

Trabajo de Fin de Grado presentado por Ignacio Álvarez Arcá
siendo tutora del mismo la profesora Ana M^a Salinas de Frías

El terrorismo en Europa: libertad versus seguridad

Vº Bº del Tutor:

Estudiante:

Fdo:

Fdo:

En Málaga, a 5 de junio de 2017

FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

TRABAJO DE FIN DE GRADO (CURSO ACADÉMICO 2016/2017)

TÍTULO: EL TERRORISMO EN EUROPA: LIBERTAD VERSUS SEGURIDAD

AUTOR: IGNACIO ÁLVAREZ ARCÁ

TUTORA ACADÉMICA: DRA. DÑA. ANA Mª SALINAS DE FRÍAS

RESUMEN:

Tras los ataques terroristas del 11 de septiembre, el terrorismo supone la principal amenaza existente para los Estados europeos. La Unión Europea ha desarrollado una legislación completa destinada a armonizar las legislaciones de los Estados miembros para que, basándose en la cooperación entre Estados y en la prevención, se pueda hacer frente a dicha amenaza. Como se verá, los Estados han optado por tomar medidas represivas y limitativas de derechos y libertades fundamentales. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos humanos se ha erigido como garante de los derechos contenidos en el CEDH estableciendo unos mínimos con los que los Estados parte deben cumplir.

PALABRAS CLAVE: terrorismo, Unión Europea, legislación antiterrorista, España, Francia, estado de emergencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derechos, libertades, seguridad

Índice

Abreviaturas.....	1
Introducción.....	2
1. Los ataques terroristas del 11-S: una nueva forma de terrorismo.....	3
1.1 El terrorismo en la Europa de posguerra.....	3
1.2 Una nueva forma de terrorismo.....	4
2. La acción de la Unión Europea contra el terrorismo.....	6
2.1 La Posición Común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, relativa a la aplicación de medidas específicas con el fin de luchar contra el terrorismo.	7
2.2 El Reglamento 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo.....	9
2.3 La Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo y su modificación en 2008.....	12
2.4 La Estrategia de la UE en la lucha contra el terrorismo.....	15
2.4.1 La Decisión Marco 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.....	18
2.4.2 La Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008 sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.....	21
2.4.3 La Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.....	22
2.5 La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo.....	26
2.6 El Consejo y la respuesta integrada de la UE ante las crisis políticas, el artículo 222 TFUE.....	29
3. Los ataques terroristas de Madrid y Francia: ejemplos de respuesta legislativa de dos Estados miembros.....	33
3.1 Los ataques terroristas del 11 de marzo de 2004, Madrid.....	33
3.1.1 La legislación antiterrorista española antes de los ataques del 11 de marzo de 2004	34
3.1.2 La legislación antiterrorista española después de los ataques del 11 de marzo de 2004.....	37
3.1.3 Conclusión.....	38
3.2 Los ataques terroristas de 2015 y 2016 en Francia.....	39

3.2.1	La legislación antiterrorista francesa anterior a los ataques de los años 2015 y 2016	41
3.2.2	La respuesta legislativa a los ataques terroristas de los años 2015 y 2016 ..	42
3.2.3	Conclusión	44
4.	La violación de los derechos contenidos en el CEDH por parte de los Estados parte. Perspectiva jurisprudencial del TEDH.	46
4.1	Prohibición de la tortura, artículo 3 del CEDH	46
4.2	Libertad y seguridad personal, artículo 5 del CEDH.	49
4.3	La derogación de derechos por la vía del artículo 15, límites.	51
	Conclusiones	54
	Bibliografía	56

Abreviaturas

CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CNU	Carta de Naciones Unidas
CoE	Council of Europe, Consejo de Europa
CSNU	Consejo de Seguridad de Naciones Unidas
DDHH	Derechos Humanos
EEMM	Estados miembros
EEUU	Estados Unidos
EM	Estado miembro
ETA	Euskadi ta Askatasuna
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
GRAPO	Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre
IRA	Irish Republican Army
ISIL	Islamic State of Iraq and the Levant
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LVF	Loyalist Volunteer Force
OMPI	Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran
PIJ	Djihad Islámica Palestina
PNR	Passenger Name Record
RAF	Rote Armee Fraktion
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UIP	Unidad de información de los pasajeros

Introducción

El terrorismo es la principal amenaza a la seguridad que los Estados europeos tienen que afrontar a día de hoy. Los conflictos existentes en Oriente Medio que desestabilizan la región desde comienzos del siglo XXI han contribuido a agravar el problema. El nuevo terrorismo, caracterizado por su matiz religioso y su dimensión global, ha visto en Al-Qaeda y la organización terrorista Estado Islámico sus máximos exponentes, si bien es cierto que hay elementos diferenciadores muy importantes entre ambas.

Los Estados europeos se habían enfrentado al terrorismo de manera desigual. Esto se debía a que las organizaciones terroristas existentes en suelo europeo poseían un marcado carácter nacional. No obstante, tras los ataques terroristas del 11 de septiembre, los Estados y la propia UE asumieron que los nuevos métodos del terrorismo internacional requerían una respuesta conjunta. Siendo conscientes de ello, tanto los Estados de manera individualizada, como la UE a través de instrumentos armonizadores, han desarrollado desde el año 2001 una prolija legislación relativa a la acción contra el terrorismo.

El problema asociado a la acción contra el terrorismo es la elaboración de un argumentario por parte de los Estados desarrollado en principio para garantizar la seguridad nacional. En ese punto donde el Estado debe elegir entre garantizar la seguridad sin importar el coste, y mantener en vigor sin ningún tipo de excepción los derechos y garantías fundamentales, reside el gran dilema de la legislación antiterrorista. Como se observará en el trabajo, la UE se ha inclinado por desarrollar una legislación de carácter preventivo y basada en la cooperación y la voluntad de compartir información entre los Estados miembros. Sin embargo, los Estados han optado por adoptar medidas reactivas y represivas, pese a su demostrada ineficiencia, en la lucha a largo plazo contra el terrorismo.

Por suerte, todos y cada uno de los Estados de la UE están sometidos a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es el defensor y garante de los derechos y libertades recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Mediante su actividad judicial, el Tribunal ha marcado los límites que ningún Estado puede sobrepasar aun cuando la legislación que adopte o la actuación que lleve a cabo se justifiquen en la gran amenaza que supone el terrorismo.

De lo anterior se extrae la importancia capital que este asunto plantea en relación a los derechos y libertades fundamentales. Los ataques terroristas en Europa no cesan de producirse, por tanto, enfrentarse a los mismos de manera conjunta y eficaz a la vez que respetando las garantías inherentes al Estado de Derecho se plantea como un reto al que los Estados deben hacer frente. Encontrar el equilibrio entre libertad y seguridad debe ser el objetivo de toda legislación nacional, puesto que ambos valores se complementan y no se puede entender el uno sin el otro.

A lo largo de este trabajo se expondrán cuáles son los elementos que caracterizan al llamado “nuevo terrorismo”. En una segunda parte, la normativa desarrollada por la UE, que es de gran importancia, será expuesta y analizada. En tercer lugar, se describirá la reacción de los Estados español y francés tras los ataques de 2004 y 2015 destacando los cambios legislativos introducidos como consecuencia de los mismos y las afecciones que a los derechos y libertades han podido producir. En último lugar, la jurisprudencia del TEDH será brevemente expuesta en relación a dos de los derechos más afectados como consecuencia de la lucha contra el terrorismo: la prohibición de la tortura y el derecho a la libertad y a la seguridad.

1. Los ataques terroristas del 11-S: una nueva forma de terrorismo

1.1 El terrorismo en la Europa de posguerra

Tras la finalización de los conflictos en 1945, no hubo en Europa una amenaza a la seguridad de las naciones equiparable la Segunda Guerra Mundial. El continente, salvo la Guerra de los Balcanes¹, ha estado libre de conflicto armado desde entonces. Ciertamente, durante la Guerra Fría, la escalada de tensión fue palpable en un continente dividido, división que tenía su epicentro en Berlín. La representación de dos concepciones del mundo y su enfrentamiento dio lugar a la construcción del muro que separaría Europa con un “telón de acero” que no cayó hasta el 9 de noviembre de 1989.

Sin embargo, no se puede obviar que el fenómeno del terrorismo estuvo presente de uno u otro modo en Europa. Distintos grupos terroristas y con distintos objetivos hicieron de varios Estados europeos su campo de actuación. Supuso, por tanto, el mayor reto al que, desde el punto de vista de la seguridad nacional, tuvieron que hacer frente los distintos Estados. En la República Federal Alemana, la organización terrorista “Fracción del Ejército Rojo” -RAF-, que propugnaba ideas de extrema izquierda y oposición al capitalismo, desarrolló durante veintidós años² una actividad de violencia organizada destinada a cometer ataques terroristas con objetivos, principalmente, políticos. En la República de Italia surgieron varios grupos terroristas tanto de ideología neofascista como comunista entre los que cabe destacar la organización terrorista “Brigadas rojas” que en 1978 acabó con la vida del estadista, y en dos ocasiones primer ministro de Italia, Aldo Moro. Mientras tanto, en la República de Irlanda del Norte actuaron una serie de organizaciones terroristas, todas ellas bajo la denominación de IRA -Irish Republican Army-, cuyo objetivo era lograr la independencia de la República de Irlanda del Norte del Reino Unido y lograr la reunificación de la isla de Irlanda. Por otro lado, en España actuaron varias organizaciones terroristas entre las que destaca ETA -Euskadi Ta Askatasuna-. Esta organización, que surgió en el ocaso de la dictadura franquista, tenía por objetivo lograr la independencia del País Vasco en su concepción amplia. Esto incluye la Comunidad Autónoma del País Vasco, la Comunidad Foral de Navarra y la región del sur de Francia conocida como el País Vasco francés. Para lograr sus objetivos hizo uso de la violencia, en la mayoría de los casos, contra las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Los GRAPO -Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre-, que al igual que el RAF propugna ideas anticapitalistas y de extrema izquierda, continúan en activo hoy día, aunque habiendo reducido considerablemente su actividad. Por último, “Terra Lliure”, de carácter separatista que, mediante el uso de la violencia, pero con una actividad menor que la desarrollada por ETA, intentó hacer del terrorismo el mecanismo a través del cual lograr la independencia de Cataluña.

Todas estas organizaciones terroristas -y las que no son aquí nombradas, pero actuaron en territorio europeo- supusieron la principal amenaza a la seguridad de los Estados donde actuaron. Se trataba de organizaciones terroristas con una estructura consolidada y establecida, cuyos objetivos eran fijados y coordinados por una cúpula y cuya principal motivación para actuar fue la política, ya fuera porque se pretendía acabar con un determinado sistema político-social o porque se quisiera lograr la escisión total o parcial

¹ El conflicto comenzó en junio de 1991 y llegó a su fin el 14 de diciembre de 1995 con la firma del Tratado de paz de París. Información extraída de las siguientes direcciones: http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unprof_b.htm y <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unmibh/background.html>

² Se establece como momento del inicio de la actividad terrorista el 14 de mayo de 1970 y el final de la misma en abril de 1992. <http://www.hartford-hwp.com/archives/61/191.html>

de un determinado territorio. Los Estados que sufrieron la amenaza terrorista, especialmente España y Reino Unido, desarrollaron un potente sistema legal para combatirla.

1.2 Una nueva forma de terrorismo

Los ataques terroristas del 11 de septiembre implicaron una nueva forma de terrorismo distinta a la practicada con anterioridad y que necesitaba, por ello, una nueva forma de combatirlo. Supusieron un cambio en la percepción del terrorismo, que pasó de ser un fenómeno regional a una amenaza mundial. Al-Qaeda se alzó como su máximo exponente, pero, con su decadencia, es la organización terrorista Estado Islámico, también conocido como Daesh o ISIL, la que supone, a día de hoy, la principal amenaza para la paz y seguridad internacional. Ésta se ha caracterizado desde su nacimiento por llevar a cabo *“una estrategia en tres frentes diferentes: la ocupación y control del terreno y la explotación local como medio de financiación, junto con la explotación de la propaganda, especialmente en las redes sociales”*³ con la que cambia de manera radical la estrategia que seguían las organizaciones terroristas anteriormente, salvando las excepciones del GIA en Argelia o Al-Gma’a Al-Islamiyya en Egipto.

Frente al terrorismo convencional, en el que los grupos terroristas gozaban de estructuras estables, que fundamentaban su actuación en ideas políticas, y cuyos actos terroristas eran llevados a cabo con armas y explosivos, apoyados en numerosas ocasiones por instituciones poderosas, el nuevo terrorismo goza de caracteres diferentes. En primer lugar, porque ha sido entendido como una reacción: en la era de la información se requieren actuaciones singulares, dramáticas, que llamen la atención de los medios de comunicación.⁴ En segundo lugar, porque, en una sociedad que depende de las nuevas tecnologías, los objetivos son mucho más vulnerables. Y, en tercer lugar, porque frente a los objetivos estratégicos que se marcaba el terrorismo convencional a la hora de la comisión de ataques, el nuevo terrorismo carece de unos objetivos claros y determinados, esto es, opta por llevar a cabo ataques indiscriminados dirigidos a la población con la finalidad de causar un gran número de víctimas, impidiendo, por tanto, la prevención de los mismos por las fuerzas de seguridad de los Estados.

Se puede establecer que el nuevo terrorismo es global, descentralizado, pero con una estructura interna consolidada, que tiene sus propios medios para cometer actos terroristas y que justifica los atentados en una supuesta guerra de civilizaciones. La máxima representación de esta forma de terrorismo es Al-Qaeda que *“se presenta como el modelo explicativo per se de la nueva amenaza: vinculada internacionalmente con otras organizaciones terroristas islamistas, activa en un ámbito transnacional con un nivel técnico y logístico considerables, aceptada y venerada en Occidente por un ingente número de musulmanes, sin un claro y definido programa político-ideológico pero imbuida eso sí de un fanatismo religioso, lo cual repercute en una crueldad desmesurada a la hora de llevar a cabo sus atentados”*.⁵

Uno de los principales y actuales problemas del nuevo terrorismo son los denominados “combatientes retornados”. Estos ya han sido definidos por la Asamblea Parlamentaria

³ SÁNCHEZ DE ROJAS DÍAZ, E. *¿Nos encontramos ante una quinta oleada del terrorismo internacional?*, Instituto Español de Estudios Estratégico, 2016, página 3.

⁴ SALINAS DE FRÍAS, A. “The fight against terrorism and regional, economic and political integration: the European Union case, a successful system to be imported?” *International Terrorism and Changes in International Law*, Thomson Aranzadi, Ginebra 2007, página 184.

⁵ CANO PAÑOS, M. “Reflexiones en torno al “viejo” y al “nuevo” terrorismo.” *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2009, página 3.

del Consejo de Europa como: “*Individuos que, motivados principalmente por la ideología, la religión y/o el parentesco, abandonan su país de origen o de residencia habitual para unirse a un grupo comprometido en un conflicto armado*”.⁶ El problema que los mismo representan ya había sido observado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, lo que le llevó a emitir una Resolución⁷ en la que se pone de relieve la preocupación por la seria amenaza que plantean para la paz y seguridad internacional aquéllos que viajan a Siria e Iraq y terminan volviendo a sus países de orígenes con la intención de cometer atentados terroristas. El Consejo de Seguridad instó a los Estados a cumplir con su asignatura pendiente, el intercambio de información, para poder hacer frente a los terroristas de un modo eficaz, así como a tipificar como delito grave el viaje a las zonas de conflicto con la finalidad de recibir adiestramiento. Estos sujetos son bastante peligrosos por dos motivos: con el entrenamiento obtenido en zona de combate son capaces de llevar a cabo ataques terroristas de una magnitud mayor que aquellos sin experiencia previa y, además, tienen una “*influencia que (...) ejercen en el seno de la comunidad en la que se reintegran, incrementando los procesos de radicalización y reclutamiento entre sus miembros*”.⁸ Si hay algo que los caracterizan es el hecho de ser nacionales de los Estados donde llevan a cabo, solos o en grupo, los ataques terroristas.

Por último, y como se ha dicho anteriormente, el uso de la propaganda por parte de las nuevas organizaciones terroristas está dando lugar a un fenómeno de radicalización sin precedentes. Internet y las redes sociales hacen posible que los vídeos propagandísticos se distribuyan por todo el mundo, consiguiendo mediante la difusión generar adeptos a su causa. Es frecuente que, en vídeos en los que se cometen ejecuciones u otros ataques terroristas, y que son difundidos por internet, se incluya información propagandística sobre la organización terrorista en cuestión. Es un método sencillo de difusión de ideas y modos de comisión de ataques terroristas que necesita, además de una respuesta penal y policial contundente, de un contra-discurso por parte de los Estados para poder hacer frente a este nuevo medio de radicalización.

⁶ Resolución 2091 (2016), de 27 de enero de 2016, aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, véase:

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=22482&lang=en>

⁷ Resolución 2178 (2014), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272ª sesión, celebrada el 24 de septiembre de 2014, Véase:

http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1454802_ES.pdf

⁸ MORA TEBAS, J. A. *Yihad 3.3: La amenaza de los (combatientes) retornados*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2016, página 10.

2. La acción de la Unión Europea contra el terrorismo

Tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 la reacción de la UE no se hizo esperar. El 21 de septiembre tuvo lugar en Bruselas una reunión extraordinaria del Consejo Europeo en la que se adoptaron unas Conclusiones.⁹ En las mismas se declararon los actos terroristas como un “*crimen contra la humanidad y valores de una sociedad abierta, democrática y multicultural y, como tal, son una amenaza para la paz, la estabilidad y la seguridad internacionales*”. El Consejo Europeo entendió, y así se estableció, que era necesario fortalecer las competencias de la UE en materia antiterrorista. La lucha contra el terrorismo pasó a ser un objetivo primordial, sin embargo, y a diferencia de la estrategia que llevó a cabo EEUU, ésta tenía que combinar el enfoque penal con la prevención de la delincuencia a nivel internacional. Por otro lado, la condena al régimen Talibán, que en esos momentos ostentaba el poder en Afganistán y cuyo apoyo a distintas organizaciones terroristas estaba constatado, fue acompañada de la voluntad común de los Jefes de Estado y de Gobierno de poner fin a la financiación de distintas organizaciones terroristas. Entre otras medidas, se incluyeron las siguientes: el exhorto al Consejo para que dictara una Decisión marco relativa a la orden europea de detención y entrega, a la definición del terrorismo, a la mejora de la cooperación policial y judicial, así como a detener la financiación de grupos terroristas. Es destacable la escasa mención que a la protección de los Derechos Humanos se hace en esta Resolución¹⁰ puesto que, pese a desarrollarse a lo largo de la misma todo un sistema programático sobre la lucha antiterrorista, da la impresión de que la protección de los Derechos Humanos se incluye a modo de garantía formal y no como una premisa fundamental a tener en consideración en el desarrollo de la legislación.

La Resolución 1368 (2001)¹¹ del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas jugó un papel fundamental en la posterior actividad legislativa de la UE. En la misma se condenaron los ataques terroristas perpetrados el 11 de septiembre y se declaró que “*esos actos, al igual que cualquier acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales*”. A su vez, y reiterando lo ya demandado a los Estados en la Resolución 1269 (1999)¹², instaba a los Estados a cooperar entre sí y compartir información con la finalidad de hacer frente a la amenaza terrorista. Esta Resolución sirvió como fundamento jurídico para justificar la invasión de Afganistán¹³ al considerarse que el régimen Talibán auspiciaba a la organización terrorista Al-Qaeda y a sus líderes, entre los que se encontraba Osama Bin Laden. La acción, que se llevó a cabo en el marco de la Resolución anteriormente mencionada, fue apoyada de manera explícita por los miembros del Consejo Europeo, que se encontraron en una Reunión informal en Gante, el 19 de octubre de 2001.¹⁴ En ésta se estudió la puesta en práctica del Plan de

⁹ Véase: <https://goo.gl/GExYVu>

¹⁰ Se hace una mención en el párrafo 20º: “*Expresa su opinión de que el refuerzo de la cooperación policial y judicial, sobre todo con objeto de luchar contra el terrorismo, debe ir acompañado de un refuerzo del control parlamentario y judicial y de una protección constante de los derechos y libertades fundamentales;*”

¹¹ Resolución 1368 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión, celebrada el 12 de septiembre de 2001, véase:

http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/6_42E49838CB8703C0E04015AC20201354.pdf

¹² Resolución 1269 (1999), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4053ª sesión, celebrada el 19 de octubre de 1999, véase:

[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1269%20\(1999\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1269%20(1999))

¹³ La guerra, y con ello la invasión, comenzó el 7 de octubre de 2001.

¹⁴ Véase: <https://goo.gl/IamNiU>

acción contra el terrorismo y, pese a que algunos aspectos ya habían sido puestos en marcha, se instó a llevar a cabo con rapidez los siguientes:

- Una orden europea de detención y entrega, un intento de definición común a modo de tipificación del terrorismo y la inmovilización de activos.
- La intensificación de la cooperación entre los servicios operativos encargados de la lucha antiterrorista con la finalidad de establecer una lista de las organizaciones terroristas.
- Una lucha eficaz contra la financiación del terrorismo mediante la aprobación de la Directiva contra el blanqueo de capitales.

Si bien estas medidas tenían el carácter de programáticas, supusieron el comienzo de una actividad legislativa intensa por parte de la UE con el fin de combatir la amenaza global del nuevo terrorismo que tenía como máximo exponente a Al-Qaeda. Sin embargo, es destacable que, en esta herramienta en la que se recogen algunos de los más importantes objetivos de la UE, sólo se haga una mínima referencia a la protección y el respeto de los Derechos Humanos cuando, sin lugar a dudas, algunas de las medidas que se proponen llevar a cabo afectan directamente a los mismos.

2.1 La Posición Común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, relativa a la aplicación de medidas específicas con el fin de luchar contra el terrorismo.

El 28 de septiembre de 2001 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas dictó la Resolución 1373 (2001)¹⁵. Ésta sirvió de base para redactar la Posición Común que, de hecho, sirve de complemento a la primera¹⁶. Ésta Resolución del Consejo de Seguridad establece tres premisas fundamentales: medidas de carácter financiero, incluyendo la tipificación como delito de la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales asociado a ella; medidas destinadas a la represión del reclutamiento de terroristas; y la tipificación del terrorismo. Son tres aspectos nada sencillos de regular, y más teniendo en cuenta la posible afección a los Derechos Humanos que de la tipificación se puede derivar. Ejemplo de ello es la tipificación del delito de terrorismo: si la descripción de la conducta es demasiado ambigua, la misma puede ser utilizada para acabar con otras formas de expresión controvertidas, pero que en ningún caso son una conducta terrorista.

Como se ha dicho, esta Posición Común sirve de complemento a la Resolución 1373 (2001) CS en tanto que se incluye información que no se contiene en la mencionada resolución. En primer lugar, se hacen en ella tres importantes definiciones:

- Personas, grupos y entidades implicadas en actos de terrorismo: *“designan a aquellos de quienes se ha probado, sobre la base de información precisa, que cometieron, intentan cometer o facilitan la preparación de actos terroristas.”*
- Grupos terroristas: *“asociaciones estructuradas de personas que actúan de manera concertada con el fin de cometer actos terroristas, independientemente de su composición y el nivel de elaboración en su estructura.”*

¹⁵ Resolución 1373 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001, véase:

[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1373\(2001\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1373(2001))

¹⁶ Esta Posición Común sirve de complemento puesto que la transposición de la Resolución del Consejo de Seguridad se lleva a cabo en la Posición Común 2001/930/PESC, véase: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32001E0930>

- Actos terroristas: “*actos intencionados que pueden dañar seriamente a un país u organización internacional intimidando a su población, imponiendo toda clase de dificultades, y desestabilizando o destruyendo sus estructuras fundamentales, constitucionales, sociales y económicas.*”

A su vez, se complementa la definición de “actos terroristas” con el listado de los siguientes actos:

- Atentado contra la vida o la integridad física de una persona;
- Secuestro y toma de rehenes;
- Destrucción masiva de una instalación pública o privada, incluido el sistema informático;
- Captura de los medios de transporte colectivo (aeronaves o buques);
- Fabricación, posesión, adquisición, transporte y utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas o químicas;
- Liberación en el aire de sustancias peligrosas, provocación de inundación, explosión o incendios;
- Perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental;
- Dirección de un grupo terrorista o participación en estas actividades, incluida la financiación o el suministro de medios logísticos.

Del mismo modo, se incluyó un listado con las personas físicas y grupos terroristas considerados como tal por la UE, entre los que podemos destacar: CIRA (Continuity Irish Republican Army); ETA (País Vasco y Libertad); G.R.A.P.O (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre); Hamas-Izz al-Din al-Qassem (rama terrorista de Hamas); LVF (Loyalist Volunteer Force); PIJ (Djihad Islámica Palestina) y Real IRA. La lista incluye personas físicas sobre las que se aporta la siguiente información: nombre, organización terrorista a la que pertenece, fecha de nacimiento y número identificativo si constare.¹⁷ Dicha lista, tal y como se establece en el artículo 2, debe ser actualizada y revisada por el Consejo. Sin embargo, la inclusión de organizaciones y sujetos, así como su actualización, no ha estado exenta de polémica. El respeto de Derechos y garantías inherentes a la toma de medidas de este calibre no siempre ha sido observado por parte del Consejo, con las consecuencias que se verán a posteriori.

De este modo se puede observar cómo antes de que finalizara el año, ya se había cumplido con dos de las decisiones que los EEMM se propusieron llevar a cabo en la Reunión informal del Consejo Europeo de 19 de octubre de 2001: en primer lugar, la definición común de terrorismo, aunque no se trate de una definición como tal, ya que se define a través de un listado de conductas o por referencia a tratados internacionales; en segundo lugar, la elaboración de un listado de organizaciones terroristas. Quedaba pendiente, por tanto, la redacción de las medidas que se iban a llevar a cabo en la línea de las Resoluciones 1373(2001) y 1380 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas a la congelación de fondos y activos pertenecientes a terroristas y organizaciones terroristas.

¹⁷ Como ejemplo: ABAUNZA MARTÍNEZ, Javier (activista de ETA) nacido el 1.1.1965 en Guernica (Vizcaya), DNI nº 78.865.882

2.2 El Reglamento 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo

Con la finalidad de prevenir y prohibir toda clase de financiación terrorista, y en particular organizaciones terroristas, que supusieran una amenaza para la paz y seguridad internacionales se dictó el Reglamento 2580/2001¹⁸. El mismo hace uso del listado de terroristas que se contiene en el Anexo I de la Posición Común 2001/931/PESC para determinar quién debe ser objeto de tales restricciones.

El Reglamento recoge diversas medidas destinadas a cortar los fondos a las organizaciones terroristas, o terroristas individuales que estuvieran incluidos en el listado que el Consejo tenía el deber de actualizar. La principal entre todas ellas es la congelación de fondos, entendiéndolos como: recursos financieros, bienes, seguros, préstamos, etc. La finalidad era impedir que las personas y organizaciones que se incluían en la Posición común pudieran financiarse de manera directa o indirecta. No obstante, esta medida podría afectar directamente los derechos que se recogen tanto en el CEDH como en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. El proceso para incluir a sujetos en el listado no estaba debidamente reglamentado, lo que dio lugar a pronunciamientos del Tribunal de Primera Instancia de la UE anulando algunas de las inclusiones realizadas por el Consejo y al pronunciamiento de la Gran Sala en relación con el control jurisdiccional de las decisiones del Consejo de Seguridad. Dos de los casos más destacados son el *OMPI case*¹⁹ y el *Kadi and Al Barakaat case*²⁰.

El caso OMPI -Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran- fue el primero en el que el Tribunal de Primera Instancia falló en contra del Consejo. La OMPI había sido excluida del listado de organizaciones terroristas que existe en Reino Unido en virtud de la Terrorism Act del año 2000. El proceso de exclusión, que contó con la aprobación de las dos cámaras legislativas, no implicó, sin embargo, la exclusión de esta organización del listado contenido en el Anexo I de la Posición Común 2001/931/PESC. El Consejo argumentó que la permanencia en el listado estaba justificada al haber recibido datos que determinaban la necesidad de mantener la inclusión, además de haberse abierto un procedimiento por la Fiscalía antiterrorista de París contra la misma. Ante esta situación, la OMPI planteó ante el Tribunal una demanda en la que se alegaba el incumplimiento de la carga de la prueba, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, la vulneración del derecho de defensa y el incumplimiento de la obligación de motivación. He aquí uno de los principales problemas que desde un principio se planteó como inconveniente de este listado: la inclusión de nuevos sujetos u organizaciones se lleva a cabo conforme al artículo 2.3 del Reglamento²¹, es decir, se requiere la unanimidad por parte de los

¹⁸ Véase DOUE n° L 344 de 28/12/2001:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32001R2580>

¹⁹ Véase la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Séptima), de 4 de diciembre de 2008, relativa al asunto T-284/08:

http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=72681&occ=first&dir=&cid=680874

²⁰ Véase la Sentencia del Tribunal De Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, relativa a los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d64457a09e8c2044f780b0f8e1ccd1dc3c.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pax4Se0?text=&docid=67611&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=581563>

²¹ “3. El Consejo, por unanimidad, establecerá, revisará y modificará la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplica el presente Reglamento, con arreglo a las disposiciones previstas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 1 de la Posición común 2001/931/PESC. Dicha lista consistirá en: i) las personas físicas que cometan o traten de cometer un acto de terrorismo, participe en él o faciliten su comisión; ii) las personas jurídicas, grupos o entidades que cometan o traten de cometer un acto de

miembros del Consejo. Además de los problemas de inclusión por motivos políticos - Suecia no deseaba la inclusión de las FARC- se plantean problemas de carácter legal como es el caso de la OMPI. En este caso, y como se ha dicho con anterioridad, el Consejo justificó el mantenimiento de la OMPI en el listado al haber recibido nuevos datos que así lo aconsejaban. Sin embargo, como entendió probado el Tribunal, esta decisión se tomó sin haber comunicado previamente a la organización cuáles eran los datos o los motivos que la justificaban²² y con ello, “no le dio la oportunidad de exponer eficazmente su postura al respecto antes de la adopción de la Decisión impugnada.”. Por eso mismo concluyó el Tribunal que se había producido una vulneración del derecho de defensa. Para garantizar el cumplimiento de la carga de la prueba y la tutela judicial efectiva el Tribunal exigió que se cumpliera con el contenido de la Posición Común haciendo que el listado se confeccione “sobre la base de informaciones concretas o de elementos del expediente que muestren que una autoridad competente ha adoptado una decisión respecto de las personas, grupos y entidades mencionados (...) basada en pruebas o en indicios serios y creíbles, como si se trata de una condena por dichos hechos”. También se exige que, de manera semestral, el Consejo justifique cuáles son los motivos por los que se mantiene a las organizaciones y sujetos en el listado.

Por otro lado, el caso Kadi y Al Barakaat trajo consigo una gran discusión en torno a la posibilidad de controlar judicialmente las decisiones que emanaban del Consejo de Seguridad. Los actores habían interpuesto la demanda basándose en la imposibilidad de ejercer su derecho a la defensa y obtener una tutela judicial efectiva debido a que las sanciones que les habían sido impuestas por el Consejo no iban acompañadas de motivación alguna, ni les había sido permitido conocer las pruebas o las circunstancias invocadas en su contra. El Consejo por su parte alegó que el control jurisdiccional sólo se podía llevar a cabo cuando la decisión de tomar medidas de coerción económica y financiera proviniera de la entonces Comunidad. Sin embargo, si la decisión provenía de un órgano como el Consejo de Seguridad, no se podía llevar a cabo el control jurisdiccional completo puesto que ello pondría en riesgo el propio sistema desarrollado en la Carta de las Naciones Unidas. También rechazó que se pudiera llevar a cabo el control jurisdiccional “pues cualquier control de la legalidad interna del Reglamento impugnado efectuado por el Tribunal, en particular desde el punto de vista de las disposiciones o principios generales del Derecho comunitario relativos a la protección de los derechos fundamentales, exigiría por tanto un examen, de modo incidental, de la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad que impusieron las sanciones”²³. El TPI²⁴ entendió que el derecho a la tutela judicial efectiva no podía primar sobre “el interés general esencial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales frente a una amenaza claramente identificada por el Consejo de Seguridad, con arreglo

terrorismo, participen en él o faciliten su comisión; iii) las personas jurídicas, grupos o entidades que sean propiedad o estén controlados por una o más personas físicas o jurídicas, grupos o entidades enumerados en los incisos i) y ii); o iv) las personas físicas o jurídicas, grupos o entidades que actúen en nombre o bajo la dirección de una o más personas físicas o jurídicas, grupos o entidades enumerados en los incisos i) y ii).”

²² Véase párrafo 36.

²³ JIMÉNEZ GARCÍA, F. “Activismo judicial en la evolución del Derecho Internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional” *Agenda Internacional Año XVII*, N° 28, 2010, página 88.

²⁴ Véase Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada), de 21 de septiembre de 2005, relativa al asunto T-315/01: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=59906&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=586669>

a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”²⁵. No obstante, la Gran Sala entendió que no existía inmunidad para los actos comunitarios que ejecutaran resoluciones del Consejo de Seguridad por lo que el control de los órganos jurisdiccionales se extendía a los actos comunitarios que aplicaran resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la CNU, como hacía el Reglamento 2580/2001.

Es necesario decir que, pese a la severidad de dicha regulación, se contempló la posibilidad de que las autoridades de los países de la UE designadas en el anexo del Reglamento²⁶, bajo autorización, pudieran liberar fondos de los sujetos que se incluyen en la lista para: satisfacer las necesidades vitales y esenciales de la persona incluida en la lista, así como de sus familiares; y para el pago de impuestos, primas de seguro obligatorias y cánones de servicios públicos y el pago de gastos debidos a una entidad financiera en la Comunidad por la gestión de cuentas. Con esta excepción a la congelación de fondos se da cumplimiento a una obligación de respeto a los DDHH. Aquéllos que deben percibir alimentos de los sujetos incluidos en el listado no deben verse afectados por la responsabilidad penal de aquél que se los debe. Sin embargo, no se fija ningún mecanismo de control específico para determinar si las cantidades que se liberan se destinan realmente a la satisfacción de las necesidades vitales.

Posteriormente, la Resolución 1390 (2002) del CSNU²⁷ dio origen al Reglamento 881/2002²⁸ 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 Laden, la red Al-Qaeda y los talibanes. He aquí el motivo de que Al-Qaeda y sus miembros no estuvieran incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento 880/2002. La Resolución del Consejo de Seguridad determinó que el régimen talibán asentado en Afganistán estaba prestando ayuda y soporte logístico a Al-Qaeda. Por ello mismo, desde el Consejo de Seguridad se entendió necesario llevar a cabo una regulación *ad hoc* de congelación de fondos debido a que, en esos momentos, estas organizaciones y los miembros que las componían, con bin Laden a la cabeza, eran la principal amenaza para la paz y seguridad internacional. Sin embargo, es necesario plantearse si esta regulación sigue teniendo a día de hoy el sentido que tuvo en su momento. La última revisión de la lista de sujetos a los que se le aplica este Reglamento tuvo lugar en el año 2013 a través de un Reglamento de ejecución²⁹. En el momento en el que se dictó era un instrumento más que necesario en la lucha contra el terrorismo. No obstante, la muerte a manos del ejército estadounidense de bin Laden³⁰ y la decadencia de Al-Qaeda en favor del Daesh plantea el dilema de si es o no necesario que se mantenga una regulación *ad hoc*. Desde mi punto de vista, la regulación *ad hoc* para Al-Qaeda ha perdido su sentido original y la posible congelación de fondos y medidas a tomar contra ellos debería regularse por el Reglamento 880/2002.

Por tanto, con la inclusión de estos dos Reglamentos, y apenas medio año después de la reunión informal del Consejo Europeo, ya existía una estructura legislativa destinada a

²⁵ Véase párrafo 289.

²⁶ En el caso de España: Dirección General de Comercio e Inversiones, Subdirección General de Inversiones Exteriores y la Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

²⁷ Véase: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2473.pdf?view=1>

²⁸ Véase DOUE n° L 139 de 29/05/2002: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32002R0881>

²⁹ Véase: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2013-81623

³⁰ Fue asesinado por un equipo de los SEALs en su residencia secreta en Abbottabad, el 2 de mayo de 2011.

identificar y detener la financiación de los grupos terroristas. Una muestra de que la voluntad es la mejor y más eficaz herramienta para legislar. Sin embargo, y como se verá más adelante, no es de manera continua, sino cuando se sufre un ataque en suelo europeo, cuando la UE desarrolla su legislación antiterrorista.

2.3 La Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo y su modificación en 2008

Esta Decisión Marco³¹ supuso gran un avance en la lucha contra el terrorismo a nivel europeo y sentó las bases de la política antiterrorista de la UE. A su vez, ha sido el elemento normativo de referencia en la lucha contra el terrorismo hasta la publicación de la reciente Directiva sobre la lucha contra el terrorismo. Pese a que en aquellos Estados en los que existían organizaciones terroristas activas la legislación antiterrorista estaba muy desarrollada, en otros Estados ésta era, prácticamente, inexistente. Como se ha mencionado con anterioridad, tras los ataques terroristas del 11 de septiembre la UE comenzó a desarrollar una política legislativa para luchar contra el terrorismo. Las primeras medidas estuvieron dirigidas a la congelación de fondos de sujetos relacionados con actividades terroristas y organizaciones terroristas. Sin embargo, desde la UE entendieron que era necesario definir el delito de terrorismo, así como otras conductas relacionadas con el terrorismo, en los EEMM. Es por ello que, con la finalidad de que existiera unidad dentro del territorio europeo a la hora de calificar y sancionar los actos terroristas, se dictó la Decisión Marco en la lucha contra el terrorismo.

Ya en la exposición de motivos de la propuesta de Decisión Marco se *“reitera que los métodos terroristas han cambiado y considera que la nueva legislación debe basarse en los Convenios de Naciones Unidas sobre atentados cometidos con bombas (1997) y sobre financiación del terrorismo (1999), así como en el Convenio europeo de 1977.”*³² Es decir, se parte de que el nuevo terrorismo necesita de una nueva legislación que refuerce la seguridad y ofrezca una respuesta uniforme, al menos en el ámbito territorial de la UE, de lo que son actos terroristas. A diferencia del Convenio europeo para la supresión del terrorismo de 1977³³, se describen las conductas que serán consideradas delitos de terrorismo. No obstante, hay que destacar que el listado de actos que deben ser tipificados como delito de terrorismo son distintos a los establecidos en la Posición Común 2001/931/PESC. Éstos son los siguientes:

“1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de: - intimidar gravemente a una población, - obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, - o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional; a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados graves contra la

³¹ Véase DOUE n° L 164 de 22/06/2002: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002F0475&from=es>

³² GARCÍA RIVAS, N. *La tipificación "europea" del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas.*, página 14

https://www.researchgate.net/profile/Nicolas_Rivas2/publication/293877776_La_tipificacion_europea_del_delito_terrorista_en_la_Decision_Marco_de_2002_analisis_y_perspectivas/links/56bcc7e308ae6cc737c664c2.pdf

³³ Véase: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-21629>

integridad física de una persona; c) secuestro o toma de rehenes; d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas; g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h).”

Hay que diferenciar en dicho artículo una primera parte en la que se describe el elemento volitivo del acto, es decir, que éste se cometa con la finalidad de intimidar a la población, desestabilizar a la estructura de un Estado u obligar a estos a llevar, o no, a cabo un acto; y una segunda parte en la que se describen los actos que, por sí mismos, siempre y cuando concurra con el elemento volitivo, deben ser tipificados como delitos de terrorismo. A su vez, en los artículos 3 y 4 se incluyen los delitos ligados a las actividades terroristas -aquéllos que se cometen con el fin de llevar a cabo actos tipificados como delitos de terrorismo- y la inducción, complicidad y tentativa del delito de terrorismo o de delitos ligados a éstos. El problema que principalmente existe en el artículo 3 es su ambigüedad; se establece un tipo agravado de hurto, robo o chantaje cuando la finalidad sea llevar a cabo cualquiera de los actos del artículo 1. Sin embargo, determinar la voluntad de llevar a cabo ese acto en un estadio tan temprano puede afectar al principio de proporcionalidad. Algo parecido sucede con las conductas que se regulan en el artículo 1 ya que pueden ser utilizadas por los EEMM para calificar como conductas terroristas aquellas que son meramente reivindicativas ligadas a la libertad de expresión; ejemplo de ello es “obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo” o “intimidar gravemente a una población”. En este sentido, discursos críticos, e incluso hostiles, con la actuación del Estado podrían ser considerados como constitutivos del tipo delictivo. El TEDH ya se ha pronunciado sobre este aspecto y en la sentencia *Gumis and Others v. Turkey*³⁴ acotó las posibilidades de los Estados de condenar por declaraciones u opiniones que, aunque virulentas y duras, no sean constitutivas de un discurso de odio. En este caso, los tribunales turcos condenaron con pena privativa de libertad a los autores de una publicación en la que hacían mención a un conflicto territorial dentro de Turquía. El Tribunal entendió que la publicación no incitaba al odio y justificó su postura del siguiente modo: “*The Court has examined the reasons given in the State Security Court’s judgment and does not consider them sufficient to justify the interference with the applicants’ right to freedom of expression. It considers that, although certain particularly acerbic passages of the article paint an extremely negative picture of the Turkish State and thus give the narrative a hostile tone, they do not encourage violence, armed resistance or insurrection and do not constitute hate speech.*” Sin embargo, y pese a las suspicacias que pueda levantar la legislación, la UE reitera la voluntad de respetar en la tipificación de estas conductas los derechos fundamentales garantizados por el Convenio

³⁴ *Gumis and Others v. Turkey* Application No. 40303/98, final judgement of 15.06.2005, véase: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-68504%22%5D%7D>

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales³⁵. Por lo demás, y en lo que al proceso se refiere, éste se deberá iniciar de oficio, sin necesidad de que las víctimas se vean obligadas a iniciarlo para ver satisfecho su deseo de justicia.³⁶

Fueron varias las circunstancias que motivaron una modificación de la Decisión Marco de 2002 en el año 2008 por la Decisión Marco 2008/919/JAI³⁷. Dos de los más graves ataques terroristas en la historia de Europa tuvieron lugar en Madrid, el 11 de marzo de 2004, y en Londres, el 7 de julio de 2005. Además, en ese momento internet era ya un potente medio que se utilizaba para lo que en el considerando cuarto se denomina como “campo de entrenamiento virtual”. Los EEMM y la UE adquirieron plena conciencia de que internet no sólo sirve para movilizar y organizar a las redes terroristas, sino que es un medio muy efectivo para la captación y el adoctrinamiento de terroristas. Sin embargo, la verdadera causa de la modificación reside en la necesidad de hacer modificaciones a la Decisión Marco de 2002 para hacer frente al incremento y rápido desarrollo de la actividad terrorista en suelo europeo³⁸ y, de este modo, incluir las conductas de captación, adiestramiento y provocación a la comisión de un delito de terrorismo que ya estaban incluidas en el Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo.

Existieron dos ideas clave para realizar la modificación que son de extrema importancia y fundamentaron la misma. La primera de ellas es que la lucha contra el nuevo terrorismo que surgió con los atentados terroristas del 11-S debe basarse en la cooperación entre Estados. Por ello, la finalidad es conseguir una respuesta global puesto que, como ya había establecido el Consejo, toda lucha llevada a cabo de manera unilateral está destinada al fracaso.³⁹ La segunda idea que fundamenta el texto es la prevención. Se tipificaron diversos delitos con una finalidad preventiva y no sólo represiva.

En el artículo 1 se definen tres conceptos básicos: la provocación pública para cometer delitos terroristas, el adiestramiento para cometer delitos terroristas y el reclutamiento con fines terroristas. En esencia es una copia exacta del Convenio del Consejo de Europa, no obstante, éste se cuida de ser más garantista al establecer la necesidad de que se tipifique siempre y cuando se lleve a cabo la conducta ilegal e intencionadamente. Es una diferencia sustancial puesto que, en la regulación de la Decisión Marco, como sucede en la provocación pública para cometer delitos terroristas, la tipificación incluye la conducta cuando “*conlleve el riesgo de comisión de uno o alguno de dichos delitos*”. Esto es, el mero riesgo de que se pueda cometer alguno de los delitos del artículo 1 de la Decisión Marco del 2002 implica la realización del tipo, sin que se exija intencionalidad. Esto implica una afectación directa al derecho a la libertad de expresión que para no verse afectado hubiera necesitado de una tipificación mucho más precisa y exhaustiva. Un

³⁵ Véase el considerando 10 y el artículo 1.2: “*La presente Decisión marco no puede tener como consecuencia la modificación de la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales sancionados por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.*”

³⁶ Artículo 10.1: “*Los Estados miembros garantizarán que las investigaciones o el enjuiciamiento de los delitos a que se refiere la presente Decisión marco no dependan de la formulación de denuncia o acusación por una persona que haya sido víctima de tales delitos, al menos si los hechos se cometieron en el territorio de un Estado miembro.*”

³⁷ Véase DOUE L 320/21 de 9/12/2008: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008F0919&from=ES>

³⁸ Véase considerando tercero.

³⁹ Considerando sexto: “*El Plan de acción del Consejo y de la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre el fortalecimiento de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea recuerda que es necesaria una respuesta global para afrontar el terrorismo y que no pueden ignorarse las expectativas que los ciudadanos tienen puestas en la Unión, ni esta puede dejar de darles respuesta. (...)*”

problema que no se soluciona con la mera inclusión del artículo 2, mediante el cual queda establecido que la tipificación de estas conductas nunca puede producir una contradicción con los principios fundamentales relativos a la libertad de expresión, prensa y expresión. Por lo demás, se añaden la complicidad, la inducción y la tentativa con respecto a los nuevos delitos recogidos. No obstante, no existe en la Decisión Marco ninguna referencia a la irrelevancia del resultado para que la conducta constituya delito, tal y como recoge el artículo 8 del Convenio del Consejo de Europa. Además, en el Convenio se incluyen dos artículos destinados a salvaguardar el respeto por los derechos humanos. El artículo 12 establece una salvaguarda al evitar que la aplicación de cualquiera de los tipos que se introducen no respeten los derechos humanos, en particular: la libertad de expresión, la libertad de asociación o la libertad de religión. A su vez, supedita la ejecución y aplicación de los tipos al principio de proporcionalidad, evitando todo tipo de arbitrariedad. Por otro lado, el artículo 21 excluye una interpretación de cualquiera de los artículos como un deber de extradición. En general, la regulación contenida en la Decisión Marco es menos exhaustiva y menos garantista que la contenida en el Convenio, que establece de una manera concreta tres artículos destinados a obligar a respetar los derechos humanos.

2.4 La Estrategia de la UE en la lucha contra el terrorismo

Para hablar de la Estrategia de la UE en la lucha contra el terrorismo es necesario partir de la Estrategia Europea de Seguridad del año 2003⁴⁰. El documento fue aprobado y adoptado por el Consejo Europeo en la reunión del 12 y 13 de diciembre del año 2003. En el mismo, el Alto Representante, Javier Solana, definió los retos y amenazas para la seguridad de la UE, así como los objetivos a alcanzar para hacer frente a estos. Un hecho destacable es que *“Para hacer frente a estas amenazas se sustituyó el concepto tradicional de autodefensa típico de la Guerra Fría, por otro nuevo más preventivo basado en la anticipación. Es decir, se trata de conocer el riesgo para estar preparado para actuar antes de que la crisis se produzca y todo ello con una diversidad de medios de acción.”*⁴¹. El documento recoge una de las principales amenazas para la UE: el terrorismo. Los objetivos que se fijaron para luchar contra él se basaron en combatir las complejas causas que dan lugar a su aparición. Es decir, unos objetivos a largo plazo para hacer frente a la amenaza terrorista.

A su vez, en el año 2004 vio la luz el Programa de La Haya⁴² cuyo objetivo fue establecer un marco y una guía para reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. En lo referente al terrorismo el programa estableció la necesidad de *“una respuesta general, integrada y coherente”*. Son dos los elementos en la lucha contra el terrorismo que la Comisión entendió fundamentales: la prevención del terrorismo y el intercambio de información. Como consecuencia de la Estrategia de 2003 y de este programa se adoptó en el año 2005 la Estrategia de la UE de lucha contra el terrorismo⁴³. Ésta se basó, en parte, en la Declaración de la lucha contra el terrorismo aprobado por el Consejo Europeo en marzo de 2004. Hay que precisar que la estrategia se aprueba tras los atentados terroristas de Madrid el 11 de marzo de 2004 y los atentados terroristas de Londres del 7 de julio de 2005. La misma estuvo destinada a hacer frente a la amenaza terrorista, pero más concretamente, al terrorismo yihadista que en ese momento

⁴⁰ Véase: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ar00004>

⁴¹ DE CARLOS IZQUIERDO, J. *La nueva Estrategia de Seguridad Europea 2016*. 2016 Página 6. Se puede consultar en la siguiente dirección: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2016/DIEEEM16-2016_EstrategiaSeguridad_DeCarlos.pdf

⁴² Véase: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A116002>

⁴³ Véase: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?f=ST+14469+2005+REV+4&l=es>

representaba Al-Qaeda y los grupos afines a dicha organización terrorista. Ésta se basa en cuatro principios originarios: prevenir, proteger, perseguir y responder. A éstos hay que añadir un quinto incluido en el año 2014, la cooperación con socios internacionales.

La fundamentación esgrimida para su adopción se basa en que la existencia de una Europa cada vez más abierta facilita la comisión de atentados, ya que los terroristas aprovechan tal circunstancia. Ante esto se entiende necesaria una acción europea que sea concertada y colectiva. Como se ha dicho con anterioridad, la necesidad de hacer frente al terrorismo islámico de manera conjunta por medio de la cooperación entre Estados es clave a la hora de conseguir derrotarlo. Por tanto, la lucha debe hacerse desde la cooperación, pero sin dejar de lado el trabajo a escala nacional e internacional. Partiendo de esto, el Consejo establece un compromiso estratégico: *“Luchar contra el terrorismo de forma global, al tiempo que se respetan los derechos humanos y se crea una Europa más segura, que permita a sus ciudadanos vivir en un espacio de libertad, seguridad y justicia”*.

Como se ha dicho, la estrategia se divide en cuatro pilares, cinco desde la inclusión de la cooperación con socios internacionales, que quedan al mismo nivel.

El primer pilar, prevenir, pone el foco en evitar que las personas se conviertan en terroristas. Tal y como se establece: *“esta estrategia se centra en la lucha contra la radicalización y la captación en grupos terroristas como Al-Qaeda y los grupos a quienes esta organización inspira, dado que este tipo de terrorismo representa actualmente la principal amenaza para la Unión en su conjunto.”* Es decir, evitar la radicalización y captación es el objetivo principal de este pilar. Ahora bien, no se limita al territorio de la UE, sino que se busca también combatir el fenómeno de la radicalización a nivel internacional. La UE proporciona, de este modo, un marco importante para ayudar a coordinar las políticas nacionales. Especial mención se debe hacer a la voluntad por parte de la UE de mejorar la comunicación. Al entenderse ésta como un elemento clave en la lucha contra el terrorismo, ya que la propaganda que se hace desde las organizaciones terroristas no se trata más que de una deformación de la realidad, el Consejo establece como objetivo propio y necesario el poder comunicar un mensaje propio cambiando, de este modo, la percepción que de las políticas de la UE tienen los ciudadanos. También son identificados dentro de este primer pilar diversos factores y elementos que ayudan a los procesos de radicalización, tales como: la falta de gobierno o las dictaduras, la falta de oportunidades educativas o una modernización descontrolada⁴⁴. Queda fijado, por tanto, el objetivo de fomentar por parte de la UE la democracia, el respeto por los DDHH y la educación y prosperidad económica a nivel internacional. En lo que a escala nacional se refiere, se plantea que la desigualdad y la discriminación deben ser erradicadas con la finalidad de evitar esos procesos de radicalización dentro de los propios EEMM⁴⁵. De nuevo, y en la línea de la Estrategia Europea de Seguridad, *“se establecen medidas a largo plazo y de poder blando centradas en contrarrestar la narrativa y atracción yihadista”*⁴⁶. Éste debe ser, en mi opinión, uno de los elementos en los que los EEMM

⁴⁴ Párrafo 11º: *“Hay una serie de condiciones en la sociedad que pueden crear un entorno en el que las personas pueden radicalizarse más fácilmente. Estas condiciones incluyen la falta de gobierno o un gobierno autocrático, la modernización rápida, pero sin control, la falta de perspectivas políticas o económicas y la ausencia de oportunidades educativas.”*

⁴⁵ Párrafo 8º: *“El desafío de la lucha contra la radicalización y la captación de terroristas depende en primer lugar de los Estados miembros, a escala nacional, regional y local.”*

⁴⁶ RUIZ GRANADO, F. *La Estrategia de la UE contra el yihadismo en tiempos de ISIS*. 2015 Página 4. Véase: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2015/DIEEEM17-2015_Estrategia_UE_Yihadismo_RuisGranado.pdf

tienen que poner más esfuerzo. El espacio que no ocupa la narrativa del Estado y la sociedad, lo ocupa el radicalismo. Afrontar desde un punto de vista abierto y serio el problema que esta nueva forma de terrorismo plantea debería estar en la agenda social de todo Gobierno y de la propia UE. Por lo demás, la conclusión que se extrae es que el pilar de la prevención trata de evitar que los sujetos se vean atraídos por los grupos terroristas y hagan caso omiso de la llamada a la comisión de atentados.

Muy en relación con este primer pilar está el segundo: proteger. El Consejo pretende que la protección sea un elemento clave en la lucha contra el terrorismo, pero, ¿qué se debe proteger? La intención es proteger tanto a los ciudadanos de la UE como a las infraestructuras críticas, esto es: aeropuertos, puertos, vías de ferrocarril y carreteras⁴⁷. A su vez, también se pretende una protección de las fronteras exteriores de la UE para que la entrada o salida de terroristas, o sospechosos de serlo, sea más difícil. Además, el Consejo pone de relieve la importancia de la obtención e intercambio de datos de pasajeros⁴⁸. La concreción legislativa de este objetivo se ha llevado a cabo en el año 2016 con la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave, cuyo análisis se realizará a posteriori. Lo más destacable en este pilar es la introducción del Sistema de Información de Visados (VIS) y el Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II), cuya finalidad es que las autoridades puedan compartir y acceder a la información de los sujetos que accedan al espacio Schengen, así como, cuando lo estimen necesario, denegar el acceso al mismo.

El tercer pilar es perseguir. Se podrían distinguir cuatro aspectos clave en este pilar: el primero de ellos es el perseguir e investigar tanto dentro como fuera de la UE a los terroristas; el segundo es cortar acceso a la financiación terrorista; el tercero consiste en cortar el acceso a los materiales con los que los terroristas pueden, de manera directa o indirecta, cometer atentados; y en último lugar, no sólo preservar la seguridad nacional sino, siguiendo las directrices del Programa de La Haya, la seguridad de la Unión en su conjunto⁴⁹. Es de destacar el especial interés del Consejo por reforzar la cooperación. Son dos los elementos que el mismo entiende como necesarios: la creación de un Exhorto Europeo de Obtención de pruebas, de manera que los EEMM puedan solicitar la realización de la prueba en otro Estado para poder desarrollar el proceso con todas las garantías, pero, a su vez, que se pueda condenar a los terroristas; y la implantación del principio de disponibilidad de la información en materia judicial y policial. La voluntad del Consejo, como se puede deducir de todo lo anterior, es perseguir a los terroristas más allá de las fronteras interiores de la UE. Como consecuencia inevitable de lo anterior, el Consejo es consciente de que la cooperación internacional es absolutamente necesaria para poder derrotarlo.

El cuarto pilar, responder, está basado en el principio de coordinación y en la asunción por parte del Consejo de que la reducción por completo de la amenaza de ataque terrorista es imposible. Por ese motivo el mismo buscó una respuesta conjunta y coordinada entre los distintos EEMM y las propias instituciones de la UE ante la comisión de un atentado

⁴⁷ Ya se había puesto de relieve en el Programa de la Haya del año 2005 en lo relativo a la lucha contra el terrorismo: *“Tiene intención de apoyar a los Estados miembros en su lucha contra el terrorismo concentrándose en los aspectos relacionados con la captación de terroristas y la financiación, la prevención, el análisis de riesgos, la protección de las infraestructuras sensibles y la gestión de las consecuencias.”*

⁴⁸ En el párrafo 16 de la misma.

⁴⁹ Párrafo 23°

terrorista cometido en territorio europeo en la que los Gobiernos e Instituciones compartieran información operativa y judicial, coordinaran todos los medios posibles para la respuesta, incluido los militares, y todo ello de manera rápida y eficaz. De esta manera se evitarían y minimizarían las posibles consecuencias de un eventual ataque. Ésta respuesta se materializa en la necesidad de responder de forma solidaria en caso de emergencia extrema. La voluntad que se plasmó en esta Estrategia, que es del año 2005 y, por tanto, anterior al Tratado de Lisboa del año 2007, fue concretada en el artículo 222 TFUE, donde quedó establecida la cláusula de solidaridad para la respuesta conjunta y solidaria entre EEMM en el supuesto de un atentado terrorista o catástrofe. No obstante, el análisis de dicho artículo se hará más adelante.

La cooperación con socios internacionales es el quinto pilar de la Estrategia de la UE en la lucha contra el terrorismo. En el año 2014 la UE adquirió plenamente consciencia de que era necesario mantener un diálogo fluido con Estados estratégicos en la lucha contra el terrorismo. A su vez, prestarles ayuda para que sean partícipes de la voluntad expresada en el pilar de la prevención es otro de los objetivos con estos Estados. Reitera el Consejo en este nuevo pilar la voluntad de seguir cooperando con los EEUU en la lucha contra el terrorismo, así como con la ONU, incluyendo el fomento de nuevas normas internacionales para la lucha contra el terrorismo.

En definitiva, con estos cinco pilares, la UE definió de manera general cuáles eran los objetivos a alcanzar de ese momento en adelante para poder dar una respuesta eficaz contra el terrorismo. Sin embargo, y como es característico en la UE, la respuesta no se detallaría en medidas legislativas concretas hasta años después.

Por último, hay que hacer mención del Programa de Estocolmo del año 2010⁵⁰, que sustituyó al Programa de la Haya del año 2004. En el mismo se dedica una sección al terrorismo. Resulta llamativo el tratamiento que en el mismo se da a los derechos y libertades fundamentales: “*Se deben tomar medidas en la lucha antiterrorista en el marco del pleno respeto de los derechos y libertades fundamentales, para que no susciten oposición*”. Pareciera que el Consejo decide tenerlos en cuenta para evitar problemas en lugar de hacer del respeto a los mismos el eje de en la lucha contra el terrorismo. Por lo demás, el Consejo destacó la necesidad de reforzar el pilar de la prevención para frenar el proceso de radicalización de determinados sujetos mediante una mejora en la integración y la lucha contra la discriminación. De nuevo, y como se ha mencionado con anterioridad, es necesaria una buena integración de los inmigrantes para evitar que la sociedad deje un hueco que ocupe el radicalismo. Finalmente, el Consejo destacó también la necesidad de impulsar un Convenio general sobre el terrorismo internacional en el ámbito de las Naciones Unidas que, desgraciadamente, no se ha llevado a cabo.

2.4.1 La Decisión Marco 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

Esta Decisión Marco⁵¹ define el intercambio de información e inteligencia como una de las bases de la cooperación entre los EEMM.⁵² Como ya se había puesto de relieve en el Programa de la Haya y en la Estrategia de la UE en la lucha contra el terrorismo, una de las claves para hacer frente a esta amenaza global era el intercambio de información entre los distintos Estados. Es uno de los elementos fundamentales en la lucha contra el

⁵⁰ Véase: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:ES:PDF>

⁵¹ Véase DOUE nº L 386/89 de 29/12/2006:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32006F0960>

⁵² Véase considerando 3º

terrorismo, puesto que permite anticipar la comisión de ataques, así como localizar y detener a miembros de organizaciones terroristas. Sin embargo, parece ser la eterna asignatura pendiente, pese a los esfuerzos legislativos de la UE. El Consejo ya había establecido mediante la Decisión 2005/671/JAI⁵³ un sistema para el intercambio de información y cooperación de los servicios de seguridad de los EEMM con Europol y Eurojust mediante la creación de servicios especializados en delitos de terrorismo. El objetivo de esta Decisión Marco vino a cubrir el vacío legal referente a la transmisión de información entre los servicios de inteligencia y seguridad de la UE. El Consejo entendió necesario establecer una vía legal para poder solicitar información en lo relativo a delitos de terrorismo y demás actividades delictivas. Con ello se pretendía un intercambio de información rápida y eficaz que permita actuar rápidamente ante la comisión de delitos.

El primer problema que plantea esta Decisión marco se encuentra en el artículo 1.4⁵⁴ al establecerse que no se podrá imponer a otro Estado la transmisión de información e inteligencia cuando la finalidad sea utilizarla como prueba ante una autoridad judicial. En este caso el camino que deberá seguir el Estado requirente es el de la obtención del consentimiento por parte del Estado requerido. No parece que tenga mucho sentido establecer esta limitación, máxime cuando condenar a un terrorista tras la comisión de un ataque con pruebas que lo permitan es tan importante como la prevención de la comisión del ataque. Sin embargo, el Consejo optó por incluir esta limitación a la hora de transmitir información.

En lo que al proceso para solicitar la transmisión de la información e inteligencia se refiere, esta deberá requerirse a través de los servicios de seguridad competentes establecidos por los EEMM. A su vez, el Estado requerido tiene unos plazos delimitados por el artículo 4 en función del tipo de solicitud para suministrar dicha información e inteligencia y estos son los siguientes:

Tipo de solicitud	Plazos	Posibilidad de ampliación del plazo
Urgente	8 horas	Siempre y cuando se motive se podrá ampliar y deberá aportarse lo antes posible, con un límite máximo de 3 días
No urgente	1 semana	Si no se puede responder en plazo se deberá motivar mediante el Anexo A

⁵³ Véase DOUE n° L 253/22 de 29/09/2005 :

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32005D0671>

⁵⁴ “La presente Decisión marco no impone a los Estados miembros obligación alguna de facilitar información e inteligencia para que se utilice como prueba ante una autoridad judicial, ni confiere derecho alguno a utilizar dicha información o inteligencia con ese fin. Cuando un Estado miembro haya obtenido información o inteligencia de conformidad con la presente Decisión marco y desee utilizarla como prueba ante una autoridad judicial, deberá obtener el consentimiento del Estado miembro que haya facilitado la información o inteligencia empleando, cuando resulte necesario en virtud de la legislación nacional del Estado miembro que haya facilitado la información o inteligencia, los instrumentos vigentes sobre cooperación judicial entre los Estados miembros. No será necesario recabar dicho consentimiento si el Estado miembro requerido ya hubiera accedido, en el momento de la transmisión de la inteligencia o información, a que ésta se utilizara como prueba.”

Demás casos	14 días	Si no se puede responder en plazo se deberá motivar mediante el Anexo A
-------------	---------	---

Ahora bien, la información e inteligencia sólo podrá ser solicitada para el descubrimiento, prevención o investigación de un delito. Además, el artículo 5 establece que tienen que existir razones fundadas para estimar que el Estado miembro que va a ser requerido posee dicha información. En todo caso, nunca se podrá solicitar más información o inteligencia de la estrictamente necesaria y siempre y cuando se contenga una información mínima previa por parte del Estado requirente que viene recogida en el Anexo B de la Decisión Marco. En todo caso, es difícil imaginar cómo un Estado miembro puede conocer de la posesión de información por parte de otro Estado miembro y, aun teniéndola, que éste esté de acuerdo en facilitársela y no se ampare en razones de seguridad nacional para justificar la negativa a la transmisión.

Pese al establecimiento de este sistema para la transmisión de información e inteligencia, en la Decisión marco también se incluye la posibilidad de que, ante la creencia de que determinada información e inteligencia puedan ayudar al descubrimiento, prevención o investigación de los delitos contenidos en el artículo 2.2 de la Decisión marco 2002/584/JAI -ya analizada supra-, los EEMM puedan llevar a cabo un intercambio espontáneo de información e inteligencia.⁵⁵ Sin embargo, este intercambio se rige por las respectivas legislaciones nacionales y no está sometido a las mismas condiciones que el regulado en el artículo 4. En este caso la transmisión queda limitada a lo que el Estado requerido estime conveniente y cuando estime oportuno llevar a cabo la transmisión.

También hay que hacer mención a la posibilidad de, siempre y cuando concurra alguno de los motivos tasados, no transmitir dicha información e inteligencia. Estos motivos son los siguientes:

- Que la transmisión suponga un perjuicio para los intereses esenciales en materia de seguridad para el Estado requerido.
- Que la transmisión pueda comprometer el éxito de una investigación en curso o una operación de inteligencia.
- Que la transmisión sea desproporcionada o irrelevante en relación a la solicitud.

Además de estos motivos tasados, se incluye la posibilidad de negar la transmisión cuando el delito en cuestión esté castigado con una pena privativa de libertad inferior a un año o cuando la autoridad judicial correspondiente haya negado dicha transmisión.

Pese a lo establecido, la cooperación en materia de inteligencia sigue siendo una asignatura pendiente. Esto se debe a la reticencia de la mayoría de los EEMM a transmitir información que obtienen a través de sus servicios de inteligencia, algo que, a todas luces, resulta paradójico puesto que es a través de éstos como se obtiene la mayoría de la información relativa a terroristas y organizaciones terroristas. Pese a los esfuerzos por parte de la UE, y como se ha demostrado en atentados en los que Estados miembros tenían información sobre la peligrosidad de determinados sujetos que acabarían cometiendo atentados⁵⁶, los EEMM continúan sin transmitir información de manera voluntaria para prevenir los atentados en el territorio de la UE.

⁵⁵ Véase artículo 7.

⁵⁶ Algo de lo que se han hecho eco también los medios de comunicación como se puede ver en la noticia publicada por el diario El Mundo el 9 de febrero de 2016, titulada: “*Las agencias de inteligencia tuvieron*”

De nuevo nos encontramos con una medida legislativa de la UE destinada a mejorar el ámbito de la cooperación entre EEMM para la lucha contra el terrorismo, reafirmando en la idea de que sólo por esta vía se conseguirá proteger a los ciudadanos de la UE del terrorismo y combatir a las organizaciones terroristas. No obstante, la aplicación práctica de la misma no ha producido los efectos que de ella se esperaban.

2.4.2 La Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008 sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza

Esta Decisión del Consejo⁵⁷ está destinada a compartir información para aumentar la cooperación transfronteriza entre los EEMM en lo relativo a la delincuencia transfronteriza y el terrorismo. Tras la firma del Tratado de Prüm⁵⁸, en el que sólo determinados Estados eran parte, el Consejo entendió que las medidas que adoptaron en aras de una mayor cooperación transfronteriza resultaban esenciales de cara a la lucha contra el terrorismo y la delincuencia internacional. Por ello decidieron mediante la presente Decisión Marco extender lo esencial de dicho tratado al ordenamiento jurídico de la UE.

La intención del Consejo es, por tanto, clara. Siguiendo la línea del Programa de La Haya y de la Estrategia de la UE en la lucha contra el terrorismo, intenta mejorar la cooperación y la transmisión de información entre los Estados miembros de manera que estos tengan derecho mutuo de acceso a las bases de datos en la que se contienen los ficheros automatizados de análisis de ADN, los sistemas automatizados de identificación dactiloscópica y datos de los registros de matriculación de los vehículos. El Consejo pretende que, mediante estos datos, los Estados puedan luchar de manera más efectiva y eficiente contra la delincuencia y el terrorismo. Hay que destacar que el Consejo ha tenido muy en cuenta la protección de los datos de carácter personal en un momento en el que no existía ningún instrumento legislativo europeo referente a la protección de datos. Es este hecho lo que motiva que la protección de los mismos sea la establecida conforme al Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizados de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, y su Protocolo adicional de 8 de noviembre de 2001. El Consejo no se ha pronunciado aún sobre si la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679⁵⁹ referente a la protección de datos personales supondrá una modificación de este régimen, algo que parecería lógico. No obstante, el sistema de protección de datos que se ofrece es, *per se*, garantista ya que, al realizar la búsqueda de un dato, el sistema de búsqueda lo compara con todos los perfiles que, hasta el momento, son anónimos y sólo cuando existe concordancia entre los datos introducido y los datos que se contienen en la base de datos se revelan los datos de carácter personal.

Un defecto del que adolece la regulación es que la transmisión de datos se rige por la normativa interna de los EEMM. La argumentación del Consejo es que de este modo se garantiza aún más el respeto por los datos personales, sin embargo, se podría haber

indicios de los planes de IS antes de los atentados de París, según la CNN” y que Véase: <http://www.elmundo.es/internacional/2016/02/09/56b9526aca4741de6b8b458e.html>

⁵⁷ Véase DOUE n° 210/1 de 6/08/2008:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:210:0001:0011:es:PDF>

⁵⁸ Este tratado tiene como finalidad establecer un marco legal para profundizar la cooperación entre los Estados miembros en la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal. Los Estados partes son: Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Austria.

⁵⁹ Véase DOUE n° L 119/1 de 4/05/2016:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>

aprovechado la ocasión para desarrollar la legislación a nivel europeo. Por lo demás, la vía de comunicación que se establece es a través de la Red de Comunicación de los Servicios transeuropeos de telemática entre administraciones (TESTA II). Esta comunicación puede producirse, y por tanto deberá estar disponible, todos los días del año durante las 24 horas del día. De modo que, en caso de imposibilidad de transmisión por fallo técnico, se deberá comunicar al resto de los EEMM.

Esta Decisión Marco es, al fin y al cabo, otra medida destinada a mejorar la cooperación interestatal en la lucha contra el terrorismo y sigue la línea de las Decisiones Marco mencionadas con anterioridad. Sin embargo, ésta muestra un respeto por los derechos y libertades fundamentales que va mucho más allá de la mera inclusión de una cláusula programática. Da la impresión de que el Consejo, adaptándose a las pautas que establece el TJUE, va forjando un sistema de protección de derechos más garantista con cada nuevo elemento normativo. En este caso, el sistema de protección de datos personales que se desarrolla en la Decisión es lo suficiente garantista como para respetar los derechos y libertades y, sin embargo, para mayor garantía, el Consejo decidió fijar el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal como elemento normativo de referencia a la hora de respetar los datos de carácter personal.

2.4.3 La Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.

El 27 de abril de 2016 fue aprobada, tras años de discusiones parlamentarias, la Directiva PNR⁶⁰ -Passenger name record-, conocida en español como el Registro de Nombre de Pasajero. El texto fue aprobado por el Parlamento Europeo con 461 votos a favor, 179 en contra y 9 abstenciones⁶¹.

Ya hubo un intento de sacar adelante una Decisión Marco en el año 2007 sobre la regulación de los datos PNR con fines represivos. Sin embargo, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la necesidad de regular esta materia por medio de una Directiva y los problemas relativos al respeto de los derechos y libertades impidieron que fuera aprobada. El Grupo de trabajo sobre Protección de Datos elaboró un informe⁶² con los defectos de los que adolecía el texto, que son varios, entre los que se pueden destacar tres muy importantes: en primer lugar, entendió que no se cumplió con el requisito establecido en el artículo 8 del CEDH, que exige que ante cualquier limitación de derechos exista una necesidad social apremiante y que se respeten los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Como establece el informe: “*En los objetivos de propuesta no aparece suficientemente justificada la necesidad social apremiante de recogida y análisis de datos PNR con el fin de prevenir y combatir delitos de terrorismo y la delincuencia organizada.*” En segundo lugar, porque se estableció un sistema de intercambio recíproco entre aquellos Estados que recopilaban datos PNR y la UE, en este caso el Grupo de trabajo dudó del tratamiento que de los mismos pudiera realizar un Estado no democrático que recopilara datos PNR. Y en tercer y último lugar, el Grupo entendió que el periodo de conservación de los datos, 13 años, era excesivo.

⁶⁰ Véase DOUE n° L 119/132 de 4/05/2016: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00132-00149.pdf>

⁶¹ Para acceder a la información relativa a la aprobación véase: [http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20160407IPR21775/parliament-backs-eu-directive-on-use-of-passenger-name-records-\(pnr\)](http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20160407IPR21775/parliament-backs-eu-directive-on-use-of-passenger-name-records-(pnr))

⁶² Véase: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp145_es.pdf

No fue hasta el año 2011 cuando se presentó una propuesta de Directiva. Desde el Parlamento Europeo se rechazó la adopción de la misma en los términos planteados, si bien conocían de la voluntad de regular la recogida de datos PNR recogida en el Programa de Estocolmo. En el informe⁶³ que realizó la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior se llevaron a cabo varias enmiendas del texto. La Comisión entendió necesario que: los acuerdos internacionales que firme la Comisión fueran, como mínimo, igual de garantistas que la Directiva; los delitos de terrorismo fueran los establecidos en el artículo 1 de la Decisión marco 2002/475/JAI y no se ampliara a los delitos contemplados en los artículos 2 a 4⁶⁴; por último, era necesaria una reducción del periodo de conservación de los datos. Si bien es cierto que existieron muchas reticencias por parte de los grupos parlamentarios para aprobar la misma, los atentados terroristas cometidos en Francia en el año 2015⁶⁵ y los atentados de Bruselas de marzo de 2016⁶⁶ provocaron una aceleración de los trámites para que, finalmente, viera la luz. Muestra de ello es la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2015, sobre la prevención de la radicalización y el reclutamiento de ciudadanos europeos por organizaciones terroristas⁶⁷. En la misma se pone de manifiesto la necesidad de compartir información para la prevención de la comisión de delitos de terrorismo y es por ello que se adquirió el firme compromiso de concluir la directiva PNR: *“Reitera su compromiso de trabajar en favor de la conclusión de una directiva de la UE sobre el registro de nombres de los pasajeros (PNR) antes de finales de 2015 (...) recuerda, no obstante, que la Directiva PNR de la UE será solo una medida en la lucha contra el terrorismo, y que se necesita una estrategia holística, ambiciosa y global de lucha contra el terrorismo y contra la delincuencia organizada, que incluya la política exterior, la política social, la política educativa, la aplicación de la ley y la justicia, para evitar el reclutamiento de ciudadanos europeos por organizaciones terroristas;”*⁶⁸. Es decir, el PE vuelve a destacar la importancia de llevar a cabo una lucha contra el terrorismo a largo plazo con la prevención como pilar clave incluyendo, como otra medida más, el Registro de Nombres de Pasajeros.

Hay que aclarar que los datos PNR ya eran recogidos por las compañías aéreas desde hace, aproximadamente, 60 años. De hecho, el Registro de nombre de pasajero es el *“término comúnmente utilizado para designar la información relativa a reservas hechas en sistema de reservas (CRS). Una vez realizada una reserva, el sistema de reservas concede un número de reserva o localizador. Este localizador permite al pasajero, la empresa de transporte o una agencia de viaje consultar, modificar o cancelar la reserva o elementos de la reserva, siempre que estén conectados al sistema de reservas donde originalmente se creó la reserva”*⁶⁹. En EEUU, tras los atentados terroristas del 11 de

⁶³ Véase: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0150+0+DOC+XML+V0//ES>

⁶⁴ Los denominados: *“Delitos relativos a un grupo terrorista”*, *“Delitos ligados a las actividades terroristas”*, e *“Inducción, complicidad, tentativa”*

⁶⁵ Atentado terrorista contra Charlie Hebdo perpetrado por los hermanos Kouachi, la toma de rehenes en el supermercado kosher por Amedy Coulibaly y los atentados cometidos en noviembre de 2015.

⁶⁶ Ataques terroristas que se cometieron la mañana del 22 de marzo de 2016 y en los que tres terroristas se inmolaron en el Aeropuerto Internacional de Bruselas y en el metro, cerca del barrio europeo. Fue considerado como un ataque a las instituciones europeas.

⁶⁷ Véase: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0410+0+DOC+XML+V0//ES>

⁶⁸ Párrafo 42 de la Resolución

⁶⁹ CATALINA BENAVENTE, M. *“La Directiva Europea (UE) 2016/681, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de los datos PNR en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia grave” Diario La Ley, N°8801, Sección Doctrina, 12 de julio de 2016, página 3.*

septiembre de 2001 se aprobó la polémica *Patriot Act* donde se recogía la obligación por parte de las compañías aéreas de transmitir los datos PNR.

Por parte del legislador europeo se tuvieron en cuenta a la hora de la redacción de la Directiva los asuntos C-293/12 y C-594/12⁷⁰ resueltos por el TJUE y mediante los cuales se declaró inválida la Directiva sobre la conservación de datos al entenderse que, pese a que la conservación de los mismos tenía su razón de ser en la lucha contra la delincuencia grave, el legislador de la UE sobrepasó los límites que establece el principio de proporcionalidad. Ambos casos se acumularon y dieron lugar a la sentencia mediante la cual el TJUE invalidó la Directiva. En estos casos, la High Court (Tribunal Superior de Irlanda) y el Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional de Austria) solicitaron al Tribunal que se pronunciara sobre la injerencia de la Directiva sobre la conservación de datos en relación con el derecho fundamental al respeto de la vida privada y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. El Tribunal entendió que los datos que se conservaban permitían conocer datos muy precisos sobre la vida privada de aquellos que se comunicaban tales como: lugar de residencia, con quién se comunicaba, las relaciones sociales y los medios utilizados. Si bien es cierto que, como establece el Tribunal, la conservación de dichos datos por parte de los Estados puede servir de ayuda para la lucha contra la delincuencia grave y el terrorismo, al no ser este el objetivo de la Directiva, supone una vulneración del principio de proporcionalidad. Como consecuencia de ello, entiende el Tribunal que *“la injerencia amplia y especialmente grave de la Directiva en los derechos fundamentales de que se trata no está suficientemente regulada para garantizar que dicha injerencia se limite efectivamente a lo estrictamente necesario”*. Por último, el Tribunal fijó dos elementos de la Directiva que consideró desproporcionados y que podían vulnerar los derechos fundamentales. Éstos han sido tenidos en cuenta por la Comisión y Parlamento a la hora de redactar la Directiva PNR: en primer lugar, el periodo de conservación de datos que se establece es de seis años sin hacer distinción entre categorías de datos ni fijar unos criterios objetivos que eviten el abuso en su tratamiento; y en segundo lugar, la Directiva no obliga a que los datos se conserven en el territorio de la UE, por lo que, a ojos del Tribunal, *“la Directiva no garantiza plenamente el control del cumplimiento de los requisitos de protección y de seguridad por una autoridad independiente, como se exige expresamente en la Carta.”*

Se corrigen en esta nueva Directiva errores cometidos en la anteriormente expuesta, como la distinción en el periodo de conservación de datos en función de categorías, la falta de regulación para que la injerencia en los derechos fundamentales no se exceda del límite de lo estrictamente necesario o que la Directiva no obligase a que los datos se conservaran en el territorio de la UE.

En lo que al contenido de la Directiva respecta, es importante comenzar por la delimitación de los datos PNR. Esta se contiene en el Anexo I de la Directiva y entre ellos se encuentran los siguientes: el localizador del registro PNR, la fecha en la que se emitió el billete, el itinerario del viaje, datos de contacto, datos relativos a la reserva, etc. Por otro lado, los objetivos de la Directiva se concretan en el considerando 5º, son la razón de ser de la misma, concretamente se trata de los siguientes: 1- Garantizar la seguridad, 2- Proteger la vida y la seguridad de los ciudadanos y 3- Crear un marco jurídico para la protección de los datos PNR en lo que respecta a su tratamiento por las autoridades

⁷⁰ Se trata de asuntos acumulados, para leer íntegra la resolución véase:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d532608ac0185b4557a82fa894a1b4f5a9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLahf0?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86508>

competentes. Todo ello con un límite y es que la utilización de los datos PNR como datos personales sólo puede utilizarse en delitos de terrorismo y otros delitos graves.

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, como se ha destacado anteriormente, se establece la transmisión por parte de las compañías aéreas de los datos PNR en los vuelos exteriores de la UE. No obstante, cualquier EM tiene el deber de notificar por escrito a la Comisión cuando desee ampliar la aplicación de la Directiva a los vuelos interiores, ya sea de manera generalizada o a una selección determinada de los mismos. Esa transmisión de datos por parte de las compañías aéreas se realizará a través de medios electrónicos, 24 a 48 horas antes de la salida programada del vuelo y siempre y cuando se haya cerrado el vuelo, es decir, no haya opciones de embarcar o desembarcar a más pasajeros.

Estos datos se transmiten a la UIP -Unidad de Información sobre los Pasajeros- que deberán ser designadas y establecidas por cada EM con la finalidad de llevar a cabo actividades de “*prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y delitos graves*”. Se debe destacar que “*las UIP reciben los datos PNR de las compañías aéreas por el método push o método de transmisión (...) Esto supone, por tanto, que son las compañías aéreas las que suministran los datos a las UIP, y no las UIP las que pueden acceder a las bases de datos de las compañías aéreas y recabar los datos que consideren necesarios*”⁷¹. Cabe, también, la posibilidad de que dos EEMM establezcan una UIP conjunta. Su función es doble, por un lado, recogen esos datos con la finalidad de transmitirlos a las autoridades nacionales competentes cuando de su procesamiento se deduzcan indicios de delito y por otro lado intercambian los mismos con Europol y los EEMM. Este intercambio entre EEMM se llevará a cabo a solicitud de la UIP de un EM, mediante solicitud motivada; en ese caso, las UIP transmitirán la información de la manera más rápida posible. También cabe la posibilidad de que sea una autoridad competente de un EM, distinta de la UIP, la que solicite esa información por motivos de urgencia. La transmisión de datos sólo se llevará a cabo cuando, por parte de la UIP correspondiente, se haya analizado individualmente el caso por medios no automatizados. Por lo demás, la UE ha firmado acuerdos por los cuales las compañías aéreas de la UE pueden transmitir datos PNR a EEUU, Canadá y Australia⁷². Esto se entiende sin perjuicio de la transmisión de datos PNR a terceros países que podrá realizar cualquier EM que cumpla con las condiciones que fija el artículo 11 de la Directiva.

El análisis de los datos es llevado a cabo por la UIP de cada uno de los EEMM. Esto plantea ya un problema y es que la responsabilidad de considerar la existencia de posibles amenazas corresponde a los Estados. De lo mismo se deduce que, si los EEMM mantienen en el futuro las reticencias a la transmisión de información que recopilan las agencias de inteligencia y las diferencias a la hora de considerar qué es una amenaza, la efectividad de la Directiva puede verse en cuestión. Por lo demás, el análisis se deberá llevar a cabo con respeto al derecho de no discriminación, esto es “*Los criterios no se basarán en ningún caso en el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las creencias religiosas o filosóficas, la pertenencia a un sindicato, la salud o la vida u orientación sexual de la*

⁷¹ “La Directiva Europea (UE) 2016/681, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de los datos PNR en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia grave” página 6.

⁷² Estos acuerdos se encuentran en las siguientes direcciones:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=CELEX:22012A0811\(01\)&qid=1399558974882&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=CELEX:22012A0811(01)&qid=1399558974882&from=EN) -EEUU-

http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:72ec5a92-00e0-4c03-b0a9-dcf91677513d.0006.02/DOC_2&format=PDF -Canadá-

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=CELEX:22012A0714\(01\)&qid=1399557901722&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=CELEX:22012A0714(01)&qid=1399557901722&from=EN) -Australia-

persona.”⁷³. Si tras el análisis el resultado es positivo, se deberá revisar individualmente y por medios no automatizados el caso, para estudiar si debe ser trasladado el asunto a la autoridad competente en virtud del derecho nacional. El almacenamiento de los datos se llevará a cabo en uno o varios lugares seguros dentro del territorio de los EEMM. Hay que recordar que la posibilidad de almacenamiento de datos fuera de la UE fue uno de los motivos por los que el TJUE dejó sin efectos la Directiva sobre conservación de datos, de ahí que el legislador de la UE se haya cuidado en establecer la obligación de conservación de los mismos dentro del territorio de la UE.

Una cuestión sensible es el periodo de conservación de los datos. Como se ha dicho anteriormente, fue otro de los motivos esgrimidos por el TJUE para declarar inválida la Directiva sobre la conservación de datos. En este caso se ha establecido un sistema en el que confluyen dos plazos. Por un lado, se fija un plazo de seis meses para despersonalizar los datos que las compañías aéreas transmiten a las UIP de los EEMM donde tengan su origen el vuelo o aterricen; en este caso se enmascaran una serie de datos como el nombre y apellidos, la dirección y datos de pago con la finalidad de que no se pueda identificar directamente al pasajero. El objetivo último es que para la divulgación de estos datos a partir de los seis meses sea necesario la aprobación de una autoridad judicial u otra autoridad nacional competente. Por otro lado, se fija el plazo de 5 años tras los cuales las UIP deberán suprimir los datos existentes. Sólo se fija una excepción para su conservación y es que los mismos se hayan transmitido a una autoridad que los esté utilizando en el curso de una investigación o proceso relacionado con actos de terrorismo o delitos graves. En lo que a la transposición respecta, se fija como fecha límite máxima para que los EEMM transpongan la misma a su ordenamiento jurídico el 25 de mayo de 2018.

Desde mi punto de vista, se ha llevado a cabo un esfuerzo por parte del legislador europeo para respetar lo establecido anteriormente por el TJUE. Este esfuerzo, que se ha realizado para respetar los derechos y libertades fundamentales, es patente; por ello, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo aprobó el texto por 38 votos a 19 y 2 abstenciones⁷⁴. Además, hay que tener en cuenta un hecho fundamental que ya fue señalado por el presidente de la Comisión: llegados a este punto, la cuestión no era elegir entre tener o no tener una Directiva PNR sino elegir entre una Directiva PNR o 28 regulaciones distintas sobre esta materia.⁷⁵ La regulación de los datos PNR era una demanda bastante antigua que, en mi opinión, la Comisión y el Consejo han sabido sacar adelante con las garantías que, si bien pueden ser mejoradas, eran las exigidas por el TJUE para asegurar un respeto de la CDFUE y el CEDH.

2.5 La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo.

Para comprender la esencia de esta Directiva hay que tener en cuenta la Resolución 12178 (2014) del Consejo de Seguridad⁷⁶ y el Convenio del Consejo de Europa para la

⁷³ Artículo 6.4 in fine

⁷⁴ [http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/20151207IPR06435/eu-passenger-name-record-\(pnr\)-civil-liberties-committee-backs-epcouncil-deal](http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/20151207IPR06435/eu-passenger-name-record-(pnr)-civil-liberties-committee-backs-epcouncil-deal)

⁷⁵ "We cannot wait any longer to put this system in place. (...) The choice is not between an EU PNR system and no EU PNR system; it is between an EU PNR system and 28 national PNR systems that will have vastly differing, or absent, standards for protecting passenger data" - Timothy Kirkhope - [http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/20151207IPR06435/eu-passenger-name-record-\(pnr\)-civil-liberties-committee-backs-epcouncil-deal](http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/20151207IPR06435/eu-passenger-name-record-(pnr)-civil-liberties-committee-backs-epcouncil-deal)

⁷⁶ Resolución en la que el Consejo de Seguridad se ocupa de la amenaza que suponen los combatientes extranjeros. Para conocer el texto íntegro véase: http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1454802_ES.pdf

prevención del terrorismo⁷⁷ así como el protocolo adicional del año 2015⁷⁸. La importancia de la primera radica en que se solicita a los Estados un mayor control de las fronteras, así como un incremento en la cooperación e intercambio de información sobre las actividades y movimientos de los terroristas. La razón de ser de estas solicitudes es la amenaza que representan los combatientes terroristas extranjeros, que viajan a los Estados provenientes de zonas de conflicto para poner en práctica, mediante la comisión de ataques terroristas, el adiestramiento recibido. Es por ello que se solicita en la misma la tipificación de nuevas conductas como: el viaje o intento de viaje a un Estado distinto del de su residencia para la comisión de actos terroristas, la provisión o recaudación de fondos con la finalidad de llevar a cabo dichos viajes o el reclutamiento de los mismos. Con la firme voluntad de cumplir con el mandato del Consejo de Seguridad, el Consejo de Europa desarrolló el protocolo adicional para asimilar esas demandas.

La UE se adhirió al Protocolo adicional mediante la Decisión (UE) 2015/1914 del Consejo de 18 de septiembre de 2015⁷⁹. Esta firma fue una muestra de la preocupación existente dentro de la UE a que los valores universales en los que ésta se basa -dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad, el respeto de los DDHH y las libertades fundamentales- estuvieran siendo violados por los actos terroristas. Lo sorprendente es que la UE considerara que la adhesión no fuera suficiente para que los EEMM quedaran vinculados por dicha firma. En su lugar, la UE prefirió desarrollar una norma propia para que despliegue plenos efectos. De hecho, la Directiva es muy similar a la Decisión Marco para la lucha contra el terrorismo con la salvedad de que incluye los tipos introducidos en el Protocolo adicional del Consejo de Europa.

La Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo⁸⁰ recientemente aprobada supone un nuevo paso en la lucha contra el terrorismo en la UE. Lo primero que sorprende es la denominación: “relativa a la lucha contra el terrorismo”. Pese a que desde el principio se ha intentado que la acción legislativa de la UE fuera acompañada de prevención, parece ser que la retórica adoptada en el continente en los últimos años, así como la aparición de movimientos populistas que demandan una respuesta más contundente, ha calado en las instituciones europeas. Frente al Consejo de Europa, que optó por denominar al protocolo “para la prevención del terrorismo”, la UE ha optado por mantener una retórica más dura. Por lo demás, esta Directiva hace las veces de un texto refundido por el que se sustituye la Decisión Marco 2002/475/JAI y, pese a que en la propuesta de Directiva se planteaba su derogación, se complementa la Directiva

⁷⁷ Véase:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008371c>

⁷⁸ Véase:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168047c5ea>

⁷⁹ Véase DOUE L 280/24 24.10.2015: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.280.01.0024.01.SPA&toc=OJ:L:2015:280:TOC

Se aplica el mecanismo de opting out mediante el cual el Reino Unido no participa en la adopción de dicha decisión. Tampoco se le aplica a Dinamarca en virtud de los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 22 sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Para

⁸⁰ Véase DOUE nº 88/6 de 31/03/2017:

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2017.088.01.0006.01.SPA&toc=OJ:L:2017:088:TOC

2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Ya desde la regulación primigenia mediante la Decisión Marco 2002/475/JAI, e incluso desde su modificación en el año 2008, se ha de hacer frente a nuevos métodos seguidos por los grupos terroristas para llevar a cabo sus ataques y para formar y adiestrar a nuevos miembros. Se tienen especialmente en cuenta dos nuevos fenómenos, a la hora de adoptar la Directiva, con el fin de que los EEMM establezcan una regulación homogénea. Por un lado, se encuentra el uso de las redes sociales como método de inducción a la comisión de delitos terroristas, así como medio de propaganda que permiten la radicalización pasiva o “autoradicalización”. Por otro lado, se urge a tipificar como delito de terrorismo los viajes con destino a países que no forman parte de la UE para participar en actividades y delitos terroristas⁸¹.

En lo que a las novedades en la regulación se refiere, esta propuesta de Directiva incluye nuevas conductas como delitos a tipificar. Así en el artículo 3 se incluyen como delitos de terrorismo: la destrucción de infraestructuras de transporte, sistemas informáticos, instalaciones estatales o públicas, siempre que pongan en peligro las vidas humanas o causen un grave perjuicio económico; aprehender de manera ilícita aeronaves, buques y otros medios de transporte, así como la interferencia ilegal en los sistemas de información. En cuanto a los delitos relacionados con actividades terroristas se destaca la tipificación tanto de la conducta activa como pasiva de los delitos de adiestramiento y los viajes al extranjero con fines terroristas. En este último caso también se tipifica la financiación de dichos viajes, por lo que pueden llegar a ser tres las conductas tipificadas como delito: el viajar a un Estado con la intención de contribuir a participar en actividades delictivas de un grupo terrorista, la organización del viaje con la intención de llevar a cabo el adiestramiento y la financiación del mismo.

En general, la regulación que realiza la Directiva es similar a la que se realiza en el Convenio y Protocolo adicional para la prevención del terrorismo. Esto lleva al planteamiento de que, habiendo firmado la adhesión la UE, no era necesario que se transformara en un instrumento legislativo de la UE para que fuera aplicable. No obstante, lo cierto es que se introduce una novedad con respecto al Convenio del CoE: la inclusión de circunstancias atenuantes⁸² que se pueden aplicar si el autor del delito lleva a cabo ciertas conductas. Estas son: abandonar la actividad terrorista, proporcionar información que no hubiere podido obtenerse por otros medios y que ayude a impedir la comisión del delito, identificar o procesar a los autores del delito, encontrar pruebas o impedir que se cometan otros delitos. Esta medida adoptada ha sido muy polémica puesto que no hay consenso sobre si en delitos de la gravedad del terrorismo está justificado establecer circunstancias atenuantes *ad hoc* para el tipo. Desde mi punto de vista, esta inclusión está injustificada y va contra la propia esencia de la legislación antiterrorista. Si como se insiste por parte del legislador europeo, y así lo ha establecido en numerosas ocasiones el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el terrorismo constituye la principal

⁸¹ En el Considerando octavo se establece lo siguiente: “*El viaje al Estado de destino puede ser directo o con escala en otros Estados de tránsito*”. Esta consideración se hace teniendo en cuenta que, la mayoría de los sujetos que realizan estos viajes con la intención de dirigirse a Siria, lo hacen vía Estambul, Turquía.

⁸² Se incluyen en el artículo 16: “*Los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar que las penas mencionadas en el artículo 15 puedan reducirse si el responsable criminal: a) abandona la actividad terrorista, y b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no hubieran podido obtener de otra forma, y, con ello, les ayude a: i) impedir que se cometa el delito o atenuar sus efectos, ii) identificar o procesar a los otros responsables criminales, iii) encontrar pruebas, o iv) impedir que se cometan otros delitos indicados en los artículos 3 a 12 y 14.*”

amenaza para la paz y seguridad internacional y requiere de una reacción legislativa contundente, no se entiende que por el mero hecho de abandonar la actividad terrorista o ayudar a la obtención de pruebas se atenúe la responsabilidad penal por el hecho cometido.

También hay que destacar la problemática relativa a los Derechos y libertades asociada a esta Directiva. En primer lugar, hay que mencionar el hecho de que la redacción de determinados artículos es ambigua y demasiado amplia, dando lugar a que conductas lícitas amparadas bajo el derecho a la libertad de expresión puedan ser consideradas delito. Este es el caso del artículo 5⁸³, referente a la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, en el que se habla de una “*conducta que preconice, directa o indirectamente (...) la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos*”; una definición que no tiene en cuenta la posibilidad real de que se cometa el delito y que, en su amplitud, puede afectar a la libertad de expresión. Otro problema se plantea con el artículo 8⁸⁴, referente a la recepción de adiestramiento para el terrorismo, puesto que debido a su ambigüedad puede dar lugar a que, un sujeto que visite con regularidad páginas web donde se proporciona formación para la comisión de ataques terroristas, pueda ser condenado sin que quede demostrado la intencionalidad del sujeto para cometer el delito. Es una percepción general en la Directiva la criminalización de los actos preparatorios en etapas muy tempranas, poniéndose en duda la posibilidad de comisión del delito y, por tanto, produciéndose una afectación directa del principio de proporcionalidad. Un derecho que puede verse gravemente afectado es el de la libertad de movimiento, reconocido en el artículo 13 del CEDH, por la tipificación del viaje con fines terroristas. Si bien es cierto que es una conducta que llevan a cabo los combatientes extranjeros, la regulación del artículo 9 es ambigua, más extensa que la contenida en el artículo 4 del Protocolo adicional del Convenio para la prevención del terrorismo⁸⁵ y sus consecuencias, desproporcionadas.⁸⁶ Para conocer las consecuencias de dicha regulación, habrá que esperar a su trasposición, que deberá llevarse a cabo por los EEMM antes del 8 de septiembre de 2018.

2.6 El Consejo y la respuesta integrada de la UE ante las crisis políticas, el artículo 222 TFUE

Tras los ataques terroristas de Madrid y Londres, los EEMM entendieron la acuciante necesidad de establecer una herramienta legal que permitiera ofrecer una respuesta conjunta y eficaz a una catástrofe o ataque terrorista. Ésta fue incluida mediante el Tratado de Lisboa y es conocida como la “cláusula de solidaridad”, contenida en el artículo 222

⁸³ Artículo 5: “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos.*”

⁸⁴ Artículo 8: “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, recibir instrucción en la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o en otros métodos o técnicas concretos, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i).*”

⁸⁵ Al incluirse la tipificación del viaje con la finalidad de participar en delitos relacionados con un grupo terrorista.

⁸⁶ AMNESTY INTERNATIONAL, THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, AND THE OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE AND THE OPEN SOCIETY EUROPEAN POLICY INSTITUTE, *European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Combating Terrorism and Replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA on Combating Terrorism*, febrero 2016.

del TFUE y desarrollada por la Decisión del Consejo 2014/415/UE⁸⁷. Sin embargo, no es el único instrumento introducido por el T. de Lisboa que permite hacer frente a un ataque a un Estado, sino que convive con la conocida como “cláusula de asistencia mutua”, contenida en el artículo 42.7 TUE. Entre ellas existen diferencias que serán destacadas en el análisis posterior y que determinaron la elección del Presidente Hollande tras los ataques terroristas de París en el año 2015.

La cláusula de solidaridad surge como herramienta de cooperación entre los EEMM, bajo la coordinación de la UE, para prevenir la amenaza terrorista, así como para responder y prestar asistencia al Estado que así lo solicite cuando tenga lugar un ataque terrorista. La cooperación se lleva a cabo a través de medios legales, policiales, judiciales, de información, de inteligencia e incluso militares. El hecho de que el artículo 222 y la Decisión contemplen la movilización militar, si así lo entienden los EEMM necesario⁸⁸, no conlleva la una obligación de defensa mutua como se establece en el Tratado de la OTAN sino que “*se aplica en un escenario de amenazas procedentes de entidades no estatales, asumiendo, además, que la asistencia sobre el terreno para la gestión de las consecuencias de un ataque terrorista sólo puede prestarse a petición de las autoridades políticas del Estado miembro afectado*”.⁸⁹ Por lo demás, es una cláusula cuya activación se produce a petición del Estado miembro que se haya visto atacado y que requiere también de su solicitud para terminar la respuesta coordinada.

En el caso de que un Estado miembro solicite su activación, algo que hasta ahora no ha tenido lugar, la colaboración de la UE y el resto de los EEMM es obligatoria. Hay que tener en cuenta que, una vez invocada la cláusula de solidaridad, es la UE la que coordina los medios a través del Consejo. Tanto la Comisión como la Alta Representante son los encargados de identificar todos los instrumentos de la UE que mejor pueden ayudar a la solución de la crisis. Por tanto, he aquí una de las principales características de la cláusula de solidaridad: una vez el Estado miembro afectado invoca su activación, deja en manos del Consejo la respuesta. Este hecho, unido a la redacción del artículo 4.1⁹⁰, que implica que el Estado miembro que solicite su activación reconozca que la crisis desborda su capacidad de respuesta, pueden ser unos serios inconvenientes para que algún Estado la invoque en el futuro. Desde mi punto de vista, el hecho de dejar en manos de los órganos de la UE la respuesta es la solución adecuada porque sólo desde ellos se puede realizar la función coordinadora de los EEMM. No obstante, teniendo en cuenta la situación política actual en la que existen numerosos partidos antieuropeos y de corte populista que abogan por reducir las competencias de la UE o, incluso, por la salida del Estado miembro en cuestión de la UE, es difícil imaginar que el Jefe de Estado o de Gobierno de un Estado miembro se atreva a renunciar a dar una imagen de fuerza y liderazgo en el ámbito nacional para trasladar la respuesta a instituciones de la UE. Muy relacionado con esto último se encuentra el problema ligado a la redacción del artículo 4.1 de la Decisión.

⁸⁷ Véase DOUE n° L 192/53 de 1/07/2014:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014D0415>

⁸⁸ Como establece el Considerando 1º de la Decisión: “*De conformidad con la Declaración (nº37) sobre el artículo 222 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, un Estado miembro puede elegir el medio más adecuado para cumplir su obligación de solidaridad para con otro Estado miembro.*”

⁸⁹ RUBIO GARCÍA, D. “Las Cláusulas de asistencia mutua y solidaridad introducidas por el Tratado de Lisboa: el refuerzo de la seguridad y la defensa en la Unión Europea” *OPEX- Observatorio de Política Exterior Española, Documento de trabajo 57/2011*, página 32.

⁹⁰ “*En caso de catástrofe o ataque terrorista, el Estado miembro afectado podrá invocar la cláusula de solidaridad si, tras haber utilizado las posibilidades ofrecidas por los medios e instrumentos existentes a escala nacional y de la Unión, considera que la crisis desborda claramente las capacidades de respuesta de que dispone*”

Invocar la cláusula de solidaridad implica que el Jefe de Estado o de Gobierno reconozca a nivel interno y de la UE la situación de desbordamiento, de incapacidad, para dar por sí mismo una respuesta a la crisis. En definitiva, pese a la tragedia que suponen los ataques terroristas y aunque parezca frívolo, los políticos no dejan escapar la ocasión para incrementar su popularidad.⁹¹ Un factor de suma importancia y a tener en cuenta para asumir que es muy difícil que se invoque esta cláusula.

Como se decía anteriormente, el Tratado de Lisboa introdujo dos cláusulas: la cláusula de asistencia mutua y la cláusula de solidaridad. Desde la entrada en vigor del Tratado ha existido una discusión doctrinal sobre cuáles eran los escenarios en lo que había que aplicar una u otra, sin embargo, el hecho de que no se hubiere cometido ataque alguno de magnitud suficiente en suelo europeo relegaba esta discusión al plano teórico. No obstante, tras los ataques terroristas de noviembre de 2015 en París, que serán analizados a posteriori, el Presidente Hollande optó por la invocación del artículo 42.7 TUE, la cláusula de asistencia mutua. Antes de aclarar los motivos que le llevaron a ello y valorar si fue, o no, la opción adecuada, es necesario detallar el contenido de la cláusula de asistencia mutua. El artículo 42.7 TUE⁹² proporciona una respuesta a nivel intergubernamental, apartando a los órganos de la UE de la misma. Su contenido se resume en la activación de la ayuda que se deben los EEMM en caso de que uno de ellos sea objeto de una agresión armada en su propio territorio. Son ya tres las diferencias existentes con la cláusula de solidaridad: excluye de la respuesta a la UE, requiere de una agresión armada en su propio territorio y tiene una naturaleza reactiva excluyendo la prevención. Otro de los elementos destacados es que reenvía al artículo 51 de la CNU referente a la legítima defensa. Durante el proceso para su inclusión, fueron dos las cuestiones más espinosas: la OTAN, puesto que se estableció que no sería incompatible con los compromisos de esta organización, y la frase final que permite a aquellos estados por naturaleza neutrales no verse envueltos en una respuesta armada.

Tras los ataques terroristas de septiembre de 2015 en París, el presidente Hollande optó por la invocación de la cláusula de asistencia mutua en lugar de la cláusula de solidaridad. Esto es, optó por la respuesta intergubernamental que se encuentra dentro del ámbito de la defensa en lugar de invocar la aplicación de la cláusula de solidaridad. Era algo previsible debido a la terminología que utilizó al día siguiente de los atentados: *“Es un acto de guerra cometido por un ejército terrorista, el Daesh”*⁹³. Es decir, pareciera que deseaba justificar la aplicación del artículo 42.7 TUE que, desde un punto de vista teleológico, requiere de una agresión armada en territorio de un Estado miembro, presumiblemente de un actor estatal. De sobra se entiende que el Daesh no es un actor estatal por mucho que se trate de una organización terrorista que posee un territorio sobre el que ejerce de manera efectiva el control. Existe una amplia posición doctrinal que defiende la decisión del presidente Hollande. Así, la profesora Urrea Corres⁹⁴ entiende

⁹¹ Un ejemplo de ello es lo sucedido en Francia tras los ataques terroristas de noviembre del año 2015, la popularidad del Presidente Hollande, que estaba por los suelos, subió ocho puntos: <http://www.efe.com/efe/espana/portada/la-popularidad-de-hollande-sube-ocho-puntos-tras-los-atentados-paris/10010-2770280>

⁹² “7. Si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Ello se entiende sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros.”

⁹³ Declaraciones originales: *“C'est un acte de guerre commis par une armée terroriste, Daech”*. Fuente: <http://www.france24.com/fr/20151114-attentats-paris-hollande-bataclan-stade-france-armee-daech-syrie>

⁹⁴ URREA CORRES, M. “Las cláusulas de asistencia mutua y solidaridad tras los atentados de París: la respuesta europea frente al terrorismo internacional” *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 57/2016, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2016.

que la respuesta es la correcta puesto que se pretendía llevar a cabo una acción militar a través del Consejo de Seguridad amparada por la legítima defensa. En su opinión, el mecanismo jurídico para justificar un ataque al Daesh en su territorio es la invocación de la cláusula de asistencia mutua. Sin embargo, y respetando la opinión de la profesora Urrea, desde mi punto de vista la aplicación de este mecanismo en lugar de invocar la cláusula de solidaridad supone, en primer lugar, una oportunidad perdida y, en segundo lugar, implica el uso de un mecanismo jurídico que no estaba previsto para responder a un ataque terrorista. Empezando por esto último, hay que partir del hecho de que el artículo 42.7 TUE está pensado para responder a través del Consejo de Seguridad a una agresión armada de un agente estatal y la cláusula de solidaridad a un ataque terrorista. Sorprende, no obstante, la retórica empleada por el presidente Hollande tras la comisión de los ataques terroristas al afirmar que Francia estaba en guerra, una retórica conocida que ya fue empleada por el presidente Bush en el año 2001 y cuyas consecuencias aún se sufren. Además, sorprende más aún si cabe porque Francia es un Estado que, de manera sistemática, se había opuesto a la terminología empleada por los EEUU en la lucha contra el terrorismo. Tras años en lo que la UE ha insistido en que el único modo de hacer frente a la amenaza del terrorismo es mediante la prevención y la cooperación entre Estados, precisamente aquello que recoge el artículo 222 TFUE, Francia optó por la vía de la defensa. Si por algo se ha caracterizado la lucha de la UE contra el terrorismo es por ofrecer métodos diferentes a los utilizados por EEUU e igual o más eficientes. Todo ello por no decir que hacer uso de la legítima defensa para atacar posiciones de un actor no estatal sienta un precedente peligroso.

En definitiva, las expectativas que genera el artículo 222 TFUE son tan altas que su no invocación provoca una decepción aún mayor. Si haciendo uso de esta cláusula se podría haber movilizado de manera obligatoria a todos los miembros se habría dado una respuesta eficaz y contundente ante el terrorismo mediante la coordinación, por parte de la UE, con los medios aportados obligatoriamente por todos los EEMM. No sólo se habría hecho frente al ataque ya producido, sino que además se habría prevenido la comisión de nuevos ataques mediante el intercambio de información e inteligencia entre los Estados. Los ataques de París del año 2015 fueron una gran oportunidad perdida para poner en marcha este mecanismo. Los grandes perjudicados han sido, sin duda alguna, los ciudadanos de la UE. Es momento de que los Estados comprendan que la cooperación tiene como consecuencia un aumento de la seguridad, la respuesta armada provoca el efecto contrario.

3. Los ataques terroristas de Madrid y Francia: ejemplos de respuesta legislativa de dos Estados miembros

3.1 Los ataques terroristas del 11 de marzo de 2004, Madrid

El ataque terrorista de Madrid tuvo lugar el 11 de marzo de 2004 y consistió en la explosión trece mochilas bomba en cuatro trenes de cercanías de Madrid, las explosiones fueron sincronizadas y tuvieron lugar entre las 7:37 y 7:40 horas de la mañana. Las consecuencias fueron nefastas, 191 personas fueron asesinadas⁹⁵ y 1.857 resultaron heridas. Hay que tener en cuenta que se trataba de un jueves y hora punta, ello implica que los trenes estaban llenos de personas que vivían en ciudades dormitorio y acudían al centro de la ciudad para trabajar. Los terroristas colocaron en cada uno de los trenes, y en distintos vagones, bolsas y mochilas con explosivos conectados a detonadores a su vez unidos a teléfonos móviles que hacían las veces de temporizadores, de este modo, mediante llamadas a los móviles contenidos en las bolsas se activaba el detonador y con ello tenía lugar la explosión. Supusieron el mayor ataque terrorista jamás sufrido en territorio europeo. Dicho ataque lo llevó a cabo una célula islamista vinculada a Al-Qaeda, sin embargo, en un primer momento, desde el Gobierno se sostuvo que la comisión del atentado debía ser atribuida a la organización terrorista ETA que, por aquel entonces, había acabado con la vida de 836 personas. De hecho, el propio ministro del Interior mantuvo en la primera rueda de prensa, el mismo 11 de marzo a las 13 horas, que no se podía dudar de la autoría de ETA.⁹⁶ En la reivindicación que realizó Al-Qaeda tres días después de la comisión del mismo a través de un video⁹⁷, la organización terrorista justificaba el ataque por la ayuda prestada por el Gobierno de España a los EEUU y sus aliados en la invasión de Iraq.

Los terroristas habían obtenido la dinamita con la que fabricaron los explosivos a través de un español, José Emilio Suárez Trashorras, que trabajaba en la mina Conchita, en Belmonte de Miranda, Asturias. El mismo, que traficaba con los explosivos que sacaba de manera ilegal de la mina, se los proporcionó con unos meses de antelación mediante un intermediario. Mientras tanto, los miembros de la célula se comunicaban para la preparación del ataque terrorista a través de correo electrónico, no obstante, no seguían el método tradicional de envío de correos, sino que lo hacían dejando mensajes en la carpeta “borrador” de modo que estos nunca eran enviados. Con esto se destaca lo remarcado con anterioridad: los nuevos métodos que utilizan las organizaciones terroristas basados en internet plantean un problema creciente a la hora de hacer frente a su amenaza puesto que la prevención es mucho más difícil.

A partir del relato de un conserje que vio descender de una furgoneta a unos individuos sospechosos la mañana del día 11 de marzo, furgoneta que como se pudo saber con posterioridad fue previamente sustraída de manera ilícita y en la que había cintas con inscripciones árabes y restos dactiloscópicos, los investigadores pudieron determinar la identidad de un sujeto. Ello les llevó a cerrar el círculo de los investigados y a descubrir el piso franco sito en Leganés. Tras encontrar 12 kg de explosivos en la vía del tren de alta velocidad Savilla-Madrid el 2 de abril, la policía pudo localizar al día siguiente el

⁹⁵ La relación de fallecidos es la siguiente: estación de Atocha, 34 personas; estación de calle Téllez, 63 personas; estación de El Pozo, 65 personas; estación de Santa Eugenia, 14 personas; hospitales de Madrid, 15 personas.

⁹⁶ Declaraciones que se pueden ver en el siguiente enlace:

<https://www.youtube.com/watch?v=6gWiy1Gm-yA>

⁹⁷ Así lo comunicó el entonces Ministro de Interior, Ángel Acebes, en unas declaraciones que se pueden ver en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=TcWfsMtXGX0>

piso franco de la célula. El 3 de abril, tras establecer el perímetro, uno de los 9 sospechosos que se encontraban dentro del piso salió y, al darse cuenta de la presencia policial, intentó huir a la vez que daba la voz de alarma a sus compañeros. Ello provocó la intervención del Grupo Especial de Operaciones de la policía que rápidamente estableció un perímetro de seguridad. Tras haber intentado, sin éxito, que los ocho miembros restantes salieran del piso, éstos se inmolaron provocando también la muerte del subinspector don Francisco Javier Torronteras.⁹⁸

El juicio se llevó a cabo en la Audiencia Nacional que, como se verá a posteriori, es el órgano jurisdiccional competente a nivel nacional para conocer de los delitos de terrorismo. Es importante remarcar de esta sentencia que ofrece una definición de organización terrorista distinta a la que se había sostenido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de enero de 1988: “*grupo suficientemente numeroso dotado de una organización con cierta permanencia y jerarquía y que dispone de armas o explosivos en cantidad semejante a la requerida para el depósito*”. Esta definición del TS está dirigida a describir organizaciones terroristas similares a ETA pero que, ante la nueva realidad del terrorismo que surge a partir de los ataques terroristas del 11 de septiembre, no reflejaba el carácter de las organizaciones como Al-Qaeda que cometieron el atentado de Madrid. La AN en esta sentencia define las organizaciones terroristas yihadistas como: “*los ocho ocupantes del piso junto con los procesados (...) son miembros de células o grupos terroristas de tipo yihadista que, (...) mediante el uso de la violencia en todas sus manifestaciones, pretende derrocar los regímenes democráticos y eliminar la cultura de tradición cristiano-occidental sustituyéndolos por un Estado islámico bajo el imperio de la sharia o ley islámica en su interpretación más radical, extrema y minoritaria.*” Se trata de una definición que se ajusta más a la realidad que introdujo el nuevo terrorismo y que se adelanta al fenómeno del Daesh, inexistente en ese momento, pues, si bien es cierto que la voluntad de Al-Qaeda es el establecimiento de un Estado islámico bajo la ley de la Sharia nunca ha llegado a controlar un territorio de manera efectiva como sí que ha hecho el Daesh, ni a proclamar el califato o gobierno islámico mundial.

3.1.1 La legislación antiterrorista española antes de los ataques del 11 de marzo de 2004

En España la legislación antiterrorista ha sufrido una evolución que, a diferencia de los Estados que le rodean, ha sido progresiva y vanguardista como consecuencia de tener que hacer frente a la amenaza terrorista durante más de cuarenta años. Durante el franquismo “*era a través de la jurisdicción militar, y sobre la base del Código de Justicia Militar, como se enjuiciaba las acciones provenientes de organizaciones de mayor permanencia (comunistas, anarquistas y separatistas) dirigidas a atentar contra la unidad de España, la integridad de sus territorios o el orden institucional.*”⁹⁹ Obviamente, la instauración de un régimen democrático basado en la Constitución de 1978 impidió seguir enjuiciando y penando a los acusados de terrorismo a través de la legislación militar. Tras la integración de los delitos de terrorismo en el Código penal, el legislador constituyente tuvo especial consideración en establecer un artículo en la Constitución, el 55.2¹⁰⁰, que supone una excepción en el Derecho constitucional

⁹⁸ Los hechos mencionados en este párrafo y los dos anteriores han sido extraídos de la ST 65/2007 de la Audiencia Nacional, sección 2ª, de 31 de octubre de 2007, para la resolución íntegra véase: http://www.belt.es/jurisprudencia/anterior/seg_pub_y_prot_civil/seg_pub/pdf/sentencia_11M.pdf

⁹⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “Legislación antiterrorista en España” *SOS Attentats Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, París, 2003, página 1.

¹⁰⁰ El artículo establece lo siguiente: “Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los

comparado. Dicho artículo prevé la posibilidad de suprimir el límite máximo de 72 horas en la detención, así como la inviolabilidad del domicilio sin autorización judicial y el secreto de las comunicaciones. Supone la supresión de derechos fundamentales tal y como lo regule una ley orgánica que el legislador tiene el deber de desarrollar. Es una técnica legislativa novedosa desde el punto de vista constitucional, pero similar a la recogida en otros textos internacionales como el CEDH¹⁰¹.

El legislador español ha recogido el mandato constitucional y mediante leyes orgánicas, las conocidas como leyes antiterroristas, ha establecido un sistema de medidas procesales y sustantivas destinadas a hacer frente a la amenaza que el terrorismo representa. Estas medidas son las siguientes:

Norma procesal	Contenido
Disposición transitoria de la LO 4/1988	La competencia para la instrucción y el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo que se cometan en territorio nacional corresponde a la Audiencia Nacional.
Artículo 520 bis LECrim	Cuando se trata de personas que forman parte de bandas armadas u organizaciones terroristas se permite ampliar hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas el límite de setenta y dos horas de detención.
Artículo 520.2 bis LECrim	Se puede decretar por parte del juez la incomunicación del sospechoso por delito de terrorismo y se le puede impedir designar libremente a su abogado.
Artículo 553 LECrim	Se suspende el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas investigadas por terrorismo, aunque se deberá comunicar posteriormente al juez dicha entrada en el domicilio sin autorización judicial previa.

La legislación sustantiva española siempre ha sido una de las más completas y avanzadas de Europa como consecuencia de su lucha contra los distintos grupos terroristas que han estado activos en su territorio. En lo que a normas concretas se refiere, es interesante destacar tres: la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de bloqueo de la financiación del terrorismo¹⁰², la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos¹⁰³ y la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro de las penas¹⁰⁴. Si bien es cierto que todos los Estados miembros del Consejo de Europa tienen la obligación de detener la financiación del terrorismo y, por tanto, todos tienen una legislación similar en este sentido, la ley de partidos políticos singulariza la posición de España con respecto a otros ordenamientos. Con la finalidad de que aquellos partidos políticos que actuaban como extensiones políticas de la organización terrorista ETA pudieran acudir a las elecciones, la ley prevé la posibilidad de declarar ilegales los mismos

derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.”

¹⁰¹ El artículo 15 permite la supresión de determinados derechos en casos de estado de urgencia, sin embargo, ciertos derechos se mantienen como inderogables.

¹⁰² Véase: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-10289>

¹⁰³ Véase: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-12756&tn=1&p=20020628> (versión original del año 2002)

¹⁰⁴ Véase: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-13022

y decretar su disolución. En el momento en el que la ley fue aprobada gobernaba el Partido Popular, sin embargo, fue una ley consensuada con el principal partido de la oposición, el Partido Socialista, ya que estaba vigente entre ambos partidos el pacto antiterrorista. El efecto inmediato de la aprobación de dicha ley fue la ilegalización y disolución por parte del Tribunal Supremo del partido político de la izquierda abertzale, Batasuna.¹⁰⁵ Por otro lado, la ley para el cumplimiento íntegro de las penas¹⁰⁶ supuso un cambio de mentalidad en el legislador que en 1995 introdujo un nuevo Código penal con un límite máximo de prisión de 25 años. Tras la modificación del Código penal y con la introducción de esta ley, la pena máxima de prisión cuyo cumplimiento tenía que ser íntegro pasaba a ser 40 años.

En el Código penal, entre los tipos de terrorismo destacaban:

Artículo Contenido

CP año

2003

571	Delito de estragos o incendios cuando se lleva a cabo perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas. Elemento subjetivo: con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.
572	Atentado contra las personas perteneciendo, actuando o colaborando con banda armada o grupo terrorista con la misma finalidad que el artículo 571. Se incluye una agravación de la pena si se trata de un agente de la autoridad.
573	Depósito de armas o suministro de las mismas a grupos terroristas
575	Financiación de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas
576	Colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista.
577	Comisión de homicidio, lesiones, detenciones ilegales, secuestros o amenazas sin pertenecer a grupo u organización terroristas pero con la finalidad de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública o contribuir a esos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional.
578	Enaltecimiento o justificación del terrorismo o humillación de las víctimas

Este esquema muestra, a grandes rasgos, que la tipificación contenida en el Código penal era bastante extensa, completa y que recoge conductas muy diversas. Por razones obvias, el legislador español se vio obligado a recoger este tipo de conductas por imposición de los hechos, era necesario combatir mediante herramientas legales la amenaza terrorista. Esto tuvo un efecto muy positivo a la hora de enjuiciar a los responsables del ataque del 11 de marzo puesto que todas las conductas que los responsables realizaron estaban tipificadas. No obstante, como se verá más adelante, el legislador se ha visto obligado a modificar mediante otra ley antiterrorista la legislación

¹⁰⁵ STS de la Sala Especial de 27 de marzo de 2003. Supuso la ilegalización de Batasuna y los partidos que le precedieron: Herri Batasuna y Euskal Herritarrok.

¹⁰⁶ La introducción de esta ley trajo como consecuencia la doctrina establecida por el Tribunal Supremo y conocida como “Doctrina Parot”. La misma implicaba, de facto, la aplicación retroactiva del CP de 1995 a aquellos presos que habían sido condenados con el CP anterior. Dicha doctrina fue declarada ilegal por el CEDH.

procesal y penal sustantiva para hacer frente a la amenaza que implica el nuevo terrorismo yihadista.

3.1.2 La legislación antiterrorista española después de los ataques del 11 de marzo de 2004

Los ataques del 11 de marzo no implicaron una respuesta legislativa exacerbada por parte del Estado español. De hecho, no se llegó siquiera a realizar una modificación del Código penal o la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos de terrorismo. No obstante, la gran reforma legislativa ha sido planteada en el año 2015 a raíz del pacto antiterrorista y la irrupción del Daesh como nuevo agente en el panorama del terrorismo internacional. La entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal en materia de delitos de terrorismo¹⁰⁷, así como la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica¹⁰⁸ han supuesto el culmen a la legislación antiterrorista española.

En lo que a materia procesal se refiere, el legislador introdujo dos artículos nuevos en la LECrim. En primer lugar, el artículo 588 quater que permite *“la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados.”* Es una medida que se establece con carácter general para cualquier tipo de delito siempre que lleve aparejado una pena de prisión superior a tres años. Sin embargo, para los delitos de terrorismo no será relevante a la hora de tomar la medida la pena que lleve aparejada la conducta criminal. En segundo lugar, el artículo 588 septies permite al juez *“autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos.”* En este caso, la medida tiene una restricción temporal, sólo puede aplicarse durante un mes y prorrogarse como máximo hasta los tres meses.

Las reformas procesales sorprenden por la grave afectación que producen al derecho al secreto de las comunicaciones en una doble vertiente. En primer lugar, porque la colocación de dispositivos que permitan grabar actividades en la vía pública supone una afectación directa de los derechos de aquellos que no están siendo investigados. Usualmente, cuando se autoriza la colocación de dispositivos cuya finalidad es grabar o recoger conversaciones de investigados, se debe concretar por parte del juez cuál es la finalidad de dicha grabación y qué se espera obtener con ella. Por ello mismo, la grabación mediante dispositivos en la vía pública o espacio abierto, además de suponer una intromisión, quizás excesiva e incluso desproporcionada, en el ámbito vital del investigado, implica que aquéllos que no están siendo investigados vean su actividad monitorizada. En segundo lugar, porque el legislador parece aprovechar la facilidad con la que se puede acceder a un dispositivo electrónico para llevar a cabo una actividad, quizás, invasiva en exceso. Si bien es cierto que con una limitación temporal, el hacer uso de esta herramienta puede comprometer la actividad de sujetos que nada tienen que ver con la investigación en tanto que los dispositivos no tienen por qué ser usados únicamente por el investigado. El legislador ha realizado una interpretación demasiado amplia de la

¹⁰⁷ Véase: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3440

¹⁰⁸ Véase: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725

restricción que el artículo 55.2 CE ampara. Las restricciones nunca deberían ser aprovechadas para introducir medidas que pueden afectar al principio de proporcionalidad como en este caso se ha hecho con ambos artículos de la LECrim. Además, el clima de inseguridad que se respira en la sociedad, en gran parte impulsado por las clases dirigentes, está provocando que, desde la ciudadanía, se acepten medidas de control que unos años atrás habrían sido rechazadas con ahínco.

Por otro lado, las reformas en el Código penal están orientadas a recoger las nuevas conductas criminales que llevan a cabo los miembros de organizaciones terroristas yihadistas. Además de incluir nuevos elementos subjetivos tales como desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional o provocar el terror en la población o una parte de ella, se impone la máxima pena contemplada en el Código penal si el delito causa la muerte de una persona. En este caso, el legislador español ha considerado que la pena de 40 años de prisión, con cumplimiento íntegro y sin acceso al tercer grado puesto que así lo establece la LO 7/2003, no era suficiente para reprimir y castigar al autor del delito. Con la introducción de la pena de prisión permanente revisable, cuya compatibilidad con el artículo 25.2 de la CE¹⁰⁹ está en entredicho, los responsables de la comisión de un delito de terrorismo cuya conducta acabe con la vida de una persona podrían pasar el resto de su vida en prisión. De igual modo, se introducen nuevas conductas en consonancia con el Protocolo para la prevención del terrorismo del Consejo de Europa tales como: el adiestramiento activo por parte de tercero, la recepción de adiestramiento o adiestramiento pasivo y el autoadiestramiento¹¹⁰; también la captación y el reclutamiento de miembros¹¹¹. Es importante destacar en este sentido la labor del legislador español que se adelantó dos años a la hora de recoger en su legislación conductas que están establecidas en la reciente Directiva en la lucha contra el terrorismo.

3.1.3 Conclusión

El modelo legislativo español en la lucha contra el terrorismo parece acoger los principios del Derecho penal del enemigo: adelantar la punibilidad al ámbito de la preparación, la imposición de penas demasiado altas y la relativización de algunos derechos procesales. Es cierto que no es un pecado que cometa en exclusiva el legislador español, pero si es cierto que, en algunos aspectos, nos diferenciamos de los países vecinos al imponer penas excesivamente largas donde la finalidad de la reinserción brilla por su ausencia. Lo que sí parece quedar claro es que “*en los textos normativos aprobados en los últimos años para combatir la amenaza terrorista, junto a disposiciones con plazo de vigencia, se encuentran abundantes disposiciones destinadas a estar en vigor por tiempo indeterminado.*”¹¹² Esta realidad implica que determinados derechos y libertades fundamentales han sido restringidos de manera permanente sin necesidad de que se establezca un estado de excepción. He aquí un gran conflicto, ¿es preferible una restricción permanente o declarar el estado de excepción cuando haya un atentado terrorista? Decantarse por una u otra opción implicaría negarse a dar una respuesta

¹⁰⁹ “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”

¹¹⁰ Artículo 575 CP.

¹¹¹ Artículo 577 CP.

¹¹² TENORIO SÁNCHEZ, P. “Constitución y legislación antiterrorista” *UNED – Revista de Derecho político* n° 71-72, enero-agosto 2008, página 556.

adecuada al problema de la amenaza terrorista. La restricción permanente implica que la libertad se pondría al servicio de la seguridad. Esta es una consecuencia terrible puesto que la finalidad última de la seguridad, su razón de ser, es permitir el libre desarrollo de los derechos y libertades más básicos y fundamentales. Resulta cuanto menos curioso que el Estado español, habiendo derrotado con instrumentos legales y policiales a una de las organizaciones terroristas más sanguinarias de Europa, haya optado por desarrollar un sistema que incide directamente en derechos reconocidos y protegidos por nuestra constitución cuando no se ha sufrido un ataque de gran envergadura en los últimos catorce años. La previsión que introdujo el legislador constituyente en el artículo 55.2 no parece que fuera pensada para que se introdujeran leyes con carácter de permanencia. Además, no podemos olvidar que los terroristas son sujetos de los mismos derechos que el resto de los ciudadanos por muy atroces que sean sus actos y que, por ello, no se entiende el trato diferenciado que reciben con respecto a otros delincuentes. Es cierto que *“frente al terrorismo, se hace un juicio moral en virtud del cual se justifica la adopción de tales medidas”*¹¹³ pero, como bien es sabido por todo jurista, el juicio moral no puede regir el juicio normativo y, por tanto, no puede determinar la legislación antiterrorista. La percepción de que los Estados, y España no es una excepción, prefieren endurecer la legislación, algo que se ha demostrado ineficaz, en lugar de favorecer y mejorar el ámbito de la colaboración e intercambio de información e inteligencia, es recurrente en el estudio de las diferentes respuestas legislativas al fenómeno del terrorismo internacional. En el caso español, aunque la respuesta que el Estado dé al terrorismo sea legítima hay que estar vigilantes ya que *“cuando la idea de la defensa o protección se desliza hacia la idea de seguridad, en especial la del Estado, (...) la ciudadanía renuncia o se le convence para que renuncia a la vigencia de algunos aspectos esenciales de los derechos humanos para eliminar una amenaza en este caso, terrorista.”*¹¹⁴ ¿Quiere esto decir que la respuesta está en el Estado de excepción? No, como se verá en el caso francés, el estado permanente de excepción tampoco ofrece una solución completa y eficaz en la lucha contra el terrorismo.

3.2 Los ataques terroristas de 2015 y 2016 en Francia

En el año 2015, terroristas del Daesh y Al-Qaeda cometieron en los mayores ataques sufridos hasta ese momento en suelo francés. El comienzo de la actividad terrorista tuvo lugar el 7 de enero cuando los hermanos Kouachi se internaron en la redacción del semanario satírico “Charlie Hebdo” asesinando a doce personas, de las cuales ocho eran miembros de la redacción. En su huida, también acabaron con la vida de dos miembros de la policía. El ataque se justificó como respuesta a las publicaciones en dicho semanario de caricaturas del profeta Mahoma, irrepresentable según las normas islámicas. Fue considerado un ataque a la libertad de expresión y, por tanto, a uno de los principios básicos de la República. A la vez que las fuerzas de seguridad del Estado francés buscaban y perseguían a los hermanos terroristas, el 9 de enero se producía la toma de rehenes en el supermercado kosher por parte de Amedy Coulibaly. Tras haber asesinado a una policía la noche anterior, acabó con la vida de cuatro personas más antes de ser abatido por la policía. Fueron unos ataques que dejaron en shock a la sociedad francesa. Por diversos motivos, Francia había sido un país poco castigado por la amenaza terrorista en

¹¹³ CERRADA MORENO, M. “El terrorismo como elemento distorsionador del ordenamiento jurídico. Algunas reflexiones en torno a la reforma antiterrorista española de 2015 y el derecho penal del enemigo” *La Ley Penal*, nº120, Sección Legislación aplicada a la práctica, del 1 de mayo al 1 de junio 2016, Editorial LA LEY, página 8

¹¹⁴ JIMÉNEZ FORTEA, J. “De la restricción de derechos a un derecho procesal del enemigo” Aniceto Masferrer (editor) *Estado de Derecho y Derechos Fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Editorial Aranzadi Thomson-Reuters, página 611.

comparación con otros Estados vecinos, sin embargo, los ataques de enero de 2015 marcaron el principio del fin de dicha etapa.

Hasta noviembre de 2015, tres fueron los ataques calificados como terroristas por las autoridades francesas. La muerte de una joven a manos del joven estudiante Sid Ahmed Ghlam; la decapitación por parte de Yassin Salhi, miembro del Daesh, de su jefe y el incidente del tren que unía Bruselas con París en el que Ayoub El Khazzani, armado con un rifle de asalto, comenzó a disparar siendo reducido y detenido por cuatro militares estadounidenses que por casualidad viajaban en el tren. Pese a que, afortunadamente, las consecuencias de estos tres ataques no fueron excesivamente severas, propiciaron que, junto a los ataques de enero, se creara una sensación de temor e inseguridad social que, sin duda, se vería agravada con los ataques de noviembre.¹¹⁵

La noche del 13 de noviembre, mientras se disputaba en el Estadio de Francia el partido que enfrentaba a la selección francesa de fútbol contra la alemana y estando presente en dicho estadio el Presidente Hollande, un kamikaze hizo explotar su cinturón explosivo en una de las puertas del estadio al saber que sería registrado al pasar por la misma. Cinco minutos después, un segundo kamikaze hacía lo propio en otra puerta. La intención era hacer explotar los cinturones dentro del estadio causando una avalancha, sin embargo, ante la imposibilidad de acceder sin que los descubrieran, decidieron accionar los explosivos fuera del mismo. El partido continuó hasta el final mientras que el Presidente fue evacuado en helicóptero en el descanso. Mientras tanto, en la zona que rodea a la plaza de la Bastilla y la plaza de la República, terroristas armados con fusiles de asalto empezaron a disparar contra aquellos que estaban en las terrazas de bares y restaurantes de la zona. Finalmente, tres terroristas armados con cinturones explosivos y fusiles de asalto entraron dentro de la sala de conciertos Bataclan disparando y, finalmente, haciendo explotar los cinturones que portaban. Finalmente, 132 personas fueron asesinadas y 352 resultaron heridas aquella noche. Al día siguiente, el 14 de noviembre, el Presidente Hollande realizó sus famosas declaraciones afirmando que Francia estaba en guerra, ya mencionadas anteriormente, que volvería a repetir el 16 de noviembre ante el Congreso reunido en Versalles.¹¹⁶ Desde ese momento se intentó dar una respuesta legislativa contundente al terrorismo, entre las que se incluye la declaración del Estado de urgencia, pero el análisis de la respuesta legislativa se realizará a posteriori.

Por último, durante el año 2016 fueron dos los ataques terroristas que golpearon suelo francés. El primero de ellos tuvo lugar el 13 de junio cuando un policía y su pareja, trabajadora de la comisaría, fueron asesinados en su casa por un terrorista que cometió el ataque en el nombre del Daesh. El segundo, el más grave desde los ataques del 13 de noviembre, tuvo lugar en Niza, durante la celebración de la fiesta nacional el 14 de julio. Mientras la gente disfrutaba de los fuegos artificiales en el paseo marítimo, un tráiler consiguió burlar los controles de seguridad y atropelló a todos aquellos que encontró en su camino hasta que el conductor fue abatido por la policía. Como consecuencia de ello, 86 personas fueron asesinadas.¹¹⁷

¹¹⁵ Los hechos de este párrafo y del anterior están basados en la siguiente noticia: <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/11/16/01016-20151116ARTFIG00008-attentats-terroristes-en-france-2015-annus-horribilis.php>

¹¹⁶ Enlace a la noticia del diario Le Monde: http://www.lemonde.fr/attaques-a-paris/video/2015/11/16/hollande-maintient-sa-position-la-france-est-en-guerre_4811152_4809495.html

¹¹⁷ Cifra obtenida de la siguiente dirección: <http://www.leparisien.fr/faits-divers/86-morts-en-4-min-et-17-s-01-10-2016-6166217.php>

3.2.1 La legislación antiterrorista francesa anterior a los ataques de los años 2015 y 2016

En la legislación antiterrorista francesa anterior al año 2015 es necesario hacer una distinción entre el periodo anterior al 2001 y el posterior. Antes del año 2001 Francia se había limitado a recoger en su Código penal un capítulo referente al terrorismo, así como a desarrollar una legislación según los parámetros marcados por distintas organizaciones internacionales. Sin embargo, a partir de los ataques terroristas del 11 de septiembre, comenzó a desarrollar una actividad legislativa profusa. Entre las normas podemos destacar: la ley de 15 de noviembre de 2001 sobre la seguridad diaria, destinada a reforzar los controles de identidad, los delitos de financiación de terrorismo y la confiscación de bienes; la ley de 9 de marzo de 2004 que refuerza el recurso a las escuchas telefónicas y a las infiltraciones; la ley de 23 de enero de 2006 relativa a la lucha contra el terrorismo; la ley de 14 de marzo de 2011 sobre la programación de la seguridad interior que, a su vez, ha sido modificada por las leyes de 21 de diciembre de 2012 y de 23 de noviembre de 2014 que prohíbe a los posibles yihadistas la salida del territorio. Por último, hay que hacer referencia a la ley de 24 de julio de 2015 sobre la información, ley revisada en uno de sus artículos por el Consejo constitucional francés al vulnerar el derecho a la vida privada.¹¹⁸

De las leyes antes citadas, es necesario destacar el contenido de alguna de ellas puesto que permiten comprender que Francia ya poseía un sistema legislativo avanzado para hacer frente a las conductas terroristas, lo que hace cuestionar aún más las medidas adoptadas a partir de los ataques terroristas de finales de 2015. En primer lugar, es necesario apuntar que mediante las leyes de 21 de diciembre de 2012 y de 23 de noviembre de 2014, Francia tipificó como delito la participación en delitos de terrorismo cometidos en el extranjero, lo que ha permitido procesar a más de 1.200 personas¹¹⁹. Del mismo modo, se establecía la posibilidad de impedir la salida de nacionales franceses que pretendieran participar en actividades terroristas en el extranjero, llegándose incluso a prever la posibilidad de confiscar el documento nacional de identidad y el pasaporte por un periodo de 6 meses prorrogable a 2 años. También se tipificaban como delito los actos preparatorios, como un modo de combatir el fenómeno de los lobos solitarios, la apología del terrorismo y la posibilidad de que las autoridades administrativas solicitaran el cierre de portales de internet donde se llevaba a cabo apología del terrorismo.

Por otro lado, la ley sobre la información fue diseñada para utilizar medios técnicos para acceder a la información, no sólo terrorista, sino también relativa al espionaje o el crimen organizado. La finalidad del legislador francés era autorizar el uso de medios técnicos para acceder a la información como las conexiones realizadas a determinados sitios web para prevenir la amenaza terrorista. Pese a que el legislador llevó a cabo grandes esfuerzos para establecer un sistema de control garantista, el Consejo constitucional francés¹²⁰ tumbó recientemente un artículo relativo a la posibilidad de intervenir las comunicaciones hertzianas sin necesidad de que el Primer Ministro lo autorizara ni con un control posterior por parte de la policía. Una actividad muy invasiva,

¹¹⁸ MORAND-DEVILLER, J. "Réflexions sur l'état d'urgence" *Revista de investigações constitucionais*, volumen 3, nº2. Mayo/agosto 2016, página 53.

¹¹⁹ Fuentes del Gobierno francés que se encuentran en el siguiente enlace: <http://www.stop-djihadisme.gouv.fr/lutte-contre-terrorisme-radicalisation/mesures-lutter-contre-terrorisme/quel-est-larsenal-juridique>

¹²⁰ Se trata de la Decisión nº 2016-590 de 21 de octubre de 2016, véase: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2016/2016-590-qpc/decision-n-2016-590-qpc-du-21-octobre-2016.148047.html>

a modo de ejemplo sirve la red Wifi que funciona por ondas hertzianas, pero con poco control por parte de las autoridades, lo que atenta claramente, a ojos del tribunal, contra el derecho a la vida privada y el secreto de las comunicaciones.

Por todo lo anterior, se puede afirmar que Francia había desarrollado una legislación lo suficientemente completa como para hacer frente a la realidad que supone el nuevo terrorismo. Si bien es cierto que algunas de las conductas que se introducen con la nueva Directiva para la lucha contra el terrorismo, y a diferencia de España que las introdujo en 2015, no estaban tipificadas, tales como el adiestramiento y el autoadiestramiento, esta circunstancia no puede ser óbice para hacer una crítica de la legislación. Lo que sí es sorprendente son las decisiones adoptadas por el Consejo de Ministros y las cámaras legislativas con posterioridad a los ataques del 13 de noviembre.

3.2.2 La respuesta legislativa a los ataques terroristas de los años 2015 y 2016

El 14 de noviembre de 2015, tras los atentados de París, el Consejo de Ministros francés declaró el estado de urgencia. La constitución francesa recoge también otros recursos a la hora de hacer frente a una emergencia o estado excepcional. Entre ellos, se deben destacar: el estado de sitio, recogido en el artículo 36 de la Constitución¹²¹; dotar de poderes excepcionales al Presidente de la República en virtud del artículo 16 de la Constitución; o seguir la teoría de las circunstancias excepcionales, de construcción judicial. En primer lugar, es necesario destacar que la regulación del Estado de urgencia está contenida en la Ley 55-385, de 3 de abril de 1955, relativa al estado de urgencia¹²², una ley ya vigente durante la cuarta República y que había sido invocada en cuatro ocasiones durante la quinta República: como consecuencia de los hechos acaecidos en Argelia, en 1961; en 1985 en Nueva Caledonia; en 1986 y 1987, limitado esta vez a la Polinesia francesa y en el año 2005 como consecuencia de los altercados sucedidos en las afueras de París. En segundo lugar, hay que señalar que para que pueda ser declarado tienen que concurrir alguna de las siguientes circunstancias:

- 1- En caso de peligro inminente resultante de violaciones graves del orden público.
- 2- En caso de hechos que presenten, por su naturaleza y su gravedad, el carácter de calamidad pública.¹²³

El Estado de urgencia es una medida que, como se puede observar, sólo puede ser invocada en circunstancias excepcionales y cuya duración está limitada en el tiempo. Debido a las injerencias que tiene sobre los derechos y libertades, la ley fue diseñada fundándose en unos equilibrios que deben existir para su permanencia en el tiempo. La declaración del Estado de urgencia se lleva a cabo mediante decreto aprobado por el Consejo de Ministros, sin embargo, éste sólo tendrá una duración de doce días salvo que el Parlamento apruebe ampliar el mismo mediante una ley. En el caso francés, el plazo de duración ha sido ampliado ya en cuatro ocasiones por un periodo de tres meses y el 21 de diciembre de 2016 se aprobó una ley para ampliarlo hasta el 15 de julio de 2017, abarcando de este modo las elecciones presidenciales y legislativas.

Son muchas las consecuencias de la declaración del Estado de emergencia, pero, principalmente, se resumen en un aumento de los poderes que se conceden al Ministro

¹²¹ La Constitución francesa se encuentra en el siguiente enlace: http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre_5

¹²² Véase: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000695350>

¹²³ Así lo establece el artículo 1 de la Ley relativa al estado de urgencia: “*L'état d'urgence peut être déclaré (...) soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique.*”

del Interior y a los prefectos. En este sentido, el Ministro puede llevar a cabo arrestos domiciliarios si existen razones serias para pensar que el comportamiento de un determinado sujeto constituye una amenaza para la seguridad y el orden público. El problema radica en que esta medida no está destinada en exclusiva a los sospechosos de terrorismo, como consecuencia de ello, durante la reunión en París de los principales líderes mundiales en la Cumbre del Clima de 2016, numerosos ecologistas fueron objeto de estas detenciones.¹²⁴ Ello muestra una de las consecuencias más preocupantes de la prolongación del Estado de urgencia: permite que la situación penetre en las instituciones y que éstas lo utilicen para restringir libertades y derechos que poco tienen que ver con la lucha contra el terrorismo.

Para poder llevar a cabo tales injerencias en los derechos fundamentales y libertades, Francia tuvo que hacer uso de la facultad que confieren los artículos 15 del CEDH y 4 del PIDCP para derogar ciertos derechos en caso de circunstancias excepcionales. Ello incluye el derecho a la libertad y seguridad personal (artículo 5) y el derecho a un proceso equitativo (artículo 6). La Comisión Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) ya ha llamado la atención en varias ocasiones sobre las consecuencias de tales injerencias en los derechos y libertades básicas. A lo largo del periodo de vigencia del Estado de urgencia, esta institución republicana ha ido realizando declaraciones concernientes a los problemas que esta situación acarrea. En una primera declaración,¹²⁵ el 15 de enero de 2016, la comisión realizó una serie de apreciaciones que son interesantes comentar. En primer lugar, comienza advirtiendo que *“es importante recordar que Francia no es, ni de lejos, el único país víctima de ataques terroristas”*. Una apreciación que realiza para resaltar que, pese al conjunto de ataques sufridos en un corto espacio de tiempo, las medidas están siendo desproporcionadas en relación con las tomadas en otros Estados que han sido más castigados por el terrorismo. Esta es una realidad que no puede ser obviada, Francia ha sido castigada por el terrorismo en numerosas ocasiones, pero no más que otros Estados vecinos que, sin embargo, no han declarado estados excepcionales para hacer frente a la amenaza terrorista. En segundo lugar, la comisión alerta de que el estado de urgencia y todas las medidas destinadas a perdurar en el tiempo *“llevan intrínsecas una violación de las libertades y los derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho.”* Resaltando, además, que no aportan ninguna utilidad en la prevención de los actos terroristas. He aquí uno de los aspectos que más a fondo se ha de analizar: ¿ayuda el estado de urgencia a prevenir la comisión de ataques terroristas o es una simple herramienta más al servicio de su represión? Sin duda alguna es una herramienta represiva y así lo hace notar la Comisión. De hecho, es muy crítica con el uso que el Gobierno francés, amparado por las cámaras legislativas, está haciendo de esta figura legislativa, cuya finalidad no es otra que volver de manera rápida a la normalidad y no perdurar en el tiempo. No obstante, no da la impresión de que haya voluntad de acabar rápidamente con esta situación excepcional ya que, dentro de la retórica de guerra que se ha instalado en el Gobierno francés y en las cámaras legislativas, la seguridad viene acompañada del uso de este mecanismo excepcional.

Tras la ampliación del estado de urgencia hasta el 15 de julio de 2017, la CNCDH volvió a emitir una declaración¹²⁶ a la que titula *“Aviso contra un estado de urgencia permanente”*. Es importante saber que, si no se vuelve a ampliar, el 15 de julio habrán

¹²⁴ MORAND-DEVILLER, J. “Réflexions sur l'état d'urgence” página 56.

¹²⁵ Véase: http://www.cncdh.fr/sites/default/files/16.01.15_declaration_etat_durgence_jorf.pdf

¹²⁶ Véase:

http://www.cncdh.fr/sites/default/files/cncdh-avis_contre_un_etat_durgence_permanent-15.12.2016.pdf

transcurrido 20 meses desde que el Estado de urgencia fue declarado. El problema de alargar el estado de urgencia por un periodo que supera el año y medio implica, como bien detalla la CNCDH que se produzca una “*instalación en el funcionamiento habitual de las instituciones de la República*”. Es decir, se corre el riesgo de que el aparato del Estado con sus instituciones se habitúe a la convivencia con el estado de urgencia y con ello a los métodos propios de éste. Son cuatro los argumentos que la Comisión utiliza para solicitar el fin del estado de urgencia que resultan demoledores:

1. La amenaza terrorista es difusa y latente, en el sentido de que no puede preverse con total seguridad la comisión de un ataque.
2. Los informes parlamentarios de seguimiento de la ley muestran que las principales operaciones contra los terroristas se han llevado a cabo por procedimientos que nada tienen que ver con los métodos recogidos en la ley sobre el estado de urgencia cuyos métodos no han aportado resultados significativos.
3. La retórica de guerra que implica que se reemplace el debate basado en la razón para sustituirlo por medidas basadas en la eficacia.
4. Las medidas derivadas del estado de urgencia están afectando casi en exclusiva a personas musulmanas haciéndolas, por tanto, víctimas del ostracismo. Aquí es necesario recalcar lo ya dicho con anterioridad: si la sociedad da la espalda a ciertos sectores, el espacio que en ellos deja lo suele ocupar el radicalismo.

Además de las medidas que acompañan al Estado de urgencia, en el año 2016, concretamente el 3 de junio, entró en vigor la Ley para el refuerzo de la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado. Fue anunciada por el Presidente Hollande tras los ataques del 13 de noviembre en París y el objetivo de la misma es dotar a los jueces y fiscales de nuevas herramientas, antes sólo disponibles para los servicios de inteligencia, para luchar contra la amenaza terrorista y el fenómeno de los combatientes retornados. La voluntad del legislador francés en este sentido ha sido diseñar un sistema amplio de control que permita conocer quién vuelve de una zona de conflicto para realizar una intervención rápida a su vuelta, de manera que se pueda reinsertar en la vida social en lugar de verse arrastrado a la comisión de un acto terrorista.

En definitiva, la respuesta legislativa de Francia a los ataques terroristas de los años y 2015 y 2016 ha sido hacer uso de las normas dictadas con anterioridad para la lucha contra el terrorismo acompañada de las medidas específicas recogidas en la Ley del estado de urgencia. Todavía es pronto para evaluar las consecuencias de haber hecho uso del estado de urgencia por un periodo tan largo de tiempo, lo que sí se puede decir con total rotundidad es que ha producido una merma importante en los derechos y libertades fundamentales. Además, sienta un precedente peligroso al establecer la posibilidad de vivir bajo un régimen especial sin cumplir con el requisito esencial para su mantenimiento: un peligro inminente. Algo que, como ha dicho la CNCDH, no existe al ser la amenaza terrorista en Europa un mal latente.

3.2.3 Conclusión

Tras realizar un somero análisis del sistema legislativo francés antes y después de los principales ataques terroristas sufridos en su territorio la impresión obtenida es que mezcla dos sistemas de respuesta ya mencionados con anterioridad. En primer lugar, el legislativo francés desarrolló de manera casi frenética tras los ataques terroristas del 11 de septiembre un cuerpo legislativo penal para hacer frente a las conductas terroristas. Es cierto que recogió todas y cada una de las conductas que iban identificando al fenómeno

del nuevo terrorismo. Ello hace que sea aún más cuestionable la necesidad de declarar el estado de urgencia para combatir la amenaza terrorista. Es decir, existían mecanismos suficientes, penales y procesales para condenar de manera adecuada a aquellos que cometieron los ataques. Estos hechos, unidos a los mecanismos existentes en la UE para hacer frente al terrorismo, habrían bastado para dar una respuesta contundente y, a su vez, prevenir la comisión de nuevos ataques. Sin embargo, sorprenden negativamente las opciones elegidas por las autoridades francesas para hacer frente a los ataques. En primer lugar, y como ya se ha mencionado en este trabajo, desde el primer momento el Gobierno francés optó, al igual que la Administración Bush desde el año 2001, por utilizar un mensaje bélico y calificar el estado de Francia como el de guerra. Esta retórica acompañada de medidas destinadas a hacer frente a una agresión armada en lugar de un ataque terrorista, como es la mencionada activación de la cláusula de asistencia mutua en lugar de la cláusula de solidaridad, parecían abonar el terreno para sembrar las medidas posteriores.

La declaración del estado de urgencia implica introducir una premisa, la legislación ordinaria no es suficiente para hacer frente a la amenaza terrorista. Esta es una premisa falsa porque, como tanto se ha esforzado por destacar el Consejo de Europa y la normativa antiterrorista europea, la derrota del terrorismo va de la mano de utilizar medidas de prevención y cooperación. No obstante, parece que son dos medidas que desde una óptica política se muestran poco contundentes puesto que no han sido destacadas por el ejecutivo francés, que ha preferido optar por las medidas represivas. Es innegable que el carácter del estado de urgencia es represivo, pero es que, como ha informado la CNCDH, no ha servido para hacer frente a la amenaza terrorista dado que, desde que está en vigor, las operaciones exitosas no han hecho uso de los mecanismos que en la ley del estado de urgencia se contemplan. Además, tanto en las medidas contempladas en la ley del estado de urgencia como en la Ley sobre la información mencionada anteriormente se recogen medidas que interfieren en el libre desarrollo de libertades y derechos sin necesidad de que una autoridad judicial la autorice. Por tanto, es justo concluir que la legislación antiterrorista francesa, al igual que otras legislaciones en el desarrollo de la lucha contra el terrorismo, *“ha implicado además que la actuación judicial quede marginada de jure o de facto, generando un resultado final de impunidad ante violaciones muy graves de los derechos humanos, sin duda favorecido por la deliberada opción terminológica y su reverso, la doctrina de la “seguridad nacional”*.¹²⁷

Si algo hay que destacar en el modelo de lucha contra el terrorismo que ha seguido Francia es la falta de interés por parte del legislador -que ha prorrogado el estado de urgencia- y del ejecutivo por mostrar un mayor interés en garantizar el respeto de los derechos humanos. Cuando se entra en la dinámica de la seguridad parece que se difumina cuál es su objetivo principal: garantizar el libre desarrollo de los derechos y libertades. Cuando dicho objetivo deja de ser la referencia, deja de tener sentido hacer de la seguridad una máxima que hay que defender bajo los criterios de la eficacia, puesto que se convierte en un fin en sí mismo.

¹²⁷ SALINAS DE FRÍAS, A. “La lucha contra la impunidad en la guerra contra el terrorismo internacional: el derecho a la reparación” *Los Derechos Humanos frente a la impunidad: Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. X, 2009 página 245.

4. La violación de los derechos contenidos en el CEDH por parte de los Estados parte. Perspectiva jurisprudencial del TEDH.

En la lucha contra el terrorismo, muchos de los derechos contemplados en el CEDH han sido violados. No obstante, debido a las características de la acción contra el terrorismo desarrollada en Europa, dos han sido los derechos especialmente mermados, tanto por las actuaciones de los poderes del Estado como por la legislación desarrollada para prevenirlo y combatirlo. Por suerte, el TEDH se ha erigido como garante de estos derechos y mediante su jurisprudencia, que ha ido evolucionando para adaptarse a los nuevos cánones de respeto de los derechos humanos, ha obligado a los Estados a moldear las respectivas legislaciones antiterroristas para adecuarlas a los estándares que les han sido exigidos por el Tribunal.

4.1 Prohibición de la tortura, artículo 3 del CEDH

El artículo 3 del CEDH establece lo siguiente: “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”. Se trata de una prohibición taxativa y dirigida claramente a los agentes estatales que velen en el momento por la seguridad de la persona detenida. Como se verá más adelante, es uno de los derechos inderogables, esto es, el artículo 15 impide que en el caso de activación de la derogación de derechos como consecuencia de la declaración del estado de urgencia este artículo resulte inaplicable. De hecho, se extiende a situaciones de guerra en las que quitar la vida como consecuencia de un acto lícito de guerra está permitido, pero no así hacer uso de la tortura.

El TEDH ha evolucionado en su criterio para considerar lo que es y lo que no es tortura. Desde su polémica decisión en el caso *Ireland v. The United Kingdom*¹²⁸, donde consideró que las denominadas “five techniques” -someter a los presos a posiciones de estrés, colocarles una capucha, someterlos a un ruido constante, privación del sueño y privación de comida y bebida- no podían ser entendidas como tortura, ha cambiado su posición y ha reconocido que los estándares de respeto de los derechos humanos han evolucionado y aumentado. De este modo justifica que existan cambios en sus fallos relativos a lo que se considera tortura, aunque ello no implica que acepte y justifique someter a condiciones estrictas de detención a sospechosos de terrorismo, pero respetando siempre algunos límites. En la sentencia *McCallum v. The United Kingdom*¹²⁹, referente a la estancia en prisión del señor McCallum donde se le sometió a aislamiento y traslado de prisión en una ocasión debido a la afectación que en el resto de presos su actitud provocaba. También fue sometido a restricciones en su correspondencia privada hasta llegar a privarle de la misma durante un periodo de 28 días. Pues bien, pese a que el Tribunal admitió la posibilidad de someter a condiciones estrictas de encarcelamiento, entendía que: “*The Court (...) sees no reason to disagree. It holds that the measures affecting the applicant’s correspondence which are at issue in the present case constituted, with the exception of the delaying of the letters of 20 and 23 February 1982, violations of Article 8*”¹³⁰. Es decir, entendió que se había producido una violación del derecho al secreto de la correspondencia.

¹²⁸ *Ireland v. The United Kingdom*, Application no. 5310/71, judgement of 18/02/1978, véase: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:%22CASE%20OF%20IRELAND%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-57506%22}}>

¹²⁹ *McCallum v. The United Kingdom*, Application no. 9511/81, judgement of 30/08/1990, véase: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:%22ENG%22,%22appno%22:%229511/81%22,%22documentcollectionid%22:%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-57640%22}}>

¹³⁰ Párrafo 31.

La relación de la tortura con la lucha contra el terrorismo sienta sus bases en las detenciones. Como se ha dicho numerosas veces a lo largo del trabajo, la utilización por parte de las autoridades políticas de una terminología bélica y la anteposición de la eficacia al respeto de las garantías relacionadas con los derechos humanos lleva consigo la justificación de conductas que no son amparadas por el derecho internacional. El respeto a la prohibición de la tortura implica también el deber de encontrar a los responsables de la misma cuando ésta se produce, y esto implica una actitud activa por parte de las autoridades judiciales de no hacer caso omiso de las denuncias de tortura, así como una obligación de llevar a cabo una investigación judicial destinada a identificar a los culpables para que puedan ser castigados. Estos deberes del Estado fueron fijados en por el tribunal a raíz del caso *Satik and Others v. Turkey*¹³¹ donde deja claro que siempre que el daño provenga de la policía o un agente similar del Estado tiene que haber una investigación oficial para identificar y castigar al culpable. En este caso concreto, un grupo de once personas fueron detenidos y, al negarse a ser registrados de manera previa al traslado ante la autoridad judicial, fueron golpeados con porras y trozos de madera, llegando a romper la costilla de uno de los detenidos y a lesionar el hígado de otro de ellos, además de las diversas heridas causadas al resto de los miembros. Aunque el gobierno turco alegó que los daños fueron consecuencia de una caída grupal mientras bajaban por las escaleras, la falta de pruebas que sostuvieran tal relato y los informes médicos donde se describían lesiones como consecuencia de golpes llevaron al Tribunal a condenar a Turquía por la violación del artículo 3 CEDH. En este sentido es contundente al entender que la falta de una investigación adecuada para identificar y castigar a los responsables de tales lesiones chocha frontalmente con el deber de responder a la prohibición de la tortura: *“The inadequacy of that investigation is in itself inconsistent with the duty devolving on the authorities of a respondent State under Article 3 of the Convention to initiate an investigation into an arguable claim that an individual has been seriously ill-treated at the hands of its agents, which investigation should be capable of leading to the identification and punishment of those responsible”*.¹³²

En este mismo sentido, es importante destacar que las violaciones de la prohibición de la tortura se producen, en la mayoría de los casos, cuando las operaciones se están desarrollando en etapas tempranas, es decir, cuando los sujetos se encuentran detenidos por las fuerzas policiales y son éstas las encargadas de velar por su seguridad. Es cierto que en las operaciones antiterroristas las horas marcan la diferencia y que es necesario tener el máximo de información posible en un periodo de tiempo muy reducido para poder hacer frente a la amenaza que el terrorismo supone. Sin embargo, esto no puede justificar nunca el recurso a la tortura. En este sentido, el TEDH ha desarrollado un potente sistema para proteger a los detenidos de abusos y torturas cuando se está bajo arresto policial. El Tribunal es consciente de que para el perjudicado es muy difícil probar que las lesiones sufridas han sido causadas por las fuerzas policiales, por ello mismo ha fijado una inversión de la carga de la prueba en estos supuestos. El Tribunal ha puesto de manifiesto que, si *“un individuo es puesto bajo custodia policial en perfecto estado de salud, pero se encuentra herido en el momento de su puesta en libertad o a disposición judicial, corresponde al Estado bajo cuya autoridad ha estado detenido ofrecer una explicación*

¹³¹ *Satik and Others v. Turkey*, Application no. 31866/96, judgement of 10/10/2000, véase: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22\%22CASE%20OF%20SATIK%20AND%20OTHERS%20v.%20TURKEY\%22%22\].%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\].%22itemid%22:\[%22001-58851%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20SATIK%20AND%20OTHERS%20v.%20TURKEY\%22%22].%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22].%22itemid%22:[%22001-58851%22]})

¹³² Extracto del párrafo 62.

plausible de las causas de las heridas.”¹³³. Tesis que se refleja en dos sentencias, *Aksoy v. Turkey*¹³⁴ y *Rashid v. Bulgaria*¹³⁵. Esta inversión de la carga de la prueba es de directa aplicación en todos los Estados partes el Convenio.

En la primera de ellas, el padre del ya fallecido señor Aksoy decidió continuar el procedimiento por él iniciado. El señor Aksoy fue detenido al ser identificado por un sujeto al que él no conocía y acusado de pertenecer al PKK. Pese a que negó conocerlo en todo momento, la policía le advirtió que, de seguir negándolo, confesaría bajo tortura. Cumpliendo con la advertencia, se le practicó la conocida como “Palestinian hanging” y se les conectaron los electrodos a los genitales. Tras unos días, debido a la imposibilidad de mover los brazos, fue llevado al médico. El policía que le acompañaba argumentó que los daños eran consecuencia de un accidente de tráfico. El Tribunal, cuando menciona los daños causados establece que “*The Court, having decided to accept the Commission’s findings of facts, considers that where an individual is taken into police custody in good health but is found to be injured at the time of release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation as to the causing of the injury, failing which a clear issue arises under Article 3 of the Convention*”.

Del mismo modo, en el caso *Rashid v. Bulgaria*, tras la detención del señor Rashid, fue llevado ante un médico que pudo constatar las numerosas lesiones que tenía en su cuerpo. Los argumentos de las fuerzas policiales se basaron en que, durante la detención y registro del domicilio, se había aplicado la fuerza habitual en ese tipo de detenciones. No obstante, el Tribunal determinó que: “*Le certificat médical établi atteste de nombreuses blessures et d’une contusion cérébrale, qui ne pourraient être expliquées par le recours normal à la force, d’autant plus qu’elles ont été provoquées au cours d’une opération a priori bien préparée (...) Eu égard à l’absence d’éléments permettant de conclure que le recours à la force était provoqué par le comportement du requérant et au caractère sévère des lésions, la Cour estime que le Gouvernement n’a pas fourni d’arguments convaincants ou crédibles pouvant servir à justifier l’usage de la force*”. Así el Tribunal vuelve a reiterar el deber de las autoridades de justificar y probar que las lesiones producidas no han sido causadas por ellos mientras los individuos están bajo su custodia.

Como se ha mencionado con anterioridad, tanto en la legislación española como en la francesa existe una tendencia a aumentar el tiempo máximo de detención para los sospechosos de terrorismo. En el caso de la legislación española, dicha ampliación está amparada por el artículo 55.2 de la Constitución. Esto implica que las posibilidades de que se cometan abusos relacionados con la tortura aumentan. Pero en el caso de la legislación francesa, la duración de la detención no es lo único que puede favorecer la violación de la prohibición de la tortura, sino que, bajo el estado de urgencia, están permitidas los arrestos domiciliarios. En este sentido, la privación de libertad la determina una figura como el Ministro del Interior, apartando de tal restricción a los órganos

¹³³ SALINAS DE FRÍAS, A. “Detención, garantías esenciales y Estado de Derecho en la jurisprudencia del TEDH” *Revista de Derecho Político*, nº 79, UNED, Madrid, 2010 página 325.

¹³⁴ *Aksoy v. Turkey*, Application no. 21987/93, judgement of 18/12/1996, véase: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:%22Aksoy%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-58003%22}}>

¹³⁵ *Rashid c. Bulgarie*, Application no. 47905/99, judgement of 18/01/2007, véase: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:%22\%22AFFAIRE%20RASHID%20c.%20BULGARIE%20\%22%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-79115%22}}>

jurisdiccionales y, además, aumentando las posibilidades de que se lleven a cabo prácticas por las fuerzas policiales que supongan una violación del artículo 3 del CEDH.

Por otro lado es importante aclarar que estos requisitos, exigidos a los cuerpos policiales por parte del Tribunal, se mantienen también para los Servicios de Inteligencia como así se pone de manifiesto en el caso *Tomasi v. France*¹³⁶. Tras alegar el Gobierno francés motivos relacionados con las especiales características de la lucha antiterrorista el TEDH sentenció que: “*The requirements of the investigation and the undeniable difficulties inherent in the fight against crime, particularly with regard to terrorism, cannot result in limits being placed on the protection to be afforded in respect of the physical integrity of individuals.*”. Lo que impide que se siga utilizando como argumento las características especiales de la lucha contra el terrorismo para llevar a cabo conductas constitutivas de violación del artículo 3 del Convenio.

4.2 Libertad y seguridad personal, artículo 5 del CEDH.

El artículo 5 del CEDH parte de la premisa de prohibir la privación de libertad con las únicas excepciones que se establecen en el mismo artículo: privación de libertad cuando deriva de una resolución judicial, por cumplimiento de la ley, cuando la finalidad de la misma sea hacer comparecer al individuo privado de libertad ante una autoridad judicial. Del mismo modo, se recogen una serie de garantías que deben ser respetadas por los Estados parte como: derecho a que se informe sobre los motivos de la detención, el derecho de *habeas corpus*, derecho a poder interponer un recurso ante un órgano judicial para que se pronuncie sobre su privación de libertad y, finalmente, el derecho a la reparación si la privación de libertad es contraria a lo parámetros fijados en el artículo. En lo que a la seguridad personal respecta, no debe ser entendida como derecho a la protección frente a ataques por parte de terceros.

El TEDH acotó el término “libertad” en el caso *Engel and Others v. The Netherlands*¹³⁷. En este caso, un grupo de ciudadanos de los Países Bajos que habían sufrido arrestos durante el servicio militar obligatorio acuden al TEDH al considerar que había sido vulnerado su derecho a la libertad en los términos del CEDH. El Tribunal reconoció que, pese a sus características especiales, la protección que dispensa el artículo 5 no excluye a las fuerzas armadas: “*Military discipline, nonetheless, does not fall outside the scope of Article 5 para. 1*”¹³⁸. Pues bien, cuando en el párrafo 58 hace referencia al derecho a la libertad, el Tribunal entiende que: “*In proclaiming the "right to liberty", paragraph 1 of Article 5 is contemplating individual liberty in its classic sense, that is to say the physical liberty of the person. Its aim is to ensure that no one should be dispossessed of this liberty in an arbitrary fashion. As pointed out by the Government and the Commission, it does not concern mere restrictions upon liberty of movement. This is clear both from the use of the terms "deprived of his liberty", "arrest" and "detention", which appear also in paragraphs 2 to 5, and from a comparison between Article 5 and the other normative provisions of the Convention and its Protocols.*”. Es decir, el derecho a la libertad que se garantiza en el artículo 5 debe ser entendido en un sentido clásico

¹³⁶ *Tomasi v. France*, Application no. 12850/87, judgement of 27/08/1992, véase: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:%22CASE%20OF%20TOMASI%20v.%20FRANCE%22},%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-57796%22}>

¹³⁷ *Engel And Others v. The Netherlands*, Applications nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, judgement of 8/06/1976, véase:

<http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:%225100/71%22},%22itemid%22:%22001-57479%22}>

¹³⁸ Párrafo 57.

como una prohibición de limitar la libertad física de manera arbitraria. Por tanto, cualquier tipo de arresto, detención o prisión preventiva constituye una limitación de la libertad.

Desde la perspectiva de la acción contra el terrorismo, las violaciones del derecho a la libertad y seguridad vienen de la mano de detenciones arbitrarias y otras medidas limitativas de garantías inherentes al individuo. La decisión de determinados Estados de establecer medidas excepcionales en la lucha contra el terrorismo lleva consigo un alejamiento de las directrices elaboradas por el TEDH en relación a este artículo. Además, los Estados deben garantizar unas condiciones mínimas durante la detención que no pueden ser obviadas por el simple hecho de que el detenido sea sospechoso de terrorismo.

En numerosas ocasiones, las detenciones se fundamentan en la sospecha de que un determinado individuo pretende llevar a cabo o ha llevado a cabo conductas constitutivas de delitos de terrorismo. Tras las últimas modificaciones legales introducidas en España y en Francia, donde se tipifican conductas como el autoadiestramiento -también lo hace así la Directiva de la UE en la lucha contra el terrorismo-, resulta de vital importancia que las sospechas estén lo suficientemente fundadas como para no llevar a cabo privaciones de libertad arbitrarias. En relación con el autoadiestramiento vía internet, la certeza de que el individuo mediante la visita de páginas web está adiestrándose para cometer actos terroristas debe ser muy alta. En este sentido, el TEDH ya se ha pronunciado en el caso *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom*¹³⁹ exigiendo que exista una sospecha razonable, entendida como la existencia de informaciones o hechos capaces de persuadir a un observador objetivo de que el individuo puede haber cometido la infracción que se sospecha conforme al conjunto de circunstancias particulares del caso.¹⁴⁰

La toma de medidas especiales para hacer frente al terrorismo ha supuesto, como en el caso francés, que las medidas restrictivas de libertad no sean adoptadas por un juez. Como se ha mencionado con anterioridad, la ley del estado de urgencia francesa permite que el Ministro del interior, siempre que exista la sospecha fundada de que un individuo puede llevar a cabo una conducta que afecte al orden público, ordene arrestos domiciliarios. Desde el mismo momento en el que se restringe la libertad de movimiento se produce una afectación al derecho a la libertad. En este sentido, en el caso *Kamil Öcalan c. Turquie*¹⁴¹ el Tribunal exigió que la autoridad que ordene la detención sea independiente del ejecutivo e imparcial. En el caso francés este requisito se incumple en tanto esté vigente el estado de urgencia. Si bien es cierto que, teóricamente, el artículo 5 ha quedado derogado al aplicar el Gobierno francés la cláusula prevista en el artículo 15, como se verá más adelante, la jurisprudencia del Tribunal ha determinado que el artículo 5 no queda afectado plenamente por la aplicación de la derogación del artículo 15.

Estos duros requisitos establecidos por el Tribunal para llevar a cabo las detenciones y otros métodos de privación de libertad no colisionan con la posibilidad, ya mencionada, de someter al individuo privado de libertad a condiciones más estrictas mientras ésta dure. De hecho, el Consejo de Europa ha defendido la posibilidad de que los individuos sospechosos de terrorismo sean sometidos a condiciones más estrictas y que, por tanto,

¹³⁹ *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom*, Applications nos. 12244/86; 12245/86; 12383/86, judgement of 30/08/1990, véase:

<http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2212383%2F86%22%2C%22itemid%22:%5B%222001-57721%22%5D%7D>

¹⁴⁰ En el párrafo nº 31 se dice: “*having a "reasonable suspicion" presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence. What may be regarded as "reasonable" will however depend upon all the circumstances.*”

¹⁴¹ *Kamil Öcalan c. Turquie*, Application no. 20648/02, judgement of 12/12/2006, véase: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-78455%22%5D%7D>

se les intervengan las comunicaciones mientras dure su detención, se les sitúe en lugares especialmente vigilados y se les separe del resto de los presos.¹⁴² Eso sí, el TEDH ha vinculado una serie de garantías a estas posibilidades. En el caso *Erdem v. Germany*¹⁴³ el Tribunal exigió que para abrir la correspondencia de un sospechoso de terrorismo, y más cuando se trataba de la que mantenía con su abogado, se tenían que cumplir una serie de requisitos tales como que: quien lleve a cabo la apertura de la correspondencia sea un juez imparcial e independiente del caso, mantenga el secreto de la información obtenida salvo que sea relevante para el caso y contemple la posibilidad de mantener conversaciones orales privadas con el abogado.

En general, en la legislación antiterrorista de los Estados europeos se han establecido normas especiales en relación al terrorismo. En los modelos español y francés, ya expuestos, hay medias especiales en relación con la detención. En el caso español, el aumento del límite máximo de duración de la detención está amparado por la propia constitución. En Francia esa especialidad viene amparada por el estado de urgencia. Por tanto, como alertó la Comisión Internacional de Juristas: “*On the assumption that the contemporary terrorist threat is exceptional, some argue that exceptional responses are required, and that the current legal framework, not having envisaged such a global and dangerous threat, is essentially inadequate*”¹⁴⁴.

4.3 La derogación de derechos por la vía del artículo 15: límites.

El artículo 15 del CEDH¹⁴⁵ parte de la existencia de un conflicto armado o un peligro público que amenace la vida de la nación para poder hacer uso de la derogación de la mayoría de los artículos del Convenio. Los supuestos en los que se ha hecho uso de esta cláusula de derogación¹⁴⁶ tienen como elemento común el terrorismo. Es legítimo plantear si el terrorismo es motivo suficiente como para justificar la invocación de esta cláusula. El TEDH ya se pronunció sobre esta cuestión en el año 1978 como consecuencia del caso ya citado *Ireland v. The United Kingdom*, concretamente en el párrafo 207 de la sentencia, en el que el Tribunal afirma que es responsabilidad de cada Estado determinar la existencia de una emergencia o peligro público para la nación. De todos modos, pese a

¹⁴² *Humans rights and the fight against terrorism: The Council of Europe Guidelines*, Council of Europe Publishing, marzo de 2005, páginas 10 y 11.

¹⁴³ *Erdem v. Germany*, Application no. 38321/97, judgement of 5/07/2001, véase: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20ERDEM%20v.%20GERMANY%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-59560%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20ERDEM%20v.%20GERMANY%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-59560%22]})

¹⁴⁴ INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, “*Human Rights versus Security?*” Assessing Damage, Urging Action, Ginebra, 2009, página 23.

¹⁴⁵ El contenido del artículo 15 es el siguiente: “1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.”

¹⁴⁶ La derogación del artículo 15 ha sido invocada por el Reino Unido en los años 1957, 1984, 1988 y 2001. En las tres primeras como consecuencia de la lucha contra el IRA y en 2001 tras los ataques del 11 de septiembre. Por último, Francia invocó el artículo 15 en el año 2015 tras los ataques de París. En este caso, aún sigue vigente la derogación de los derechos contenidos en el CEDH.

dejar a los Estados cierto margen de apreciación, recuerda el papel del Tribunal de supervisar dicha derogación¹⁴⁷.

Pese a compartir la postura del Tribunal de que sólo el propio Estado es capaz de determinar cuándo es necesario derogar los derechos contenidos en el CEDH, es peligroso permitir que los éstos utilicen el terrorismo y motivos de seguridad nacional, sin más fiscalización que el control una vez invocado el artículo 15 por parte del Tribunal, para derogar derechos tan básicos. El nuevo terrorismo, si bien es una amenaza global, también es una amenaza latente. Es difícil conocer con exactitud cuándo se puede llevar a cabo un ataque, y el único método eficaz para combatirlo es la prevención, por eso se deberían poner límites a derogaciones que se extiendan a lo largo del tiempo como el caso francés¹⁴⁸.

Los límites a la derogación vienen establecidos en el propio artículo, sin embargo, es necesario establecer matizaciones. El artículo 15.2 impide que se derogue el derecho a la vida -con la excepción de supuestos lícitos en caso de guerra-, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud o servidumbre y la prohibición de la arbitrariedad -no hay pena sin ley-. No obstante, el Tribunal en el asunto *Brogan and Others v. The United Kingdom*¹⁴⁹ realizó una matización de suma importancia en relación al artículo 5 y la invocación de la derogación contenida en el artículo 15. El Reino Unido invocó la derogación del artículo 15, pese a ello, los demandantes invocaron una vulneración del artículo 5, teóricamente derogado. El Tribunal, para entrar a valorar sobre el fondo del asunto argumentó que, en función de las circunstancias excepcionales del caso concreto, es su función determinar el grado de aplicabilidad del artículo 5 a la luz de la derogación invocada por el Estado¹⁵⁰. Del mismo modo se pronunció en el caso *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*¹⁵¹ donde el Tribunal recordó que, en virtud de lo ya establecido, tiene la facultad de supervisar y fiscalizar la derogación. De este modo, si entiende que no hay motivos suficientes para justificar la derogación de un determinado

¹⁴⁷ “It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for “the life of [its] nation”, to determine whether that life is threatened by a “public emergency” and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 leaves those authorities a wide margin of appreciation.

Nevertheless, the States do not enjoy an unlimited power in this respect. The Court, which, with the Commission, is responsible for ensuring the observance of the States’ engagements, is empowered to rule on whether the States have gone beyond the “extent strictly required by the exigencies” of the crisis. The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision.”

¹⁴⁸ Como se ha mencionado con anterioridad, si no se amplía de nuevo, el estado de urgencia habrá estado vigente en Francia por un periodo de 20 meses.

¹⁴⁹ *Brogan and Others v. The United Kingdom*, Applications nos. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, judgement of 29/11/1988, véase:

<http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22%3A%2211386/85%22%2C%22itemid%22%3A%22001-57450%22%7D>

¹⁵⁰ Párrafo 48.

¹⁵¹ *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, Application no. 14553/89 14554/89, judgement of 26/05/1993, véase:

<http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22%20CASE%20OF%20BRANNIGAN%20AND%20MCBRIDE%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-57819%22%7D>

derecho como era en ese caso el derecho a la libertad y seguridad, el Tribunal podrá velar por su cumplimiento¹⁵².

Los problemas de hacer uso de la derogación como consecuencia de la lucha contra el terrorismo son muchos. Como en este análisis se repite en reiteradas ocasiones, las medidas antiterroristas de carácter represivo tienden a ser contraproducentes. Una legislación represiva, la respuesta armada o la supresión de derechos no son útiles para acabar con el terrorismo a largo plazo. Como recoge de su estudio la Comisión Internacional de Juristas: “*One of the most serious shortcomings, reported from many jurisdictions, was the tendency of the authorities to broaden discretionary powers, without ensuring corresponding forms of accountability.*”¹⁵³. Algo que sucede actualmente con el estado de urgencia francés. Mediante la derogación de los derechos recogidos en el Convenio, los Estados disponen de una amplia discrecionalidad a la hora de tomar decisiones que resultan invasivas y merman derechos básicos. Todo ello pese a la actitud controladora del Tribunal, que sólo interviene cuando la violación se ha producido.

Por último, un gran problema derivado de la derogación es el fenómeno conocido como “suspect communities”. Con estas palabras se describe el fenómeno derivado de la toma de medidas discriminatorias durante la derogación de derechos como consecuencia de la lucha contra el terrorismo, fenómeno que ha constatado tanto la Comisión Internacional de Juristas como la CNCDH. Lo usual cuando el terrorismo se enfrenta a la seguridad nacional es señalar a una minoría al entender que es la causa de dicha amenaza. En Francia, la CNCDH ya ha señalado que se está produciendo con los musulmanes: “*En touchant presque exclusivement des personnes de confession musulmane réelle ou supposée, et en aggravant le sentiment d’être victimes d’ostracisme, les mesures prises sur le fondement de la loi de 1955 compromettent la cohésion nationale.*”¹⁵⁴. Es un problema serio en tanto que, como se ha explicado anteriormente, poner en el punto de mira a un colectivo social recriminándoles y haciéndoles culpables de una situación que amenaza al conjunto de la sociedad significa dejar un hueco que, con casi toda seguridad, llenará el radicalismo.

¹⁵² Párrafo 38: “*The Court must therefore examine the validity of the Government’s derogation in the light of this provision. It recalls at the outset that the question whether any derogation from the United Kingdom’s obligations under the Convention might be permissible under Article 15 (art. 15) by reason of the terrorist campaign in Northern Ireland was specifically left open by the Court in the Brogan and Others case.*”

¹⁵³ INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, “*Human Rights versus Security?*” Assessing Damage, Urging Action, Ginebra, 2009, página 43.

¹⁵⁴ Vid. Párrafo 8:
http://www.cncdh.fr/sites/default/files/cncdh-avis_contre_un_etat_durgence_permanent-15.12.2016.pdf

Conclusiones

Es innegable que el nuevo terrorismo plantea un reto global para los Estados. La utilización de las nuevas tecnologías permite a las organizaciones terroristas mantener una actividad a nivel internacional sin necesidad de establecer grandes estructuras o realizar una gran inversión de dinero. Por tanto, ante esta nueva amenaza, los Estados deben replantear la acción contra el terrorismo ya que los métodos tradicionales dirigidos a hacer frente a organizaciones terroristas de carácter territorial y corte nacionalista o ideológico se han demostrado insuficientes. En este sentido, los Estados deben ser capaces de elaborar un discurso para combatir la propaganda que las distintas organizaciones terroristas, pero principalmente Daesh, distribuyen a través de internet.

La UE ha demostrado, a través de su gran esfuerzo normativo, que es necesario adaptar la legislación continuamente para poder hacer frente a las nuevas conductas que se desarrollan en el seno de las organizaciones terroristas. Además, hay que resaltar la evolución que la misma ha sufrido desde el año 2001 puesto que, en un principio, las cláusulas recogidas en los instrumentos legislativos destinadas a salvaguardar los derechos y libertades fundamentales parecían ser programáticas en lugar de reflejar una voluntad verdadera de garantía. La evolución, por tanto, ha sido positiva. No obstante, aún queda lejos de la normativa desarrollada por otras organizaciones internacionales como el Consejo de Europa en lo relativo a la prevención del terrorismo. La Unión, en la acción contra el terrorismo, debe tener presente que el fin de la misma es garantizar el libre desarrollo de los derechos y libertades fundamentales. En este sentido, debe mantenerse al margen de las corrientes políticas populistas y extremistas que surgen en los Estados miembros, y que solicitan medidas represivas sin importar la efectividad de las mismas. Como la organización ha reiterado en numerosas ocasiones cuando hacía uso de algún instrumento normativo, para hacer frente con eficacia al terrorismo es necesario hacer uso de medidas de carácter preventivo y basadas en la cooperación e intercambio de información.

De los casos francés y español se derivan dos modelos distintos para hacer frente al terrorismo. El modelo español, pese a ser mejorable, se impone al francés en tanto que ha desarrollado una legislación progresiva y permanente en el tiempo que ofrece mayor seguridad jurídica al tener las restricciones de derechos fundamentales origen en la propia Constitución. Sin embargo, el modelo francés se muestra ineficiente desde un doble punto de vista. En primer lugar, porque la retórica adoptada por los representantes del Estado, de un marcado carácter belicista, recuerda a la ya adoptada por la Administración Bush. Las consecuencias fueron y son evidentes. Pareciera que la nueva irrupción de un partido como el Frente Nacional ha obligado al resto de partidos políticos a acercarse a su peligroso discurso. En segundo lugar, la prolongación del estado de urgencia, que como mínimo estará vigente veinte meses, propicia que las instituciones opten por anteponer una supuesta eficacia al respeto de los derechos y libertades inherentes al Estado de Derecho. Pero, como se ha expuesto en el trabajo, el estado de urgencia no ha facilitado y ayudado en la lucha contra el terrorismo, sino que ha sido bajo los procedimientos ordinarios cuando se han realizado las operaciones más efectivas o, en todo caso, no se ha conseguido detener la oleada de atentados terroristas. En definitiva, en los Estados ha calado la falsa disyuntiva entre libertad y seguridad nacional.

Afortunadamente, todos los Estados miembros de la UE son parte del Consejo de Europa y, por tanto, están sometidos a la jurisdicción del TEDH. Éste se ha erigido como garante de los derechos y libertades en la acción contra el terrorismo. Es importante que los Estados sean conscientes de la subordinación plena a sus resoluciones y que adopten

las directrices que en las mismas se establecen en lugar de adoptar conductas amparándose en la seguridad nacional.

Por último, sobre la dicotomía libertad versus seguridad nacional es necesario hacer unas matizaciones. Existe una cita atribuida a Benjamin Franklin que dice lo siguiente: “*Aquellos que cederían una libertad esencial para adquirir una pequeña seguridad temporal, no merecen ni libertad ni seguridad.*”. La libertad y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales son el fundamento de la seguridad, ésta es necesaria en tanto que permite su libre ejercicio. Sin embargo, hoy día se plantea una falsa disyuntiva mediante la cual hay que elegir entre la una o la otra. La seguridad nunca puede ser un fin en sí mismo puesto que si se aparta de su objetivo último su utilidad se difumina. Es cierto que sin seguridad no hay libertad, pero sin libertad tampoco hay seguridad. Ambas son dos caras de la misma moneda que se necesitan recíprocamente. No debe extenderse la idea de que es necesario renunciar a libertades y derechos básicos para poder gozar de mayor seguridad. El terrorismo se ha planteado como una amenaza latente de difícil erradicación a corto plazo. Por ello, toda medida tomada bajo criterios de eficacia cortoplacista está destinada al fracaso. El terrorismo debe ser prevenido y requiere de una estrategia a largo plazo basada en la cooperación para acabar con él. Mientras esto no sea asumido por los Estados, la amenaza del terrorismo estará siempre activa.

Bibliografía

I- Fuentes doctrinales

AMNESTY INTERNATIONAL, THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, AND THE OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE AND THE OPEN SOCIETY EUROPEAN POLICY INSTITUTE, *European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Combating Terrorism and Replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA on Combating Terrorism*, febrero 2016.

CANO PAÑOS, M. "Reflexiones en torno al "viejo" y al "nuevo" terrorismo." *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2009.

CATALINA BENAVENTE, M. "La Directiva Europea (UE) 2016/681, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de los datos PNR en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia grave" *Diario La Ley, N°8801, Sección Doctrina, 12 de julio de 2016*.

CERRADA MORENO, M. "El terrorismo como elemento distorsionador del ordenamiento jurídico. Algunas reflexiones en torno a la reforma antiterrorista española de 2015 y el derecho penal del enemigo" *La Ley Penal, n°120*, Sección Legislación aplicada a la práctica, del 1 de mayo al 1 de junio 2016, Editorial LA LEY.

DE CARLOS IZQUIERDO, J. *La nueva Estrategia de Seguridad Europea 2016*. 2016.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. "Legislación antiterrorista en España" *SOS Attentats Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, París, 2003.

GARCÍA RIVAS, N. *La tipificación "europea" del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas*.

Humans rights and the fight against terrorism: The Council of Europe Guidelines, Council of Europe Publishing, marzo de 2005

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, "Human Rights versus Security?" *Assessing Damage, Urging Action*, Ginebra, 2009.

JIMÉNEZ FORTEA, J. "De la restricción de derechos a un derecho procesal del enemigo" Aniceto Masferrer (editor) *Estado de Derecho y Derechos Fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Editorial Aranzadi Thomson-Reuters.

JIMÉNEZ GARCÍA, F. "Activismo judicial en la evolución del Derecho Internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional" *Agenda Internacional Año XVII, N° 28*, 2010.

MORA TEBAS, J. A. *Yihad 3.3: La amenaza de los (combatientes) retornados*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2016.

MORAND-DEVILLER, J. "Réflexions sur l'état d'urgence" *Revista de investigações constitucionais*, volumen 3, n°2. Mayo/agosto 2016.

RUBIO GARCÍA, D. "Las Cláusulas de asistencia mutua y solidaridad introducidas por el Tratado de Lisboa: el refuerzo de la seguridad y la defensa en la Unión Europea" *OPEX-Observatorio de Política Exterior Española, Documento de trabajo 57/2011*.

RUIZ GRANADO, F. *La Estrategia de la UE contra el yihadismo en tiempos de ISIS*. 2015

SALINAS DE FRÍAS, A. "Detención, garantías esenciales y Estado de Derecho en la jurisprudencia del TEDH" *Revista de Derecho Político*, n° 79, UNED, Madrid, 2010.

SALINAS DE FRÍAS, A. “La lucha contra la impunidad en la guerra contra el terrorismo internacional: el derecho a la reparación” *Los Derechos Humanos frente a la impunidad: Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. X, 2009.

SALINAS DE FRÍAS, A. “The fight against terrorism and regional, economic and political integration: the European Union case, a successful system to be imported?” *International Terrorism and Changes in International Law*, Thomson Aranzadi, Ginebra 2007.

SÁNCHEZ DE ROJAS DÍAZ, E. *¿Nos encontramos ante una quinta oleada del terrorismo internacional?*, Instituto Español de Estudios Estratégico, 2016.

TENORIO SÁNCHEZ, P. “Constitución y legislación antiterrorista” *UNED – Revista de Derecho político* n° 71-72, enero-agosto 2008.

URREA CORRES, M. “Las cláusulas de asistencia mutua y solidaridad tras los atentados de París: la respuesta europea frente al terrorismo internacional” *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 57/2016, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2016.

II- Resoluciones, informes y legislación

Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo.

Decisión 2005/671/JAI del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo, DOUE n° L 253/22 de 29/09/2005.

Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008 sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, DOUE n° 210/1 de 6/08/2008.

Decisión del Consejo, de 24 de junio de 2014, relativa a las modalidades de aplicación por la Unión de la cláusula de solidaridad, DOUE n° L 192/53 de 1/07/2014.

Decisión Marco 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° L 386/89 de 29/12/2006.

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 L 320/21 de 9/12/2008.

Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, DOUE n° L 164 de 22/06/2002.

Déclaration contre un état d’urgence permanent, de 15 de diciembre de 2016, Commission Nationale Consultative des Droits de l’Homme.

Déclaration sur l’état d’urgence et ses suites, de 15 de enero de 2016, Commission Nationale Consultative des Droits de l’Homme.

Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave, DOUE n° L 119/132 de 4/05/2016.

Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco

2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, DOUE n° 88/6 de 31/03/2017.

Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de 23 de abril de 2013, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos terroristas y delitos graves.

Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

Posición común del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, relativa a la lucha contra el terrorismo.

Protocolo adicional del Consejo de Europa al Convenio para la Prevención del Terrorismo.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DOUE n° L 119/1 de 4/05/2016.

Reglamento 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, DOUE n° L 344 de 28/12/2001.

Reglamento 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° 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° L 139 de 29/05/2002.

Resolución 1269 (1999), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4053ª sesión, celebrada el 19 de octubre de 1999.

Resolución 1368 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión, celebrada el 12 de septiembre de 2001.

Resolución 1373 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.

Resolución 1390 (2002), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4452ª sesión, celebrada el 16 de enero de 2002.

Resolución 2091 (2016), de 27 de enero de 2016, aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Resolución 2178 (2014), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272ª sesión, celebrada el 24 de septiembre de 2014.

Resolución 2178 (2014), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272ª sesión, celebrada el 24 de septiembre de 2014.

III- Jurisprudencia

Audiencia Nacional

ST 65/2007 de la Audiencia Nacional, sección 2ª, de 31 de octubre de 2007

Tribunal Supremo

STS de la Sala Especial, de 27 de marzo de 2003.

TJUE

Sentencia del Tribunal De Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, relativa a los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada), de 21 de septiembre de 2005, relativa al asunto T-315/01

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Séptima), de 4 de diciembre de 2008, relativa al asunto T-284/08

TEDH

Aksoy v. Turkey, Application no 21987/93, judgement of 18/12/1996

Brannigan and McBride v. The United Kingdom, Application no. 14553/89 14554/89, judgement of 26/05/1993

Brogan and Others v. The United Kingdom, Applications nos. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, judgement of 29/11/1988

Engel And Others v. The Netherlands, Applications nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, judgement of 8/06/1976

Erdem v. Germany, Application no. 38321/97, judgement of 5/07/2001

Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, Applications nos. 12244/86; 12245/86; 12383/86, judgement of 30/08/1990

Gumis and Others v. Turkey Application No. 40303/98, final judgement of 15.06.2005

Ireland v. The United Kingdom, Application no. 5310/71, judgement of 18/02/1978

Kamil Öcalan c. Turquie, Application no. 20648/02, judgement of 12/12/2006

McCallum v. The United Kingdom, Application no. 9511/81, judgement of 30/08/1990

Rashid c. Bulgarie, Application no. 47905/99, judgement of 18/01/2007

Satik and Others v. Turkey, Application no. 31866/96, judgement of 10/10/2000

Tomasi v. France, Application no. 12850/87, judgement of 27/08/1992