

EL TERRORISMO EN LA EVOLUCIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

MIRYAM RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO*

- I. INTRODUCCIÓN. UNIÓN FRENTE AL TERRORISMO O EL ESTADO INSUFICIENTE.
- II. LA ACCIÓN ANTITERRORISTA BAJO EL TERCER PILAR.

- 1. EVOLUCIÓN.
- 2. ESTRATEGIAS Y ACCIONES CONTRA EL TERRORISMO.

- A) *Soft law y acciones desde el primer pilar.*
- B) *Decisiones Marco.*

- 3. INCIDENCIA EN ÁMBITOS IUSFUNDAMENTALES.

- A) *Medidas preventivas frente a libertades.*
- B) *Decisiones Marco y ámbitos iusfundamentales.*

- III. EL TRATADO DE LISBOA: NUEVAS CONDICIONES DE LEGITIMIDAD PARA EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.

- 1. CAMBIOS SIGNIFICATIVOS DEL MARCO NORMATIVO.

- A) *El largo camino a Lisboa: el terrorismo y el nuevo Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.*
- B) *Avances en la cohesión del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.*

- 2. LA CLÁUSULA DE SOLIDARIDAD: REACCIÓN DESDE LA EXCEPCIONALIDAD.

- IV. CONCLUSIÓN.

* Profesora Ayudante Doctora del Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, España. El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto sobre «Terrorismo, Democracia y Seguridad» (SEJ-2006-04628/JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y cofinanciado con FEDER.

I. INTRODUCCIÓN. UNIÓN FRENTE AL TERRORISMO O EL ESTADO INSUFICIENTE

Las redes y los grupos terroristas se incardinan o al menos actúan con mayor facilidad en sociedades democráticas, donde derechos y libertades son principios básicos de la convivencia, donde la sociedad civil se autorregula y donde la información fluye y es accesible¹. En consecuencia, tanto los Estados constitucionales europeos como la Unión Europea son lugares en los que el terrorismo puede incubarse y desarrollar su actividad con la cierta garantía de libertad que les da su caracterización como espacios democráticos. En tales contextos, cualquier actuación de los poderes públicos frente a la violencia terrorista tiene su límite en los principios basilares del Estado y de la Constitución democrática: los derechos fundamentales y la soberanía popular². Las acciones que los poderes públicos de un Estado de Derecho pueden emprender, bien para hacer frente a la amenaza bien para reprimir la acción terrorista, están sujetas al respeto de las condiciones de constitucionalidad que las legitiman. Es el primer límite, material, a la acción.

Hasta ahora, esa limitación material se ha traducido en la configuración de medidas de excepción frente a la violencia terrorista. Se entendía que esa violencia surgida desde la clandestinidad *excepcionaba* la normalidad de la sociedad democrática y, por tanto, legitimaba mayores restricciones de los derechos. Sin embargo, la realidad muestra que el terrorismo tiende a crear estructuras más o menos regulares de organización y acción y que los poderes públicos tienen que encontrar formas de prevenir, reaccionar y coaccionar contra el terrorismo desde la misma *normalidad*, ga-

¹ «Es decir: en teoría, el terrorismo resulta más verosímil bajo formas de gobierno básicamente tolerantes, que tienden en mayor medida a permitir la emergencia de actividades colectivas en pos de objetivos políticos, con independencia de los medios a través de los cuales se proyecte alcanzar los fines propuestos». Y, «en el seno de las sociedades así descritas encuentra su mejor acomodo conocido el elenco de asociaciones autoconstituidas que se conoce como sociedad civil, expresión de una esfera pública autónoma la cual tiene importancia (...) en la medida en que, de forma imprevista, pueden articularse también en ella entidades como los mercados ilegales, las sectas destructivas o los propios grupos terroristas». REINARES, F., «Estado, democracia liberal y terrorismo político», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 16, 1993, pp. 113-132. En concreto, pp. 116 y 118.

² Sobre la cooriginalidad del sistema de derechos y la soberanía popular como fundamentos de la construcción democrática, HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 156.

rantizando el libre curso de la vida democrática y el ejercicio libre de los derechos ciudadanos³.

Además, cuando el terrorismo adquiere una dimensión que desborda los límites territoriales de los Estados y eclosiona, a principios de este siglo, como un fenómeno de dimensiones y efectos globales⁴, las sociedades estatales se enfrentan con un problema transnacional, que se aloja en el paradigma de la *normalidad* y que mantiene estructuras organizativas o desarrolla actividades violentas en más de un país⁵. El desdibuje de fronteras, consecuencia de la globalización, la facilidad de los intercambios, de las comunicaciones y del acceso a redes de transporte o información favorecen la organización y actuación del terrorismo transnacional e internacionalizan los recursos materiales de las bandas terroristas. Pero la globalización también hace surgir una posibilidad adicional de acción para los Estados en la

³ Es la dialéctica que plantea ROSENFELD entre tiempos normales, tiempos de crisis y tiempos de tensión, postulando afrontar la tensión desde los parámetros de la normalidad, pero haciendo uso de criterios de proporcionalidad en el balance libertad-seguridad. ROSENFELD, M., «¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión», *Análisis del Real Instituto Elcano, ARI*, N.º 109/2005 (traducción del inglés), 19/09/2005. Las medidas frente al terrorismo bien pueden tener virtualidad y objetivos preventivos, bien pueden estar pensadas para facilitar la reacción de los poderes ante acciones terroristas, bien pueden ser directamente coactivas y represoras. Según se enfoque el análisis, la tercera podría encuadrarse bien como un tipo autónomo, bien como una subcategoría de cualquiera de las otras dos. Esta clasificación se organiza, en función de los fines de este trabajo, tomando como base las reflexiones de Fernando Reinares en REINARES, F., «Democratic Regimes, Internal Security Policy, and the threat of Terrorism», *Australian Journal of Politics and History*, vol. 44, núm. 3, 1998, pp. 351-371, p. 352; y REINARES, F., «Estado, democracia liberal y...», *loc. cit.*

⁴ El terrorismo además ha evolucionado hacia formas más sofisticadas y hoy en día hay un terrorismo que se caracteriza por la rotundidad de sus efectos, terrorismo total o de destrucción masiva que aprovecha los escenarios de la globalización y se convierte en una prioridad política mundial y regional. WEYEMBERGH, M., «Le terrorisme et les droits fondamentaux de la personne. Le problème» en BRIBOSIA, E., WEYEMBERGH, A. (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 2002, pp. 11-35, cita en p. 23.

⁵ «Incluyendo por lo común territorios sobre los cuales no tienen jurisdicción alguna las autoridades a que dirigen, en última instancia, sus demandas». Ese terrorismo transnacional, cuando se practica con la deliberada intención de afectar a la estructura y a la distribución del poder regional o incluso mundial y con una extensión de actividad en un significativo número de países o áreas, se conceptúa como terrorismo internacional. De la distinción entre terrorismo transnacional e internacional y la definición de terrorismo transnacional se ocupa REINARES, F., «Conceptualizando el terrorismo internacional», *Análisis del Real Instituto Elcano ARI*, N.º 79/2005, 1/07/05, p. 2.

lucha contra el terrorismo: una suma de fuerzas y esfuerzos a través de la colaboración internacional y la elaboración de estrategias comunes. Los Estados constitucionales, integrados y concebidos como Estados abiertos o *cooperativos*, inician una acción basada en las sinergias, la suma de experiencias particulares puestas en común, como instrumento adicional de oposición al terrorismo. Así es como la Unión Europea se ha convertido en una plataforma más para progresar en el frente común de las sociedades democráticas contra el terrorismo⁶.

La integración europea, marcada por objetivos originariamente económicos, ha supuesto la desaparición de las fronteras al servicio de la realización del mercado interior y la eliminación progresiva de obstáculos a la circulación en el espacio europeo. Todo ello multiplica de las posibilidades de desarrollo de la delincuencia organizada y, por tanto, del terrorismo⁷. Esa realidad reclama una respuesta de idéntica dimensión, pues los Estados miembros ven que sus posibilidades autónomas de prevención, control, reacción y coacción se debilitan⁸. La Unión, como entidad política, ofrece

⁶ Refiriéndose a la Unión Europea, sostiene Aldecoa Luzárraga que «el terrorismo internacional y la contundencia con la que golpea a las sociedades abiertas ponen de manifiesto la incapacidad de los Estados para enfrentarse a él y demandan más cooperación internacional». ALDECOA LUZÁRRAGA, F., «La Europa europea frente al terrorismo», Análisis del Real Instituto Elcano, *ARI*, N.º 55/2004, 25/03/2004, p. 3. Señala Reinares que la acumulación de experiencias y su puesta en común a través de la cooperación bilateral o multilateral reduce el tiempo de adaptación que precisa una sociedad concreta ante la eclosión del terrorismo. REINARES, «Estado, democracia liberal y...», *loc. cit.*, p. 122. Sobre el concepto de *Estado cooperativo* como nueva concepción del Estado en su relación con el orden internacional y los procesos de integración regional, HÄBERLE, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002. En especial pp. 256 y ss.

⁷ Explica Valle Gálvez que «el Mercado interior es el que produce un *territorio interior*», que «a su vez, conlleva una innegable dimensión de espacio común, espacio público o espacio constitucional en construcción, en el que uno de los derechos de la persona más esenciales es el de la movilidad». DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Lisboa», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 417-435, p. 418.

⁸ La movilidad, consagrada como derecho del ciudadano del mercado, se amplía por el Acuerdo de *Schengen* (1985) que, como contrapartida, también se encarga de reforzar condiciones de seguridad de forma externa y paralela al proceso de integración, hasta que acabó incorporándose a través del Tratado de Ámsterdam (1997) al acervo de la Unión. En realidad, la cooperación en ámbitos de prevención y persecución de la delincuencia a escala europea tiene su origen, externo y paralelo a proceso comunitario, en los años setenta con la

una contrarréplica estratégica para la organización de medios y recursos, con una posición privilegiada para optimizar los beneficios de la actuación colectiva contra el terrorismo.

Pero la Unión es un orden que está aún en proceso de perfeccionamiento, de definición, y un orden en el que las garantías de los derechos y la legitimidad democrática están mediatizadas por las estructuras estatales⁹. El margen de actuación de la Unión frente al terrorismo está limitado por los objetivos que los Estados le encomienden y por los instrumentos que los mismos consientan en atribuirle. Dicho margen también está afectado por la debilidad de las condiciones de constitucionalidad de la Unión, las cuales hacen controvertido que se lleven a cabo acciones y regulaciones que *excepcionen* o *modulen* el régimen de libertades sin contar con el beneplácito de los poderes públicos estatales. Esos límites subyacentes, que impiden la definición de una política antiterrorista en la Unión, han tenido, no obstante, una evolución nada desdeñable desde los años cincuenta hasta el Tratado de Lisboa, que podría abrir el camino a una política europea contra el terrorismo. La adopción del Programa de Estocolmo unos días después de la entrada en vigor de Lisboa es un signo, a la vez, de continuidad, de impulso y de renovación de estrategias¹⁰.

Cooperación Política Europea. Un resumen del proceso puede consultarse en LIÑÁN NOGUERAS, en MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3ª edic. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 686 y ss., y 6ª edic. 2010, pp. 89 y ss.

⁹ Todos estos aspectos de la Unión Europea como orden constitucional encierran una gran complejidad que es imposible abordar de manera breve. Con conciencia de lo limitado de las referencias, remitimos a algunos de los trabajos más significativos sobre la construcción constitucional del sistema comunitario, su relación con los constitucionalismos estatales, la estructura competencial e institucional de las Comunidades desde una perspectiva diacrónica y los problemas de legitimidad democrática que se desprenden de dicho enfoque: WEILER, J. H. H., «La Transformación de Europa», en WEILER, J. H. H., *Europa, Fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; PERNICE, I., *Fondements de droit constitutionnel européen*, www.whi-berlin.de, 2002; STEIN, E., «Lawyers, judges and the making of a transnational constitution», *American Journal of International Law*, Vol. 75, núm. 1 1981, pp. 1-27; POIARES MADURO, M., «Las formas del poder constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, pp. 11-56; entre nosotros, CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de la Unión Europea*, Trotta, Madrid, 2004.

Las siglas TUE(N) y TUE(L) se refieren, respectivamente, a las versiones del Tratado de la Unión según el Tratado de Niza y según el Tratado de Lisboa.

¹⁰ El «Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano» fue adoptado en Bruselas por el Consejo Europeo el 11 de diciembre de 2009. Véase <http://ec.europa.eu>.

II. LA ACCIÓN ANTITERRORISTA BAJO EL TERCER PILAR

1. EVOLUCIÓN

La primera referencia al terrorismo aparece en Maastricht, en el contexto de la cooperación policial, inserta entre las líneas maestras del diseño del tercer pilar de la Unión: cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior —CAJI—¹¹. Esa cooperación intentaba afrontar, desde una plataforma intergubernamental adherida a lo comunitario, las implicaciones derivadas de la supresión de las fronteras interiores, abarcando desde políticas sobre asilo o inmigración hasta el esbozo de una cooperación policial. Sobre las bases de la cooperación *Schengen*, en la que varios Estados establecían pautas de apertura, pero también de control, el diseño inicial de la CAJI no llegaba a establecer una *política* interior de seguridad¹², pero sí una incipiente estructura para la coordinación, policial institucionalizada en la Oficina Europea de Policía, *Europol*¹³.

En la reforma de Ámsterdam, a finales de los noventa, el tercer pilar se retocó y consolidó como plataforma para la cooperación policial y judi-

¹¹ Señala ALDECOA LUZÁRRAGA que «todas las reformas de los Tratados, aunque la de Niza en menor medida, han determinado un salto cualitativo en la cesión de competencias que van a ser ejercidas por la Unión. En efecto, se pasa de una Comunidad que, sustancialmente, ejercía cuatro políticas comunes de tipo sectorial o económico, cuales eran la agrícola, la de transportes, la comercial y la de competencia, a una Unión capaz de concebir y gestionar políticas no sólo económicas sino de sociedad y, en los últimos tiempos, hacer incluso alta política». ALDECOA LUZÁRRAGA, F., *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos, Vol. II. Génesis y desarrollo de la Unión Europea (1979-2002)*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 51.

¹² ALDECOA LUZÁRRAGA, F., *La integración europea...*, *op. cit.*, p. 167. Muestra VALLE GÁLVEZ que, tras el establecimiento del mercado interior como *espacio sin fronteras interiores*, el Tratado firmado en Maastricht introducía en el pilar comunitario el elemento de la ciudadanía europea, a través del cual la libre circulación empezaba a formularse como derecho y, por lo tanto, se planteaba más abiertamente el problema del control, seguridad, ante esa libertad reconocida. DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y *Schengen*: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, 1998, pp. 41-78, en concreto p. 44.

¹³ La Oficina Europea de Policía, *Europol* —artículo K.1.9) del Tratado de Maastricht—, en funcionamiento desde 1994, se concibió para la prevención y lucha contra el terrorismo y otras formas graves de delincuencia internacional, siendo la primera de las distintas agencias de puesta en común de recursos y medios estatales para la persecución del delito a escala europea.

cial en materia penal al servicio de la libre circulación de personas¹⁴. Con todo y con ello, sin llamarse a equívocos, Ámsterdam no establecía nada distinto de una cooperación intergubernamental reforzada en ámbitos policiales y de justicia. El nuevo tercer pilar se centró en las estrategias y la coordinación para la persecución de la delincuencia, la aproximación de legislaciones penales y la colaboración entre sistemas judiciales. El acervo *Schengen* se integró dentro del de la Unión y se rediseñaron los instrumentos jurídicos disponibles para conseguir el objetivo de libertad, seguridad y justicia: Posiciones comunes y Decisiones Marco para la aproximación de legislaciones¹⁵.

El Consejo Europeo de Tampere, el 15 y 16 de octubre de 1999, supuso un nuevo impulso en la planificación de la hoja de ruta para una política interior propiamente europea y para la prevención y lucha contra la delincuencia, en particular contra la terrorista¹⁶. *Eurojust*, la agencia de

¹⁴ El espacio de libertad, seguridad y justicia se formuló como objetivo específico, con la aspiración de que ese mercado sin fronteras interiores «resulte adecuadamente acompañado por medidas compensatorias del déficit de seguridad que de ello deriva, sin que las mismas acaben afectando a los estándares de derechos y garantías proclamados como valores esenciales de la filosofía política sobre la que se sienta la UE.». SÁNCHEZ LEGIDO, A., «La Euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, 2007, p. 3. Para Valle Gálvez: «El ELSJ —que entró en vigor en 1999— es la versión jurídica del universal binomio “libertad-seguridad”, pretendiendo esencialmente la libre circulación de personas en un espacio europeo de seguridad y justicia» DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en...», *loc. cit.*, p. 418.

¹⁵ Las Posiciones comunes, adoptadas por el Consejo por unanimidad, se destinaron a expresar el enfoque de la Unión sobre las materias objeto de cooperación. Quedan como herramientas de definición política de las líneas a seguir. Además, Ámsterdam inventa un tipo especial de acto de la Unión: la Decisión Marco para la aproximación de legislaciones —art. K.6.b) TA—, que va a dar forma a importantes actos jurídicos del tercer pilar. La DM es un medio idóneo de definición de elementos comunes para la persecución del terrorismo y de otras formas de delincuencia organizada. Se trata de una norma cuyo efecto directo se excluye expresamente y cuyos mandatos han de implementar los Estados, lo cual es respetuoso con las limitaciones de legitimidad de la Unión y de la atribución conferida por los Estados en este ámbito.

¹⁶ La cooperación e intercambio de estrategias son las herramientas fundamentales. Así, en el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, convocado con la finalidad de avanzar en la creación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, ya se apunta al intercambio de mejores prácticas, a la fijación de objetivos comunes y al reforzamiento de la red de autoridades nacionales encargadas de la prevención y la cooperación con instrumento de actuación común en el ámbito de la lucha contra la delincuencia organizada.

cooperación judicial, fue formalizada mediante el Tratado de Niza —artículo 1.7 TN—, que dio algo más de flexibilidad a los procedimientos y condiciones para las cooperaciones reforzadas en el ámbito de la cooperación policial y judicial, pero sin ir más allá ni en la asignación de tareas, ni en la modificación de los procedimientos institucionales del tercer pilar¹⁷.

Según todo lo expuesto, el tercer pilar se habría caracterizado, hasta Lisboa, como forma de cooperación intergubernamental. Desde un punto de vista institucional, la centralidad del Consejo y la posición condicionada del Tribunal de Justicia (TJ) hacían del tercer pilar un marco jurídico débil¹⁸, con un sistema propio de actos normativos cuya eficacia se distinguía de la de los actos comunitarios. La organización de recursos ante el Tribunal de Justicia se adaptaba desde el pilar comunitario, con los matices y excepciones sobre la competencia que establecía el artículo 35 del TUE(N)¹⁹.

Esta realidad ha significado que decisiones que afectan a las condiciones materiales de los derechos fundamentales y, en consecuencia, deben estar respaldadas por un grado máximo de legitimidad democrática, han estado en manos del Consejo cuando eran comúnmente objeto de reserva de ley parlamentaria en los Estados miembros. Esa reserva, lejos de ser caprichosa, asegura que la regulación y delimitación del ejercicio de los

ALDECOA LUZÁRRAGA, F., *La integración europea...*, *op. cit.*, p. 264. Las Conclusiones del Consejo Europeo pueden consultarse en www.europarl.europa.eu/summits, y en <http://europa.eu/european-council>.

¹⁷ QUEL LÓPEZ, F. J., «Análisis de las reformas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Niza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 9, 2001, pp. 117-144.

¹⁸ El régimen específico de adopción de decisiones del tercer pilar ha estado basado en la unanimidad. Si bien en cuestiones de procedimiento y para la aplicación de las Decisiones simples, Niza introdujo ya la mayoría cualificada —arts. 34.2.c) y 34.4 TUE(N)—. Utilizaba el aparato institucional comunitario, el Consejo era el órgano central de decisión, la Comisión participaba de la iniciativa de los distintos actos jurídicos junto con los Estados miembros —art. 34.2 TUE(N)—, y el Parlamento Europeo tenía un papel residual. La DM debía ser aprobada por unanimidad en el Consejo, con sólo consulta al Parlamento Europeo. El mismo procedimiento se seguía para el resto de actos del tercer pilar: Decisiones y Convenios —art. K.11 TA—. También el Tribunal de Justicia tenía una posición peculiar en el tercer pilar, puesto que su función natural de control de la aplicación del Derecho derivado aparecía condicionada. En ciertos ámbitos de la cooperación policial y judicial el TJ sólo actuaba bajo invitación de cada Estado —art. K.7 TA—.

¹⁹ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho...*, *op. cit.*, 2002, 697. DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La refundación de la libre circulación de personas...», *loc. cit.*, pp. 62 y ss.

derechos sea adoptada por el órgano que tiene la máxima legitimidad democrática. En el ámbito europeo, la limitadísima intervención del Parlamento Europeo pesaba sobre los procedimientos de decisión. Por otra parte, la subordinación de la intervención del Tribunal de Justicia a la aceptación voluntaria por parte de los Estados —para las cuestiones prejudiciales— o a la inclusión en los Convenios concretos, dejaba en una situación difícil a las garantías de los derechos²⁰. Por último, los actos normativos rebajaban su contundencia al sujetar su efectividad a la ratificación constitucional estatal o al privarlos de efecto directo²¹, con lo que se conseguía que su implementación y aplicación viniera rodeada de las garantías institucionales y jurisdiccionales propias de los Estados miembros. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no tardó en ligar la interpretación de leyes estatales a la conformidad con Decisiones Marco, haciendo que la interpretación conforme del Derecho estatal acabara dando supremacía interpretativa a la legislación comunitaria, y creando una vinculación asimilable a la del efecto directo y la primacía²².

La realidad del tercer pilar ha sido, por tanto, la de un marco normativo limitado que, si no ha llegado a configurar una política interior europea propiamente dicha, mucho menos una política antiterrorista. A esto último tampoco ha ayudado la ambigua contribución que suponen las operaciones reforzadas, que alientan la acción, pero también la fragmentan

²⁰ Los jueces nacionales son garantes de los derechos constitucionales y jueces naturales del Derecho europeo, pero la revisión jurisdiccional del respeto a los derechos fundamentales en las disposiciones europeas no puede hacerla nadie más que el Tribunal de Luxemburgo. Sobre estas cuestiones, GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «La jurisdicción comunitaria en el nuevo Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 4, 1998, pp. 501-548.

²¹ El primero, el caso de los Convenios según el 34.2.d) TUE(N), el segundo el de las Decisiones del artículo 34.2.c) TUE(N) y el de las Decisiones Marco para la aproximación de legislaciones del 34.2.b) TUE(N).

²² FLETCHER, M., «Extending *indirect effect* to the third pillar: The significance of *Pupino?*», *European Law Review* núm. 6 2005, pp. 862-878. Es la doctrina que se deduce de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de junio de 2005, *Pupino*, Asunto C-105/03, *Rec* 2005, p. I-05285. La idea es que «las Decisiones Marco pueden generar efecto interpretativos que condicionen la resolución de un caso concreto... prácticamente la aplicabilidad de la Decisión Marco y su invocación allá donde el legislador nacional haya guardado silencio o dejado un margen de maniobra interpretativa» Ver SARMIENTO, D., «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La Sentencia *Maria Pupino* y el efecto directo de las Decisiones Marco», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10, 2005, p. 1.

y no favorecen al fortalecimiento de la Unión como plataforma para hacer frente a la amenaza del terrorismo actual²³.

2. ESTRATEGIAS Y ACCIONES CONTRA EL TERRORISMO

Tras el 11 S la Unión asume que los actos terroristas no son fenómenos aislados, sino que responden a una organización y decisión sobre objetivos concretos. Por tanto, las estrategias de prevención y confrontación deben tener un carácter estructural, común y, por supuesto, conciliado con el respeto de las libertades fundamentales²⁴. La elección de medios y el diseño de estrategias antiterroristas se ha venido diseñando a través de mecanismos de *soft law*, definiendo líneas de acción que luego vayan a realizarse bien a través de Convenios, bien a través de Decisiones Marco.

²³ Las excepciones que Irlanda, Reino Unido y Dinamarca se reservan sobre las medidas del tercer pilar también obstaculizan la cohesión en la lucha contra el terrorismo desde la Unión. Tampoco son positivas, aunque sobre esto hay discrepancias, las estructuras paralelas al margen de la Unión: las pseudo-cooperaciones reforzadas como el Tratado de Prüm. Sus medidas, encaminadas al control de información y con repercusión directa sobre las libertades comunitarias, se han gestado fuera del marco de la Unión, por más que el Consejo ya haya decidido integrarlas en éste en febrero de 2007. El Tratado de Prüm, firmado el 27 de mayo de 2005 por siete países, para Ziller refuerza la cooperación a través de la confianza mutua y la insistencia en las exigencias de respeto de derechos y libertades fundamentales, pero «la consagración de estas prácticas sin debate parlamentario ni con el resto de interesados, corre el peligro de conducir a una disminución del grado de protección de las libertades desproporcionada en relación con las ventajas en términos de cooperación policial, a pesar de las cautelas tomadas por el texto que, sobre este aspecto, se remite al derecho nacional (...). Europa seguirá siendo acusada de liberticida mientras que las instituciones europeas no tengan ningún papel en la elaboración de estos textos. Se podría replicar que esto es lo que puede pasar en el marco de la Unión Europea, debido en particular a la débil posición formal del Parlamento Europeo en materia de cooperación policial; sin embargo, un papel débil es mejor que ningún papel cuando se trata de transparencia y responsabilidad política». ZILLER, J., «El Tratado de Prüm», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, 2007, pp. 181-205, p. 28. Ver también, REMOTTI CARBONELL, J. C., «Las medidas contra el terrorismo en el marco del Tratado de Prüm», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, 2007, pp. 181-205. Sobre la integración del Tratado de Prüm a la Unión a través de actos de los pilares primero y tercero trató la reunión del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 15 de febrero de 2007.

²⁴ ALDECOA LUZÁRRAGA, F., «La Europa europea...», *loc. cit.*, p. 1.

A) *Soft law* y acciones desde el primer pilar

En cuanto instrumento habitual de pre-producción normativa, el *soft law* ha tenido gran significación en el ámbito del tercer pilar²⁵. Las Posiciones comunes han estado destinadas a servir de preparación y guía de regulaciones diversas y también han sido influyentes las conclusiones de los Consejos Europeos, en especial a raíz de Tampere, en 1999, que definió un Plan de Acción que insistía sobre la necesidad de la coordinación de las medidas policiales, de la acción judicial y de la definición común de delitos, entre los que se encontraba el terrorismo. Algo más adelante, tras el 11 S y el Consejo Europeo extraordinario de Bruselas el 21 de septiembre de 2001, se pusieron en práctica los desarrollos normativos que el referido Plan demandaba: la orden de detención europea, la elaboración de un listado de organizaciones antiterroristas, las medidas contra la financiación y las medidas para la seguridad aérea y coordinación en los ámbitos *PESC*, *PESD* y *JAI* fueron prefigurados en ese Consejo²⁶. Poco después se define un específico Plan de acción contra el terrorismo para la UE, en octubre de 2001 en Gante, objeto de distintas actualizaciones y que definitivamente

²⁵ Por *soft law* podemos entender aquellos actos que, sin ser vinculantes, se producen desde un ámbito institucional, de manera más o menos sistemática y con concretas formas y procedimientos de producción y que, así, están orientados a influenciar y condicionar la libertad de sus destinatarios u orientar sus decisiones. Siguiendo a Alonso García, puede decirse que el *soft law* suele cumplir alguna de estas cuatro funciones, cuando no varias de ellas a la vez: bien la de avance, bien la de alternativa, bien la de complemento, bien la de parámetro de interpretación de las regulaciones puramente normativas o *hard law*. Esta definición del *soft law* y su función en el sistema jurídico comunitario está en ALONSO GARCÍA, R., «El *soft law* comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001, pp. 63-94. La enumeración y el desarrollo de sus funciones dentro del orden comunitario puede seguirse en pp. 74 y ss. Se han producido incluso cruces y mandatos desde Posiciones comunes del segundo pilar —*PESC*— para adoptar medidas en el tercero en prevención del terrorismo. Así, la Decisión 2003/48/JAI del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, relativa a la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial en la lucha contra el terrorismo de acuerdo con el artículo 4 de la Posición común 2001/931/PESC, *DOUE*, n.º L 016 de 22 de enero de 2003, p. 0068.

²⁶ CALDUCH CERVERA, R., «El Tratado de Lisboa y la amenaza terrorista en Europa», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 451-467, en concreto p. 457. CATALINA BENAVENTE, M. A., «La restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo», *Estudios de Progreso*, 21/2006, Fundación Alternativas, www.falternavas.org, pp. 10 y ss.

impulsaría la adopción de las Decisiones Marco sobre el terrorismo, sobre la orden de detención y sobre el blanqueo de capitales. La Declaración de lucha contra el terrorismo del Consejo Europeo de 24 de marzo de 2004 renovaba, tras el 11 M, las sugerencias de acción en las líneas anteriores²⁷: coordinación policial, intercambio de información, control de datos, investigaciones transfronterizas, cooperación judicial, bloqueo de la financiación y, singularmente, la cláusula de solidaridad que pendía del Tratado Constitucional y que ahora recoge el de Lisboa.

Por otra parte, la incidencia de ese *soft law* ha ido casi siempre más allá del tercer pilar. Un ejemplo es la Decisión del Consejo que establece un programa específico de «Prevención, preparación y gestión de las consecuencias del terrorismo y de otros riesgos en materia de seguridad» para el período 2007-2013²⁸. También en el ámbito comunitario se han adoptado actos encaminados a impedir, obstaculizar y perseguir la financiación de grupos terroristas en o desde el espacio de la Unión y justo tras el 11 S se adopta el Reglamento 2320/2002, con medidas comunes para la seguridad de la aviación civil²⁹. Las medidas anti-financiación se justifican por la libre circulación de capitales. Las medidas para proteger la seguridad

²⁷ El Plan de Acción de la UE en la lucha contra el terrorismo se corresponde con el documento 12800/01 del Consejo, que puede consultarse a través de su registro en www.consilium.europa.eu. La Declaración del Consejo Europeo sobre la lucha contra el terrorismo, Bruselas 25 de marzo de 2004 está en el *Boletín de la Unión Europea* 3/2004. El recorrido a través de estos actos lo exponen, ARTEAGA MARTÍN, F., «La Unión Europea y su lucha contra el terrorismo», *Análisis del Real Instituto Elcano, ARI*, N.º 42/2004, 22/03/2004; y SORROZA BLANCO, A., «La UE y la lucha contra el terrorismo: del 11-M al 7-J», *Análisis del Real Instituto Elcano, ARI*, N.º 92/2005, 11/07/2005.

²⁸ Establece un marco de acciones preventivas y gestoras de las consecuencias del terrorismo en los Estados miembros. Denota esta Decisión la firme voluntad de la Unión por luchar contra el terrorismo a través de todas las vías a su alcance, puesto que la misma se tomó con base en el artículo 308 TCE, la cláusula de imprevisión, que siempre ha sido un apoyo controvertido desde el punto de vista de la legitimidad de la atribución de la competencia. Decisión 2007/124/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico «Prevención, preparación y gestión de las consecuencias del terrorismo y de otros riesgos en materia de seguridad», integrado en el programa general «Seguridad y defensa de las libertades».

²⁹ La anti-financiación es una línea de acción esencial, puesto que «la capacidad operativa de un grupo terrorista depende directa y decisivamente de su financiación», por lo que estas medidas minan «la sostenibilidad de las organizaciones terroristas». Pero además, «aporta una inapreciable información sobre las conexiones entre distintos grupos, aparentemente independientes, y sobre los Estados que los patrocinan». CALDUCH CERVERA, R., «El Tratado de Lisboa y la amenaza...», *loc. cit.*, p. 464.

aérea se apoyan en la libre circulación de personas y en la política de transportes propia del pilar comunitario³⁰. En especial, las medidas contra la financiación son polifacéticas, puesto que también se relacionan estrechamente con los compromisos internacionales que sobre la base de la *PESC* se han contraído, o se han asumido como propios de la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo. El bloqueo de la financiación del terrorismo es, entre otras, una apuesta fuerte de la Unión, puesto que todos los recursos a utilizables son puestos al servicio de ese objetivo³¹.

³⁰ Se trata de otro ámbito de acción frente al terrorismo que tiene su origen o su justificación jurídica también en el pilar comunitario, concretamente en el artículo 80 TCE. Se protege la seguridad en los transportes: Reglamento (CE) n.º 2320/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil, *DOCE*, n.º L 335 de 30 de diciembre de 2002, p. 1, modificado por el Reglamento (CE) n.º 849/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, *DOUE*, n.º L 158 de 30 de abril de 2004, p. 1. Un ulterior reglamento de la Comisión que desarrollaba normas de éste, fue declarado no vinculante de cara a los particulares por el TJ al no haber sido publicado en el *Diario Oficial*, sino declarado secreto. Sentencia de 10 de marzo de 2009, *Hartlauer*, C-169/2007, *Rec.* I-1721.

³¹ En esa precisa línea se encuentra el Reglamento CE n.º 2580/2001 del Consejo sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, que no hace sino dar ejecución a la Resolución 1373 (2001) de 28 de septiembre de 2001 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Con un sentido más general, es reseñable una Directiva, la 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. Reglamento (CE) 2580/2001 del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, *DOUE*, n.º L 334 de 28 de diciembre de 2001, p. 0070; y Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo *DOUE*, n.º L 309 de 25 de noviembre de 2005 p. 0015. También puede aludirse al Reglamento CE n.º 881/2002 del Consejo, por el que medidas similares se dirigen especialmente a determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes de Afganistán. Reglamento (CE) n.º 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 467/2001 del Consejo por el que se prohíbe la exportación de determinadas mercancías y servicios a Afganistán, se refuerza la prohibición de vuelos y se amplía la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán, *DOUE*, n.º L 139 de 29 de mayo de 2002, p. 9-22. Sobre el 881/2002 recayó la famosa Sentencia Kadi, que anuló el mismo en lo referente a dos de sus destinatarios. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran sala) de 3 de septiembre de 2008, *Kadi and Al Barakat International Foundation/Consejo y Comisión*, asuntos C-402/05 P y C-415/05 P, *Rec.* 2008, p. I-6351.

B) Decisiones Marco

De vuelta al tercer pilar, las Decisiones Marco fueron, hasta Lisboa, el instrumento estrella en la creación de líneas comunes de acción contra el terrorismo. La Unión Europea ha diseñado en ellas los mínimos que los Estados deben incorporar para que las acciones preventivas y la coordinación policial y judicial tengan efectividad³². Las dos Decisiones Marco más significativas en la lucha contra el terrorismo fueron adoptadas a raíz del 11 S: la Orden de Detención Europea (DMODE) y la definición común de los delitos de terrorismo (DMT)³³.

La Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, tenía la misión principal de dar una definición común y suministrar elementos uniformes para la tipificación penal del terrorismo en los Estados miembros³⁴. Los rasgos generales de esa definición consideran acto terrorista al cometido con la intención de dañar seriamente un país u organización internacional, intimidando a su población, imponiendo toda clase de

³² En los años noventa hay Acciones comunes relacionadas con estrategias de lucha antiterrorista, tales como la Acción común 96/610/JAI del Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativa a la creación y mantenimiento de un Directorio de competencias, técnicas y conocimientos antiterroristas especializados para facilitar la cooperación antiterrorista entre los Estados miembros de la Unión Europea, *DOCE*, n.º L de 25 de octubre de 1996, p. 1; la Acción común 98/428/JAI del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se crea una red judicial europea, con competencias sobre los delitos de terrorismo, *DOCE*, n.º L 191 de 7 de julio de 1998, p. 4; y la Acción común 98/733/JAI del Consejo de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, *DOCE*, n.º L 351 de 29 de diciembre de 1998, p. 1. Esa última ha sido sustituida por la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, *DOUE*, n.º L 300 de 11 de noviembre de 2008, p. 42.

³³ ANNE WEYEMBERGH coincide en esa apreciación sobre el protagonismo de las Decisiones Marco, sobre la *Euroorden* y la definición de los delitos de terrorismo. WEYEMBERGH, A., «L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen», en BRIBOSIA, E., WEYEMBERGH, A. (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 2002, pp. 153-193, p. 159.

³⁴ Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, *DOCE*, n.º L 164 de 22 de junio de 2002, p. 3; y Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, *DOUE*, n.º L 330 de 9 de diciembre de 2008, p. 21. Esta modificación tendrá que ser implementada por los Estados antes del 9 de diciembre de 2010.

dificultades, desestabilizando o destruyendo sus estructuras fundamentales, constitucionales, sociales y económicas —artículo 1.1 DMT—. Es una presentación del acto terrorista de cariz marcadamente subjetivo, centrada en la intención de resultado. A la misma, se une un glosario de actos concretos considerados delitos terroristas —artículo 1.1 a) a f) DMT— y otra lista con delitos que estarán ligados a las actividades terroristas, la cual ha sido incrementada en la reciente reforma de 2008 —artículo 3 DMT—³⁵. La Decisión Marco da también una definición de grupo terrorista, establece mecanismos para definir la responsabilidad de las personas jurídicas, orienta la manera en la que las sanciones deben establecerse e imponerse en los Estados, y facilita normas sobre conflicto jurisdiccional³⁶. Esta DMT favorece una concepción jurídica común de los delitos de terrorismo, puesto que hay algunos Estados miembros que no han tenido regulaciones anti-terroristas específicas y las de los que sí las tenían son muy diferentes³⁷. La duda es si su implementación debilita el principio de legalidad penal, de rango iusfundamental³⁸.

³⁵ Los actos son el atentado contra la vida de una persona que pueda tener resultado de muerte (a); los atentados graves contra la integridad física de una persona (b); el secuestro o toma de rehenes (c); las destrucciones masivas que puedan poner en peligro la vida humana o causar un grave perjuicio económico (d); el apoderamiento ilícito de aeronaves, buques o medios de transporte colectivo (e); fabricación, tenencia, adquisición... de distintos tipos de armas: de fuego, químicas, biológicas...(f); la interrupción o supresión del suministro de agua, electricidad o algún otro recurso esencial (g); la amenaza de cometer cualquiera de los actos anteriores (h). Los delitos ligados son el hurto, robo, chantaje, el libramiento de documentos falsos, todo ello con el fin de cometer alguno de los actos especificados en el artículo 1 DMT, y a partir de la reforma de 2008 también la provocación a la comisión de un delito de terrorismo, la captación, y el adiestramiento de terroristas, sin que sea necesario que se llegue a cometer un delito de terrorismo para poder castigar estas conductas ligadas.

³⁶ Como complemento, la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, establece la responsabilidad aparejada a las organizaciones delictivas y a las asociaciones estructuradas. Abarca además de las acciones lesivas en sí mismas, el reclutamiento de participantes, la financiación y la colaboración. Decisión Marco 2008/841/JAI, véase la nota 31.

³⁷ ÁLVAREZ CONDE, E. y GONZÁLEZ, H., «Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales», Análisis del Real Instituto Elcano, *ARI*, N.º 7/2006, 19/01/2006.

³⁸ La DMT todavía no ha sido transpuesta en todos los Estados a los que obliga, lo cual evidencia la dificultad de hacer común una definición para el terrorismo. Ha recibido duras críticas por ese especial énfasis en el elemento subjetivo del tipo, la intencionalidad, así como por el hecho de que algunos de los atentados terroristas más recientes no encajan así como así dentro de esos tipos subjetivos. Sostiene García Rivas que ni los múltiples atentados de

En segundo término, la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo relativa a la orden de detención europea (*Euroorden*)³⁹ tiene una finalidad más general que la de perseguir la acción terrorista. Su objetivo es sustituir los clásicos procedimientos de extradición por un procedimiento exclusivamente judicial y sin intervenciones políticas: ágil, simplificado, y apoyado en el principio del reconocimiento mutuo. La confianza recíproca en que el Estado miembro emisor de la *Euroorden* respeta los derechos fundamentales tal y como son recogidos en el artículo 6 del Tratado de la Unión —artículo 1 DMODE— es factor clave para el funcionamiento y la aceptación del mecanismo⁴⁰. La Decisión Marco regula los supuestos, obligatorios y facultativos, según los cuales podría el Estado receptor negarse a ejecutar la orden de detención, especifica las garantías del detenido, y detalla el procedimiento y los pasos a seguir tanto en el Estado emisor como en el de ejecución. El terrorismo, obviamente, encaja plenamente en las coordenadas de aplicación de la *Euroorden*. De hecho, uno de los delitos para los que no es necesario el requisito de la doble tipificación, en el país emisor y en el de ejecución, es el de terrorismo, siempre y cuando, eso sí, la duración mínima de la pena sea de tres años —artículo 2.2 DMODE—. La *Euroorden* muestra que el espacio europeo ya no es un espacio internacional, sino un espacio común en el que se van salvando obs-

ETA, excepcionando el de Carrero Blanco, ni los últimos del 11 S, 11 M o 7 J habrían tenido una *entidad lesiva* suficiente como para socavar los países en los que se cometieron. GARCÍA RIVAS, N., «La tipificación «europea» del delito terrorista en la decisión marco de 2002: análisis y perspectivas», iustel.com, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 4, 2005.

³⁹ La Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, *DOUE*, L 190 de 18 de julio de 2001, p. 1. Su antecedente es el Acta del Consejo, de 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 miembro de la Unión Europea. Recientemente ha sido modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, con la finalidad de propiciar la efectividad de la *Euroorden* cuando el proceso en el país emisor se haya celebrado sin comparecencia del imputado, siempre y cuando se hayan cumplido una serie de requisitos de información y citación suficiente. Véase *DOUE*, n.º L 81/24 de 27 de marzo de 2009.

⁴⁰ La *Euroorden* pretende cubrir dos tipos de situaciones: «cuando se haya condenado a una persona por una infracción y haya huido a otro Estado miembro, y cuando una persona perseguida por una infracción punible con una pena de al menos doce meses, pero que aún no haya sido condenada, se encuentre o huya a otro Estado miembro». FONSECA MORILLO, F. J., «La orden de detención y entrega europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, 2003, pp. 69-95, p. 72. Sobre la caracterización de la *Euroorden*, SÁNCHEZ LEGIDO, A., «La Euro-orden, el principio de...», *loc. cit.*, pp. 9 y ss.

táculos tradicionales a la persecución de delincuentes allende las propias fronteras.

Por último, en relación con la prevención y la puesta en común de estrategias y recursos para la investigación policial contra el terrorismo, la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo permite crear equipos conjuntos de investigación entre dos o más Estados miembros. También es reseñable la Decisión Marco 2006/960/JAI del Consejo, que incluye medidas relativas al intercambio de información para la persecución de delitos, establece una serie de cautelas de cara a la protección de datos, la confidencialidad y frente al abuso de estos medios, pero también que para los delitos graves, aquéllos que excepcionan la doble incriminación en materia de euroorden, las cautelas podrán rebajarse para facilitar la investigación⁴¹. El terrorismo, inserto en la *normalidad* de los delitos graves, recupera la *excepcionalidad*: el dilema de la libertad frente a la seguridad está implícito.

3. INCIDENCIA EN ÁMBITOS IUSFUNDAMENTALES

Se ha sugerido que aunque el *ELSJ* presenta los conceptos de libertad, seguridad y justicia como refuerzos mutuos, no hay un balance justo, con la agenda de seguridad siendo seguida más vigorosamente que las otras⁴². Por eso, hay que preguntarse: ¿cómo es la adecuación de la actuación antiterrorista a los principios y garantías del constitucionalismo?; ¿cuál es su efecto sobre los derechos fundamentales de la ciudadanía europea?; ¿los debilita en detrimento de la libertad?

A) Medidas preventivas frente a libertades

Casi todas las regulaciones revisadas en los apartados precedentes tienen un componente preventivo: las que se dirigen a facilitar la investiga-

⁴¹ Las Decisiones Marco reseñadas son la 2002/465/JAI de Consejo de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación, *DOCE*, n.º L 162 de 20 de junio de 2002, p. 1, y la 2006/960 JAI del Consejo de 18 de diciembre de 2006, sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea, *DOUE*, n.º L 387 de 29 de diciembre de 2006, p. 89. También puede citarse la 2008/315/JAI de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros, *DOUE*, n.º L 93 de 7 de abril de 2009, p. 23.

⁴² FLETCHER, M., «Extending *indirect effect* to...», *loc. cit.*, p. 870. DOUGLAS-SCOTT, S., «The rule of law in the EU-putting the security into the *Area of Freedom and Security and Justice*», *European Law Review*, núm. 2, 2004, pp. 219-242.

ción policial, las definidoras de los componentes del tipo penal de terrorismo o la misma existencia de una orden de detención que funcione a escala europea. Pero en particular, las medidas que crean obstáculos a la financiación y las que hacen posible la recogida, el control y el intercambio de la información son las más marcadamente preventivas y tienen que prestar especial atención a los límites que imponen los derechos de libertad, especialmente la intimidad personal y la protección de datos⁴³. Avisada, la Unión Europea ha optado por utilizar el mismo instrumento que permite ampliar los medios de investigación, la Decisión Marco, para establecer obligaciones de protección de datos: la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal⁴⁴.

Por otra parte, las medidas que interceptan y tratan de evitar la financiación de grupos terroristas afectan a la libre circulación de capitales y plantean el dilema del cruce de objetivos, mercado-seguridad-libertad, y el del roce con derechos fundamentales: presunción de inocencia o derecho de defensa cuando han sido medidas aprobadas a través de Reglamentos

⁴³ «La recogida y tratamiento de datos e informaciones personales afecta a todas las personas y no sólo a aquellas sobre las que pudieran existir indicios racionales de participar en actividades terroristas, a lo que se debe añadir la amplitud del listado de datos e informaciones personales que pueden ser recopilados, tratados, e intercambiados por los cuerpos de policía», «ya que, a los propios de las bases de datos policiales internas, se deben sumar los del Sistema de Información Schengen, los de EUROPOL» y los «señalados por el Tratado de Prüm, sin mencionar posibles cruces de información de todos ellos con bases de datos privadas a los que, en un caso dado y con las ordenes judiciales pertinentes, podría también tener acceso la policía como por ejemplo datos bancarios, de consumo, de telefonía, Internet, sanitarios, laborales...». REMOTTI CARBONELL, J. C., «Las medidas contra el terrorismo en el marco...», *loc. cit.*, p. 203. Sobre protección de datos y listas terroristas, también puede verse el trabajo de RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A., «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)», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10, 2006, pp. 219-234.

⁴⁴ Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, *DOUE*, n.º L 350 de 30 de diciembre de 2008, p. 60. También, por su carácter mixto, preventivo de la criminalidad y protector de datos, es destacable la Decisión Marco 2005/222/JAI de 24 de febrero relativa a los ataques contra los sistemas de información, *DOUE*, n.º L 69 de 16 de marzo de 2005, p. 69. Habla de DM de la necesidad de «una sociedad de la información segura y de un espacio de libertad, seguridad y justicia» frente a la «amenaza de la delincuencia organizada» y «la posibilidad de ataques terroristas contra sistemas de información».

dirigidos específicamente a personas determinadas, incluidas en una lista de sujetos a los que hay que restringir sus movimientos de capital. Como respuesta, el Tribunal de Justicia ha seguido una jurisprudencia en la que el parámetro de control incorpora los derechos constitucionales como condición de supervivencia de los fines de la integración y no como elementos basilares de un orden constitucional, lo cual no siempre es acorde con la idea de derecho fundamental⁴⁵.

B) *Decisiones Marco y ámbitos iusfundamentales*

Medidas como la *Euroorden* o las definiciones de tipos penales para la lucha contra el terrorismo predeterminan las acciones represivas de los Estados en la persecución de la delincuencia terrorista que tienen efectos restrictivos de libertades.

La *Euroorden*, como medida diseñada en la misma dirección que la libertad de circulación de personas, pero en sentido inverso, es una corrección a las desviaciones de la misma que pone condiciones indirectas a la libertad de circulación y directas a la libertad personal en pro de la seguridad. Explicita en su preámbulo el respeto por los derechos fundamentales y que no podrá utilizarse con motivos discriminatorios, sexo, raza o religión. Asegura la vigencia de las garantías procesales iusfundamentales de los Estados miembros y las complementa con las específicas para la *Euroorden*. Concede atención a las libertades de asociación, prensa y expresión.

La *Euroorden* incide directamente en ámbitos iusfundamentales para condiciones de *normalidad* y se le ha exigido que las garantías, en particular las del proceso, se refuercen más allá de la confianza recíproca y el reconocimiento mutuo⁴⁶. Sin embargo, la controversia principal sobre la *Euroorden* ha sido la eliminación de la exigencia de doble tipificación, afectando a los principios de igualdad y no discriminación, pues ésta sólo decaía para ciertos delitos, y al de legalidad penal. En respuesta a esas objeciones, el TJ conside-

⁴⁵ Esta cuestión se trata en más profundidad por SANTOS VARA, J., «El control judicial de la ejecución de las sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad en la Unión Europea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 15, 2008. Véase la Sentencia *Kadi*, referenciada en la nota 31.

⁴⁶ Para A. WEYEMBERGH es necesaria una homogenización de máximos, en lo que a derechos fundamentales respecta, del procedimiento penal. No sería adecuado, desde ese punto de vista, contentarse con el reconocimiento mutuo, que es una garantía de mínimos y no de máximos. Y esto en relación tanto con la DMODE como con la DMT. A. WEYEMBERGH, A., «L'impact du 11 septembre sur...», *loc. cit.*, p. 188.

ró que la gravedad de los delitos que excluían la doble tipificación justificaba, proporcionalmente, la diferencia de trato. Respecto a la legalidad penal, para el TJ la *lex previa* y *certa* existía, puesto que el delito siempre estaría tipificado en el país emisor de la *Euroorden*. A este principio de seguridad jurídica unió el TJ el respeto a los principios jurídicos fundamentales del artículo 6 TUE para concluir que no había problemas iusfundamentales en la Decisión Marco o en su aplicación⁴⁷. Por otra parte, la relación entre la *euroorden* y la definición común del terrorismo eliminaría las objeciones cuando se tratase de ese tipo concreto⁴⁸.

La definición de elementos del delito de terrorismo en la DMT también se cuestiona por causa del principio de legalidad penal, ya que el legislador europeo pone condiciones a la actuación del legislador estatal. Por otro lado, los inciertos perfiles de la definición del delito de terrorismo han sido causa de reproches, pues se piensa que pueden tener un efecto disuasorio para el ejercicio de sus derechos fundamentales por parte de asociaciones que, sin ser terroristas, discutan los sistemas políticos vigentes⁴⁹. La precisión que el preámbulo de la DMT hace sobre el necesario respeto a los

⁴⁷ Los jueces constitucionales polaco, chipriota, checo y alemán tuvieron que objetar en relación con la extradición de nacionales propios, prohibidas por sus constituciones. El Tribunal de Justicia se pronunció en su Sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*, C-303/05, *Rec.* 2007, p.I-3633. Sobre estas resoluciones, CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «Réquiem por las Decisiones Marco: a propósito de la orden de detención europea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 14, 2007. También, IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «La jurisprudencia constitucional comparada sobre la orden europea de detención y entrega, y la naturaleza jurídica de los actos del tercer pilar», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 35, 2010, pp. 169-192, en especial p. 171-ss.; y SÁNCHEZ LEGIDO, A., «La Euro-orden, el principio de...», *loc. cit.* Sobre la revisión del concepto de *ius puniendi* estatal a raíz del desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario, LOZANO MANEIRO, A., «Hacia una política penal común: posibilidades y obstáculos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, 2001, pp. 515-544, en especial p. 519 y p. 543.

⁴⁸ El inconveniente es que mientras la DMODE ha sido mayoritaria y satisfactoriamente transpuesta, no ocurre lo mismo con la DMT, por lo que esa aproximación aún no es una realidad en todos los países que participan en el *ELSJ*. Esto según los últimos informes de la Comisión sobre cada una de las dos DM: Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros [COM(2005) 63 final]; Informe de la Comisión, de 6 de noviembre de 2007, basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo [COM(2007) 681 final].

⁴⁹ WEYEMBERGH, A., «L'impact du 11 septembre sur...», *loc. cit.*, p. 167. DOUGLAS-SCOTT, S., «The rule of law in...», *loc. cit.*, p. 230.

derechos fundamentales, en especial el derecho a la huelga y las libertades de reunión, de asociación, de expresión, de manifestación y de sindicación, se adelanta a esas objeciones, así como la de que no se exige la modificación del régimen jurídico constitucional y legal de las libertades de prensa y expresión o la adopción de disposiciones contrarias a dichas libertades contrarresta la inclusión de la *provocación* entre los delitos ligados al terrorismo. Todos esos derechos fundamentales actuarán como límites en la configuración que los Estados hagan del delito de terrorismo al transponerlo a sus ordenamientos y, sobre todo, lo harán en la aplicación de las normas penales que traigan causa de la DMT.

III. EL TRATADO DE LISBOA: NUEVAS CONDICIONES DE LEGITIMIDAD PARA EL *ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA*

1. CAMBIOS SIGNIFICATIVOS DEL MARCO NORMATIVO

El ELSJ se altera en el Tratado de Lisboa⁵⁰, que refuerza algo más sus condiciones de constitucionalidad material para hacer frente al terrorismo. En primer lugar, Lisboa añade una garantía esencial: la proyección de la Carta de Derechos Fundamentales (CDFUE). Pero, además, pone en el mismo plano que el resto de políticas de la Unión la actividad sobre seguridad y justicia, lo cual cohesiona la acción frente al terrorismo y, se quiera o no, la certidumbre jurídica, pues medidas que antes se adoptaban siguiendo sistemas dispares, el comunitario o el del tercer pilar, ahora siguen un esquema único⁵¹. Y es que la Unión Europea se erige como orden jurídico,

⁵⁰ Versiones consolidadas del TUE y del TFUE, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en el *DOUE*, n.º C 83 de 30.03.2010.

⁵¹ «A través de la explicitación de la protección de los Derechos Fundamentales garantiza éstos frente al poder público europeo. Instrumentos como la delimitación de competencias, la creación del doble procedimiento político y judicial de control del principio de subsidiariedad y el incremento de la supervisión de los Parlamentos Nacionales, tienen la función garantista también de evitar la extralimitación en las competencias europeas por parte de las instituciones comunes y por tanto proteger tanto las competencias nacionales como, en su caso, las regionales. El Tratado de Lisboa, por último, establece el equilibrio entre los poderes europeos en la medida en que regula y perfecciona una estructura institucional apoyada en pesos y contrapesos». ALDECOA LUZÁRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 262. ZEMÁNEK, J., «The criminal cooperation within the Area of Freedom, Security and Justice under the Treaty of Lisbon» en PERNICE, I., and TANCHEV, E., (eds.), *Ceci n'est pas une Constitution-Constitutionalisation without a Constitution?*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009, p. 164-171.

político e institucional único. No obstante, todo hay que decirlo, se mantienen elementos de diferenciación: cooperaciones reforzadas y excepciones que se aplican a algunos Estados miembros⁵².

A) *El largo camino a Lisboa: el terrorismo y el nuevo Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*

El Tratado de Lisboa revela una conciencia mayor de la necesidad de emplear esfuerzos contra el terrorismo. Los ataques del 11 S en 2001 impactaron justo a medio camino del proceso de reforma jurídica e institucional de la Unión. Se constató la existencia de una amenaza mayor y más potente que las particulares del terrorismo local o estatal⁵³. Sólo un poco después, el 15 de diciembre de 2001, la Declaración de Laeken sentaba las bases de un proceso de reforma que se ha prolongado hasta final de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El grupo de trabajo X de la Convención para el Futuro de Europa, entre 2002 y 2003, se dedicó a elaborar las propuestas para el perfeccionamiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (*ELSJ*) que acrecientan las posibilidades de actuación y las reubican dentro de los mecanismos de funcionamiento de la Unión.

El *ELSJ* es ya en Lisboa un objetivo autónomo de la Unión —artículo 3.2 TUE(L)—, con una cierta independencia respecto a los objetivos del mercado⁵⁴. Además, por primera vez es definido como competencia de la Unión, junto al resto de las competencias compartidas en el artículo 4.2.j)

⁵² ZEMÁNEK, J., «The criminal cooperation...», *loc. cit.* Sobre cooperación reforzada como elemento de diferenciación que, no obstante, refuerza la integración, THYM, D., «The Evolution of Supranational Differentiation - Assessing Enhanced Cooperation, the Area of Freedom, Security and Justice and Security and Defence Policy under the Treaties of Nice and Lisbon», *WHI Paper 03/2009*, <http://whi-berlin.de>.

⁵³ Y se evidenció que Al Qaeda representa un problema común. Hasta esa fecha había cierta resistencia a profundizar en el papel de la Unión en materia antiterrorista debido, quizás, a «la desigual importancia e impacto del terrorismo en los distintos países (...); la distinta percepción y valoración por las opiniones públicas del terrorismo atendiendo a motivaciones ideológicas o culturales y, finalmente, la resistencia de las autoridades estatales a limitar o condicionar sus competencias soberanas mediante compromisos internacionales en una materia política tan sensible». CALDUCH CERVERA explica que, en principio, el Tratado de Ámsterdam no dio excesiva importancia al terrorismo, seguramente porque los años desde 1990 hasta 1997 no fueron años de especial incidencia del mismo. CALDUCH CERVERA, R., «El Tratado de Lisboa y la amenaza...», *loc. cit.*, pp. 454 y 455.

⁵⁴ DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en...», *loc. cit.*, p. 423.

TFUE. Sigue sin haber una política interior o de seguridad interior como tal y, en ese sentido, el lenguaje del *ELSJ* continúa siendo diferente del tradicional de las *políticas comunitarias*. Más bien parece que, a través de la definición de mecanismos de aproximación y reconocimiento mutuo, se confía en que el empleo del *soft law* siga siendo el motor de dirección política en tanto en cuanto la Unión no sea lo suficientemente fuerte como para tener una auténtica política interior.

B) *Avances en la cohesión del Espacio de Libertad,
Seguridad y justicia*

El Título V de la Quinta Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea inserta el *ELSJ* dentro del respeto a los derechos fundamentales y a los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros —artículo 67 TFUE—. Y es en el Capítulo I de ese Título V donde se encuentran las medidas contra el terrorismo más explícitas del Tratado. Se insiste en las líneas ya conocidas de cooperación judicial y policial y de aproximación de legislaciones en materia penal. Se generaliza el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, que se extiende incluso al ámbito penal —artículo 82 TFUE—⁵⁵.

En el campo institucional, se refuerza el papel de la Comisión en el seguimiento de la aplicación de las decisiones en el ámbito *ELSJ* —artículo 70 TFUE—. En el de los actos jurídicos, la Directiva pasa a ser la norma de regulación de mínimos y el procedimiento legislativo ordinario, con intervención del Parlamento Europeo y el Consejo, se confirma como cauce para su adopción. Desaparece la hegemonía de la unanimidad en el Consejo y, como contrapartida, los Parlamentos nacionales adquieren un protagonismo singular, proyectando quizás un halo de legitimidad adicional, pues se requiere su intervención evaluadora a través de un especial control del respeto al principio de subsidiariedad —artículo 69 TFUE—⁵⁶

⁵⁵ Un elemento que «tiene especial relevancia para la progresiva configuración del constitucionalismo compuesto, caracterizado por las relaciones de integración y complementariedad del sistema jurídico comunitario con los nacionales, pero también de los nacionales entre sí». ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene...*, *op. cit.*, pp. 202-203.

⁵⁶ El número de votos disconformes de Parlamentos nacionales que obligaría a revisar las propuestas legislativas en un procedimiento de control de subsidiariedad, previo a la adopción de actos jurídicos europeos, es de un tercio, en general, pero de un cuarto para las medidas relativas al *ELSJ*. Artículo 7 del Protocolo número 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anexo al Tratado de Lisboa.

y también se les encomiendan funciones de supervisión de las actividades de *Europol* y *Eurojust*. Por último, al desaparecer las diferenciaciones del tercer pilar, Lisboa afianza la jurisdicción del Tribunal de Justicia en el ámbito *ELSJ*⁵⁷.

En el ámbito del control de la financiación, la base jurídica que proporcionaban conjuntamente los anteriores artículos 60 TCE y 301 TCE del pilar comunitario para bloquear transferencias de capital a grupos terroristas, germina ahora en una base jurídica autónoma: el artículo 75 TFUE⁵⁸. Esa disposición da una mayor autoridad y un sentido específicamente anti-terrorista a esa línea de actividad preventiva. Permite que, con el objetivo específico de prevenir y luchar contra el terrorismo, el Consejo y el Parlamento puedan adoptar mediante procedimiento legislativo ordinario Reglamentos sobre movimientos de capitales y pagos.

El Tratado de Lisboa también establece las bases para la creación de una Fiscalía europea -artículo 86 TFUE-, que dirigiría su acción a combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión y que «puede llegar a constituirse en una institución decisiva para impedir o, cuando menos, dificultar los flujos financieros destinados a grupos terroristas en la UE»⁵⁹. Además, se prevé que el Consejo Europeo pueda ampliar las competencias de la Fiscalía a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza. Esta nueva oficina fiscal se une a las ya activas, la policial *Europol* y la judicial *Eurojust*, confirmando una estructura europea de coordinación de los distintos aparatos estatales.

Por último, el Tratado de Lisboa mantiene el margen de fragmentación que viene siendo habitual y que dificulta la construcción de una política interior europea coherente y uniforme. Entre los factores de variabilidad figuran las cooperaciones reforzadas, el régimen excepcional de Irlanda, Reino Unido y Dinamarca, y determinados frenos sobre algunas de las

⁵⁷ Sí se mantiene la excepción de la jurisdicción del TJ en asuntos de política exterior y seguridad común según el 275 TFUE.

⁵⁸ A través de Reglamentos del Consejo ya se habían venido adoptando anteriormente ciertas medidas restrictivas relacionadas con movimientos de capital con una finalidad de bloqueo de algunos pagos presuntamente dirigidos al terrorismo. Tales medidas utilizaban el artículo 60 TCE, coordinado con los 301 y 308. Sobre financiación terrorista, concretamente está el Reglamento (CE) 2580/2001 del Consejo, de 27 de diciembre de 2001. Basada en los artículos 57 y 95 TCE está la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005. Ver referencias de estas últimas disposiciones en la nota 30.

⁵⁹ CALDUCH CERVERA, R., «El Tratado de Lisboa y la amenaza...», *loc. cit.*, p. 464.

posibilidades de avance en el *ELSJ*⁶⁰. Entre los factores de coherencia y continuidad, el propio Tratado de Lisboa protege, mediante su protocolo 36, la vigencia y eficacia de las disposiciones adoptadas en los dos pilares de cooperación en tanto en cuanto no se deroguen o modifiquen en virtud del nuevo sistema.

Por lo tanto, Lisboa trae renovación dentro de la conservación de los avances alcanzados. Parece, pues, que en relación con las medidas más significativas contra el terrorismo, la definición de delitos y restricciones a la libertad personal, el Tratado de Lisboa compensará algunas carencias del marco normativo anterior: les da la cobertura del procedimiento legislativo ordinario y las viste con la forma de Directivas, ganando en certidumbre jurídica. Finalmente, proyecta sobre el conjunto la garantía de la CDFUE y del CEDH, al que se adherirá la Unión. Aún así, la limitación de libertad en aras de la seguridad exige unas condiciones de constitucionalidad material de máximos, que quizás Lisboa aún no consigue alcanzar. Los planteamientos del Programa de Estocolmo, adoptados por el Consejo Europeo el 11 de diciembre de 2009, son conscientes de ello e insisten en la necesidad de que los derechos fundamentales sean la base de la acción antiterrorista en la Unión. Haciendo uso de la habitual técnica del *soft-law* como avanzadilla para la acción, Estocolmo es un llamamiento para una mayor cooperación, el refuerzo de las actuaciones preventivas a nivel local, el desarrollo de redes de intercambio de prácticas preventivas, el control de la propaganda terrorista, la seguridad de los transportes, la lucha contra la financiación del terrorismo... Líneas tradicionales y nuevas se combinan. ¿Se llegará a una política antiterrorista común?

2. LA CLÁUSULA DE SOLIDARIDAD: REACCIÓN DESDE LA EXCEPCIONALIDAD

Entre las medidas de reacción ante actos terroristas, merece una especial atención la cláusula de solidaridad que el Tratado de Funcionamiento incluye en su Quinta Parte, sobre Acción Exterior. El artículo 222 TFUE prevé que la Unión y los Estados puedan reaccionar en caso de que alguno de los miembros sufra bien un ataque terrorista, bien una catástrofe «natural o de origen humano». La movilización de medios de la Unión y los

⁶⁰ ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene...*, *op. cit.*, pp. 199 y ss.

Estados, incluyendo los militares, prevendría la amenaza terrorista, protegería las instituciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas, y prestaría asistencia en caso de ataque al Estado miembro a petición de sus autoridades políticas. Aunque parece que se establece una auténtica obligación de respuesta por parte de los miembros y la Unión ante estas circunstancias, la cláusula está redactada en términos que tendrían que ser interpretados, se necesitaría determinar qué acciones y medios concretos habría que movilizar⁶¹. Los riesgos de dar a la cláusula una interpretación extensiva estarían neutralizados, o al menos contenidos, por la definición de los escenarios precisos en los que la podría activar el Consejo: terrorismo, interno o internacional, y catástrofes naturales y de origen humano⁶². En definitiva, se desea, escenarios excepcionales.

La cláusula de solidaridad es una medida reactiva frente al terrorismo. Pone en marcha la defensa europea y la de los Estados miembros ante una crisis terrorista o una catástrofe de grandes dimensiones en uno de los Estados. Es una medida para proteger las estructuras democráticas y constitucionales amenazadas, para evitar fisuras en el Estado de Derecho. Un problema, aun teórico y desde el punto de vista de los derechos, es qué ocurriría si el Estado *víctima* estuviera actuando contra las amenazas internas sin suficiente consideración a los derechos fundamentales. ¿Cómo deberían actuar los Estados solidarios? Si un Estado estuviera siendo objeto de recomendaciones según el artículo 7 del TUE(L), porque hubiera cons-

⁶¹ Como señala CALDUCH CERVERA, «la inequívoca voluntad política de la UE para enfrentar la amenaza terrorista», que se determina el 11 S y se confirma con los atentados de Madrid el 11 M y Londres el 7 J, no ha logrado plasmarse en una redacción lo suficientemente clara que evite las interpretaciones discrepantes o contradictorias a la hora de invocar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula de solidaridad». CALDUCH CERVERA, R., «El Tratado de Lisboa y la amenaza...», *loc. cit.*, p.462. También, ALDECOA LUZÁRRAGA, F., «La política exterior común en el Tratado de Lisboa: instrumentos para hacer de la Unión un actor de la globalización», en FERNÁNDEZ LIESA, C.R. y DÍAZ BARRADO, C. (dirs.), *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 232-254, en concreto p. 249 y ss.

⁶² GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «¿Obligación jurídica o mero compromiso político?: La cláusula de solidaridad en el Tratado Constitucional», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 12, 2007, p. 18. También sobre la cláusula de solidaridad, tal como estaba recogida en el artículo I-43 del Tratado Constitucional, ALDECOA LUZÁRRAGA, F., «La Europa europea...», *loc. cit.*, p. 3 y ss. Sobre la repercusión de los atentados del 11S, 11M y 7J sobre la conciencia de la Unión Europea en relación con el papel activo que debe tener frente al terrorismo: ARTEAGA MARTÍN, F., «La Unión Europea y su lucha contra...», *loc. cit.*, p. 3 y ss.; y SORROZA BLANCO, A., «La UE y la lucha contra...», *loc. cit.*, p. 1 y ss.

tatación de un riesgo claro de violación de los valores contemplados en el artículo 2 TUE(L) —dignidad, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos—: ¿debería recibir ayuda del resto? Sería una difícil posición tanto para la Unión como para los Estados cooperantes. Tal como están planteadas tanto la solidaridad como la censura por vulneración de derechos se entienden como cláusulas excepcionales. Esto muestra que el paradigma de *excepción* aún está vigente en la lucha contra el terrorismo⁶³.

IV. CONCLUSIÓN

La Unión ha desplegado una actividad en la lucha contra el terrorismo cuya consideración y repercusión podrían aumentar con el Tratado de Lisboa. La Unión ha ampliado el margen de actuación de los Estados contra el terrorismo dando una incipiente respuesta supranacional al problema de la transnacionalización e internacionalización del terrorismo. En esa respuesta, la Unión intenta mantenerse en el signo de la *normalidad*, frente a la *excepcionalidad*, sin dejar de estar preparada para amenazas terroristas de dimensiones mayores. Los avances que hace Lisboa en el marco regulador del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, aunque tímidos, se acercan algo más a un modelo de mayor legitimidad democrática y de un mayor respeto y garantía de los derechos fundamentales. Los planteamientos del Programa de Estocolmo parecen reafirmar esa línea de principio: que el objetivo y límite de cualquier regulación relativa a la prevención, persecución y eliminación de la amenaza terrorista se acerque cada vez más a las dos premisas de máximos.

Sobre las medidas concretas, se constata que a la Unión le cuesta articular respuestas ágiles contra el terrorismo. El hecho de que la configuración institucional de la Unión carezca de un ejecutivo reconocible, estable, y suficientemente legitimado, así como el federalismo de ejecución con el que funcionan las relaciones entre Unión y Estados, influyen sobre dicha situación⁶⁴. En el plano normativo hay un incipiente marco antiterrorista que se plantea la necesidad de atender al balance entre libertad y seguridad. Las bases jurídicas que hacen posible la adopción de regulaciones y actos jurídicos relativos a la lucha contra el terrorismo van haciéndose más

⁶³ ROSENFELD, M., «¿Es apropiada la ponderación judicial...», *loc. cit.*, p. 7.

⁶⁴ KEOHANE, D., «The EU and counter-terrorism», *Centre for European Reform Working Paper*, May 2005, p. 2, <http://www.cer.org.uk>.

potentes en cada reforma de los Tratados. Lisboa es prueba de ello. Van ganando en versatilidad y van configurándose con mayores grados de eficacia. Por ese motivo, cada vez es más esencial que tanto las medidas preventivas como, en su caso, las reactivas o las coactivas, integren los principios informadores de los Estados constitucionales. Queda mucho por ganar en el terreno de la legitimidad democrática cuando hay medidas que inciden sobre derechos fundamentales. La incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión puede ser un factor de progreso. De otro lado, la existencia de excepciones y de cooperaciones en paralelo producen un efecto contradictorio al ser avances que van en detrimento de la unidad, cohesión y, sobre todo, de la opción por una política común contra el terrorismo. Esa opción aún no está en el Tratado de Lisboa. Quizás esté por venir.

EL TERRORISMO EN LA EVOLUCIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

RESUMEN: En el origen de las Comunidades Europeas, la lucha contra el terrorismo no era un objetivo propio, pues se basaban en un proyecto económico bien delimitado en los Tratados. Pero el desarrollo de la primera década del siglo XXI ha evidenciado que el espacio del mercado interior, con sus libertades, es también un espacio donde los grupos terroristas pueden organizarse y actuar pasando por encima de los límites impuestos por los poderes de cada uno de los Estados miembros. Si en los años noventa se pusieron las bases de la creación de una cooperación en asuntos de justicia e interior, en los últimos tiempos la Unión ha ido haciendo apuestas cada vez más contundentes en la lucha contra la delincuencia organizada y, en consecuencia, contra el terrorismo y, aun sin llegar a formular una auténtica política interior, quizás ese sea el camino que poco a poco va delineando la Unión. Las páginas que siguen están dedicadas a dar cuenta del marco de actuación de la acción antiterrorista en la Unión, de las acciones efectivamente emprendidas hasta la fecha en ese ámbito y de cómo el Tratado de Lisboa reformula la situación. Su horizonte es presentar el pulso que seguridad y justicia echan a las esferas de libertad de los ciudadanos de la Unión.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea; Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; Derecho constitucional; derechos fundamentales; terrorismo; euroorden; Tratado de Lisboa.

TERRORISM AND THE DEVELOPMENT OF THE AREA OF FREEDOM, SECURITY AND JUSTICE

ABSTRACT: Originally, the struggle against terrorism was not meant to be an aim of the European Communities, based on the development of an economic project designed by the Treaties. But the first decade of the 21st century has shown that the internal market, and

the freedoms related, is still an area where terrorist groups are able to develop their organizations and to act over the limits established by the member State powers. The basis for cooperation between member States in justice and home affairs were set in the nineties. Lately the European Union has been proposing stronger strategies in the fight against organized crime and, as a consequence, against terrorism. Even though the EU has not defined a proper internal policy, the aim of the Union for the future can be to define one. The following pages go over the development of the framework for counterterrorism in the EU, over the concrete actions that the Union has dared to undertake to the date in that area, and over the updating of the context that the Lisbon Treaty makes. The aim of this article is to explain the challenge that security and justice present to the areas of freedom of the citizens in the European Union.

KEY WORDS: European Union; Area of Freedom, Security and Justice; constitutional law; fundamental rights; terrorism; arrest warrant; Lisbon Treaty.

LE TERRORISME DANS LA REALISATION DE L'ESPACE DE JUSTICE, DE LIBERTE ET DE SECURITE

RÉSUMÉ: À l'origine des Communautés européennes, le combat du terrorisme n'était pas encore un objectif des organisations qui avaient un projet économique établi dans les Traités. Mais le développement de la première décennie du XXI^e siècle a mis en évidence que le marché intérieur, avec ses libertés, est aussi un espace où les groupes terroristes ont la possibilité de s'organiser et d'agir en contournant les limites qui sont imposés par les pouvoirs des États membres. Dans les années quatre-vingt-dix on a établie les fondements d'une coopération dans les affaires de la justice et de l'intérieur et dans les dernières années l'Union a fait plus fortes propositions pour la lutte contre la criminalité organisée et, en conséquence, contre le terrorisme. Malgré on n'a pas encore donné forme à une véritable politique intérieure pour l'Union, on peut en penser que c'est le chemin pour le future de l'espace européenne. Les lignes qui suivent en suite exposeront le cadre de l'activité de l'Union dans la lutte contre le terrorisme, les actions qui sont été entreprises en effet jusqu'à aujourd'hui dans la matière, et la façon comme le Traité de Lisbonne change la situation. Le but de cet article est présenter la tension entre sécurité, justice et les libertés des citoyens européens.

MOTS CLÉS: Union Européenne; Espace de Justice, de Liberté et de Sécurité; Droit constitutionnel; droits fondamentaux; terrorisme; Mandat d'arrêt européen; Traité de Lisbonne.

