bóveda de una política antiterrorista eficaz y respetuosa de los derechos fundamentales. La novedad principal de esta segunda Decisión Marco reside en la definición y tipificación de conductas delictivas poco atendidas hasta ahora, tales como la provocación o inducción pública a los delitos de terrorismo y el reclutamiento y adiestramiento de terroristas. Pese a que una aproximación preliminar permite detectar algunas insuficiencias relacionadas con la punición de lo que los penalistas denominan «delitos de peligro abstracto»⁴¹, en ella se reitera el compromiso con los principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Puede afirmarse por tanto que la UE está procediendo a una armonización progresiva y dinámica de las conductas terroristas teniendo muy presente elementos extraídos de las trece convenciones internacionales de ámbito universal, al objeto de construir un consenso normativo entre los 27 Estados Miembros. A nuestro juicio, tal consenso, lejos de poner en peligro, impulsaría el Proyecto de Convención General de la ONU ya referido. Conviene además recordar que las Decisiones Marco de 2002 y 2008 consolidan el binomio terrorismo-derechos humanos, que presentaba quiebras significativas en los dos instrumentos normativos previos, adoptados tras el 11-S en el marco del segundo pilar, a saber: a) las Posiciones Comunes del Consejo, de 27 de diciembre de 2001 sobre la lucha contra el terrorismo y sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, cuya última modificación la constituye la Posición Común 2009/468/PESC, de 15 de junio de 2009⁴² y, b) el Reglamento del Consejo 2580/2001, de idéntica fecha, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, igualmente actualizado en virtud del Reglamento 501/2009, de 15 de junio de 2009⁴³.

La diversidad normativa y el recurso a los tres pilares comunitarios que caracterizan la lucha contra el terrorismo en el seno de la UE se acompañan de una notable dispersión estructural, ya que son muchos y muy variados los organismos competentes en la materia. Sin ánimo de exhaustividad, en el plano operativo tanto en el seno del Club de Berna, como de EUROPOL y EUROJUST se han creado equipos especializados en el intercambio de información entre los servicios de in-

⁴⁰ DOCE no L 330, de 9.12.2008.

⁴¹ L. Aparicio Díaz, «Una primera aproximación a la Decisión Marco 2008/919/JAI de 28 de noviembre de 2008, que modifica la Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo». *Athena Intelligence Journal*, 2009, vol. 4, no.1, pp. 88-117.

⁴² Posición Común 2001/931/PESC, DO L 334, de 28.12.2001, modificada por última vez de momento en virtud de la Posición Común 2009/468/PESC del Consejo, DO L 151/45, de 16.06.2009.

⁴³ Reglamento (CE) n° 2580/2001 del Consejo, DO L 332, de 28.12.2001, última actualización por el Reglamento (CE) n° 501/2009, DO L 151/45, de 16.06.2009.

teligencia europeos, la cooperación policial y judicial y la coordinación y evaluación de los programas antiterroristas.

Por otra parte, en el marco del segundo pilar, el Comité sobre Terrorismo analiza las amenazas terroristas desde una óptica política, mientras que en el del tercer pilar, el Grupo de Trabajo sobre Terrorismo se centra en el intercambio de técnicas y prácticas policiales y en la actualización periódica del listado de organizaciones terroristas⁴⁴.

A ellos se suma la figura del Coordinador Europeo para la Lucha contra el Terrorismo. Instituida tras los atentados de Madrid mediante una Declaración del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2004, sus principales funciones consisten en coordinar el trabajo del Consejo de la Unión, supervisar el cumplimiento de los compromisos adoptados por los EM y ayudar a visibilizar la política antiterrorista europea. Desde el 19 de septiembre de 2007 el cargo lo desempeña Gilles de Kerchove, tras la renuncia del primer Coordinador, el diplomático alemán Gijs de Vries⁴⁵. A nuestro juicio, la profusión y confusión institucional, tan características de la UE, constituye un lastre añadido en un ámbito tan sensible como el de la lucha antiterrorista, en el que la claridad de roles y de responsabilidades es vital. En este sentido, es interesante constatar cómo el Coordinador Europeo, pese a ser considerado en sus orígenes como el «Zar» de la lucha contra el terrorismo y homólogo del Secretario de Estado de Interior estadounidense, carece de presupuesto propio, de iniciativa legislativa e incluso de la posibilidad de asistir a las reuniones al más alto nivel donde se traten cuestiones relativas al terrorismo, por lo que su principal pero limitada arma no es otra que la capacidad de persuasión⁴⁶.

Por último, para completar esta panorámica, hay que apuntar, aunque sea de forma tangencial, que junto al esfuerzo en la definición y uso correcto del binomio terrorismo-derechos humanos la UE está implementando una completa estrategia política-jurídica en la que cronológicamente sobresalen dos hitos⁴⁷. En primer lugar, la adopción por el Consejo Europeo en 2003 de la «Estrategia Europea de Seguridad», en la que, si bien no se contiene una referencia expresa respeto de los derechos humanos en la lucha antiterrorista, se reconoce que el fenómeno terroris-

⁴⁴ F. Arteaga Martín, «La Lucha Antiterrorista en la Unión Europea antes y después del 11 M», <http://www.uned.es/investigacion/publicaciones/Cuadernillo%20AL%20QUAEDA3.pdf>, y «La Unión Europea y su lucha contra el terrorismo», ARI n. 42/2004, de 22.03.2004, Real Instituto Elcano <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/2004-E.pdf>.

⁴⁵ http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/terrorism/institutions/fsj_terrorism_institutions_counter_terrorism_coordinator_en.htm

⁴⁶ G. De Vries, G. (2006) 'The Fight Against Terrorism: Five Years After 9/11'. Presentation by Gijs de Vries, EU Counter-Terrorism Co-ordinator, Annual European Foreign Policy Conference London School of Economics & King's College London, 30 June 2006. Available at: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/060630LondonSchoolEconomics.pdf>. También D. Keohane, «The Absent Friend: EU Foreign Policy and Counter-Terrorism», *Journal of Common Market Studies*, 2008, vol. 46, n° 1, pp. 134 y ss.

⁴⁷ J. Monar, «The EU's approach post September 11: global terrorism and multidimensional law enforcement challenger», *Cambridge Review of International Affairs*, 2007, vol. 20, n° 2, pp. 278 y ss; C. Powell y A. Sorroza, «La Unión Europea y la lucha contra el terrorismo global», *Política Exterior*, 2009, vol. XXIII, n° 127, pp. 127 y ss.

ta, al tener raíces complejas, no puede atajarse sólo militarmente⁴⁸. En segundo lugar, la aprobación, por el Consejo de la Unión el 30 de noviembre de 2005, en línea con lo previsto en el denominado Programa de la Haya, de un detallado «Plan de Acción sobre la Lucha contra el Terrorismo» que tiene como ejes la prevención, protección, persecución y respuesta contra el terrorismo, sin olvidar la lucha contra las causas, los medios y las capacidades terroristas y la mejora de la cooperación policial y judicial⁴⁹.

3. Consecuencias del desplazamiento del eje conceptual del binomio terrorismo-derechos humanos desde la legalidad a la legitimidad internacional

Como hemos anticipado, la segunda gran cuestión que hoy suscita el binomio terrorismo-derechos humanos tiene que ver con el cambio en la aproximación político jurídica de la lucha antiterrorista acontecida tras el 11-S, cuyo eje se ha desplazado intencionadamente desde el ámbito de la legalidad internacional hacia el de la legitimidad.

Detrás de este viraje se hallaba el gobierno de G.W. Bush, que elaboró un discurso, endosado por círculos académicos e intelectuales, cuya principal línea argumental sostenía que para enfrentarse al terrorismo de nuevo cuño, calificado como nihilista y carente de valores, no era necesario ni útil respetar el ordenamiento jurídico internacional, y en particular los límites respecto a la prohibición de la amenaza o el recurso a la fuerza y la tortura, los requisitos necesarios para invocar la legítima defensa, la aplicabilidad de las Convenciones de Ginebra de 1949 en los conflictos armados o la imperatividad de los tratados sobre protección de los derechos humanos. Invocando la tesis de la legitimidad, empleada ya en 1999 para justificar la intervención de la OTAN en Serbia y Montenegro, las nociones de justicia y de verdad, que por definición son subjetivas y controvertibles, priman sobre la legalidad internacional, hasta

⁴⁸ Una Europa Segura en un Mundo Mejor. Estrategia Europea de Seguridad, Bruselas, 12 de diciembre de 2003, <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/031208ESSIIES.pdf>, así como el Informe sobre la aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad: Ofrecer seguridad en un mundo en evolución; Bruselas, 11 de diciembre de 2008, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/ES/reports/104637.pdf.

⁴⁹ El aspecto más novedoso del Plan de Acción es el referente a la prevención y el diseño de una doble dimensión de la estrategia antiterrorista, internacional e interna. La dimensión internacional se articula en torno a una relación privilegiada con los Estados Unidos, tanto en el área de inteligencia como en la extradición y asistencia penal mutua, en el reforzamiento de la cooperación con otras potencias (Rusia y Japón) y Organizaciones Internacionales como la OSCE, y en la coordinación con el Comité Antiterrorista del Consejo de Seguridad de la ONU. Por su parte, la dimensión interna se sustenta fundamentalmente en el desarrollo de la cooperación policial y judicial –Orden Europea de Detención y Arresto, Principio de Confianza y Reconocimiento Mutuo– y en la denominada «cláusula antiterrorista», contemplada en el Tratado de Niza y que permanece en el artículo 188 R del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa), así como la Declaración relativa al artículo 188 R del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Al respecto, H.G. Nilsson, «The Action Plan on Combating Terrorism. Assessment and Perspectives», en *International Terrorism: a European response to a global threat?*, D. Mahncke and J. Monar (coord), Brussel, 2006, P. Lang Editor, pp. 73-8; R. Bossang, «The Action Plan on Combating Terrorism: A flawed instrument of EU Security Governance», *Journal of Common Market Studies*, 2008, vol. 46, n.º 1, pp. 27-48.

el extremo que lo legítimo o justificable pasa a ser considerado legal o en su caso, legalizado. El resultado final es el descrito por Álvarez Molinero: «*Si el Derecho Internacional se entiende como un instrumento cultural al servicio de un sujeto o de varios, entonces, cuando éste requiere otros instrumentos para imponer un programa colonizador, civilizador o de lucha contra el terror, el Derecho es perfectamente prescindible o soslayable en su versión normativa, es decir, en la que limita el comportamiento de los Estados. Lo que nos queda en estos casos es un derecho construido sobre la base de argumentos que justifican y legitiman comportamientos que el Derecho Internacional difícilmente puede tolerar desde el marco normativo, pero que se presentan como imprescindibles desde el marco de la legitimidad*»⁵⁰.

Trasladando la teoría a la práctica, el presidente Bush anunció en un discurso pronunciado en el Capitolio el 21 de septiembre de 2001 que la «guerra» global contra el terrorismo era la primera prioridad de su administración, adoptando un conjunto de iniciativas unilaterales y multilaterales que confirmaban el desplazamiento del eje de la lucha antiterrorista desde la legalidad internacional a la legitimidad⁵¹. El examen de dichas medidas excede con mucho el ámbito del presente trabajo, por lo que nos limitaremos a examinar los efectos que dicho «golpe de estado a la legalidad internacional» suscitó en la trayectoria del Consejo de Europa y de la UE⁵².

3.1. LA REACCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA: LA VUELTA A LOS ORÍGENES

Con anterioridad al 11-S la labor del Consejo de Europa se había caracterizado, además de por los esfuerzos convencionales descritos en la definición del terrorismo, por la insistencia en el vínculo que une la lucha antiterrorista y respeto de los derechos humanos. De ello da fe la cadena de actos normativos adoptados por la

⁵⁰ N. Álvarez Molinero, «Legalidad y Legitimidad en el uso de la fuerza», FRIDE, julio 2008, <http://www.fride.org/publication/457/>. En la misma línea, L. Bondi, «Legitimacy and Legality: Key issues in the fight against Terrorism». The Fund for Peace, September 2002, <http://www.fundforpeace.org/>, y R. Falk, R. Falk, «Legality and Legitimacy: The Quest for Principled Flexibility and Restraint», *Review of International Studies*, 2005 vol., 31, pp. 33-50.

⁵¹ «*Nuestra guerra contra el terror comienza con Al Qaeda, pero no termina allí. No terminará hasta que cada grupo terrorista de alcance mundial haya sido encontrado, detenido y vencido*». Discurso de 21 de septiembre de 2001, cuyo texto completo puede encontrarse en: <http://www.america.gov/st/>. Entre las medidas unilaterales destaca la aprobación por el Congreso y Senado, el 18 de septiembre de 2001, de una autorización que facultaba al ejecutivo estadounidense a usar la fuerza contra los responsables de los atentados de las Torres Gemelas y que permitió la puesta en marcha de la llamada «Operación Libertad Duradera» en Afganistán, y a la que vino a sumarse la aprobación de la conocida como «US Patriot Act» de 2001, que a su vez proporcionó la cobertura jurídica necesaria para practicar miles de detenciones dentro y fuera del territorio estadounidense, reactivar las denominadas «entregas extraordinarias» y multiplicar los vuelos y las cárceles secretas. Paralelamente, en el ámbito multilateral EEUU recurrió al Consejo de Seguridad de la ONU invocando la legítima defensa prevista en el art. 51 de la Carta de San Francisco, exigiendo así a éste órgano que asumiera un nuevo y discutible papel en la lucha antiterrorista. Vid. el trabajo de I.Lirola Delgado, «Terrorismo y Cooperación Penal: ¿un contexto más favorable para los derechos humanos en las relaciones transatlánticas» en este mismo volumen.

⁵² La expresión «golpe de estado a la legalidad internacional» es utilizada para calificar la estrategia de la administración Bush por F. Aldecoa Luzarraga, «La Europa europea frente al terrorismo», *Real Instituto Elcano*, ARI n° 55/2004.

Asamblea Parlamentaria entre los que destacan la Recomendación 916/1981, la Directiva 396/1981, la Directiva 408/1982, la Recomendación 941/1982, la Recomendación 982/1984 y la Resolución 1132/1997⁵³. Por tanto, el giro de la lucha a la «guerra» contra el terrorismo resultaba a priori incompatible con los fines y propósitos de la Organización. Sin embargo, interesa apuntar que si bien el Consejo de Europa reacciona con prontitud y coordinación, su respuesta no ofrece un contra-discurso elaborado que se oponga al viraje de la legalidad hacia la legitimidad, sino que se articula en torno a una suerte de vuelta a los orígenes, que pasa por una defensa pragmática y casuística de los derechos y libertades fundamentales, canalizada fundamentalmente a través de la Asamblea Parlamentaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3.1.1. *La intervención de la Asamblea Parlamentaria*

De hecho, la actividad de la Asamblea Parlamentaria se concentró inicialmente en una de las medidas unilaterales implementadas por la Administración Bush, las llamadas «entregas extraordinarias» (*extraordinary renditions*). A título puramente enunciativo⁵⁴, cabe recordar que dichas prácticas se iniciaron durante la presidencia Regan, y que consistían en un programa amplio de medidas basadas en el principio de aplicación extraterritorial de las leyes estadounidenses para la captura de criminales y narcotraficantes internacionales, siendo el más conocido el llamado caso Noriega (1989). Prorrogadas durante el mandato de Clinton, es a partir del 2001 cuando el programa de entregas extraordinarias (*High Value Detainee*) se generalizó como un instrumento *legítimo* para la detención y entrega de terroristas que exigía la colaboración, activa o pasiva, de las autoridades dónde el presunto delincuente fuera localizado para su posterior traslado a instalaciones bajo el control de los EEUU o de las autoridades locales, ya fueran bases militares o cárceles secretas, que devenían así en limbos jurídicos en los que no regía ni la legislación interna del receptor, ni la ley estadounidense ni el Derecho Internacional⁵⁵. El escándalo estalló en 2004 cuando en un programa televisivo de máxima

⁵³ C. Díaz Barrado, «El marco jurídico internacional de la lucha antiterrorista», en *Lucha contra el terrorismo y Derecho Internacional*, Cuadernos de Estrategia nº 133, Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Madrid, 2006, pp. 53-80.

⁵⁴ Sobre la cuestión de las entregas extraordinarias, cabe la consulta de: Amnistía Internacional: Informe: Estados Unidos: El programa secreto e ilegal de las «entregas extraordinarias», nº. 79, 2006; J. Santos Vara, «El desafío de las «entregas extraordinarias» a la protección internacional de los derechos humanos: la responsabilidad de los Estados Europeos», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 59, nº 1, 2007, pp. 175-196 y «Extraordinary Renditions: The Interstate Transfer of Terrorist Suspects without Human Rights Limits», en M. Glennon and S. Sur (ed), *Terrorism and International Law*, Nihjoff, 2008, pp. 551-583.; M. Hakimi, «The Council of Europe Addresses CIA Rendition and Detention Program», *The American Journal of International Law*, Vol. 101, nº. 2, april 2007, pp. 442-452; E. Salmón Gárate, «Las entregas extraordinarias y el acervo humanitario del Derecho internacional: ¿abre la nueva Administración americana alguna perspectiva de cambio?, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº. 21, 2009, pp. 227-263.

⁵⁵ La administración Bush promulgó el 12 de noviembre de 2001 la «Military Order on Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War», así como la «Detainee Treatment Act and

audiencia de la cadena ABC un ex agente de la CIA explicó la gestación de las mencionadas entregas. Haciéndose eco de sus declaraciones, en 2005 el diario «The Washington Post» y la ONG «Human Rights Watch» denunciaron públicamente que algunos de los vuelos y traslados ilegales habían tenido lugar en territorio o espacio aéreo de países miembros del Consejo de Europa, apuntando en particular hacia Polonia y Rumania.

A finales de ese mismo año el Consejo de Europa emprendió una investigación a tres bandas. La Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria designó como Relator al senador suizo Dick Marty, encomendándole la elaboración de un informe al respecto. Paralelamente, el Secretario General, Mr. Terry Davis invocó el art. 52 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para exigir a las autoridades nacionales información sobre aspectos relacionados con el control del espacio aéreo, la existencia de centros secretos de detención y las actuaciones de los servicios secretos de seguridad⁵⁶. A su vez, el relator Marty solicitó al pertinente órgano consultivo, la Comisión para la Democracia a través del Derecho, más conocida como «Comisión Venecia», que se pronunciara sobre cuatro cuestiones muy concretas, relativas a la compatibilidad entre tales prácticas y el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁷. A partir de esa opinión, Marty elaboró un Informe, presentado a la Asamblea Parlamentaria el 14 de junio de 2006 que reflejaba la existencia de una «tela de araña través del mundo» (*global spider's web*) de centros de detención y en el cual se concluía que catorce Estados partes habían estado implicados en las entregas extraordinarias, si bien con cuatro grados diferentes de participación⁵⁸. El Informe concluía que, a pesar de la escasa

the Military Commissions Act», disponibles en <http://www.whitthouse.gov>

⁵⁶ SG Inf(2006)01. Artículo 52. Indagaciones del Secretario General: «*A requerimiento del Secretario General del Consejo de Europa, toda Alta Parte Contratante suministrará las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de este Convenio.*»

⁵⁷ CDL-AD(2006)009 Opinion on the International legal obligations of Council of Europe member States in respect of secret detention facilities and inter-state transport of prisoners adopted by the Venice Commission at its 66th Plenary Session (17-18 March 2006). Las cuatro cuestiones en concreto eran las relativas a: 1) la compatibilidad entre las detenciones y el Convenio Europeo de Derechos Humanos; 2) la eventual responsabilidad de los Estados miembros del Consejo de Europa; 3) el propósito de los traslados ilegales y 4) las relaciones entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los restantes tratados internacionales asumidos a título individual por cada Estado parte. Al respecto M. Hakimi, «The Council of Europe Addressed CIA Rendition and Detention Program», *American Journal of International Law*, 2007, vol. 101, n° 2, p. 447 y ss.

http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?L=E&OID=363

⁵⁸ Los cuatro categorías fijadas en el Informe eran: Categoría A «*Stopover point*» o puntos de escala para el abastecimiento de los aviones en los que se realizaron los traslados: Prestwick, Shanon, Roma, Atenas, Azores, Bangor y Praga; Categoría B «*Staging points*» o aeropuertos de despegue o de inicio de las operaciones: Washington, Frankfurt, Adana-Incirlık (Turquía), Ramstein, Larnaca, Palma de Mallorca y Bazu (Azerbaijan); Categoría C «*One-off pick-up points*», o puntos de embarque de grupos de detenidos: Estocolmo, Banjul, Skopje, Aviano y Tuzla, y Categoría D, «*Detainee transfer/Drop-off points*» o puntos de destino cercanos a los centros de detención: El Cairo, Amman, Islamabad, Rabat, Kabul, Guantánamo, Timisoara-Bucarest, Tashkent, Algiers, Bagdad, y Szymany (Polonia).

colaboración de las autoridades gubernamentales, Rumania y posiblemente Polonia habían albergado en su territorio cárceles secretas controladas por la CIA; Reino Unido, Suecia, Italia, Alemania, Macedonia, Bosnia y Turquía habían participado en los secuestros y traslados de presuntos terroristas; y España, Irlanda, Chipre, Grecia, Portugal habían prestado su espacio aéreo e instalaciones⁵⁹. Trece días más tarde, el 27 de junio de 2006, la Asamblea Parlamentaria aprobó, por 96 votos a favor y 16 en contra, la Resolución 1507⁶⁰ en la que:

- exigía a los Estados Miembros que pusieran fin a las entregas, detenciones secretas y traslado de personas a cualquier lugar donde pudieran sufrir violaciones graves de sus derechos humanos;
- requería la apertura de investigaciones independientes tanto en EEUU como en Europa para que los responsables de tales prácticas ilegales comparecieran ante la justicia y las víctimas tuvieran acceso a una indemnización y;
- solicitaba la creación de una jurisdicción internacional competente para conocer del crimen de terrorismo, o en su defecto, que se atribuyera tal competencia a la Corte Penal Internacional, de cuyo Estatuto hay que recordar que los EEUU no son parte⁶¹. La reacción de la Asamblea Parlamentaria, además de estar en el origen de la investigación posterior emprendida por el Parlamento Europeo⁶², probablemente haya influido en la determinación manifiesta de Barak Hussein Obama de reubicar la estrategia antiterrorista estadounidense en el marco de la legalidad internacional⁶³.

⁵⁹ Doc. 10957 12 June 2006. Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states. <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc06/EDOC10957.htm>. Con posterioridad, el 7 de junio de 2007 Marty elaboró una segunda Informe sobre la materia http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2007/EMarty_20070608_NoEmbargo.pdf. Respecto a la implicación de España, J. Ruiloba Vilariño, «La responsabilidad de los vuelos secretos de la CIA. Especial referencia a España», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º. 24, 2006, pp. 541-572 y F. Lozano Contreras, «Convicts in Air: Implementation by the CIA of the extraordinary rendition programme in European Territory. Especial reference to Spanish practice», *Spanish Yearbook of International Law*, n.º 12, 2007, pp. 51-79.

⁶⁰ Resolución 1507, Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states, del 27.06.2006, así como la Recomendación 1754, de la misma fecha, Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states.

⁶¹ Con esta petición la Asamblea Parlamentaria se hacía eco de las demandas de un conjunto de ONGS que ya en diciembre de 2003 firmaron una «Declaración conjunta sobre la necesidad de un mecanismo internacional de supervisión de la lucha contra el terrorismo con los Derechos Humanos» cuyo texto puede consultarse en <http://www.derechos.org/nikzor/terror/dhterror.html>

⁶² Vid. al respecto I. Guardans Cambó «Entregas extraordinarias, torturas y vuelos de la CIA», en *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional, Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, A. Cuerda Riazú y F. Jiménez García (directores), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 47-72.

⁶³ Una semana después de su investidura, acaecida el 4 de noviembre de 2008, Obama aprobó varios decretos presidenciales de extraordinario alcance: ordenó el cierre de Guantánamo en el plazo de un año; revocó la interpretación que se había dado al artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra; prohibió la práctica de la tortura y otros tratos crueles en los interrogatorios de los presuntos terroristas; decretó el cierre de las cárceles secretas; ordenó que se permitiera que la Cruz Roja Internacional pudiera tener contactos con los detenidos acusados de terrorismo y

3.1.2. *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Junto a la Asamblea Parlamentaria, el viraje de la lucha legal a la guerra legítima contra el terrorismo repercutió lógicamente en la labor desempeñada por el órgano jurisdiccional del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La jurisprudencia relacionada directa o tangencialmente con el fenómeno terrorista es muy prolija y desborda los límites del presente análisis, por lo que nos circunscribimos a aquellas sentencias más recientes que, a nuestro juicio, inciden en el reequilibrio del binomio terrorismo-derechos humanos.

A. La primera sentencia de referencia data del 30 de junio de 2005, «*Bosphorus Airways contra Irlanda*», y resuelve un recurso presentando contra la retención y confiscación en Dublín en mayo de 1993 de un avión de bandera yugoslava alquilado por la demandante, una compañía aérea turca, en aplicación de un Reglamento comunitario que ejecutaba las sanciones económicas y el embargo aéreo impuestos por el Consejo de Seguridad de la ONU contra la antigua República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) y cuya compatibilidad con el derecho primario había sido confirmada merced a una cuestión prejudicial previamente planteada por el Tribunal Supremo de Irlanda. Profundizando en la complejidad de las relaciones entre jurisdicciones señalada en la sentencia *Matthews*, de 18 de febrero de 1999, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos abre una vía indirecta de revisión de los actos comunitarios que tengan su origen en decisiones del Consejo de Seguridad relativas a la lucha antiterrorista a través de la llamada «*regla de la protección equivalente*», según la cual las normas comunitarias que dan cumplimiento a resoluciones del Consejo de Seguridad son compatibles con el Convenio Europeo de Derechos Humanos siempre que puedan ser objeto de recurso ante un sistema jurisdiccional equivalente al exigido por el art. 6 (tribunal independiente, imparcial, causa pública y justa y respeto de los derechos de los acusados). En caso contrario, de no existir tal sistema de recursos o ser insuficiente, el Tribunal podría declararse competente para conocer la legalidad de la normativa comunitaria en cuestión⁶⁴, lo que en el caso concreto

paralizó los procesos en curso en tribunales militares creados bajo la administración Bush. Si bien algunas de estas medidas han sido objeto de rebajas y/o aplazamientos, como en el caso del cierre de Guantánamo, inicialmente previsto para enero del 2010, suponen una auténtica reordenación de la política antiterrorista estadounidense y de sus vínculos de cooperación con Europa y una aceptación inequívoca de la necesidad de re-equilibrar el binomio terrorismo-derechos humanos. Sobre el particular, S.D. O'Connor, «Balancing Security, Democracy and Human Rights in the Age of Terrorism», *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, vol. 47, n° 1, p. 6 y ss; J. Tovar Ruiz, «La Política Europea de Barak Obama: Tres meses de nueva relación transatlántica», *ARI* N° 66, 2009; K. Roth, «Obama's Prisoners Dilemma», *Foreign Affairs*, march 2009; A. Dworkin, «EEUU-UE; más allá de la «guerra contra el terrorismo», *Política Exterior*, 2009, n° 130, julio-agosto, pp. 79-92.

⁶⁴ Y. Cacho Sánchez, «La aplicación de sanciones económicas a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005, asunto *Bosphorus Airways c. Irlanda*», *Revista General de Derecho Europeo*, n° 8, octubre 2005; C. Antón Guardiola, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 28, 2007: STDH 30.06.2005, *Bosphorus Airways* 45036/98 *Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

le convertía en garante último de las políticas antiterroristas adoptadas por los Estados Miembros de la UE⁶⁵.

B. La segunda sentencia clave, «*Saadi contra Italia*», de 28 de febrero de 2008 (Application N° 37201/06⁶⁶) trae causa en una demanda de un nacional tunecino residente en Milán, Nassim Saadi, quien fue condenado en Italia por un delito de conspiración criminal a una pena de cuatro años y seis meses, tras cuyo cumplimiento sería deportado a Túnez. En el intervalo, Saadi fue condenado *in absentia* en Túnez a veinte años de prisión por pertenencia a organización terrorista. Justo antes de su deportación, solicitó primero asilo político y después permiso de residencia en Italia, peticiones ambas rechazadas, tras lo que interpuso una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que si finalmente la orden de deportación se ejecutaba, corría un peligro real de ser sometido a torturas o trato inhumano o degradante (art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), ya que el gobierno italiano no había obtenido del tunecino garantías absolutas de que no sucedería así. La aportación más destacable del Tribunal reside en afirmar que en la lucha contra el terrorismo los Estados Miembros del Consejo de Europa pueden, en aras de la seguridad nacional, limitar y/o derogar ciertos derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero otros, como el derecho a la vida y la prohibición de la tortura (arts. 2 y 3) son absolutos y no admiten excepción alguna, ni siquiera en supuestos de amenaza terrorista o criminalidad organizada, ya que en la lucha contra el terrorismo no todo vale:

«137. The Court notes first of all that States face immense difficulties in modern times in protecting their communities from terrorist violence. It cannot therefore underestimate the scale of the danger of terrorism today and the threat it presents to the community. That must not, however, call into question the absolute nature of Article 3».

En la misma línea, la opinión concurrente de los jueces Myjer y Zagrebelsky, que tiene el valor añadido de invocar expresamente las «*Líneas Directrices sobre derechos humanos y lucha contra el terrorismo*» aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de julio de 2002. Después de recordar que en este documento se consagra el deber de los Estados partes de proteger a su población frente a posibles actos terroristas y de asegurar, en la medida de lo posible, el derecho de los ciudadanos a vivir sin miedo, ambos jueces subrayan el vínculo entre lucha antiterrorista y derechos humanos en los siguientes términos:

⁶⁵ «Fragmentación o consolidación de la protección de los Derechos Fundamentales: el papel de los tribunales europeos» Transcripción de la conferencia pronunciada por los Profesores Doctores D. José Antonio Pastor Ridruejo y D. Gil Carlos Rodríguez Iglesias, pronunciada en FRIDE el 28 de octubre de 2004; También S. Sanz Caballero, «Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo). ¿Quién es la última instancia en la protección de los derechos fundamentales en Europa?», Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2004, n° 17, pp. 117-157.

⁶⁶ 49 European Human Rights Reports, Part 4, 2009, pp. 730-778.

«0-119 (...) Upholding human rights in the fight against terrorism is first and foremost a matter of upholding our values, even with regard to those who may seek to destroy them. There is nothing more counterproductive than to fight fire with fire, to give terrorists the perfect pretext for martyrdom and for accusing democracies of using double standards. Such a course of action would only serve to create fertile breeding grounds for further radicalisation and the recruitment of future terrorists».

C. En la sentencia de 19 de febrero de 2009, «A y Otros contra el Reino Unido» (Application N° 3455/05)⁶⁷, once extranjeros residentes en el Reino Unido (siete argelinos, un jordano, un tunecino, un marroquí y un apátrida de origen palestino, entre los que se encontraba Abu Qutada, considerado la mano derecha de Bin Laden en Europa) demandaron al gobierno británico por considerar que las detenciones de las que habían sido objeto en virtud de la «*Anti-Terrorism, Crime and Security Act*» de 2001, además de vulnerar al derecho a la libertad y la seguridad (art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), eran discriminatorias, en la medida en que establecían diferencias injustificadas de trato entre los nacionales británicos y los extranjeros sospechosos de pertenecer o colaborar con Al-Qaeda.

A nuestro juicio, en esta tercera sentencia sobresalen dos aspectos en la consolidación del binomio terrorismo-derechos humanos. En primer lugar, que al plantearse el derecho aplicable el Pleno del Tribunal sigue la senda abierta por los jueces Myjer y Zagrebelsky en el asunto «Saadi», y recurre a dos instrumentos jurídicos del Consejo de Europa: la Resolución 1271(2002) de la Asamblea Parlamentaria, en la que se afirma que la lucha contra el terrorismo debe llevarse a cabo sin excepcionar la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y más concretamente sin recurrir al derecho de derogación «*en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación*» previsto en el artículo 15; y las ya aludidas «*Líneas Directrices sobre derechos humanos y lucha contra el terrorismo*» cuyo principio II (prohibición de la arbitrariedad) reproduce textualmente:

«All measures taken by States to fight terrorism must respect human rights and the principle of the rule of law, while excluding any form of arbitrariness, as well as any discriminatory or racist treatment, and must be subject to appropriate supervision».

Precisamente la forma en que se aborda el alcance del derecho a la libertad y la protección frente a cualquier intromisión arbitraria del Estado en forma de detención irregular constituye el nudo del fallo y la segunda nota a resaltar, ya que el Tribunal traslada el debate desde el plano de la legitimidad al de la legalidad para refutar los argumentos esgrimidos por el gobierno británico. Así, rechaza que se hubiera probado que los presuntos terroristas musulmanes de nacionalidad británica contestaran su detención sin cargos con mayor contundencia que los musulmanes extranjeros. A continuación, desestima la idea de que el Estado puede afrontar con mayor eficacia la lucha antiterrorista si está facultado para decretar el encarce-

⁶⁷ 49 European Human Rights Reports, Part 4, 2009, pp. 625-729.

lamiento de quienes constituyen su principal amenaza, los extranjeros, en condiciones diferentes a la de los nacionales, en la medida en que no existía una sola evidencia sólida de que los extranjeros fuesen una amenaza terrorista mayor de la que suponían los propios británicos. Lo relevante no es, como alegaba el gobierno británico, que pudiera privarse de libertad a personas contra las cuales, como sucedía con los demandantes, se hallaba en curso un procedimiento de expulsión o extradición (art.5.1.f), sino el hecho de que tales detenciones, justificadas en términos de legitimidad, ya que se trataba de presuntos terroristas internacionales cuya sola presencia en el Reino Unido suponía un riesgo para la seguridad nacional, eran ilegales en tanto que desproporcionadas y discriminatorias.

En otras palabras, el Tribunal reitera que el Convenio Europeo de Derechos Humanos permite la suspensión o derogación de derechos fundamentales como la libertad «*en situaciones excepcionales de peligro público que amenace la vida de la nación*», pero rechaza que, en aplicación de la legislación antiterrorista británica, se pudiera discriminar injustificadamente entre nacionales y extranjeros, concluyendo que los internamientos y la detención preventiva sin cargo sufridas por los demandantes contravenían las exigencias de legalidad contempladas en el art. 5⁶⁸.

D. Finalmente, no podemos orillar la sentencia de 30 de junio de 2009, «*Herri Batasuna y Batasuna contra España*» (Rêquetes N^os 25803/04 et 25817/04), que demuestra que la configuración jurisprudencial por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del binomio terrorismo-derechos humanos dista mucho de ser unidireccional, en el sentido de que no protege sólo los derechos y libertades individuales –incluso los de los presuntos terroristas– frente al Estado, sino que también reacciona en el caso de que los ataques a las garantías y la dignidad humana provengan de particulares o asociaciones que practican el terror, victimizando a «los otros», es decir, al conjunto de la sociedad.

El origen del caso está en las demandas presentadas por dos partidos políticos vascos, Herri Batasuna y Batasuna, que alegaban que la Ley Orgánica 2/2002, de 27 de junio, sobre los Partidos Políticos, vulneraba la libertad de expresión y asociación (arts. 10 y 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) en la medida en que su objetivo último, desproporcionado e innecesario en una sociedad democrática, era eliminar de la vida política la opción independentista que ellos representaban mediante su disolución forzada. Frente a la pretensión de los demandantes, el Tribunal ha estimado que las órdenes de disolución perseguían los fines legítimos enunciados en el artículo 11 del mencionado Convenio, sobre todo el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden democrático y la protección de los derechos y libertades de la ciudadanía vasca⁶⁹. El 11 de diciembre de

⁶⁸ J. Bonnet Pérez, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la existencia de una amenaza excepcional en el Reino Unido tras los atentados del 11-s de 2001: ¿continuidad o evolución en su jurisprudencia frente a la violencia terrorista?» *Revista General de Derecho Europeo*, 2009, n^o. 19.

⁶⁹ « 91. Par conséquent, la Cour se rallie aux arguments du Tribunal suprême et du Tribunal constitutionnel, et considère que les actes et les discours imputables aux partis politiques requérants constituent un ensemble donnant une image nette d'un modèle de société conçu et prôné par les

2009, la Gran Sala confirmó el fallo inicial, que deviene por tanto firme, al rechazar por unanimidad los recursos de revisión presentados por las representaciones de las dos formaciones ilegalizadas y por dirigentes políticos a título particular, ratificando en todos y cada uno de sus aspectos la sentencia de 30 de junio e indirectamente, la posición defendida por la justicia (Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) española.

3.2. LA UNIÓN EUROPEA Y LA «GUERRA» CONTRA EL TERRORISMO: ENTRE LA AQUIESCENCIA Y LA CONTESTACIÓN

De forma paralela a la trayectoria del Consejo de Europa que acabamos de exponer, parece que puede afirmarse que con anterioridad al 2001 la estrategia de la UE en la lucha contra el terrorismo se singularizaba por dos características.

En primer lugar, por un abordaje del problema terrorista como un fenómeno complejo, en el que cobraba tanta importancia las causas como los efectos y cuya solución, a partir de la búsqueda de una definición común del concepto de terrorismo, se afrontaba desde el plano de la legalidad, en el marco del Estado de derecho y el respeto escrupuloso de los derechos humanos.

En segundo lugar, la lucha contra el terrorismo implicaba *ad intra* el recurso a un abanico de instrumentos normativos y la coordinación de todas las instituciones comunitarias. De lo anterior dan fe el Informe aprobado por el Parlamento Europeo (PE) el 5 de julio de 2001 sobre la situación de los derechos humanos en el que expresa su preocupación por la regulación del terrorismo en las legislaciones penales de los Estados Miembros, y la Resolución de 21 de septiembre de 2001 en la que el Parlamento se opuso a la conclusión de un acuerdo de extradición con los EEUU, aprobado posteriormente en 2003, por considerar que no contemplaba las debidas garantías de los presuntos terroristas⁷⁰.

Sin embargo, parece también que los atentados del 11-S suponen un punto de inflexión en la posición de la UE, que se manifiesta en la decisión de los Estados Miembros, recogida en el «Plan de Acción» de 2001 aprobado por el Consejo Europeo, de vertebrar la política antiterrorista a través de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), en perjuicio de otros pilares y ámbitos competenciales en los que rigen procedimientos de adopción de decisiones y mecanismos de control que, a priori, casaban mal con la pretendida eficacia de la lucha antiterrorista⁷¹. La sustanciación de la estrategia antiterrorista a través de la PESC, aunque con apoyos en la política comunitaria de interior y en el Espacio Europeo de Seguridad, Libertad y Justicia, tiene consecuencias en cuanto a la elección de los tipos de

partis et qui serait en contradiction avec le concept de « société démocratique » (voir, a contrario, l'affaire Partidul Comunistilor (Nepecești) et Ungureanu, précitée). Partant, la sanction infligée aux requérants par le Tribunal suprême, confirmée par le Tribunal constitutionnel, même dans le cadre de la marge d'appréciation réduite dont disposent les Etats, peut raisonnablement être considérée comme répondant à un « besoin social impérieux ».

⁷⁰ Informe Cornillet sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea (A5-0223/2001).

⁷¹ A propósito, C. Ramón Chornet, «Desafíos de la lucha contra el terrorismo: la estrategia de la Unión Europea tras el 11 de septiembre», Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja, n° 10, julio 2002.

normas comunitarias a las que cabe o no recurrir pero, sobre todo, implica una limitación notoria del papel del Parlamento Europeo y una ausencia de control jurisdiccional directo, dos elementos cruciales en el binomio terrorismo-derechos humanos. Así pues, nos encontraríamos en un escenario en el que, en términos generales, los Estados Miembros de la UE han asumido la lógica de la seguridad en detrimento de la libertad y la garantía de los derechos, desmintiendo la complaciente idea de la existencia de un «*European way to fighting terrorism*» diferente y más respetuosa con los derechos humanos que la estadounidense⁷². En ese escenario, de forma similar a lo sucedido en el Consejo de Europa, las instituciones que han puesto de manifiesto las contradicciones entre la retórica y la realidad de la política antiterrorista de la UE han sido el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

3.2.1. *La respuesta del Parlamento Europeo*

La primera reacción del Parlamento Europeo frente a la guerra contra el terrorismo se produjo en respuesta al asunto de las entregas extraordinarias y los vuelos de la CIA en Europa. A partir de la premisa del respeto a los principios que garantizan la protección de los derechos y libertades fundamentales (art. 6 y 7 del TUE) y tomando en consideración las investigaciones realizadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Parlamento adoptó, el 15 de diciembre de 2005, una Resolución que condujo el 18 de enero de 2006, a la aprobación de una Decisión por la que se constituyó una Comisión Temporal de Investigación para comprobar la veracidad de las informaciones que aseguraban que varios Estados Miembros habían colaborado, por acción u omisión, con las autoridades estadounidenses en la detención y transporte ilegal de prisioneros sospechosos de terrorismo⁷³. En un plazo de cuatro meses la Comisión debería presentar al Parlamento un Informe provisional con conclusiones y propuestas, que fue aprobado por el Pleno el 6 de julio de 2006 y en el que, dada la verosimilitud de las sospechas, se insistía en la necesidad de profundizar en las investigaciones. El eslabón final de dicha investigación fue el Informe definitivo, conocido como «Informe Fava»⁷⁴, presentado el 30 de enero de 2007 y aprobado el 14 de febrero de 2007 en el que: – Se afirmaba que las entregas extraordinarias «*conllevan múltiples violaciones de los derechos humanos, y en particular violaciones del derecho a la libertad y la seguridad, del*

⁷² A.F. Fernández Tomás, «Seguridad internacional y terrorismo. Modelo norteamericano versus modelo europeo de respuesta», en *Pacis Artis: Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Universidad Autónoma de Madrid, 2004, pp. 249-271.

⁷³ Resolución, de 15 de diciembre de 2005, sobre la presunta utilización de países europeos, por parte de la CIA, para el transporte y la detención ilegal de presos, (DO C 286 E de 23.11.2006, p. 509); Decisión, de 18 de enero de 2006, por la que se constituye una comisión temporal sobre la presunta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (DO C 287 E de 24.11.2006, p. 159); Resolución, de 6 de julio de 2006, sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos.

⁷⁴ Informe Final de la Comisión Temporal sobre la Supuesta Utilización de Países Europeos por la CIA para el Transporte y la Detención Ilegal de Presos, A6-0020/2007, 30 de Enero de 2007.

derecho a la protección frente a la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, del derecho a una tutela judicial efectiva y, en casos extremos, del derecho a la vida» (considerando F);

– Se recordaba que el principio de inviolabilidad de la dignidad humana, consagrado en la legislación internacional, en las Constituciones de los Estados Miembros y garantizado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos «no puede menoscabarse, ni siquiera por razones de seguridad, ni en tiempo de paz ni en tiempo de guerra», ya que «en democracias en las que el respeto del Estado de Derecho es un elemento consustancial, la lucha contra el terrorismo no puede ganarse si se sacrifican o limitan los principios que el terrorismo pretende destruir, en particular la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (considerando H).

– Se concluía que las entregas extraordinarias eran contraproducentes (párrafo 41) ya que «los derechos del individuo y el pleno respeto de los derechos humanos contribuyen a la seguridad», estimando por ello necesario que, «en el equilibrio entre las exigencias de la seguridad y los derechos del individuo, se respeten plenamente y en todo momento los derechos humanos, de forma que se garantice que los sospechosos de terrorismo son juzgados y condenados conforme a derecho»⁷⁵.

Al margen de controles específicos para supuestos excepcionales como éste, el Parlamento Europeo viene supervisando el binomio terrorismo-derechos humanos a través de los mecanismos ordinarios de control parlamentario es decir, mediante la aprobación de los presupuestos, las preguntas parlamentarias, la introducción de cláusulas antiterroristas en los acuerdos concluidos con terceros Estados, etc.⁷⁶. No obstante, junto al recurso a procedimientos clásicos, el Parlamento está empeñado en reforzar su papel en los «instrumentos institucionales» de la lucha antiterrorista. Consiguientemente, no reclama para sí nuevas o mayores competencias, sino que

⁷⁵ Resolución del Parlamento Europeo sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (2006/2200(INI), miércoles, 14 de febrero de 2007, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0032+0+DOC+XML+V0//ES>. Al respecto, J.J. Becerra Ramírez; A.F. Hernández Godínez; R. Barba Álvarez, «Los tres sistemas de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y las medidas excepcionales contra el terrorismo: el caso de las extradiciones extraordinarias (extraordinary renditions) especial referencia al caso español», Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 42, n. 49, 2008, p. 13-28.

⁷⁶ Véase por ejemplo como gracias al PE en los Presupuestos del 2004 se instó la creación de un Proyecto Piloto sobre terrorismo, o como en las perspectivas financieras del 2007-2013 la partida presupuestaria para la lucha contra el terrorismo se eleva a 40 millones de euros anuales o como, por ejemplo, la investigación y desarrollo relacionados con la seguridad ocupan un lugar preponderante en el 7.º Programa Marco de Investigación (2007-2013), que ha reservado una dotación de 1 400 millones de € para este propósito. En otro plano, las cláusulas antiterroristas incluidas en los tratados firmados con países como Argentina, Chile, Líbano o Egipto, o, más recientemente en la renovación de los acuerdos de Cotonú o el proyecto de tratado con Paquistán sobre lucha contra el terrorismo. L. Thieux, «La Unión Europea frente al terrorismo global», en Papeles de Cuestiones Internacionales, 2004, n.º 86, pp. 95-103, disponible en <http://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/PDF Papeles/82-86/THIEUX>. Sobre las cláusulas antiterroristas y la protección de los derechos humanos, C. Márquez Carrasco, «Human Rights in the External Relations of the European Union: an analysis of legal basis, policies and instruments», Revista General de Derecho Europeo, 2009, n.º 19.

se limita a solicitar la reactivación de la cooperación con otras instituciones y el respeto del marco legal existente. En este orden de cosas, conviene subrayar su insistencia en la celebración de las reuniones periódicas a tres bandas (Consejo-Comisión-PE) previstas en el «Diálogo Político de Alto Nivel» instituido en el «Plan de Acción sobre la Lucha contra el Terrorismo» de 30 de noviembre de 2005.

Pero, sobre todo, el Parlamento viene demandando su inclusión en las fases «ascendente» y «descendente» del procedimiento de adopción de la política antiterrorista. Respecto a la fase ascendente, en aplicación del artículo 21 del TUE y del Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento y el Consejo de 20 de noviembre de 2002 sobre el acceso a la información en materia de seguridad y defensa, el Parlamento exige que el Consejo le informe y consulte sobre las opciones básicas de la lucha antiterrorista. Respecto a la fase descendente, requiere a la Comisión y al Coordinador Europeo para la Lucha contra el Terrorismo la presentación de informes anuales sobre las actuaciones adoptadas en la materia.

En suma, el Parlamento Europeo reivindica la necesidad de un control parlamentario a nivel de la Unión que vele por el equilibrio en el binomio terrorismo-derechos humanos con medios, y quizás también con dificultades, similares a los existentes a nivel nacional.

3.2.2. *El control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

En este entramado institucional falta la viga maestra del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuyo control jurisdiccional se ha intensificado y diversificado tras la asunción por los Estados Miembros del predominio de la seguridad sobre la libertad.

A modo de precedente, en 2006 el Tribunal se pronunció a propósito de un recurso presentado por el Parlamento Europeo sobre la cuestión de la protección de datos personales de los usuarios de líneas aéreas, en el asunto PNR (*Personal Name Records*), anulando tanto la Decisión del Consejo que autorizaba la firma de un tratado con los EEUU para que las Compañías aéreas europeas le transfirieran los datos personales de sus viajeros como la Decisión de la Comisión que consideraba que, a estos efectos, EEUU protegía los datos de manera adecuada⁷⁷. Casi simultáneamente, ha debido afrontar una cascada de asuntos en los que se ha cuestionado si la normativa adoptada por la UE para dar cumplimiento a las resoluciones del

⁷⁷ STJCE (Gran Sala) *Personal Name Records*, asuntos acumulados C-371/04 y C-318/04, de 30 de agosto de 2006. Al respecto A. Rodríguez-Vergara Díaz, «Derechos Fundamentales, lucha antiterrorista y espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. De nuevo en torno a las listas antiterroristas y la intimidad de los usuarios de las líneas aéreas», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 10, 1^o semestre 2006, pp. 219-234; También M. Mendez, «Passenger Name Record Agreement: European Court of Justice. Annulment of Commission Adequacy Decision and Council Decision concerning conclusion of Passenger Name Record Agreement with US. Grand Chamber Judgment of 30 may 2006, joined cases C-317/04 and C-318/04, «European Parliament v. Council and Commission», *European Constitutional Law Review*, 2007, vol. 3, n^o 1, pp. 127-147.

Consejo de Seguridad de la ONU que ordenaban la imposición de medidas coercitivas contra personas físicas y jurídicas vulneraban derechos fundamentales tales como el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva.

En realidad, como ha señalado con acierto el prof. Jiménez García, el problema va mucho más allá de la mera resolución de los recursos de anulación de diferentes Reglamentos comunitarios planteados en los asuntos «*Yusuf/Al Barakat*» y «*Kadi*», de 21 de septiembre de 2005; en «*Ayadi/Hassan*», de 27 de septiembre de 2006, o en «*Modjahedines del Pueblo de Irán*» y «*Segi/ Gestoras pro Amnistía*», de 27 de febrero de 2007, ya que tiene que ver con una cuestión de fondo, que es hasta qué punto la guerra contra el terrorismo ha alimentando una nueva categoría de «actos políticos» o de gobierno internacionales, exentos de cualquier tipo de control, ya sea parlamentario o jurisdiccional o si, por el contrario, los Estados Miembros de la UE pueden y deben verificar la ejecución de dichos actos de conformidad con las normas internas e internacionales que exigen el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de manera que «*las medidas de seguridad resulten judicialmente fiscalizables sin por ello perder efectividad*»⁷⁸.

La respuesta jurisprudencial a dicho interrogante no ha resultado unívoca y quizás tampoco sea definitiva. Así, como es de sabido, el Tribunal de Primera Instancia (TPI) en los asuntos «*Yusuf*» y «*Kadi*» rechazó inicialmente la posibilidad de controlar la legalidad de los Reglamentos comunitarios impugnados, argumentando que tal control implicaría un pronunciamiento indirecto acerca de la validez de las Resoluciones del Consejo de Seguridad que están en el origen de las sanciones recurridas, pronunciamiento que resultaría contrario al art. 307 del Tratado de la CE y al 103 de la Carta de las Naciones Unidas, si bien se reservó la posibilidad de realizar un control en abstracto cuando las Resoluciones del Consejo de Seguridad violaran gravemente el *ius cogens* o derecho imperativo, lo que en el caso no sucedía puesto que el derecho a la tutela judicial efectiva que los recurrentes consideraban vulnerado ni es un derecho absoluto ni forma parte del orden público internacional.

Esta primera decisión parecía haber desequilibrado el binomio terrorismo derechos humanos. Sin embargo, el 3 de septiembre de 2008 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas casó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia. Haciendo suyas las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, la Gran Sala negó la pretendida «*inmunidad de los actos comunitarios que ejecutaban las Resoluciones del Consejo de Seguridad*», declarando la nulidad del Reglamento recurrido por vulnerar los derechos fundamentales de defensa y tutela judicial efectiva, y concluyendo que los tribunales comunitarios deben verificar que todos la normativa europea, inclusive la que ejecuta Resoluciones del Consejo de Segu-

⁷⁸ F. Jiménez García, «Tutela judicial efectiva, pilares intergubernamentales de la Unión Europea y Naciones Unidas o viceversa. El periplo comunitario marcado por los asuntos Yusuf/Kadi, Ayadi/Hassan. Modhaidines del pueblo de Irán y Segi/Gestoras, en *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional, Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, A. Cuerda Riaz y F. Jiménez García (directores), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 411-463.

ridad, resulte compatible con los derechos fundamentales que forman parte integrante del Derecho Comunitario⁷⁹.

El cambio de rumbo provocó que tanto el Tribunal de Primer Instancia como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas abrieran nuevas vías en los asuntos «Modjahedines del Pueblo» y «Segi/Gestoras Pro Amnistía» (Sentencias del TJCE, Gran Sala, de 27 de febrero de 2007)⁸⁰, asentada en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 11 de junio de 2009, en el asunto «*Omar Mohammed Othman contra el Consejo y la Comisión*».

Este último caso resuelve una demanda presentada por un nacional jordano, residente en Reino Unido desde 1993, donde obtuvo asilo político provisional en 1994, pese a lo cual había sido detenido en reiteradas ocasiones desde 2001 hasta 2008 en aplicación del Reglamento CE n. 881/2002, por el que se imponían medidas restrictivas contra personas y entidades vinculadas a Bin Laden, la red de Al-Qaeda y los talibanes y sobre el que actualmente pesa una orden de extradición no ejecutada, a la espera de que se resuelva un segundo recuso interpuesto ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El motivo principal alegado por el demandante era la vulneración de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva que implicaba el hecho de que, en aplicación del Reglamento impugnado, se le hubieren incautados sus bienes y congelados sus fondos económicos sin que en ningún momento las instituciones comunitarias le hubieran informado de los datos utilizados en su contra justificativos de las medidas restrictivas que le fueron impuestas, ni tampoco se le permitiera exponer su punto de vista ni presentar prueba alguna en su defensa. A juicio del demandante «*la decisión de incluirlo en la lista adjunta del Reglamento impugnado es una decisión totalmente política del Consejo de Seguridad, adoptada sin tener en cuenta en absoluto las normas sobre práctica de la prueba o sobre equidad, siguiendo unos procedimientos totalmente extrajudiciales, respecto de la cual no existe ningún cauce jurídico ni cuasi judicial de impugnación*». El Tribunal de Primera Instancia hizo suya estas alegaciones,

⁷⁹ Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05. «326. Se deduce de las consideraciones precedentes que, con arreglo a las competencias que les confiere el Tratado CE, los tribunales comunitarios deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, control que también se extiende a los actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como el Reglamento controvertido. 327. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al declarar, en los apartados 212 a 231 de la sentencia recurrida Kadi y 263 a 282 de la sentencia recurrida Yusuf y Al Barakaat, que de los principios que regulan las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional creado por las Naciones Unidas y el ordenamiento jurídico comunitario se deduce que el Reglamento controvertido, por estar destinado a aplicar una resolución aprobada por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que no deja ningún margen de apreciación al efecto, debe disfrutar de inmunidad de jurisdicción en cuanto a su legalidad interna, salvo en lo que respecta a su compatibilidad con las normas que forman parte del *ius cogens*»

⁸⁰ V. Bou Franch, «TPI Sentencia de 12.12.2006, Organización Mujahedin del Pueblo de Irán / Consejo, T-228/02. PESC. Medidas antiterrorismo y Derechos humanos», Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2007 n.º 26, pp. 157-169.

decretando por tanto la nulidad del referido Reglamento comunitario en la medida en que afectaba al recurrente.

4. Reflexiones finales

De lo hasta aquí expuesto se desprende que hay indicios -que no certezas- para pensar que seguridad y libertad pueden ser objetivos compatibles y que tanto el Consejo de Europa como la UE ofrecen marcos útiles de referencia para que, en la búsqueda del equilibrio en el binomio terrorismo-derechos humanos, Europa deje de ser parte del problema y devenga, por fin, en parte de la solución.

En todo caso, conviene huir de la autocomplacencia. Los informes de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y del Parlamento Europeo sobre la existencia de vuelos y cárceles secretas constatan la implicación de la mayor parte de los Estados europeos en prácticas antiterroristas contrarias al Derecho Internacional y a los derechos humanos, y lo que es aún peor, la reticencia de socios como Rumania y Polonia a colaborar en el esclarecimiento y depuración de responsabilidades por estos hechos, en claro contraste con la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2009 por un tribunal de Milán en la que se condena a veintitrés ex agentes de la CIA a penas de entre cinco y ocho años de prisión por su implicación en el secuestro y traslado ilegal desde Italia del imán Abú Omar.

Tampoco puede soslayarse el dato de que en la campaña de las últimas elecciones al Parlamento Europeo, celebradas el 7 de junio de 2009, el debate acerca de la lucha antiterrorista y su impacto en el respeto de los derechos y libertades fundamentales brilló por su ausencia. De hecho, el Partido Popular Europeo y el Partido Socialista se limitaron a formular sendas declaraciones sobre la necesidad de ampliar la política antiterrorista y mejorar su coordinación, y sólo el minoritario Partido de la Izquierda Europea planteó propuestas concretas, aunque discutibles, como la abolición de la lista europea de organizaciones terroristas.

A ello hay que añadir que habría que acelerar la implementación del Tratado de Lisboa, cuyas previsiones se revelan cada día más necesarias, sobre todo en lo relativo a la supresión de la estructura de pilares intergubernamentales, que quedarán integrados en el sistema único legislativo y de control jurisdiccional comunitario, la adhesión de la UE al CEDH, la competencia del TJCE para pronunciarse sobre la nulidad de los decisiones adoptadas en el marco de la PESC que establezcan medidas restrictivas para personas físicas o jurídicas, y, muy especialmente, la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales como parámetro de legalidad comunitaria, cuestionada por el Protocolo en su día impuesto por Polonia y Reino Unido y al que recientemente se ha sumado la República Checa⁸¹.

⁸¹ Diario Oficial de la Unión Europea, C 306/156, de 17.12.2007. Protocolo sobre la Aplicación de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido.

Artículo 1: La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma.

En el legado que Europa aporta al mundo se cuenta la ignominia holocausto, pero también logros como el Convenio de Roma para la protección de los derechos y libertades fundamentales. Europa escucha la voz de quienes, desde la sociedad civil, denuncian las violaciones de los derechos humanos perpetradas so pretexto de la lucha antiterrorista, pero a la par, parte de los gobiernos y la opinión pública europea, criminalizan la inmigración, vinculándola con el terrorismo de los «nuevos euro-islamistas»⁸².

Según el «Consejo Europeo Relaciones Exteriores», prestigioso «*think tank*», la UE está perdiendo su reputación y capacidad de liderazgo en la protección de los derechos humanos y el multilateralismo. De hecho, el declive es notorio en foros como la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en los cuales viene demostrando una preocupante incapacidad para recabar, como antaño, la adhesión de terceros países. Como muestra un botón: en la década de 1990 la UE sumó un 72% de apoyos en las votaciones en la Asamblea General de la ONU relativas a la salvaguarda de los derechos fundamentales, mientras que en dos últimas sesiones plenarias los porcentajes han caído hasta el 48% y el 55%. La decadencia europea contrasta con las adhesiones recabadas en la materia por China o Rusia, que no son precisamente campeones de los derechos humanos. El dato es aún peor en el nuevo Consejo de Derechos Humanos donde, desde su constitución en 2006, la UE está en minoría, lo que le ha llevado a perder más de la mitad de las votaciones⁸³.

No existe la fórmula mágica para revertir esta peligrosa tendencia pero, en cualquier caso, además de reconstruir la alianza transatlántica con la administración Obama, parece necesario contrarrestar la acusación de «doble rasero», la distancia entre la retórica y la práctica europea, incrementando la transparencia y la coordinación en el seno del Consejo de Europa y de la UE. Si hay algún signo que pueda servir de seña de identidad común europea en la gobernanza mundial, más que banderas, himnos o tratados, es la defensa de la legalidad internacional y el compromiso inequívoco con los derechos humanos en situaciones excepcionales como las derivadas de la lucha antiterrorista.

En este orden de cosas, el presente análisis demuestra que tanto en el marco del Consejo de Europa como de la UE se han desarrollado instrumentos político-jurídi-

2. En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional.

Artículo 2: Cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia o del Reino Unido.

⁸² M. Grajny, «The European Union counterterrorism policy before and after the 9/11 attacks: to what extent does the EU have an integrated policy towards terrorism?», The Tischner European University. November 2008, disponible en <http://www.terrozym.com/article/481/The-European-Union-counterterrorism-policy-before-and-after-the-9-11>.

⁸³ R. Gowan and F. Brantner, «A Global Force for Human Rights? An Audit of European Power at the UN», European Council on Foreign Relations, ecfre.eu, September 2008.

cos aptos para servir de referentes mundiales en la construcción del binomio lucha antiterrorista-derechos humanos, pero también que queda mucho camino por recorrer⁸⁴. En particular, se impone profundizar en la reflexión acerca de la generalización del desprecio a los derechos humanos⁸⁵ y, sobre todo, de las raíces del fenómeno terrorista y de su vinculación última con las desigualdades económicas y políticas que caracterizan la sociedad internacional contemporánea, una sociedad en la que, en palabras de Rodríguez Carrión, «*para las dos terceras partes de los Estados y de los pueblos que la componen, el infierno no debe esperarse en la otra vida*».

Tras viajar por los EEUU un europeo ilustre, Alexis de Tocqueville, advertía que «*No hay nada más duro que el aprendizaje de la libertad*». Un norteamericano no menos ilustre, Benjamín Franklin, avanzó algunas décadas antes la respuesta que Europa debería interiorizar: «*Aquellos que son capaces de renunciar a la libertad esencial por obtener un poco de seguridad temporal, no merecen, ni libertad, ni seguridad*».

⁸⁴ Así lo atestigua el «Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights, titulado «Assessing Damage, Urging Action»: «*At the turn of the millennium, there was a clear international consensus on the nature of human dignity, the rights that flowed from that central premise, and the total illegality and unacceptability of practices such as torture. Seven years on from the tragedy of 9/11, it is time to take stock and re-affirm those basic principles. Much damage has been done to the international legal framework in these few short years. Priority must be given to actively undoing the grave harm that has been caused. It is time for change*», International Commission of Jurists, Geneva, 2009, p. 25.

⁸⁵ Para Carrillo Salcedo uno de los grandes problemas con los que se enfrenta la sociedad internacional es «*la generalización del desprecio de los derechos humanos porque, a pesar del innegable desarrollo que en esta materia ha experimentado el Derecho Internacional, todos los días nos llegan nuevos informes de cómo se vulneran, de crímenes brutales perpetrados contra numerosas personas y grupos minoritarios, y cómo incluso la necesaria y legítima lucha contra la amenaza terrorista (la mal llamada «guerra contra el terrorismo») se utiliza como pretexto para incumplir o derogar derechos fundamentales, cediendo así terreno moral a los terroristas y ayudándoles a ganar adeptos*». J.A. Carrillo Salcedo, «Discurso de Investidura como Doctor Honoris Causa», Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2007, p. 65.