

La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea: evolución reciente

Vanesa Peidro Cid

En el contexto de la Unión Europea, la lucha contra el terrorismo adquiere un carácter especial, por la permeabilidad de las fronteras a que da lugar la libertad de circulación de las personas. El espacio europeo integrado debe ir acompañado de mayores esfuerzos en común, lo que se traduce en una abundante labor legislativa en el ámbito comunitario. La seguridad es, por lo tanto, una de las principales preocupaciones de los ciudadanos y de los gobiernos europeos. Sin embargo, la legislación debe respetar los principios fundamentales del derecho comunitario, basado en el Estado de derecho y en los derechos humanos. En este sentido, la labor fiscalizadora del Tribunal de Justicia de las Comunidades ocupa un papel central ya que garantiza el respeto del derecho comunitario. La lucha contra el terrorismo en el ámbito comunitario escapa pues de la competencia exclusiva de los Estados y se caracteriza por una mayor complejidad.

La Unión Europea es el proyecto de integración más avanzado existente en este momento por el cual se crea un espacio común en que los individuos gozan de libertad de circulación. Esta libertad fundamental de que disfrutaban los ciudadanos europeos tiene como consecuencia necesaria una pérdida de control de los Estados sobre el movimiento de las personas a través de las fronteras y, por ende, una pérdida de su soberanía

sobre algunas materias relacionadas con la seguridad intracomunitaria.

La pérdida de soberanía o de control sobre las fronteras provoca en los ciudadanos una creciente sensación de inseguridad, agravada por los recientes atentados terroristas en Madrid y Londres y por la persistencia de la amenaza terrorista en otros países. El avance de la integración europea se percibe, por los ciudadanos, como una mayor permeabilidad de las fron-

teras y, por lo tanto, como una merma de eficacia en la lucha contra el terrorismo. Entre otras razones, la amenaza terrorista ha sido, sin duda, uno de los miedos que está frenando la voluntad integracionista de los ciudadanos europeos y, por lo tanto, ha contribuido al rechazo de la Constitución europea¹.

LA UNIÓN EUROPEA Y LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

La libertad de circulación de las personas, que forma parte de las libertades fundamentales del Mercado Común Europeo, viene acompañada de medidas que permiten combatir más eficazmente ciertas amenazas como el terrorismo. Así, el Tratado de la Unión Europea establece como objetivo «mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia»². De esta forma se asegura que la pérdida de control sobre las fronteras no afecte negati-

vamente la seguridad de los Estados. El Tratado continúa diciendo que «sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia [...]. Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo»³.

La lucha contra el terrorismo ha sido una de las preocupaciones principales de los Estados miembros desde los años setenta.

Después de la creación del espacio común europeo mediante el Acta Única Europea, en 1986 se inició la cooperación en el ámbito de la seguridad y la lucha antiterrorista. La lucha contra el terrorismo ha formado parte de las preocupaciones principales de los Estados miembros desde la década de los setenta⁴. Sin embargo, las medidas adoptadas se situaban en la esfera estrictamente intergubernamental, en particular a través de decisiones comunes y convenciones⁵. El carácter intergubernamental chocaba con dos obs-

¹ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Diario Oficial C 310/01, del 16 de diciembre de 2004.

² Artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), Diario Oficial C 325, del 24 de diciembre de 2002

³ Artículo 29 TUE.

⁴ Los Estados miembros han firmado la gran mayoría de los Convenios internacionales relacionados con la lucha antiterrorista: entre otros, el Convenio del Consejo de Europa del 27 de enero de 1977 sobre la represión del terrorismo, el Convenio de las Naciones Unidas sobre la represión de los atentados terroristas con explosivos, del 15 de diciembre de 1997 o el Convenio sobre la represión de la financiación del terrorismo, del 9 de diciembre de 1999.

⁵ Ver el antiguo artículo K.3 del Tratado de Maastricht de 1992.

táculos mayores: en primer lugar, la toma de decisiones resultaba paralizante debido a que debían ser tomadas por consenso; en segundo lugar, la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se excluía en estas materias.

Un paso importante se dio en 1999 con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, por el que se comunitariza una parte importante de las competencias relacionadas con la lucha antiterrorista. En este sentido, se inscribe el Título IV sobre «Visas, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libertad de circulación de personas». A pesar de estas innovaciones, los Estados conservan una parte importante de las competencias en materia antiterrorista ya que siguen existiendo el segundo pilar, que contiene la política de defensa y seguridad, así como el tercer pilar, que contiene las políticas relacionadas con el espacio de libertad, seguridad y justicia. Estas materias siguen estando dentro del ámbito soberano nacional aunque con ciertas limitaciones, en especial, una competencia, aunque muy limitada, de control por parte del Tribunal de Justicia sobre los actos emanados en éste ámbito⁶. Esta limitación no tiene consecuencias meramente formales: por un lado la cooperación europea en el ámbito del terrorismo ha ido en aumento y, por lo tanto, los actos comunitarios en esta materia; por el otro, estos actos quedan fuera del control de una instancia comunitaria, lo

cual tiene consecuencias graves ya que cada vez eran más los actos excluidos.

Los Estados miembros de la Unión han utilizado este foro para adoptar un elevado número de actos que les permiten colaborar en la lucha contra el terrorismo. Esta colaboración se ha visto acrecentada, en especial, después de los atentados terroristas del 11 de septiembre del 2001.

Poco después de esta fecha, se aprobó el Plan de acción en materia de terrorismo del 21 de septiembre del 2001⁷ y el 13 de junio del 2002 se adoptó una Decisión marco relativa a la lucha contra el terrorismo⁸. Esta última tiene como objetivo armonizar las legislaciones nacionales y establecer una definición común de los elementos que componen el delito de terrorismo. Este objetivo permite una colaboración policial y judicial más eficaz contra el terrorismo, ya que una noción común de lo que este constituye permite aplicar más fácilmente los convenios de extradición y las medidas de reconocimiento mutuo de las sentencias.

La noción común acerca de lo que constituye el terrorismo facilita la aplicación de los convenios de extradición.

Las medidas que facilitan la extradición entre los Estados miembros sirven

⁶ El Consejo puede adoptar medidas por unanimidad (posiciones comunes, decisiones marco y decisiones) así como recomendar la adopción de convenios en la materia.

⁷ Comunicado de prensa del 21 de septiembre del 2001, n°40/01.

⁸ Diario Oficial L 164, del 22 de junio de 2002, p. 3.

para evitar que los terroristas aprovechen la libertad de circulación dentro del espacio comunitario como forma de asegurar su impunidad. Al respecto, en 1996 los Estados miembros adoptaron un Convenio⁹ por el que se establece el principio según el cual los Estados accederán a las solicitudes de extradición de un presunto terrorista presentadas por otro Estado a fin de que este pueda ser juzgado por el delito cometido¹⁰. Se establecen, pues, medidas que facilitan la extradición de presuntos terroristas y se despolitiza el delito de terrorismo¹¹. Los Estados deben, sin embargo, gozar de un acuerdo sobre los elementos que constituyen el delito de terrorismo.

Se han adoptado medidas de cooperación penal y judicial por conducto de Europol y Eurojust.

La culminación de la cooperación judicial en el ámbito de la extradición se ha producido con la entrada en vigor de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, del 13 de junio de 2002¹², relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados

miembros. Esta orden tiene por objeto sustituir el sistema de extradición, permitiendo a las autoridades judiciales nacionales reconocer automáticamente las solicitudes de entrega de una persona presentada por un juez de otro Estado miembro. Esta decisión entró en vigor el 1 de enero de 2004 y ha permitido que las demandas de entrega de un Estado a otro se reduzcan a plazos que fluctúan entre 13 y 43 días.

Más recientemente se han adoptado medidas de cooperación penal y de cooperación judicial por conducto de dos agencias comunitarias: Europol¹³ y Eurojust¹⁴. La Oficina de Policía Europea o Europol fue establecida por un Convenio entre los Estados miembros en 1995, que entró en vigor en 1998. Europol tiene como finalidad mejorar la coordinación entre las policías europeas, principalmente por el intercambio de informaciones, entre otros, en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. Eurojust, por otra parte, fue creada en 2002 con el fin de mejorar la cooperación judicial para una lucha más eficaz contra la criminalidad transnacional. La cooperación de Eurojust se centra en las investigaciones que se lleven a cabo dentro de la Unión Europea.

⁹ Acta del Consejo, del 27 de septiembre de 1996, adoptado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se establece el convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea (Convenio de Dublín).

¹⁰ Ver el artículo 3 del Convenio de Dublín.

¹¹ Ver artículo 5 del Convenio de Dublín.

¹² Diario Oficial L 190, del 18 de julio de 2002.

¹³ Acto del Consejo, del 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol).

¹⁴ Decisión del Consejo, del 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, Diario Oficial L 63, del 6 de marzo de 2002.

Ambas agencias europeas, pueden usar de forma errónea datos personales dentro de la lucha contra el terrorismo. Existe pues la posibilidad de causar un perjuicio a individuos y, al formar parte estas materias del tercer pilar, quedan excluidas del control del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Para impedir el financiamiento de actividades terroristas se ha dispuesto el embargo preventivo de bienes pertenecientes a personas y grupos terroristas.

Entre las medidas que han causado mayores reacciones están las relativas al embargo preventivo de bienes de personas y grupos terroristas. Estas medidas fueron adoptadas a fin de frenar los recursos que permiten financiar las actividades terroristas. Las primeras medidas fueron introducidas por la Posición común 1999/727/PESC relativa a las medidas restrictivas contra los talibanes¹⁵. Esta Posición común fue adoptada para dar cumplimiento a la Resolución 1267 (1999) del Consejo de Seguridad¹⁶. El artículo 2 de esta Posición común ordena la congelación de los fondos y recursos financieros de que disponen los talibanes en el

extranjero. El Reglamento 333/2000¹⁷, adoptado por el Consejo, estableció una lista de personas físicas y jurídicas contra las cuales se tomaron medidas de embargo de sus bienes.

Estas medidas han sido reiteradas y reforzadas por la Posición común del 26 de febrero de 2001, 2001/154/PESC¹⁸ y el Reglamento 467/2001 del 6 de marzo del 2001¹⁹, que derogaba el anterior Reglamento. En virtud del artículo 2 de este último «se congelarán todos los fondos y demás recursos financieros pertenecientes a cualquier persona física y jurídica, entidad u organismo señalados por el [Comité de Sanciones] y enumerados en el anexo 1». Este anexo incorporaba la lista de personas confeccionada por el Comité.

Por otra parte, después de los atentados del 11 de septiembre se amplió el ámbito de aplicación *ratione personae* de las medidas restrictivas. El Consejo adoptó el Reglamento 2580/2001 relativo a la adopción de medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y, posteriormente, la Decisión 2002/334 del Consejo, de 2 de mayo de 2002²⁰, por la que se establece una lista de personas.

Estas medidas, sin embargo, quedan fuera de la competencia del Tribunal de Justicia debido a que fueron adoptadas

¹⁵ Diario Oficial L 294, del 16 de noviembre de 1999.

¹⁶ En virtud del artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados Miembros están obligados a dar cumplimiento a las decisiones del Consejo de Seguridad.

¹⁷ Diario Oficial L 43, del 16 de febrero de 2000, p. 1.

¹⁸ Diario Oficial L 57, p. 1.

¹⁹ Diario Oficial L 67, p. 1.

²⁰ Diario Oficial L 116, del 3 de mayo de 2002.

dentro del marco de la política exterior y de seguridad común. Las listas de personas se basan en las que, por su parte, elabora el Comité de Sanciones de las Naciones Unidas. Esto tiene consecuencias importantes ya que estos Reglamentos incluyen listas de personas que son adoptadas por las instituciones comunitarias sin ningún tipo de control y, por lo tanto, sin posibilidad de impugnación por parte de los individuos afectados.

LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS POR EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA

El proyecto de Constitución europea introduce cambios importantes en algunos temas relacionados con la lucha contra el terrorismo dentro de la política exterior y de seguridad común y del espacio de libertad, seguridad y justicia.

El fracaso del proyecto de Constitución europea ha implicado la pérdida de una oportunidad para resolver algunos de los problemas relacionados con el terrorismo²¹, a pesar de que las cuestiones de seguridad son una de las preocupaciones principales de los ciudadanos.

En primer lugar, el artículo I-43 del proyecto de Constitución europea establece una cláusula de solidaridad en caso de ataque terrorista. Este interesante precepto obliga a los Estados miembros y a la Unión

a movilizar todos los medios disponibles, incluidos los militares, para prevenir amenazas terroristas, proteger contra posibles ataques terroristas o asistir a un Estado víctima de un atentado.

El fracaso del proyecto de Constitución ha implicado perder una oportunidad de resolver algunos de los problemas relacionados con el terrorismo.

En cuanto a Europol y Eurojust, dos de las agencias principales encargadas de tareas relacionadas con el terrorismo, la Constitución prevé una importante ampliación de sus competencias. Después de la entrada en vigor del nuevo Tratado, tanto Europol como Eurojust tendrían competencias para iniciar o coordinar investigaciones y actividades operativas relacionadas con la lucha contra el terrorismo²². La legalidad de esta ampliación de competencias de ambas agencias se ve garantizada por la inclusión de un control del Parlamento sobre Europol²³ y por la eliminación de la exclusión de la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades. Así pues, este Tribunal podría dictar la ilegalidad de una medida teniendo en cuenta los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales, los Derechos fun-

²¹ El Consejo Europeo del 16 y 17 de junio de 2005 consideró que la fecha del 1 de noviembre de 2006, inicialmente prevista para examinar el estado de las ratificaciones, ya no era realista y se decidió establecer un período de reflexión. El Consejo Europeo debatirá de nuevo la situación durante la presidencia austríaca en el primer semestre del 2006.

²² Ver, respecto a Eurojust, el artículo III-273 y, respecto a Europol, el artículo III-276.

²³ Ver artículo III-276 *in fine*.

damentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros²⁴.

El control de la legalidad de las medidas restrictivas implica respetar el derecho comunitario.

Por otra parte, la Constitución III-376 excluye de la competencia del Tribunal los actos relativos a la política exterior y de seguridad común. Sin embargo, en el segundo párrafo establece una excepción: «el Tribunal será competente para controlar los actos [...] relativos al control de la legalidad de las decisiones europeas por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas adoptadas por el Consejo en virtud del Capítulo II del Título V». Del mismo modo que respecto de las acciones de Europol y Eurojust, en virtud de la Constitución, el control de la legalidad de estas medidas restrictivas adoptadas contra individuos implica el respeto del derecho comunitario, dentro del cual cabe incluir el respeto de los derechos humanos.

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

En la parte anterior hemos examinado las modificaciones introducidas por la Constitución que vienen a resolver la posibilidad de controlar los actos comunitarios adoptados dentro de la política de seguridad común, la cual, en principio, queda fuera de la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Esta mención se estableció para resolver los problemas surgidos por una serie de casos presentados ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contra medidas adoptadas en virtud de los Reglamentos cuya finalidad es la lucha contra el financiamiento de las actividades terroristas. En el caso *Aden y otros c. Consejo y Comisión*²⁵, el Tribunal de Primera Instancia se pronuncia sobre un Reglamento que aplica las medidas adoptadas en el ámbito de la política exterior y de seguridad común.

Muy recientemente, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado sobre esta materia. Esta alta instancia ha resuelto el problema planteado por la legislación comunitaria que ordena la congelación de los fondos de presuntos terroristas. En los casos *Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*²⁶ y

²⁴ Artículo I-9 de la Constitución. La inclusión de la Carta es una innovación que establece la Constitución y que por lo tanto no sería aplicable en caso de no entrar en vigor.

²⁵ Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia, del 7 de mayo de 2002, T-306/01 R 1,

²⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, del 21 de septiembre de 2005, T-306/01.

*Kadi c. Consejo y Comisión*²⁷, el Tribunal se pronuncia por primera vez sobre la posible violación de las medidas comunitarias contra los derechos fundamentales. El Tribunal se pronuncia, primero, sobre dos cuestiones de forma: en primer lugar, la pretendida falta de competencia del Consejo para elaborar estos reglamentos y, en segundo lugar, la presunta ilegalidad de estos actos comunitarios por la infracción del artículo 249 CE que establece que estos actos comunitarios deben ser de alcance general y no sanciones específicas contra particulares.

Los argumentos más interesantes son los referidos a la violación de los derechos fundamentales de los demandantes.

Sin embargo, los argumentos que más interés suscitan son los relativos al fondo, esto es, los que se refieren a la violación por los actos comunitarios de los derechos fundamentales de los demandantes. En virtud del artículo 6 (2) del Tratado de la

UE y de la jurisprudencia del Tribunal²⁸, este tiene competencia para declarar la ilegalidad de un acto comunitario cuando vulnere los derechos fundamentales.

En el caso *Yusuf y Al Barakaat*, los demandantes alegaron la violación de los derechos de defensa debido a que no se les había informado de las razones de las sanciones, ni de las pruebas o circunstancias presentadas en su contra, y que no se les había dado la posibilidad de explicarse. En opinión de los demandantes, la lista en la que habían sido incluidos en el Reglamento impugnado había sido elaborada con la información recibida por los Estados y las organizaciones internacionales sin que el Consejo ni la Comisión analizaran los motivos por los cuales habían sido incluidos en estas listas. El carácter confidencial del origen de la información hacía que la elaboración de dichas listas resultara particularmente oscura²⁹.

Los demandantes fundamentaron su petición al Tribunal en la supuesta violación del derecho a disponer de sus bienes, del derecho de defensa y del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo³⁰.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, del 21 de septiembre de 2005, T-315/01.

²⁸ Ver los casos *Stauder c. Ulm*, C-29/69, Rec. 419 (1969); caso *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr-und Vorratsstelle Getreide*, C- 11/70, Rec. 1125 (1970); caso *Nold c. Commission*, C-4/73, Rec. 491 (1974); caso *Prais c. Council*, C- 130/75, Rec. 1589 (1976); caso *Defrene c. Sabena (n° 2)*, C- 149/77, Rec. 1365 (1978); caso *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, C- 44/79, Rec. 3727 (1979); caso *National Panasonic c. Commission*, C- 136/79, Rec. 2033 (1980); caso *Commission c. Royaume-Uni*, C- 165/82, Rec. 3431 (1983); caso *Cinéthèque c. Fédération nationale des cinémas français*, C- 60-61/84, Rec. 2605 (1985); caso *Demirel c. Stadt Schwäbisch Gmünd*, C- 12/86, Rec. 3719 (1987); caso *Wachauf c. République Fédérale d'Allemagne*, C- 5/88, Rec. 2609 (1989); caso *Hoechst*, C- 227/88, Rec. 2859 (1989); caso *Dow Chemical Ibérica et autres c. Commission*, C- 97-99/87, Rec. 3165, 3185 (1989); caso *Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT)*, C- 260/89, Rec. I-2925 (1991); caso *Kremzov*, C- 299/95, Rec. I-2629 (1997).

²⁹ Ver párrafo 191 de la Sentencia del 21 de septiembre de 2001, citada anteriormente.

³⁰ Ver pár. 190-192.

El control incidental de la legalidad de las medidas restrictivas implica respetar el derecho comunitario.

El Tribunal de Primera Instancia desglosa su argumentación en tres partes. Primero, examina la conexión entre el ordenamiento jurídico internacional creado por las Naciones Unidas y el ordenamiento jurídico comunitario; segundo, la amplitud del control de la legalidad que el Tribunal puede ejercer; y, por último, la supuesta violación de los mencionados derechos fundamentales.

Respecto de la primera cuestión, el Tribunal establece que las obligaciones que provienen de la Carta de las Naciones Unidas prevalecen sobre el derecho comunitario. Las resoluciones del Consejo de Seguridad, que son las incorporadas por el Reglamento impugnado, son pues obligatorias para los Estados miembros. Los Estados miembros, al transferir ciertas competencias a la Comunidad, transfieren también la sumisión al respeto de las obligaciones derivadas de las resoluciones del Consejo de Seguridad. En este sentido el Tribunal afirma que:

Es evidente por tanto que, en la medida en que la Comunidad haya asumido, con arreglo al Tratado CE, competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación de la Carta de las Naciones Unidas, las disposiciones de dicha Carta son vinculantes para la Comunidad [...]. Procede considerar, por

una parte, que la Comunidad no puede violar las obligaciones que la Carta de las Naciones Unidas impone a sus Estados miembros ni obstaculizar el cumplimiento de las mismas y, por otra parte, que la Comunidad se encuentra obligada, en virtud del propio Tratado que la creó, a adoptar en el ejercicio de sus competencias todas las disposiciones necesarias para permitir que sus Estados miembros respeten tales obligaciones³¹.

Acto seguido, el Tribunal se pronuncia sobre la amplitud del control de legalidad que puede ejercer. Al respecto, este Tribunal afirma que las instituciones comunitarias no gozaban de ningún «margen de apreciación» en cuanto a la incorporación de las obligaciones derivadas de las resoluciones de las Naciones Unidas. Así pues, si el Tribunal anulase los actos comunitarios impugnados basándose en la violación de los derechos fundamentales, esto implicaría, indirectamente, que las resoluciones del Consejo de Seguridad violarían tales derechos. Esto sería, por consecuencia, un control incidental por parte del Tribunal comunitario de la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad, lo que, sin ninguna duda, es inaceptable en derecho internacional.

Sin embargo, el Tribunal realiza una interesante afirmación en cuanto al control de los actos del Consejo de Seguridad:

El Tribunal de Primera Instancia está facultado para controlar, de modo incidental, la legalidad de las resoluciones del

³¹ Ver pár. 253-254.

Consejo de Seguridad controvertidas desde el punto de vista del *ius cogens*, entendido como un orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna³².

El control de la legalidad puede pues basarse en la observancia de las normas imperativas del derecho internacional, entre las cuales se encuentran los derechos humanos que no toleran excepción alguna. En la tercera parte, el Tribunal analiza si los tres derechos invocados por los demandantes pueden ser considerados como parte del *ius cogens*.

Respecto del derecho a disponer de sus bienes, el Tribunal llega a la conclusión de que no se puede establecer la violación de este, ya que los actos impugnados no privan arbitrariamente a los demandantes de él. Los actos impugnados, además, prevén que no se les privará de los bienes necesarios para su subsistencia.

Más interesante es la argumentación respecto del derecho de defensa. Los demandantes afirmaban que su derecho de defensa se veía vulnerado por el hecho de que los actos comunitarios incorporaban las resoluciones del Comité de Sanciones sin darles la oportunidad de ser oídos para poder refutar la información sobre la cual se habían basado para incluirlos en las listas de terroristas. El Tribunal establece que la obligación de las instituciones comunitarias era la de incorporar

automáticamente las resoluciones del Consejo de Seguridad y del Comité de Sanciones, y para ello no gozaban de ningún «margen de apreciación».

Al confeccionar listas de presuntos terroristas, es legítimo que los órganos de las Naciones Unidas no transfieran toda la información de que disponen.

Por otra parte, el Tribunal considera legítimo que los órganos de las Naciones Unidas no transfieran toda la información que se maneja cuando se inscribe a presuntos terroristas en las listas. Según el Tribunal, estas medidas excepcionales obedecen a la necesidad de luchar eficazmente contra el terrorismo internacional. Así pues:

El respeto de los derechos fundamentales de los interesados no exige que se les comuniquen los hechos o pruebas utilizados en su contra, desde el momento en que el Consejo de Seguridad o su Comité de Sanciones estiman que existen razones relacionadas con la seguridad de la comunidad internacional que se oponen a ello³³.

Por último, el Tribunal examina los argumentos de los demandantes referentes a la violación del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo. El Tribunal, siguiendo la argumentación desarrollada anterior-

³² Ver pár. 277.

³³ Ver pár. 320.

mente, establece, en primer lugar, que no le corresponde verificar la existencia de un error ni controlar indirectamente la oportunidad de las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad o su órgano subsidiario. Según el Tribunal, las medidas adoptadas por estos últimos se basaban en una competencia derivada del Capítulo VII de la Carta en virtud de la cual estos órganos tienen la competencia para tomar medidas con el fin de restablecer la paz y la seguridad internacionales. Esta competencia implica pues una apreciación política que en ningún caso las instituciones comunitarias están en medida de atribuirse.

Para el Consejo de Seguridad, la protección de la seguridad internacional prevalece sobre el derecho a un recurso jurisdiccional.

Por otra parte, según el Tribunal comunitario, el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo no es un derecho absoluto, sino que es susceptible de ser derogado o limitado en circunstancias excepcionales. El Consejo de Seguridad, por lo tanto, habría considerado que el objetivo legítimo que persigue, la protección de la seguridad internacional, prevalece sobre el derecho a un recurso jurisdiccional. Por último, el contenido de este derecho no está completamente menoscabado ya que el Consejo de Seguridad habría previsto mecanismos de revisión ante el Comité de Sanciones, que si bien no son jurisdiccionales, tendrían como consecuencia poder impugnar medidas erróneamente tomadas.

Esta sentencia del Tribunal de Primera Instancia introduce una doctrina bastante novedosa en cuanto a la relación entre el derecho comunitario y el derecho internacional. Esta doctrina no puede pasar inadvertida porque la lucha contra el terrorismo internacional implica la puesta en común de los esfuerzos de los Estados y para erradicarlo es necesaria la cooperación entre ellos. Por lo tanto, vemos que existe una multiplicidad de normas de distintos ordenamientos jurídicos que se superponen y que, en algunos momentos, pueden entrar en contradicción. Es por esta razón que esta sentencia adquiere gran importancia, pues el Tribunal afirma la incorporación automática de las decisiones del Consejo de Seguridad en el ordenamiento jurídico comunitario. Esta afirmación, sin embargo, nos merece varios comentarios que vamos a desarrollar a continuación.

En primer lugar, el Tribunal afirma que las decisiones del Consejo de Seguridad, órgano principal de otra organización internacional a la cual pertenecen los Estados miembros de la Unión, deben ser respetadas por las instituciones comunitarias. Las resoluciones adoptadas dentro del marco del Capítulo VII de la Carta son obligatorias para los Estados miembros en virtud del artículo 25 de la Carta. La Unión Europea, aun no siendo miembro de las Naciones Unidas, debería incorporar las obligaciones que se establecen en virtud de dichas resoluciones. El único límite a esta incorporación automática sería el impuesto por el respeto de las normas que forman parte del *ius cogens*, que no es susceptible de excepción o de derogación alguna.

Aunque la UE no es miembro de las Naciones Unidas, debería incorporar las obligaciones emanadas de las resoluciones del Consejo de Seguridad.

Esto implica que si una resolución del Consejo de Seguridad entra en conflicto con una norma comunitaria, la primera prevalece. Este parece ser el caso en esta sentencia pues las resoluciones del Consejo de Seguridad, que estipulan que los Estados deben congelar los haberes de una serie de individuos enumerados en unas listas anexas, violan, *a priori*, algunos de los derechos reconocidos a los individuos por el ordenamiento jurídico comunitario. Estos son derechos adquiridos por los ciudadanos y que el ordenamiento internacional vendría a derogar de forma automática.

El principio según el cual los Estados no pueden invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de una norma internacional es un principio ampliamente reconocido en derecho internacional³⁴. Un principio análogo parece que es el que el Tribunal comunitario ha tenido en cuenta, haciendo un paralelismo entre el derecho interno de un Estado y el derecho comunitario. Este último ha sido tratado como si fuese el derecho interno de una instancia supranacional.

Sin embargo, este principio puede entenderse en relación con el derecho inter-

no pues el derecho internacional prevé mecanismos de incorporación de este derecho que respetan la soberanía de los Estados. Respecto de las obligaciones que provienen del derecho convencional, el procedimiento de ratificación permite a un Estado suscribirse a la obligación internacional de forma completamente soberana. Por otra parte, existe la posibilidad de introducir reservas al tratado respecto de las obligaciones que puedan entrar en conflicto con las obligaciones de derecho interno.

Además, respecto de las obligaciones internacionales de derecho consuetudinario, un Estado que no está de acuerdo con dicha norma puede convertirse en objeto persistente, en cuyo caso, la norma consuetudinaria no le sería aplicable.

En el caso de las resoluciones del Consejo de Seguridad respecto de la financiación del terrorismo, nos encontramos ante la incorporación de obligaciones internacionales que claramente vulneran derechos adquiridos por los ciudadanos comunitarios. El ordenamiento comunitario, además, no ha tenido la posibilidad de oponerse a la incorporación de esta obligación, pues no ha participado en ningún mecanismo de adopción de estas resoluciones. En caso de contradicción con una norma, no existe, como en el derecho interno, la posibilidad de no ratificar o de incorporar una reserva a un tratado o de oponerse persistentemente a una norma consuetudinaria. Además, con esta sen-

³⁴ Ver el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, UN Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Ver, también, el artículo 3 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados, UN Doc A/56/10.

tencia que venimos analizando, el Tribunal comunitario ha abandonado toda posibilidad de corregir, *a posteriori*, una posible violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas a la financiación del terrorismo vulneran derechos adquiridos por los ciudadanos comunitarios.

Con la doctrina sentada por esta sentencia, se produce pues la contradicción de que un acto comunitario que pueda establecer estas mismas listas violaría los derechos fundamentales y sería declarado nulo, mientras que si esta norma se establece por incorporación de una resolución del Consejo de Seguridad, el acto comunitario no puede ser declarado nulo a menos que viole un derecho considerado como imperativo por el derecho internacional.

En segundo lugar, hay que tener también en cuenta lo establecido por las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea³⁵. En este sentido, el artículo 297 establece que:

Los Estados miembros se consultarán a fin de adoptar de común acuerdo las disposiciones necesarias para evitar que el funcionamiento del mercado común resulte afectado por las medidas que un Estado miembro pueda verse obligado a adoptar

[...] de grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra, o para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

Las obligaciones contraídas por los Estados para el mantenimiento de la paz son claramente las resoluciones del Consejo de Seguridad. De lo establecido en este artículo, podemos deducir que los Estados deben favorecer una interpretación que favorezca el respeto de los principios del mercado común, entre los cuales se encuentra el respeto de los derechos fundamentales.

El artículo 307, por otra parte, después de afirmar que: «las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958», establece que:

En la medida en que tales convenios sean incompatibles con el presente Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado.

Existe, por lo tanto, una obligación, para los Estados, de hacer compatible las obligaciones que puedan resultar de su pertenencia a las Naciones Unidas con los principios de derecho comunitario. De lo establecido en los artículos 297 y 307 del Tratado de la CE podemos concluir que la decisión del Tribunal de Primera Instan-

³⁵ Diario Oficial C 325, del 24 de diciembre de 2002.

cia no parece que haya sido la solución óptima para no afectar el buen funcionamiento del mercado común. Si bien estos artículos establecen una obligación para los Estados miembros y no para las instituciones comunitarias, el principio que se deduce de estos artículos es que, en caso de conflicto entre obligaciones provenientes del Consejo de Seguridad, por una parte, y de la Comunidad Europea, por otra, las primeras no derogan automáticamente las segundas.

Las limitaciones al derecho de defensa no pueden vaciar el contenido del derecho.

En tercer lugar, si bien es cierto que el derecho de defensa y el derecho a un recurso jurisdiccional pueden ser susceptibles de limitaciones y derogaciones, estas no pueden vaciar el contenido mismo del derecho. En otras palabras, las derogaciones y limitaciones que tienen como fin proteger un interés legítimo, como es la lucha contra el terrorismo, deben respetar el principio de proporcionalidad.

El Tribunal comunitario ha abandonado todo «margen de apreciación» en favor de los órganos de Naciones Unidas al incorporar automáticamente las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en virtud del Capítulo VII. Este Tribunal considera que no tiene capacidad para controlar la legalidad de una medida adoptada por el Consejo. Si bien es cierto que el Consejo

de Seguridad tiene el monopolio de la constatación de la existencia de una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, el Tribunal podía haberse reservado el derecho de controlar la proporcionalidad de las medidas adoptadas. El Tribunal podría haber elaborado una doctrina del «margen de apreciación» similar a la que aplica sobre las medidas estatales que se refieren a la lucha contra el terrorismo, que permite encontrar un equilibrio entre el respeto de la soberanía de los Estados y el control, por el Tribunal comunitario, del respeto de las garantías fundamentales.

El Tribunal podría haber constatado que estas medidas vulneran el principio de proporcionalidad, ya que se podría alcanzar el objetivo legítimo de la lucha contra el terrorismo internacional previendo mecanismos que preservaran los derechos de defensa.

Por último, varias reflexiones merecen también las conclusiones del Tribunal respecto de las normas imperativas del derecho internacional y los derechos humanos. El Tribunal llega a la rápida conclusión de que ninguno de los derechos invocados por los demandantes forma parte de las normas imperativas del derecho internacional. Sin embargo, dicha afirmación puede ser impugnada. Sin entrar a analizar la ardua cuestión de los derechos humanos que son considerados como imperativos por el derecho internacional, podemos aportar varias consideraciones que pondrían en duda las afirmaciones del Tribunal.

El Comité de Derechos Humanos, que es el órgano encargado de interpretar el Pacto de derechos civiles y políticos de 1966³⁶,

³⁶ Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

ha interpretado el artículo 4 de este Pacto, referente a los derechos inderogables, y su relación con las normas imperativas del derecho internacional. Así pues, el Comité ha afirmado que los principios de legalidad y de primacía del Estado de derecho, así como la disposición de recursos útiles prevista en el Pacto, implican una exigencia suplementaria que es la de respetar las garantías judiciales fundamentales durante un estado de emergencia³⁷.

Los derechos que se consideran inderogables y los derechos que forman parte de las normas imperativas del derecho internacional están vinculados.

El núcleo fundamental de los derechos de defensa no es susceptible de derogación incluso por el derecho humanitario en caso de conflicto armado. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra sobre derecho humanitario establece que las condenas penales deben ser establecidas por «un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civi-

lizados»³⁸. Este artículo forma parte, además, del derecho internacional consuetudinario.

Así pues, existen derechos y garantías que no pueden ser derogados en ninguna circunstancia, pues ello implicaría la desaparición de los principios que sostienen el estado de derecho. Por lo tanto, si el respeto de las garantías judiciales fundamentales, de las que forman parte el derecho de defensa y el derecho a un recurso judicial, no es susceptible de derogación, es evidente que forma parte del *ius cogens*.

Existe una clara vinculación entre los derechos que se consideran inderogables y los derechos que forman parte de las normas imperativas del derecho internacional. Así pues, el Comité de Derechos Humanos afirma que la lista de los derechos imperativos, que puede ir evolucionando y ampliándose con el tiempo, alimenta la lista de los derechos que no son susceptibles de derogación³⁹. Por lo tanto, a medida que la primera vaya creciendo, la segunda lo hará también. Y ello parece bastante evidente.

Del mismo modo, podemos concluir que si se considera que un derecho no es susceptible de derogación debido a su importancia para la existencia del ordena-

³⁷ Comité de Derechos Humanos, «Estados de emergencia (art. 4)», (31/08/2001), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, Observación general n°29, párr. 16.

³⁸ Ver el artículo 3 común, para. 1 (d), del Convenio de Ginebra relativo al trato debido de prisioneros de guerra, del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales y del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

³⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación general n°29, citada anteriormente, para. 11.

miento jurídico, puede estimarse que forma parte del *ius cogens*. No todas las normas no susceptibles de derogación forman parte del *ius cogens*⁴⁰, pero sí aquellas que se incluyen por ser necesarias para el buen funcionamiento del estado de derecho. Teniendo en cuenta que tanto el derecho de defensa de los demandantes como el derecho a un recurso jurisdiccional han sido completamente derogados, sin respetarse ni una mínima parte de su contenido, es evidente que existen serias sospechas de que la norma comunitaria podría estar en contradicción con el derecho internacional imperativo.

Hay temor de que la lucha contra el terrorismo pueda convertirse en pretexto para no respetar derechos y garantías adquiridos por los ciudadanos europeos.

CONCLUSIÓN

La lucha contra el terrorismo constituye una de las mayores preocupaciones de los ciudadanos europeos. Los gobiernos, por otra parte, no han cesado de dictar disposiciones legales que tratan de resolver los

problemas que presenta la lucha contra los terroristas. Para ello, han centrado principalmente su labor en el contexto de la Unión Europea, donde las libertades reconocidas permiten la libre circulación de personas, hecho que plantea nuevos desafíos para la seguridad intracomunitaria.

Los esfuerzos para combatir el terrorismo dentro de la Unión Europea han sido múltiples y no han parado de desarrollarse a lo largo de los distintos Tratados que se han ido elaborando. La Constitución propuesta, cuyo futuro se encuentra todavía en entredicho, ha incorporado modificaciones importantes en este ámbito.

Sin embargo, el temor para todo Estado de derecho es que la lucha contra el terrorismo se convierta en un pretexto para no seguir respetando derechos y garantías adquiridos por los ciudadanos europeos. La misma Constitución europea incluye una importante Carta de Derechos Fundamentales que en virtud del artículo I-9 sería obligatoria para los Estados y las instituciones comunitarias. Por otra parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estaría facultado a verificar su respeto.

Dentro de los derechos que esta Carta garantiza se encuentran el que tiene toda persona a ser oída antes de que la administración tome cualquier medida individual que la afecte individualmente⁴¹, el derecho a la tutela judicial efectiva⁴² y el derecho a la defensa⁴³. La Constitución establece,

⁴⁰ Por ejemplo, el artículo 4 del Pacto establece en la lista de los derechos inderogables el artículo 11 que hace referencia a la prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

⁴¹ Artículo II-101, pág. 2 (a).

⁴² Artículo II-107.

⁴³ Artículo II-108.

además, que en la medida en que la Carta contenga derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, su sentido y alcance serán iguales a los que confiere dicho Convenio. La Unión podrá solamente conceder una protección más extensa⁴⁴. Por lo tanto, teniendo en cuenta que este Convenio contempla una protección más amplia de los derechos de defensa y de acceso a la justicia que el que establece el Tribunal de Primera Instancia en el caso *Yusuf y Al Barakaat*, nos encontramos que, en el supuesto de que la Constitución entre en vigor, esta jurisprudencia no estaría en conformidad con lo dispuesto en dicho Tratado.

En las sentencias recientes, el Tribunal de Primera Instancia ha tenido que resolver la difícil cuestión de la relación entre el ordenamiento jurídico comunitario y el derecho internacional derivado de las

Naciones Unidas. Este conflicto de normas era previsible y es posible que vuelva a ocurrir en el ámbito de la lucha contra el terrorismo ya que, para combatirlo eficazmente, es necesaria la cooperación internacional y, por lo tanto, confluyen legislaciones y acciones de distintos ordenamientos jurídicos. El Tribunal comunitario ha tenido que resolver una difícil cuestión pero, a nuestro parecer, ha tomado la vía más fácil, que es la de no entrar en conflicto con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y no poner a los Estados miembros en la difícil situación de no acatar, a través de la legislación de la Unión Europea, con las decisiones este Consejo. Sin embargo, hemos visto que la legalidad de las medidas comunitarias adoptadas en cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Seguridad es más que discutible.

⁴⁴ Artículo II-112.