

# Constitución Europea y terrorismo

 **Antonio F. Fernández Tomás**

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Castilla-La Mancha



Sumario: Introducción.- 1.- Actos de terrorismo y reacción de los Estado miembros en el marco de la Unión Europea. 1.1 Estrategia Europea de Seguridad (EES), Objetivos Estratégicos y Plan de Acción Revisado contra el terrorismo en la Unión Europea. 1.2 La Estrategia Europea de Seguridad (EES). 1.3 El Refuerzo de la Cooperación Operativa en el ámbito policial y judicial. 2.- El Plan de Acción Revisado y las medidas legislativas en la Unión Europea. El equilibrio entre la represión del terrorismo y la protección de los derechos fundamentales. 2.1 La Decisión marco sobre terrorismo, de 13 de junio de 2002. 2.2 La Decisión marco sobre la euroorden, de 13 de junio de 2002. Conclusión.



## Introducción

Tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, la Unión Europea adoptó un primer Plan de Acción antiterrorista. El objetivo era entonces ayudar a los norteamericanos a resolver los problemas causados por el terrorismo islámico y a prevenir su reiteración. Tras el 11-M, en el seno de la Unión se produce un mayor acercamiento político entre los EE. MM. que facilita la entrada en vigor de ciertas decisiones adoptadas tras el 11-S, así como la adopción de otras nuevas. El Consejo Europeo de 25 y 26 de marzo de 2004 adopta una Declaración contra el Terrorismo, dentro de la cual se formula una Estrategia Europea de Seguridad (EES) que incluye el Plan de Acción Revisado de la Unión Europea. En él se incluyen una serie de objetivos estratégicos y actuaciones de carácter táctico. Dentro de estas últimas destacan ciertas medidas legislativas, así como otras medidas operativas de cooperación policial y judicial. Con todo ello, se intenta componer un modelo europeo de respuesta que cobre autonomía respecto del rechazable modelo de “guerra contra el terror” preconizado por el Gobierno Bush.

A su vez, tras el éxito obtenido por la primera “Convención”, que redacta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea para que sea aprobada en la Cumbre de Niza, en diciembre de 2000, una segunda Convención trabaja en la redacción de un borrador constitucional, que finalmente va a ser adoptado por la una Conferencia Intergubernamental, siendo denominado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. El proyecto constitucional y la Estrategia antiterrorista van creciendo por tanto como dos procesos paralelos en la Unión Europea, y es lógica la existencia de una recíproca interacción entre ambos.

El *modelo norteamericano*, concibe el terrorismo como un problema de *defensa*, y aplica para su “solución” fórmulas militares. La actuación de las coaliciones lideradas por los EE. UU. en Afganistán e Irak pone de manifiesto las pautas de ese modelo que no respeta ni la Carta de las Naciones Unidas, ni el trato que el Derecho internacional humanitario exige para los combatientes y prisioneros de guerra. En el ámbito *externo*, el modelo norteamericano intenta encubrir los fallos de una política de seguridad interna con un recurso fácil a la superioridad militar. Pero los objetivos formulados por la *Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América*<sup>1</sup> van mucho más allá de una eventual respuesta a la amenaza terrorista, defendiendo el derecho a intervenir en cualquier Estado cuyo modelo no se ajusta al propuesto por los propios norteamericanos. El modelo norteamericano de respuesta al terrorismo se basa en la represalia militar, (Afganistán) y en la “guerra preventiva” (Irak). Sin perjuicio de la calificación que merezcan con arreglo al Derecho internacional estas actuaciones, en lo relativo a la lucha contra el terrorismo hasta ahora sus métodos no han demostrado mayor eficacia que los vinculados a la *rule of law*. Pese a las recientes elecciones, el Irak posterior a la intervención armada de la coalición es un nuevo Estado fallido que constituye el caldo de cultivo ideal para las huestes de Al-Qaeda. Luego paradójicamente la intervención militar en Irak, lejos de ser una nueva victoria en la “guerra contra el terror”, constituye un error estratégico en esa lucha. Y es que las intervenciones armadas perjudican la estabilidad de las relaciones internacionales añadiendo nuevos problemas geoestratégicos susceptibles de repercutir gravemente en terceros Estados, como demuestran lamentablemente en España los atentados del 11-M.

En el ámbito que debería estar sujeto a su *jurisdicción interna*, la “guerra contra el terror” suspende las garantías propias del Estado de Derecho y es capaz de originar situaciones tan anormales como las sufridas por los “combatientes ilegales” capturados en Afganistán, como revela la situación de los presos en Guantánamo. El modelo americano suprime las garantías del Estado de derecho, al impedir el acceso de los detenidos a un abogado y a un juez independiente e imparcial. A juzgar por las privaciones sufridas por los prisioneros talibanes en Guantánamo, así como por las repugnantes violaciones de derechos humanos acaecidas en las cárceles iraquíes, cabría pensar que los norteamericanos conciben la lucha contra el terrorismo como una guerra en la que no rigen las reglas protectoras de los derechos fundamentales. Parece como si para la Casa Blanca no importara que sus métodos se ajustasen a las reglas del derecho siempre que resultasen eficaces.

---

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

Por el contrario, *el modelo europeo* concibe la respuesta al terrorismo como un problema de seguridad interior. La respuesta que el marco jurídico internacional puede ofrecer frente a los actos de terrorismo debe basarse en el principio de cooperación, no en las supuestas excepciones al principio de no intervención. Es conveniente comparar con la norteamericana la actitud del gobierno español tras el 11-M. ¿Alguien ha llamado a la legítima defensa europea frente al ataque armado procedente de algún Estado árabe tras el 11-M? ¿O más bien se ha intentado hacer frente al problema por vía policial y judicial? ¿Se ha promovido una intervención armada en Marruecos, o por el contrario, se ha solicitado la cooperación policial del Estado magrebí? ¿No se ha llevado a cabo precisamente un acercamiento a Marruecos para facilitar el flujo de información policial antiterrorista entre el Magreb y Europa? ¿No será la cooperación una vía de solución más adecuada que la intervención armada? Precisamente durante su comparecencia ante la Comisión Parlamentaria que investiga los hechos del 11-M, el Presidente Zapatero ha salido al paso de eventuales imputaciones de responsabilidad al Estado marroquí revelando la estrecha colaboración prestada por las fuerzas de seguridad marroquíes, primero tras el 11-S, y luego tras el 11-M<sup>2</sup>.

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

A su vez, una actuación judicial eficaz que apoye la lucha policial contra el terrorismo precisa una modernización importante de las normas y procedimientos legales. A ello responden ciertas decisiones marco adoptadas por la Unión Europea, las más importantes de las cuales son la decisión marco sobre terrorismo y la decisión marco sobre la euroorden. No obstante, en un Estado de Derecho –o en una Comunidad de Derecho como la Unión Europea- la actuación de los cuerpos de seguridad debe estar sujeta a un control político y a un control judicial. En un Estado de Derecho, los perseguidos por la justicia poseen ciertas garantías formuladas por los más elevados parámetros del sistema. Así, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa incluye en su Parte II

---

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

las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (arts. II-61 a II-114), dentro de las cuales se contemplan las relativas a la Dignidad (Título I), las Libertades (Título II), y la Justicia (Título VI). Dentro de cada uno de estos títulos existen derechos y libertades fundamentales que pueden quedar afectados en la persecución de un delito de terrorismo. Su inclusión en la Parte II de la Constitución europea supone una garantía de su respeto al más alto nivel. Ahora bien, la extensión de tales derechos y libertades no es ilimitada, y puede verse constreñida en determinados supuestos de modo razonable y proporcionado. En suma, el modelo europeo de represión del terrorismo trata de mantener un equilibrio entre la modernización de las normas que permitan una agilización de los procesamientos penales y entrega de delincuentes a los órganos judiciales de otros EE. MM., y las posibilidades de defensa del acusado durante tales procesamientos.

Hay que subrayar otra diferencia básica entre el sistema penal norteamericano y el europeo, cual es el mantenimiento en el primero de la pena capital y del llamado “corredor de la muerte”. Por el contrario, la máxima pena no ha sido aplicada desde 1983 en ninguno de los Estados miembros de la Unión Europea. El art. II-62.2 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa refuerza esta situación al reiterar que nadie podrá ser condenado a muerte ni ejecutado en la Unión Europea. De modo coherente con tal premisa, la jurisprudencia del TEDH (a partir de la sentencia *Soering*<sup>3</sup>), considera la entrega de un condenado que corra el riesgo de ir a parar al “corredor de la muerte” contraria a las obligaciones derivadas del CEDH para un Estado parte, lo cual equivale a considerar la permanencia en el citado corredor como un “trato inhumano o degradante”, contrario al art. 3 del CEDH. Esta situación jurídica conlleva ciertas consecuencias a la hora de plantear la extradición de un delincuente a los EE. UU. (Acuerdos de junio de 2003), pues algunos Estados miembros de la UE condicionan la extradición del mismo a la seguridad de que no le será aplicada la pena capital<sup>4</sup>.

---

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

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

## **1. Actos de terrorismo y reacción de los Estados miembros en el marco de la Unión Europea**

El Parlamento Europeo, en una resolución sobre la estrategia seguida contra el terrorismo un año después del 11-S, afirmaba que “la turbulencia diplomática, social y económica ocasionada por las intervenciones torpes puede dar lugar a reacciones que podrían obstaculizar los esfuerzos futuros para garantizar la resolución pacífica de los conflictos”, manifestando su nula fe en que “una estrategia de ataques preventivos sea la manera más eficaz de combatir el terrorismo”, pues “el concepto de seguridad colectiva se basa principalmente en planteamientos no militares para la prevención de conflictos con objeto de eliminar las raíces de los mismos en vez de intentar combatir los fenómenos que de ellos se derivan”. Los gobiernos europeos, reunidos durante la Cumbre de 25 y 26 de marzo de 2004, pocos días después de los atentados del 11-M, son coherentes con la tesis de que el terrorismo islámico forma una red desterritorializada, y por tanto actuar militarmente contra el territorio de un Estado no conduce a nada útil para acabar con ella. ¿Qué modelo de respuesta adoptan los Estados miembros en el marco de la Unión Europea?

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

Tras el 11-S la Unión Europea diseñó un primer Plan de Acción contra el terrorismo internacional que abarcaba una serie de medidas legislativas junto a otras operativas. Los atentados del 11-M sirvieron de acicate para que los gobernantes de la UE aceleraran de nuevo la iniciativa anteriormente emprendida. Es así como, quince días después de la matanza de Atocha, se reúne el Consejo Europeo los días 25 y 26 de marzo. Las Conclusiones de la Presidencia del mencionado Consejo recogen una “Declaración contra el terrorismo”, un “Plan de Acción Revisado” y una “Declaración sobre la Cláusula de Solidaridad”. Este conjunto de textos es de una importancia política incuestionable. Sin embargo, no puede ocultarse que resultan documentos de redacción apresurada.

Se marcan en estos textos una serie de objetivos en política exterior y en política de seguridad de la Unión. En el marco de la política exterior se busca el fortalecimiento del consenso internacional y la masiva ratificación de los convenios internacionales contra el terrorismo. En el marco de la política de seguridad preocupa especialmente el control de las fronteras exteriores de la Unión, reforzando tanto la seguridad en el transporte internacional, como la restricción del acceso a los recursos financieros por parte de las organizaciones terroristas<sup>5</sup>. Al mismo tiempo, se persigue optimizar la eficacia de los sistemas de información (SIS, SIS II, VIS) vinculados al desarrollo del acuerdo de Schengen. Finalmente, son básicos los textos legislativos relativos a la tipificación de

---

• 5 El 5 de noviembre de 2004 el Consejo Europeo adoptó el llamado Programa de La Haya, que prevé la adopción de ambiciosas medidas en el campo del intercambio de información, control de fronteras, seguridad en los documentos y cooperación policial y judicial.

conductas constitutivas de delito de terrorismo, agilización del procesamiento de los acusados de tales delitos, y modificación del marco genérico del blanqueo de capitales para adaptarlo a los problemas planteados por la financiación del terrorismo.

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

## **1.2. La Estrategia Europea de Seguridad (EES)**

Dentro de la Estrategia Europea de Seguridad existe una serie de Objetivos Estratégicos, para cuya consecución (ya a un nivel "táctico"), sería preciso un Plan de Acción compuesto básicamente por ciertas medidas legislativas europeas, de necesaria transposición a los ordenamientos internos, así como por un refuerzo de la cooperación operativa entre las instituciones de la Unión Europea y los correspondientes órganos nacionales. Es precisa una revisión del estado de transposición al derecho interno y aplicación práctica de las normas aprobadas tras el 11-S. De ahí el nombre de Plan de Acción "*Revisado*", pues su contenido es doble. De un lado lograr la plena aplicación de lo ya aprobado. De otro adoptar nuevas medidas legales complementarias y modificar alguna de las anteriores. Los textos del Consejo Europeo incluyen dentro de la denominada Estrategia Europea de Seguridad tres géneros de actuaciones.

En primer lugar, la coordinación interinstitucional. Hay en la EES un evidente refuerzo de la vertiente institucional creando una cadena de toma de decisiones que va desde el propio Consejo Europeo hacia el Secretario General/Alto Representante de la Unión Europea, a cuya propuesta se decide el nombramiento de un Coordinador de la lucha contra el terrorismo, que recae en el holandés Gijss De Vries, directamente dependiente de Javier Solana. A ello se añadiría el eterno problema de la coordinación. Existen interacciones entre las actuaciones de los ministerios de Interior, Exteriores, Defensa, Justicia y Economía y Hacienda. Cada uno de ellos tiene aspectos del problema bajo sus competencias, pero ninguno de ellos puede abordar con éxito la tarea por sí sólo. La coordinación de las actuaciones de todos esos departamentos bajo una mano única constituye una necesidad de primer orden para poder actuar rápida y eficazmente. Dicha necesidad tienen además en el marco de la UE una dificultad adicional en la medida en que en todos los ámbitos mencionados hay competencias compartidas entre los EE. MM. y la UE, sin que sea nítido el reparto de las mismas

entre los Estados y la organización, sino más bien fruto de una dinámica de atribución competencial progresiva. La conclusión lógica en este ámbito debería ser pues, el refuerzo de la coordinación interinstitucional, tanto en el plano europeo, como en el de la coordinación de las instituciones equivalentes de los diversos EE. MM., entre sí y con las europeas.

Dentro de una Estrategia Europea a largo plazo es vital abordar las causas del fenómeno terrorista, intentando atajarlas de raíz. En esa línea se hace conveniente la actuación de la UE en el marco de la *PESD*, participando en la estabilización de los conflictos regionales, desde el conflicto palestino a los Balcanes, que puedan constituir un caldo de cultivo idóneo para el nacimiento de nuevas organizaciones terroristas o el reclutamiento de nuevos efectivos para las ya existentes. En ese orden de cosas tiene encaje una política de prevención, mantenimiento y consolidación de la paz directamente llevada a cabo por la Unión Europea en los Balcanes<sup>6</sup>, que ya ha comenzado en Bosnia<sup>7</sup> y Macedonia<sup>8</sup>. El objetivo político sería que la población de estos países diferenciara las misiones de paz de la Unión Europea de las fuerzas armadas de ciertos Estados. Al propio tiempo, se trata de que la Unión Europea vaya asumiendo las propias capacidades de defensa y seguridad en su zona geoestratégica sin necesitar la colaboración de potencias ajenas a la misma, como alguna de las que forman parte de la OTAN.

A su vez, el art. II-309 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa prevé que “Todas esas misiones podrán contribuir a la lucha contra el terrorismo, entre otras cosas mediante el apoyo prestado a terceros países para combatirlo en su territorio”. La enumeración de tipos de misiones que se efectúa en la primera parte del artículo es muy amplia, comprendiendo las humanitarias, de rescate, las de asesoramiento y asistencia militar, prevención de conflictos y mantenimiento de la paz, misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de la

---

• 6 En el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa desaparece la previsión de subordinación de la defensa europea a la OTAN, en su día formulada por el art. 17.1.3 del TUE, tanto en el actual art. I-16, como en los relativos a la PESC (III-294 y ss.) y a la PESD (III-309 y ss.). El art. 17.2 TUE preveía las llamadas *Misiones Petersberg* (misiones humanitarias, de gestión de crisis, de mantenimiento y de restablecimiento de la paz). Dicho articulado fue desarrollado por medio de posiciones comunes del Consejo, y sobre todo por las conclusiones adoptadas en el Consejo de Colonia en 1999, en las cuales se afirmó que “el Consejo debe tener la capacidad de tomar decisiones en toda la serie de tareas de prevención de conflictos y gestión de crisis definidas en el TUE”. Estas fuerzas de intervención europeas tienen capacidad autónoma para ejecutar mandatos de la UE, siendo operaciones militares llevadas a cabo por la Unión sin el auxilio de ninguna otra Organización Internacional. En el Consejo Europeo de Sevilla (2002), la UE confirmó que estaba en condiciones de “asumir operaciones de gestión de crisis” y asumió la Misión de Policía (MPUE) en Bosnia, relevando a la correspondiente OMP de la ONU el 15 de diciembre de 2003 (Operación PROXIMA).

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

• 8 La primera operación de “gestión de crisis” en la que la UE sustituye a la OTAN ha sido la “Operación Concordia” iniciada en la primavera de 2003 en Macedonia, en virtud de la cual las fuerzas de la UE han sustituido a las de la OTAN en ese país.

crisis, restablecimiento de la paz, y estabilización al término de un conflicto. La variedad de posibilidades de colaboración de tales misiones con las fuerzas de seguridad del Estado territorial es tan amplia que se ha preferido recurrir a una cláusula abierta y una mención a título de ejemplo en la que no se menciona el consentimiento previo del Estado territorial para que la actuación de las fuerzas europeas pueda llevarse a cabo. Obsérvese a este respecto la sutil diferencia entre este supuesto –relativo a la actuación de tales fuerzas en un Tercer Estado- y el previsto en el III-329 (Aplicación de la Cláusula de Solidaridad), que exige “la petición de las autoridades políticas” del Estado que es víctima del ataque terrorista para enviar fuerzas cuando tal Estado es un Estado miembro. Ciertamente, la existencia de un concepto tan fluido como el de “gestión de crisis”, que en el marco precedente de la OTAN ha servido para que esta organización asumiera operaciones “no artículo 5”, esto es, más allá de cualquier posible actuación en el marco de la legítima defensa, hace cuestionarse sobre si sería necesario el previo consentimiento del Estado territorial<sup>9</sup> para que pudiera llevarse a cabo una intervención (perdón, una operación) de este tipo.

Dentro del ámbito de la política exterior comunitaria, se adopta como anexo final a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de marzo de 2004 una “*Declaración sobre la solidaridad contra el terrorismo*” cuyo tenor literal despertó cierto eco en los medios de comunicación. Su redacción parece evocar subliminalmente el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte en la medida en que hace una llamada a algo que aparenta ser una “legítima defensa” colectiva contra el terrorismo (en el sentido del conocido precepto del Tratado de Washington), pero que sin embargo no pasa de ser una “legítima ayuda” que todos los EE. MM. de la UE prestarán conjuntamente al Estado miembro víctima de un atentado terrorista, o una catástrofe natural. En caso de producirse dicho supuesto, la Unión movilizará todos los instrumentos de que disponga, “incluidos los medios militares puestos a su disposición por los EE. MM.”. Ubicada en su contexto, que no es otro que el art. 42 del entonces proyecto constitucional europeo, la declaración no pasaba de ser un texto político que ponía de manifiesto la importancia de la solidaridad colectiva ante la catástrofe sufrida por un pueblo amigo, y no era merecedor de suspicacia alguna, puesto que se integra plenamente dentro marco constitucional europeo, no siendo más que una glosa del hoy art. I-43 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Y ello porque la actuación conjunta de los restantes EE. MM. prevista en el articulado constitucional, tenga como fin el de prevenir la amenaza terrorista, el de proteger a las instituciones democráticas y a la población civil, o el de asistir al Estado víctima en su territorio, *se efectuará siempre a petición de sus autoridades políticas*. Ello implica un claro límite a la “solidaridad colectiva” interpuesto por la propia soberanía del Estado víctima, quien posee “la competencia exclusiva (...) para solicitar la aportación de asistencia común”, y por tanto se aleja de los contornos de una posible potenciación de la “injerencia humanitaria” en asuntos de un Estado víctima del terrorismo. Desde una

---

• 9 CARDONA LLORÉNS, J., “Las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas: ¿hacia una revisión de sus principios fundamentales”, *CEBDI*, vol. VI, 2002, pp. 765-891.



óptica de Derecho Internacional Público, se trataría pues de una variante más de la “asistencia humanitaria” a un Estado que sufre un atentado o una catástrofe. En estos casos suelen emplearse efectivos de las fuerzas armadas, sí, pero combinados con los proporcionados por las ONG, y actuando en labores de vigilancia del orden público, socorro, y asistencia a las víctimas.

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

Dentro del marco que supone la Estrategia Europea de Seguridad se formulan algunos Objetivos Estratégicos más concretos dentro del marco de la PESC, tanto en el ámbito genérico de la Política Exterior, como en el de la Política Comercial. Así, en la primera vertiente, sería preciso fortalecer el consenso en el afianzamiento de la red convencional antiterrorista sustentada por las Naciones Unidas logrando la mayor participación posible en los diez tratados antiterroristas hasta ahora existentes, amén de la celebración de un nuevo convenio general en la materia. Por otra parte, dentro de la *Política Comercial* comunitaria se hace precisa la inclusión de una *cláusula antiterrorista* –del tipo de la conocida “democracia/derechos humanos”– que permita suspender la ayuda financiera y las preferencias arancelarias o comerciales otorgadas al gobierno de un Estado que apoya o sirve de refugio a organizaciones terroristas, o que no colabora suficientemente en la lucha contra el terrorismo internacional.

### **1.3. El Refuerzo de la Cooperación Operativa en el ámbito policial y judicial**

En este marco es necesario, en primer lugar, *optimizar la eficacia de los sistemas de información*, esto es, los Sistema de Información de Schengen (SIS y SIS II), el Sistema de Información de Visados (VIS), y en un futuro próximo el intercambio de información personal en lo relativo a los datos biométricos. El Sistema de Información de Schengen (SIS) es definido como “una compleja base de datos que posibilita el intercambio de datos entre las autoridades policiales y judiciales pertinentes en el ámbito de las investigaciones sobre personas y bienes. Información

relacionada, por ejemplo, con individuos sobre los que penden órdenes de detención o extradición, o sobre obras de arte y vehículos sustraídos”. Este sistema es aplicado por los trece países con fronteras exteriores de la Unión que están dentro del sistema de cooperación reforzada que supone el Acuerdo de Schengen (los quince, menos Reino Unido e Irlanda), de 14 de junio de 1985, completado por un Protocolo, de 25 de junio de 1991, relativo a su aplicación. Estos dos tratados básicos son completados por una serie de normas de derecho derivado que componen lo que se suele denominar el “acervo de Schengen”. Esas medidas adoptadas por las instituciones deben aceptarse en su conjunto por cualquier nuevo Estado que sea candidato a adherirse al acuerdo de Schengen. La limitación de dicho acervo viene establecida por la Decisión del Consejo 1999/435/CE.

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

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

Por último, de modo concordante con las iniciativas ya adoptadas en los EE. UU., está prevista la adopción de normas que plasmen la propuesta de la Comisión relativa a la incorporación de los datos biométricos de las personas en pasaportes y visados de la UE. A iniciativa del Comisario para Asuntos de Justicia e Interior, Antonio Vittorino, la Comisión Europea ha elaborado una Comunicación sobre la lucha contra el terrorismo que propone la creación de un *Registro Europeo de Antecedentes Penales*, para mejorar los intercambios de información policial. En dicho registro figurarían todas las “infracciones terroristas y relativas a un grupo terrorista, de las cuales los EE. MM. tengan conocimiento, incluida la participación en las actividades de un grupo terrorista mediante cualquier forma de financiación, así como la incitación, la complicidad y la tentativa”. También propone la

Comisión que la UE adopte una norma que obligue a los operadores telefónicos y a los proveedores de Internet a conservar los datos de las operaciones realizadas durante un periodo de dos o tres años, a fin de facilitar las eventuales investigaciones policiales.

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

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

*EUROPOL* es una gigantesca base de datos que debería ser común a las policías de los EE. MM. partes en el convenio Europol, si bien, mediante acuerdos específicos también puede recibir y transmitir datos a terceros Estados. La base de datos está gestionada por una oficina, a cuyo frente está un Director –nombrado por el Consejo– y un Consejo de Administración, compuesto por un representante de cada Estado miembro. Al margen de esa estructura orgánica interna existe una autoridad de control común independiente que supervisa las actividades de la oficina con el fin de poder garantizar que el almacenamiento, el tratamiento y el uso de los datos personales no perjudica los derechos fundamentales de las personas, aspecto éste en el que la Comisión y sobre todo el Parlamento Europeo ponen especial énfasis. Se trataría ahora de incentivar su uso, desarrollando la figura del corresponsal nacional que tiene acceso a esas bases de datos, así como las relaciones mutuas entre las dos redes. Al propio tiempo hay que acentuar su sinergia con los denominados equipos de investigación policial conjunta. Con todo ello se podría desarrollar un considerable cúmulo de información que cumpliría una importante función preventiva.

## **2. El Plan de Acción Revisado y las medidas legislativas en la Unión Europea. El equilibrio entre la represión del terrorismo y la protección de los derechos fundamentales**

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

En el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, dentro del Capítulo IV relativo al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, existe una primera sección sobre disposiciones generales, entre las que se encuentran los arts. III-257 y III-262. Entre ellos existe un sutil equilibrio al que conviene hacer referencia, pues si bien según el art. III-257 “la Unión se esforzará por garantizar un nivel adecuado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia (...) así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”, ello se entenderá sin perjuicio de “las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior” (III-261). Por tanto, de un lado la Unión se encargará de proporcionar un marco común legislativo, así como de promover la cooperación entre los Estados en el seno de órganos e instituciones. Pero de otro, siguen siendo los propios Estados quienes conservan las competencias primordiales en la materia, lo cual permite afirmar que siguen siendo los Estados quienes gobiernan su propia seguridad. Es por tanto ese equilibrio de competencias entre la Unión y los EE. MM. el que va a marcar la dinámica en la materia.

Pero hay otro equilibrio que también preocupa a las instituciones europeas. En la Unión Europea la represión del terrorismo debe efectuarse sin merma de la garantía de los derechos fundamentales de las personas. Esa premisa constituye el sello distintivo más relevante del modelo europeo de respuesta frente al terrorismo frente al norteamericano. Para que el respeto de los derechos fundamentales sea verosímil deben existir controles a varios niveles. Además del control judicial de los actos de las instituciones, y de los actos de los EE. MM. en el desarrollo y la ejecución de los actos comunitarios, el Parlamento Europeo exige un control de la actuación policial y judicial para acreditar que se respetan los derechos fundamentales durante las respectivas actuaciones.

Hay que entender que la preocupación del PE no se refiere tan sólo a que quienes sean acusados de un delito de terrorismo en el interior de un Estado miembro sean capaces de beneficiarse de una tutela judicial efectiva y un juez independiente e imparcial, sean presumidos inocentes mientras no se demuestre lo contrario, y no sean condenados dos veces por el mismo delito, o no sean acusados de la comisión de conductas que no constituían delito previamente a los hechos juzgados (Título Sexto “*Justicia*”, Parte II). Además de todo ello, al PE le preocupa que en nombre de la seguridad ciudadana los poderes públicos impongan excesivas restricciones al ejercicio de los derechos y libertades públicas, y que las disposiciones adoptadas por los EE. MM. en esa línea “afecten directa o indirectamente a ciertos grupos vulnerables y a los movimientos sociales”, detallando entre los más afectados a los sindicatos, las asociaciones de defensa de los derechos fundamentales, los inmigrantes y los refugiados.

El modelo europeo persigue, por una parte *armonizar la tipificación del terrorismo* en las legislaciones de los EE. MM., y por otra *agilizar la entrega de detenidos* entre los diversos EE. MM., en toda la medida compatible con el respeto a los derechos fundamentales. El nuevo modelo legislativo busca sustituir la extradición (aunque ya estuviera sujeta a procedimientos simplificados entre los EE. MM. de la Unión<sup>10</sup>), por una orden de detención y entrega europea que permita una eficacia simultánea de las decisiones judiciales en el ámbito de los veinticinco. En estas dos materias, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en su Parte III, establece unos principios básicos sobre la *cooperación judicial en materia penal* a los que conviene hacer referencia. Se trata, por un lado, del *principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales* en todas sus formas, sentado en el art. III-270.1.a), previéndose que para adoptar normas mínimas en la materia se adopten las correspondientes leyes marco europeas con el fin de conseguir la armonización de las legislaciones de los Estados miembros. Por otro lado, el art. III-271, asegura que la ley marco europea podrá establecer *normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales* en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza, mencionando entre los ámbitos delictivos de este género al terrorismo, el tráfico ilícito de armas y el blanqueo de capitales.

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

---

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

blanqueo. Por otra con una legislación que permita bloquear los fondos ligados a organizaciones terroristas, para poder actuar con una finalidad preventiva, esto es, cortando la financiación antes de que se produzcan los atentados alimentados con ella. Es inviable en el reducido marco de este trabajo efectuar una referencia más amplia a este conjunto normativo.

## **2.1. La decisión marco sobre terrorismo, de 13 de junio de 2002**

El 19 de septiembre de 2001 fue propuesta por la Comisión para su aprobación por el Consejo la decisión marco sobre terrorismo. La propuesta de la Comisión fue aprobada con ciertas variaciones por el Consejo el 13 de junio de 2002. Las decisiones marco, en virtud de lo establecido en el art. 34.2.b) del TUE, carecen de efecto directo, por lo cual, a semejanza de las directivas, no es posible una aplicación directa de sus disposiciones a los particulares sin intermediación de una norma nacional. No obstante, a diferencia de las directivas, no cabe invocar un efecto directo vertical de sus disposiciones por el particular cuando un Estado miembro haya incumplido la obligación de trasponer su contenido o lo haya hecho incorrectamente, pues el art. 34.2 TUE, en sus apartados b) y c), es taxativo al afirmar que las directivas y decisiones marco en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal “no tendrán efecto directo”, a diferencia del art. 249 (ex 189 TCE), que conserva la primitiva redacción relativa a las directivas (en el ámbito del TCE) y no incluye expresamente ese inciso. Será preciso pues llevar a cabo una constante labor de seguimiento de la actividad de transposición, tarea que lleva a cabo la Comisión, en su caso el Consejo, y en la escasa medida de sus competencias –contempladas por el art. 35.7, en relación con el 34.2 del TUE- el propio Tribunal de Justicia.

Todavía hoy, tan sólo seis de los Estados miembros de la Unión (Alemania, Italia, España, Reino Unido, Francia y Portugal) poseen legislación específica o tipos penales especiales sobre terrorismo. Y es que sólo dos de los Estados miembros (España y el Reino Unido) han sido incapaces de erradicar el terrorismo de su suelo. En los Estados sin legislación específica, la mayoría de las conductas constitutivas de un acto de terrorismo se castigan como delitos comunes, aunque no son perseguidas como tales, normalmente, la mera participación una organización de este tipo. Ciertamente, la mayor parte de las conductas constitutivas de un delito de terrorismo podrían ser constitutivas de delitos comunes. De hecho, la conducta constitutiva de un homicidio o de un secuestro constituye un delito común bajo el parámetro de cualquier código penal, sin necesidad de llevar aparejada ninguna intención especial. Sin embargo, lo que distingue a un delito de terrorismo de un delito común es el elemento subjetivo, la intencionalidad inherente al delito terrorista (intimidar a la sociedad y/o destruir las estructuras políticas de un Estado). Ante esa situación, es conveniente un esfuerzo armonizador de legislaciones penales en esta materia, estando previsto, en el art. III-271 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el establecimiento de normas mínimas por medio de una ley marco europea. Además, así se evitarían situaciones que pueden romper el

requisito usual (doble tipificación, o “doble criminalización”) en un procedimiento de extradición<sup>11</sup>, y que pudieran provocar una instintiva repugnancia en el juez que debiera ejecutar resoluciones judiciales ajenas ordenando la entrega de un detenido, cuando no se diera esa misma tipificación de la conducta en su propio derecho penal. Sin embargo, la euroorden va a suponer un cambio diametral y un importante avance en la concepción de la situación.

Introducir un concepto único de terrorismo en las legislaciones de todos los Estados miembros de la Unión Europea no es imprescindible para reprimir adecuadamente las conductas constitutivas de un delito de terrorismo en el marco de la Unión. Se puede emplear otra vía técnica consistente en unificar un listado de conductas (homicidio, lesiones, secuestro, apoderamiento ilícito de aeronaves o buques, fabricación, tenencia ilícita o adquisición de armas o explosivos, destrucciones masivas, incendios, explosiones, y las demás previstas en el art. 1 de la decisión marco 2002/475/JAI, incluida la amenaza de llevar a cabo cualquiera de las anteriores conductas), que de suyo constituyen delitos comunes, y armonizar unos elementos intencionales añadidos (intimidar gravemente a la población, obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, desestabilizar gravemente las estructuras políticas de un país) susceptibles de convertir esas conductas (ordinariamente constitutivas de delitos comunes) en delitos de terrorismo cuando se adicione tal elemento subjetivo. Esta vía facilita la persecución de los delitos de terrorismo en los países todavía reacios a adoptar una legislación especial en la materia.

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

Al margen de lo anterior, la mera participación en una organización o grupo terrorista, y con más motivo el hecho de dirigirla o crearla, es, de suyo, constitutiva de delito (delito de participación). Y requiere el empleo legal de un concepto de organización o grupo terrorista. Para evitar el debate político que pudiera acarrear la definición del término “organización terrorista”, la norma comunitaria no hace sino adaptar el concepto previo de “organización criminal”, ya contemplado en la Acción Común del Consejo de 21 de diciembre de 1998. Según ésta, aquella sería una “asociación

---

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

estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos”. Si al texto anterior le añadimos la palabra terrorismo (“delitos de terrorismo”), compondremos fácilmente el concepto de “grupo terrorista” incluido inicialmente en la Posición Común del Consejo de 27 de diciembre de 2001 (2001/931/PESC). De allí pasa a ser reproducido casi literalmente en el art. 2 de la directiva (“Delitos relativos a un grupo terrorista”), del modo siguiente: “organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto periodo de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo”. Consecuentemente, el art. 2 de la directiva incluye entre los delitos relativos a un grupo terrorista, tanto la dirección del mismo, como la mera “participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista”.

No obstante, quizá el aspecto más endeble de la estructura jurídica construida por la directiva 2002/475 sea el integrar en el elemento objetivo del tipo una locución que estaba de más, y que procede precisamente del art. 1.3 de la Posición Común 2001/931/PESC. Me refiero a la consideración de que acto terrorista es (¿solamente?) el “acto intencionado que, *por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional*, tipificado como delito según el Derecho nacional, cometido con el fin de (...)”. Que la resaca del 11-S pudiera influir en la conceptualización inicial en la Posición Común de ese requisito –que parece referirla tan sólo a un atentado masivo- puede ser disculpable, partiendo del intento de reflejar jurídicamente aquél gran atentado. Pero no que haya pasado a formar parte del concepto finalmente formulado por el art. 1.1 de la directiva 2002/475/JAI, dejando fuera del tipo –aparentemente- a las conductas terroristas de carácter aislado o no masivo. En una interpretación literal del tipo, quedarían fuera del mismo aquellas gravísimas conductas listadas en el propio art. 1, incluso llevando involucrada una inequívoca intención terrorista, si no producían un resultado tan tremendo como para *lesionar gravemente* (dice el texto definitivo) a un país o a una organización internacional. ¿Qué ocurre entonces con la bomba lapa bajo el coche de un concejal, con el secuestro de un funcionario de prisiones, o con la amenaza a un profesor de la Universidad del País Vasco? ¿Son suficientemente lesivas para un país, teniendo en cuenta la naturaleza y el contexto de tal conducta? ¿O no son delitos de terrorismo según la norma europea?

Para la mejor aplicación de esta decisión marco pareció conveniente la elaboración de un listado de organizaciones terroristas por el Consejo, en la ya citada Posición Común de 28 de diciembre de 2001<sup>12</sup>, adoptada cuando ya existía una propuesta de Decisión marco sobre terrorismo

---

<sup>12</sup> La Posición Común del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (2001/93/PESC; -DOCE L 344/93, de 28 de diciembre de 2001), incluye como Anexo un listado de personas, grupos y entidades. Dentro de los grupos y entidades están los irlandeses, sólo un par de grupos islámicos (Hamas y Djiyahad islámica Palestina), ETA y las entidades de su entorno KAS, Ekin, kaki, Jarrai-Haika-Segi y Gestoras Pro-amnistía, pero no estaban originalmente Herri Batasuna ni Euskal Herritarrok.



adoptada por la Comisión, pero todavía no se había producido la intervención final del Consejo. En ausencia de una definición más precisa de organización o grupo terrorista puede ser muy conveniente ilustrar la norma con un anexo de este tipo. Ahora bien, es discutible si para confeccionar ese listado o para modificarlo con nuevas inclusiones, era necesario emplear un procedimiento de urgencia, esquivando la participación del Parlamento Europeo en el control de la inclusión, o no, de una organización en el mismo.

Pero es una lástima que la aplicación de esta importante Decisión marco se vea tan ralentizada por los propios Estados miembros de la Unión como pone de relieve el informe de la Comisión de 8 de junio de 2004<sup>13</sup>. Estamos ante un informe que evalúa la incorporación normativa de la decisión marco en los ordenamientos nacionales durante el periodo comprendido entre el 11-S y el 11-M, aunque esté fechado en junio de 2004. Los criterios de evaluación de la transposición de la decisión marco han sido flexibles, pudiendo considerarla transpuesta siempre que exista una norma nacional que pueda interpretarse en el sentido exigido por la Decisión. Por otra parte, la Comisión pone de relieve la escasez de sus competencias en el marco del Título VI del TUE, que no le permiten iniciar un procedimiento de infracción contra el Estado miembro responsable de un incumplimiento de su obligación de transponer. Estamos pues ante un informe cuyas únicas repercusiones pueden ser políticas, si bien, con la situación originada por el 11-M, eso no debe ser motivo de desdén. Ello no obstante, la Comisión debe limitarse a “invitar” a los Estados miembros que todavía no lo han hecho a realizar una transposición rápida y completa, así como a informar al Consejo de las medidas adoptadas por éstos y de la valoración que merecen.

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

---

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

Más optimismo produce el análisis de la recepción del contenido del art. 2 (“Delitos relativos a un grupo terrorista”), puesto que “la mayor parte de los Estados miembros tienen o tendrán una legislación que penalice separadamente” los delitos de participación. Ello es básico desde una óptica preventiva, pues permite perseguir la participación en el grupo terrorista antes de que de ella se derive una conducta que puede ser fatal para terceras personas. La excepción viene constituida por Suecia y Dinamarca, que no castigan específicamente esas conductas, aunque en determinados casos quienes las cometan pueden ser encausados como coautores. Impresión agri dulce pues, ante la modestia de los resultados conseguidos, y prudente reserva respecto a un juicio de valor más sentado sobre la transposición de esta Decisión, abriendo la puerta al optimismo la posibilidad de que, tras el 11-M, nuevos Estados miembros hayan decidido cambiar de actitud y colaborar más estrechamente en la incorporación normativa de los contenidos de la Decisión marco.

## **2.2. La decisión marco sobre la euroorden, de 13 de junio de 2002**

La decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, de 13 de junio de 2002 (2002/584/JAI), es el instrumento más importante de cooperación judicial en la lucha antiterrorista que se ha construido en la Unión Europea. Con origen en las previsiones formuladas casi dos años antes del 11-S, en el Consejo de Tampere (octubre de 1999), ha sido sin embargo la onda expansiva originada en Nueva York, Washington y Pensylvania, la que ha dado impulso a su puesta en marcha tras el Consejo de Gand (octubre de 2001). Basándose en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal, su objetivo consiste en la ejecución recíproca de las órdenes de detención y entrega, sin diferenciar entre solicitudes de detención preventiva y solicitudes de entrega de un condenado. En el fondo, por tanto, aunque en términos políticos se hable de “sustituir” la extradición por una “entrega”<sup>14</sup> más directa mediante el expediente de la euroorden, no estamos ante una invención jurídica totalmente nueva, sino ante un procedimiento especialmente acelerado de extradición (una *turboextradición*). Este nuevo procedimiento va a convivir con los tradicionales, pues la aplicación de la euroorden, sólo podrá hacerse entre los EE. MM. que la incorporen debidamente a su derecho interno, y funcionará de modo más frecuente en relación con determinados delitos (los treinta y dos incluidos en el listado del artículo 2.2 de la Decisión marco), si es que son todos incorporados en las leyes de los EE. MM. que la transpongan, pues alguno ha manifestado claramente su deseo de limitar el catálogo, restando para alguno de los demás supuestos la anciana construcción jurídica que protege a ultranza la soberanía judicial de cada Estado.

---

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

Estamos ante una aplicación del principio de libre circulación de resoluciones judiciales en materia penal en el marco del Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Dicho principio ha sido formulado ahora en el art. III-171 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, quizá no sin cierto rubor por el asistemático modo de proceder comunitario, que primero formula el principio en un instrumento legislativo de derecho derivado, y sólo más adelante en uno de los Tratados Constitutivos, como el que establece una Constitución para Europa. En buena lógica, no sólo la formulación en el derecho originario hubiera debido preceder a la del derecho derivado, sino que también la armonización de normas penales sustantivas hubiera debido preceder al principio procesal de reconocimiento mutuo de las sentencias que aplican tales normas. No habiendo sido así, la situación creada acusa cierta incoherencia. Pero en cualquier caso, debe quedar claro que, como afirma la exposición de motivos de nuestra ley: “los mecanismos tradicionales de cooperación judicial tienen que dejar paso a una nueva forma de entender las relaciones entre sistemas jurídicos de los Estados miembros basada en la confianza. Aquí es donde se inserta el principio del reconocimiento mutuo, que permite la ejecución prácticamente automática de las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de los demás Estados”.

La situación así creada ha sido duramente criticada por un importante sector de la doctrina alemana<sup>15</sup>, que se pregunta con forzado dramatismo cómo es posible que un principio rector de la libre circulación de mercancías acabe siendo un principio rector de la jurisdicción penal, en detrimento de los derechos fundamentales de los ciudadanos. No puede negarse que la falta de armonización previa de las normas penales sustantivas produce una importante distorsión cuando se unifican las normas procesales que deberían facilitar la aplicación de aquéllas. Ahora bien, lo más constructivo no es dolerse porque alguien haya puesto el carro delante de los bueyes, sino poner de nuevo los bueyes en su sitio en el más breve plazo posible, esto es, hacer efectivas las previsiones del art. 31. e) del TUE sobre “la adopción de normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas”. A ello se dirige, ampliando los sectores objeto de armonización, el artículo III-271 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, mediante el empleo del nuevo instrumento constituido por la ley marco europea.

La euroorden es una resolución del juez de un Estado miembro (Estado emisor), dictada con vistas a la entrega de una persona que es buscada en otro Estado (Estado de ejecución), bien para ser puesta a disposición judicial y proceder a su procesamiento penal, bien para proceder a dictar las medidas necesarias para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad. Por tanto, no sólo la orden de búsqueda, sino también la solicitud de entrega dictada por el juez de un

---

• 15 Ciento veintitrés profesores de Derecho Penal alemanes han firmado –al mejor estilo luterano– unas tesis contrarias a la trasposición de la euroorden, pues a su juicio plantearía problemas de inconstitucionalidad. Las dos primeras tesis son glosadas por GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *Diario La Ley*, nº 6069, de 26 de julio de 2004, p. 3. El autor más representativo es SCHÜNEMANN, “Ein Gespenst geht um Europa –Brüsseler ‘Strafrechtspflege’ intra muros–”, en *Goldamers Archiv*, 2002, p. 511 y ss., llega a hablar de “lobo con piel de cordero” y “caballo de Troya”, refinándose a la euroorden.

Estado miembro *podrá*<sup>16</sup> ser ejecutada directamente por el juez de otro Estado miembro sin tener que pasar por el correspondiente procedimiento de extradición. Sin embargo, la ejecución de la euroorden no será mecánica (por tanto no será tan automática como pretende la Exposición de Motivos de la Ley 3/2003), como está demostrando la práctica en Bélgica y Francia, sino que el funcionario judicial competente deberá, antes de dictar orden de entrega de la persona requerida, examinar si concurre alguno de los supuestos en los que no es posible la entrega, o bien tomar una decisión en el marco de sus propias competencias en aquellos supuestos en los que la entrega sea potestativa y dependa de su decisión.

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

Quien dicta la resolución de detención o entrega en el Estado emisor de la euroorden es pues, en todo caso, un juez. Nunca un órgano del Ejecutivo. Una de las principales ventajas del nuevo sistema sobre el tradicional de extradición es, por tanto, ésta total judicialización del procedimiento, o si se prefiere, la despolitización del mismo, eliminando la posibilidad de que la autoridad política en el

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

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

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

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

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

A mi juicio, sin embargo, la excesiva amplitud del listado del art. 2.2 supone un error de cálculo considerable, pues está perjudicando notoriamente la velocidad –y la integridad- en la incorporación de la Decisión marco por algún Estado miembro. El caso más significativo es el de Italia, nada interesada en la aceleración de procedimientos penales sobre determinados delitos respecto de cuya eventual comisión podrían recaer acusaciones sobre miembros del Ejecutivo. Pero quizá no sea el único.

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

La segunda opción –dentro de la aplicación de la euroorden- mantiene la exigencia de *doble tipificación* para la entrega del autor (o de la persona acusada de la comisión) de uno de los restantes delitos. Habrá que entender por tales, tanto los que superen el umbral mínimo formulado por el art. 2.1 (12 meses y 4 meses, respectivamente), y no estén enumerados en el art. 2.2, como los listados en el 2.2 cuando superen el umbral mínimo pero, por el menor grado de participación en el delito u otras circunstancias, la pena solicitada –o pendiente de cumplimiento- en el Estado emisor fuera menor de tres años. En estos dos supuestos, el art. 2.4 *permite* supeditar la entrega de la persona buscada al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la euroorden sean constitutivos de delito no sólo en el Estado *emisor* sino también en el Estado *de ejecución*.

La *aplicación* del mecanismo de la euroorden entre dos Estados miembros exige la incorporación de la Decisión marco en el ordenamiento de cada uno de ellos. En febrero de 2004, sólo ocho EE. MM. habían incorporado la orden de detención, a saber: Reino Unido, Irlanda, España, Portugal, Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Suecia. En Francia, la recepción de la euroorden exigió una reforma constitucional tras el correspondiente pronunciamiento del Conseil Constitutionnel, lo cual

retrasó ligeramente su recepción, llevada a cabo mediante ley de 9 de marzo de 2004. Por otra parte, Hungría también ha adoptado la normativa precisa para la incorporación y otros siete EE. MM. habían iniciado el proceso a lo largo de 2004. Dentro de ese contexto general de cumplimiento resulta llamativa la actitud negativa de Alemania, motivada por las fuertes críticas doctrinales a las que se ha hecho referencia y su influencia en el Bundestag.

La aplicación judicial de las órdenes de detención y entrega hasta el momento ha sido más bien escasa. Se ha ejecutado en Bélgica contra los miembros de ETA Juan López Gómez y Diego Ugarte López de Arkute. En cambio, en Francia, el Tribunal de Apelación de Pau ha rechazado la petición de entrega del juez Garzón en lo que hubiera sido la primera aplicación de la euroorden con Francia como Estado de ejecución, dirigida contra tres activistas de la organización juvenil Segi, no sólo proscrita en España por formar parte del entorno de ETA, sino asimismo incluida en el listado de la Posición Común del Consejo, de 27 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo. La prensa española había dado cuenta de la detención de los tres activistas, pero pese a la decisión inicial favorable de una magistrada, la Sala correspondiente del Tribunal de Apelación de Pau, presidida por M. Henri Suquet ha rechazado la aplicación de la euroorden basándose en que los hechos de los que se acusa a las personas reclamadas se han cometido, parcialmente, en territorio francés.

La explicación parece estar relacionada con el hecho de que la ley francesa de procedimiento penal prevé la competencia del juez francés si los hechos supuestamente delictivos han sido cometidos en territorio francés. Sin perjuicio de la conveniencia de un detenido estudio de la redacción de la norma francesa, es evidente que el art. 7.a de la Decisión marco incluye, entre los “motivos de no ejecución *facultativa* de la orden de detención europea”, el siguiente: “cuando la orden de detención europea contemple infracciones que: a) el Derecho del Estado miembro de ejecución considere cometidas en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo”. Luego parece claro que, incluso en el caso de una correcta transposición de la Decisión, el juez ordinario de un Estado miembro *podría* negarse a ejecutar la orden de detención. Ahora bien, por la misma razón, el juez de casación *podría* decidir lo contrario. El problema, sin embargo, podría plantearse en el caso de que el legislador francés hubiera efectuado una transposición incorrecta, *obligando* al juez interno a tomar una decisión negativa en este caso, y privándole de una facultad discrecional de decisión en perjuicio de la eficacia y finalidad de la norma comunitaria.

La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea ha sido felizmente incorporada como Parte II, al proyectado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. La inserción de la Carta en el nuevo tratado único ha puesto fin a las especulaciones relativas al valor jurídico de las disposiciones de aquella, aunque no solucionará todos los problemas relativos a su eficacia, relacionados, de un lado con la escasez de vías de recurso, y de otro con la estrechez de miras con

la cual el ordenamiento comunitario contempla la legitimación activa de los particulares frente a los actos normativos adoptados por las instituciones en el ámbito de los escasos recursos actualmente existentes, situación que no ha variado un ápice con la adopción de la Carta.

Si una euroorden es un acto de aplicación de una norma comunitaria (la Decisión marco que la regula) llevado a cabo por un juez nacional, éste, al adoptar su decisión se convierte en un órgano comunitario, en la medida en que aplica una de las normas de este ordenamiento. Por tanto, deberá respetar los mencionados derechos fundamentales a la hora de adoptar las resoluciones de emisión o de ejecución correspondientes, de conformidad con la Decisión marco, y con el art. II-111.1 de la Constitución Europea, pues estaríamos ante actos de órganos de un Estado miembro “que aplican el Derecho de la Unión”. Esta previsión está expresamente contemplada en diversos preceptos de la decisión, como el art. 1.3 de la misma, el cual recuerda la obligación de reconocer los derechos fundamentales (art. 6 del TUE y I-9 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa).

Ese especial cuidado por la protección de los derechos fundamentales de la persona que se convierta en sujeto pasivo de una euroorden se pone de relieve en otros preceptos de la Decisión marco, por ejemplo, en los arts. 3 y 4, que contemplan motivos para la no ejecución obligatoria (en todo caso) o facultativa (a discreción del juez) de una orden de detención europea. O bien en el art. 5, que recoge las especiales garantías que deberá dar el Estado emisor de la euroorden en casos particulares, como el de ejecutar una resolución judicial dictada en rebeldía (art. 5.1), el de las condenas a perpetuidad (art. 5.2), o el de la orden de detención dictada contra un nacional del Estado miembro de ejecución (art. 5.3). A su vez, los arts. 9 a 25 regulan con prolijidad el procedimiento para la entrega de la persona buscada, dentro del cual se contemplan el derecho a la información sobre la acusación, el derecho a la asistencia letrada (art. 11), la audiencia de la persona buscada (art. 14), la posibilidad de que esa persona se oponga a su detención y entrega (arts. 14 y 17.3) y se abra, por tanto, trámite contradictorio (máximo 60 días, art. 17.3), al finalizar el cual el juez de ejecución deberá dictar la correspondiente decisión al respecto (art. 15). De igual modo se regula la concurrencia de solicitudes (art. 16), tanto si éstas pertenecen a dos Estados miembros, como si la concurrencia se produce entre una euroorden y una solicitud de extradición cursada por un tercer Estado. Por otra parte, el preámbulo (punto 13) establece que nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado tercero en el que corra peligro de ser sometido a pena de muerte, tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, actuación que cabría bajo el paraguas protector de la suspensión de la entrega por motivos humanitarios prevista en el art. 23.4, y, en general, bajo la cobertura de las obligaciones que el CEDH (del que forman parte todos los EE. MM., y al que deberá adherirse la Unión en virtud de lo dispuesto en el art. I-9.2 del tratado por el que se establece una Constitución para Europa) establece para los Estados partes.

En caso de que se pretenda impugnar la conformidad del acto del órgano estatal de aplicación (la resolución del juez del Estado de emisión, o del Estado de ejecución) con los preceptos de la norma comunitaria que lo fundamenta, lo oportuno será la impugnación de la resolución judicial por las vías de recurso internas y, en su caso, la solicitud de elevación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal



de Luxemburgo. El problema, sin embargo, es que en estas materias comprendidas en el Título VI del TUE, la competencia prejudicial del TJCE no es automática, sino que depende de la declaración facultativa prevista en el art. 35.2 del TUE, lo cual puede conducir a una indeseable diversidad de situaciones entre los EE. MM.. La cuestión de las garantías a otorgar a los justiciables se complica especialmente si tenemos en cuenta que, al carecer de efecto directo, la propia decisión marco no podría ser invocada como norma aplicable ante el juez nacional por el particular interesado en impugnar el acto de aplicación de la misma más que como parámetro de validez de aquella (art. II-112.5 de la Constitución Europea). Ello conduciría a que el juez ordinario, consultando por vía prejudicial al comunitario, podría dejar sin aplicación aquello en lo que la norma nacional excediera del parámetro comunitario. Pero si la mala transposición se ha producido por defecto, es de temer que el juez interno no pudiera aplicar la propia decisión marco al justiciable. Nada de ello ocurriría si la norma nacional de transposición reprodujera fielmente el contenido de la decisión marco, convirtiéndola en norma nacional, y permitiendo así, tanto su aplicación directa al particular, como su invocación por el acusado en el marco de un eventual procedimiento interno.

## Conclusión

El modelo europeo de lucha antiterrorista está basado en el empleo del principio de cooperación, tanto extracomunitaria como intracomunitaria, desde una óptica de seguridad. El intercambio de información -tanto entre Estados miembros como con países terceros- y la cooperación policial y judicial, se convierten en instrumentos que están logrando una eficacia considerable frente al terrorismo. Cuando se logre una mayor “sinergia” entre las distintas bases de datos europeas y su más fluida utilización por las policías nacionales de los EE. MM., el refuerzo de la cooperación operativa será incuestionable. No obstante, el modelo europeo contrapesa la eficacia policial y la agilización en los procedimientos de entrega de detenidos con una garantía sólida de la protección de los derechos fundamentales, marchamo distintivo de nuestro modelo. Con todas las insuficiencias de construcción propias del ordenamiento comunitario, no puede decirse que las actuaciones jurídicas emprendidas para la represión del terrorismo en el modelo europeo se salgan del marco de una Comunidad de Derecho, sino todo lo contrario. No obstante, en unas materias en las que, pese al crecimiento de las competencias comunitarias, las bases de la seguridad ciudadana siguen en manos de cada Estado, la armonización normativa de los tipos penales mínimos es un proceso cuyo avance es necesario para lograr una eficacia mayor del Plan de Acción antiterrorista y de la Estrategia de Seguridad de la Unión Europea. Aunque los progresos en el diseño y la aplicación de los instrumentos legislativos europeos se vieran ralentizados entre 2002 y 2004, los atentados de Madrid, en marzo de 2004, han servido afortunadamente de acicate para su nueva aceleración. Y es que un Espacio de Libertad y Justicia como el consagrado por la Constitución Europea no puede asentarse sin un tercer elemento necesario: la seguridad de los ciudadanos.

