

**LA HETEROGÉNEA RESPUESTA DEL DERECHO
INTERNACIONAL A LA LUCHA ANTITERRORISTA**

**THE HETEROGENEOUS RESPONSE OF INTERNATIONAL
LAW TO FIGHT TERRORISM**



Antonio Muñoz Aunión*

SUMARIO: I. Palabras previas II. Medidas antiterroristas de las Naciones Unidas III. La participación de un nuevo actor. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea IV. La Acción unilateral antiterrorista de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa V. La acción de la Organización de Estados Americanos en la Lucha contra el Terrorismo VI. Conclusiones. Fecha de recepción 25/10/2014.Fecha de aceptación 30/11/2014.

* Doctor en Derecho Internacional público por la Universidad Carlos III de Madrid, Subdirector científico de la Red académica contra la pena de muerte Academicsforabolition.net, Profesor invitado en la Universidad autónoma de Tamaulipas. Profesor en la Universidad autónoma de Chile, autor de varias monografías sobre derechos humanos.

Resumen: La acción contra el terrorismo basada en la cooperación internacional no ha dado los resultados esperados y ha incrementado la percepción en la ciudadanía de una utilización excesiva de instrumentos opacos y faltos de garantías. En el marco de la Unión Europea, se han sucedido demandas contra la implementación de normas provenientes de Naciones Unidas carentes de las suficientes garantías incrustadas en la imagen de la ciudadanía europea. El activismo judicial y de ONG's ha llevado a una reestructuración del sistema en aras de una mayor efectividad y un menor intrusismo en la esfera de los derechos fundamentales, con todo, la balanza está en un difícil equilibrio entre seguridad y democracia.

Abstract: The action against Terrorism based on international cooperation has not yielded the expected results and has increased the perception among citizens of the excessive use of an array of blurred instruments lacking procedural and substantive guarantees. In the framework of the European Union, there have been lawsuits against the implementation of United Nations due to a lack of standards perceived to be embodied in the European citizenry. The judicial and NGO activism has led to a restructuring of the system for greater efficiency and less intrusive in the field of fundamental rights, yet the balance is a delicate between security and democracy.

Palabras claves: Derechos Humanos, Terrorismo, Resoluciones, Naciones Unidas, Unión Europea

Keywords. Human Rights, Terrorism, Resolutions, United Nations, European Union

I. Palabras previas

Como apunta un reputado experto en derechos humanos: " tratar al terrorismo como una categoría distinta de daño penal simbólicamente manifiesta el interés de

la comunidad internacional de condenar y estigmatizar el terrorismo más allá de sus características penales ordinarias. A través de ello, se reconocen y protegen valores e intereses vitales para esta misma comunidad. " ¹ Como afirma para el ámbito penal, Garland, D.; " las normas penales especiales se adoptan en esencia entre un ambiente de rabia popular como consecuencia de crímenes extremadamente violentos y están dirigidas a lograr un efecto de catarsis al tiempo que repudian el crimen y dan seguridad a la opinión pública. " ²

En opinión de Higgings, R.; "bajo la definición de terrorismo encontramos un término de conveniencia que no tiene un particular significado jurídico y que es una forma conveniente de describir ciertas situaciones." ³ La realidad de los hechos prueba una situación distinta y como nos encontramos ante un espacio "salvaje " en vía de codificación como Derecho internacional antiterrorista. La aparición de este sistema de normas, no obstante, responde a la fragmentación existente en el Derecho Internacional y sus efectos ya estudiada por Koskenniemi y Leino en sus trabajos para la Comisión de Derecho Internacional. ⁴ De ahí a la práctica de imponer sanciones draconianas emanadas de los órganos políticos de Naciones Unidas a individuos de los que se sospecha de su participación en acciones terroristas pero en ausencia de condena firme, y sin control previo judicial de su legalidad nos produce una infinita preocupación, y a los inocentes atrapados en la vorágine que las padecen una experiencia kafkiana, de ahí que este Derecho internacional *de excepción* no sea un instrumento adecuado para la lucha

¹ Saul, B.; *Defining Terrorism in International Law* " Monographs in International Law Series Oxford 2006

² ---.; *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society* 133 (2001)

³ Higgings, R.; Flory, M.; " *The General International Law of Terrorism* " (eds) *Terrorism and International Law* (1997) p. 27, en la misma línea, Brownlie, I quien apuntara " no existe una categoría " derecho antiterrorista", estas cuestiones deben identificarse según los sectores existentes del Derecho internacional público: jurisdicción, justicia penal internacional, responsabilidad estatal y demás " *Principles of Public International Law* p. 745 (7 ed 2008)

⁴ ---.; *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties* 15 *Leiden J. Int'l L.* 553, 561 (2002)

antiterrorista como se afirmó décadas atrás,⁵ y requiera una estructura de estabilización y control exógeno, como se manifestara en los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma en los que determinados países propusieron la inclusión del crimen de terrorismo internacional como un delito independiente dentro de la competencia material de la Corte,⁶ y se volvió a debatir durante la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala en junio de 2010.⁷

Esta concentración del Derecho internacional sobre un poder hegemónico, es un fenómeno de preocupación para la sociedad transnacional, y su construcción bajo la égida de crisis sirve para desviar la atención y marginar aspectos de justicia estructural que afectan la vida diaria de la mayoría de la población mundial.⁸ Más bien se impone profundizar en una reflexión sobre la generalización del desprecio de los derechos humanos y de los vínculos de los fenómenos terroristas con las desigualdades económicas y políticas que caracterizan a la sociedad internacional contemporánea.

II. Medidas antiterroristas de las Naciones Unidas

⁵ Cfr, Harper, K.; " Does the United Nations Security Council have the competence to act as court and legislature? " 27 New York University Journal of International Law and Politics 103, pp. 115-118 (1994-1995)

⁶ Junto al narcotráfico, véase, propuesta conjunta de Argelia, India, Sri Lanka y Turquía sobre artículo 5 A/CONF.183/C.1/L.48 de 3 de julio de 1998 que llevó a adoptar una Resolución incluida en el Acta Final de la Conferencia que recomendaba que en la Conferencia de revision se incluyeran estos delitos en la competencia de la Corte.

⁷ Sobre una propuesta de Holanda a la Asamblea de Estados partes de la Corte Penal Internacional para enmendar el artículo 5 del Estatuto con la inclusion del delito de terrorismo que fue apoyada por las delegaciones si bien con escepticismo debido a la falta de una definición universal sobre el concepto de terrorismo http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP10/ICC-ASP-10-32-ENG.pdf (última consulta, 20 enero 2015)

⁸ Carrillo Salcedo, J.A.; " Discurso de Investidura como Doctor Honoris Causa " Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2007 p. 65

El régimen de sanciones ⁹ conocidas como "inteligentes o dirigidas" ¹⁰ emanadas de una pléyade de órganos ad hoc creados por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta, ¹¹ que en esencia deberían ser temporales como consecuencia de la llamada guerra contra el terrorismo global ¹² tras el 11 – S, y reconvertida en la actualidad en la lucha permanente de una *naciente Coalición internacional* frente a un fragmentario Estado islámico ¹³ con el objetivo de alcanzar un mayor consenso y legitimidad, cfr, la conceptualización unilateral y *sui generis* de "combatiente ilegal enemigo," ¹⁴ se ha visto alterada por una revisión

⁹ Con este término se designan las medidas de naturaleza coercitiva dirigidas contra un Estado o entidad en aplicación de una decisión adoptada por un órgano socialmente competente. Véase, Abi-Saab, G.; "The concept of sanctions in International Law" en Gowlland – Debbas (dir.). *United Nations Sanctions and International Law*, The Hague, Kluwer Law International 2001 pp.29-41

¹⁰ La generalidad de su empleo se debe a varios factores, mayor rapidez en la adopción, eficacia en la gestión, y se considera que afectan en menor grado a la población inocente, se presentan como mal menor vista la experiencia de la dramáticas consecuencias del embargo generalizado a Irak. Cfr, Shagabutdinova, E.; Berejikan, J.; "Deploying sanctions while protecting human rights: Are Humanitarian" Smart "Sanctions effective?" *Journal of Human Rights* 2007, si bien individualizadas, no solo afectan a la persona contra la que va dirigida sino también a sus familiares.

¹¹ Cfr, Postl, M.; "The ad hoc Committee on Terrorism" en *Anti- Terrorist measures and human rights*, Wolfgang, B(ed) Martinus Nijhoff Publ. 2004

¹² Estrategia global de las Naciones Unidas de lucha contra el terrorismo (A/RES/60/288) con objeto de asegurar la coordinación y la coherencia generales de las actividades del sistema de las Naciones Unidas de lucha contra el terrorismo. En esta resolución, de forma específica se identifican los valores esenciales de la Comunidad internacional que violenta o pone en peligro el terrorismo: - Reafirmando que los actos, métodos y prácticas de terrorismo en todas sus formas y manifestaciones constituyen actividades cuyo objeto es la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia, amenazando la integridad territorial y la seguridad de los Estados y desestabilizando los gobiernos legítimamente constituidos, y que la comunidad internacional debe adoptar las medidas necesarias a fin de aumentar la cooperación para prevenir y combatir el terrorismo. -

¹³ En un espacio geográfico ajeno al problema terrorista hasta la caída de Saddam Hussein a raíz de la intervención de la Coalición liderada por el Ejército norteamericano, véase, Sorel, J.M.; "L'ONU et l'Irak: le vil plomb ne s'est pas transformé en or pur" *RDGIP* vol. 108 (2004) p. 845

¹⁴ Unlawful enemy combatant, como consta en la Military Commission Act de 2006. En palabras de Azeredo Lopes, J.A.; "Ni son combatientes ilegales, ni enemigos. Pura y llanamente, no son

judicial pro derechos humanos y anti-securitización del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ¹⁵ que tampoco está exenta de críticas.

Desde la década de los noventa, el Consejo de Seguridad inició una febril actividad, hasta aquel entonces desconocida, que lo llevo a transformarse en una suerte de legislador global y selectivo en detrimento de otros órganos del sistema onusiano, ¹⁶ y prioridades. ¹⁷En el marco de nuestro estudio, su primera ocupación, la motivó la ausencia de medidas efectivas respecto de la financiación del Terrorismo, que es un elemento crucial para actos terroristas que quieren subvertir el orden internacional; ¹⁸ numerosos Convenios se encontraban paralizados ¹⁹ o eran ineficaces, y no existían indicios de una cooperación más

combatientes " en A luta contra o terrorismo, ou os fins nao justificam os meios. Jurisprudencia constitucional n. 3 julio – septiembre 2004 p. 46

¹⁵ Asuntos Conjuntos C- 584/10, C-593/10 & C-595/10, Kadi v. Comisión Europea, STJCE 18 julio 2013

¹⁶ Talmon, S.; " The Security Council as World Legislature " 99 American Journal of International Law 35 (2005); Szasz, P.C.; " The Security Council as " global legislator: " ultra vires or ultra innovative ? " Fordham International Law Journal vol. 28 n. 3 (2004) p. 542; Rosand, E.; " The Security Council as world legislative " AJIL vol.99 (2005) p. 175

¹⁷ Lo que Charlesworth, H.; ha denominado "redescubrir un asunto de forma permanente y analizarlo sin acudir a la experiencia académica del pasado. "

¹⁸ El problema de lavado de activos es un asunto crucial aún por resolver íntimamente conectado a la supervivencia económica de muchas sociedades incluidos Estados. Sorel, J.M.; " Some Questions about the definition of terrorism and the fight against its financing " European Journal of International Law (2003) vol. 14 No. 2 p. 365 Son numerosos los casos de grupos terroristas donde se ha demostrado la interconexión con otras actividades delictivas como el tráfico de armas, narcotráfico, tráfico de seres humanos, anillos de extorsión, etc. En más detalle, Escribano Úbeda – Portugués, J.; Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: lucha global contra la delincuencia organizada transnacional. Visión Libros, Madrid 2009

¹⁹ Desde aquellos antecedentes de la década de los treinta hasta las propuestas más recientes. Sobre los primeros, cfr, la clásica referencia de Donnedieu de Vabres, H.; " La répression internationale du terrorisme. Les Conventions de Genève (16 novembre 1937) " 19 Revue de Droit Internationale et de legislation comparée 37-74 (1938). El Convenio para la prevención y sanción del terrorismo de 1937 fue firmado por 24 Estados pero solo lo ratifico la India. Si bien el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo entro en vigor el 10 de abril de 2002, el escaso número de países firmantes presagiaba un insignificante avance,

estrecha, como se infiere de la paralización del proyecto de Convenio general sobre terrorismo internacional de Naciones Unidas.²⁰ Las opiniones de los gobiernos divergen sobre la posibilidad de distinguir los actos de terrorismo de aquellos llevados a cabo por *freedom fighters*,²¹ lo que tiene su eco en el sistema de gobierno mundial.²²

Con ánimo de superar el impasse, se adoptó la Resolución núm. 1267²³ en la que se pedía a los Estados que colaborasen en la identificación, neutralización de las fuentes de financiación terroristas, y para facilitar esta misión, se constituyó el que sería primer Comité de Sanciones²⁴ (Comité 1267) con competencias para compilar listas de entidades o personas físicas relacionadas con la financiación, y realizar el embargo de sus bienes. En otras palabras, se le confiere la autoridad de adoptar normas primarias de Derecho internacional. No obstante sus resultados

a este se añadían instrumentos sectoriales, como el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, y el Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005.

²⁰ A falta de una definición consensuada de terrorismo por las partes. En el subsistema de la Unión Europea, si se ha avanzado más como lo muestra la última decisión marco del Consejo de la Unión Europea, 2008/919/JAI de 28 de noviembre de 2008. DOCE L 330/21 que profundiza en la persecución del terrorismo, y modifica la Decisión marco anterior 2002/475/JAI o la aproximación que se hace en la Decisión sobre derecho aplicable de la Sala de Apelación del Tribunal del Líbano de 16 de febrero de 2011 Asunto No. STL – 11-01/1 http://www.stl-tsl.org/x/file/TheRegistry/Library/CaseFiles/chambers/20110216_STL-11-01 que apunta a que en toda definición de terrorismo debe incluirse tres elementos principales, a saber, la Conspiración, Homicidio y la comisión.

²¹ Nos referimos a las posiciones de la Liga Árabe o a la Conferencia islámica en los Tratados internacionales de 1998 y 1999, cfr, Cassese, A.; I diritti umani oggi. Laterza, Roma- Bari, 2005

²² L'Observateur des Nations Unies.; " Le système onusien et le terrorisme ou l'histoire d'une ambiguïté volontaire (1996) pp. 32-33

²³ Resolución CS 1267 de 15 de octubre de 1999, a la que siguieron, Res. 1333(2000), 1390 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006), 1822 (2008) 1904 (2009), 1989 (2011), y Res. 2083 (2012)

²⁴ Los Comités de Sanciones contra Al- Qaida y Talibanes, los Estados de Naciones Unidas están obligados a informar sobre las acciones adoptadas para implementar el régimen de sanciones. Vid, Almquist, J.; El Comité contra el terrorismo de la ONU y el respeto de los derechos humanos FRIDE 2004

fueron bastante mediocres, no pudiendo neutralizar las actividades de Al Qaida. La competencia de este Comité no se detiene en funciones de investigación, sino que tiene autoridad para consultar los registros de transacciones, identificar la fuente de financiación de los ataques, y crear una lista de presuntos *empresarios del terror*, en virtud de la autoridad de la Carta, (art. 103) sus decisiones son de obligado cumplimiento.²⁵

Un año antes, en 1998, el Consejo de Seguridad había adoptado la Resolución 1189 condenando el atentado específico terrorista producido en agosto en Kenia y Tanzania.

Una segunda resolución, núm. 1373 de 28 de septiembre de 2001, motivada por las extraordinarias circunstancias,²⁶ aceleró el proceso y se dirigió a los Estados Miembros, instándoles a adoptar una serie de medidas destinadas a reforzar su capacidad jurídica e institucional para combatir las actividades terroristas;²⁷ utilizar la legislación y controles migratorios como instrumentos anti-terroristas; elaborar sus propias listas de terroristas lo que provocó tensiones a nivel político²⁸ y en

²⁵ El Comité recibe el apoyo del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones compuesto por expertos independientes. Durante sus primeros cinco años de funcionamiento se ignoraron las cuestiones de derechos humanos.

²⁶ Se trata de un verdadero acto normativo cuyo objetivo es regular la amenaza de la paz convirtiéndose en un verdadero acto normativo.

Cfr, Calduch Cervera, " La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional " 53 Revista española de derecho internacional 173 2001

²⁷ A saber; Tipificar como delito la financiación del terrorismo; Congelar sin dilación los fondos de las personas que participen en la comisión de actos de terrorismo; Denegar cualquier tipo de apoyo financiero a grupos terroristas; Prohibir la provisión de refugio o de cualquier tipo de asistencia o apoyo a terroristas; Intercambiar información con otros gobiernos en relación con cualquier grupo que cometa o se proponga cometer actos de terrorismo ; Cooperar con otros gobiernos a fin de investigar, detectar, arrestar, extraditar y enjuiciar a personas que participen en la comisión de dichos actos; y Tipificar como delito en la legislación nacional el suministro de apoyo activo o pasivo a quienes cometan actos de terrorismo y enjuiciar a las personas culpables de ese delito.

²⁸ El propio Consejo de Seguridad se vio obligado a adoptar una subsiguiente resolución, la 1456 de 2003, rápidamente olvidada, donde aseguraba que las medidas de los Estados en la lucha

última instancia judicial.²⁹ Asimismo, la resolución exhortaba a los Estados para que se adhirieran a los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes de lucha contra el terrorismo.³⁰ Se ha descrito a este instrumento como el más ambicioso en la historia del Consejo de Seguridad.

Solo tras la implementación de estas medidas y previa denuncia, algunos países, principalmente, los miembros de la Unión Europea motivaban los argumentos de la decisión de inclusión en su lista autónoma de terroristas, si bien con ciertos límites.³¹ La Unión estableció un verdadero régimen de sanciones cuyo origen fragmentario cabe encontrarlo en la Cooperación política europea de la década de los ochenta.³²

Dos atentados terroristas, uno ocurrido en Madrid y el otro en la Federación rusa, a raíz de la toma de rehenes en una escuela de la ciudad de Beslán, dieron lugar a la adopción de dos nuevas resoluciones, resolución 1535 de 26 de marzo de 2004, y resolución 1566 de 8 de octubre de 2004.

contra el terrorismo debían respetar el derecho internacional, especialmente el derecho internacional de los derechos humanos, derecho de refugio y derecho humanitario, y se enfatizó la importancia de analizar el contexto en su amplitud máxima para intensificar la lucha contra el terrorismo, incluido un dialogo extenso y el debate entre civilizaciones en aras a prevenir que se demonicen y discriminen las distintas culturas y religiones, y la necesidad de ofrecer respuesta a conflictos regionales de larga duración y aspectos de contenido global, incluyendo la asistencia al desarrollo.

²⁹ Por ejemplo, C-27/09 República Francesa c. PMOI (2011), Segi y Gestoras Pro Amnistía c. Consejo de la Unión Europea Sentencia de 27 de febrero de 2007; Mohamed El Morabit C. Consejo de la Unión Europea, asuntos conjuntos, T-37/07 y T-323/07 STPICE 2 septiembre 2009

³⁰ En mayor detalle, véase, Rosand, E.; " Security Council Resolution 1373, the Counter- Terrorism Committee, and the fight against terrorism " 97 American Journal of International Law 333 (2003)

³¹ Así en la sentencia del TPI en el asunto Jose Maria Sison c. Consejo de la Unión Europea de 26 de abril de 2005 y confirmada por el TJCE el 1 de febrero de 2007, C-266/05 Rec. I-1233, " la eficacia de la lucha contra el terrorismo supone que las informaciones de las que dispongan las autoridades públicas (...) serán mantenidas en secreto para que estas conserven su pertinencia y permitan una acción eficaz "

³² Fernández Liesa, C.; Las bases de la política exterior europea, Tecnos Madrid 1994; Pérez Prats Durban, L.; Cooperación política y Comunidades Europeas en la aplicación de sanciones económicas internacionales. Ediciones Universidad Autónoma de Madrid 1991

En la primera se revitaliza el Comité contra el Terrorismo y se le adiciona un órgano político, en forma de Directorio ejecutivo diseñado para asistir al primero. Entre sus funciones se encuentran la visita a Estados para monitorizar la adopción de una maquinaria ejecutiva adecuada para implementar la legislación anti-terrorista.³³

Sin embargo, el segundo texto es más innovador, al ofrecer una definición de terrorismo, autoriza al Comité contra el terrorismo a realizar inspecciones in loci con el objetivo de comprobar el grado de cumplimiento de resoluciones precedentes, creándose un grupo de trabajo para señalar listas de terroristas no vinculados a Al Queda, por último, se abre la posibilidad de establecer un fondo internacional para indemnizar a las víctimas del terrorismo y sus familias.

En la resolución 1624 (2005) adoptada bajo la cobertura menos coercitiva del Capítulo VI de la Carta, si bien en una configuración poco frecuente de Jefes de Estados, poco después de nuevos atentados terroristas en Londres, se aborda la cuestión de la incitación a la comisión de actos de terrorismo, e insta a los Estados Miembros de las Naciones Unidas a que la prohíban por ley, impidan dicha conducta y denieguen refugio a toda persona respecto de la cual se disponga de información fidedigna y pertinente por la que haya razones fundadas para considerar que es autor de esas conductas.³⁴ No existe prueba de que la censura y criminalización de discursos como el de la glorificación del terrorismo más allá de los tipos penales existentes contra la incitación al odio racial o la incitación a la comisión de delitos vaya a prevenir futuros actos terroristas.

Por primera vez, se reconoce que las medidas antiterroristas deben ser adoptadas de conformidad con el Derecho internacional " especialmente, con el derecho internacional de los derechos humanos, las normas de asilo y refugio, y el derecho

³³ En más detalle, Framework Document for CTC Visits to States in Order to Enhance the monitoring of the Implementation of Resolution 1373 (2001) paras II(1) – (4) 9 de marzo de 2005, en <http://www.un.org/sc/ctc/documents/frameworkdocuments.htm>. Fecha de ultimo acceso, 20 de octubre 2014

³⁴ Al proponer esta resolución se mantuvo que la causa raíz del terrorismo era la " doctrina del fanatismo " y que no sólo se tenía que combatir el terrorismo si no también la motivación de los terroristas, sus razonamientos y la excusas para incitar al terror.

humanitario, “³⁵ y se hace un llamamiento a los Estados para “ promover el diálogo y mejorar al entendimiento entre las Civilizaciones.”

Al mismo tiempo y preocupada por la creciente acción, en los márgenes de la legalidad internacional, la antigua Comisión de Derechos Humanos estableció en su Resolución n. 80 de 2005, la figura de un Relator especial para la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo.³⁶

En el ínterin, si bien no era frecuente la monitorización por parte de órganos ajenos al poder estatal de cuestiones inherentes al derecho a un juicio justo en el contexto de la lucha antiterrorista y en períodos de emergencia pública, tampoco esto era absolutamente desconocido, incluso aumentó.³⁷ A nivel nacional, el propio Tribunal federal canadiense se manifestó sobre la incompatibilidad de la lista del Comité de Sanciones con la Carta constitucional canadiense de derechos y libertades.³⁸

En términos cuantitativos, los dos tribunales de la Unión Europea han sido la jurisdicción preponderante en revisar la legalidad de las medidas restrictivas dirigidas a los presuntos terroristas y en interpretar la naturaleza legal en la que se basan estas. Pasamos a continuación a analizar la decisión judicial que siguió a un primer razonamiento del 2008, donde el Tribunal sostuvo que el esquema sancionador conculcaba los derechos fundamentales amparados por el sistema y orden público europeo, tanto a nivel de la Unión Europea como del creado por el

³⁵ Sobre la base de las directrices del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos en la lucha contra el terrorismo de 2002 adoptadas como freno a la escalada de violaciones de derechos humanos

³⁶ UN Doc. E/CN.4/Res/2005/37.

³⁷ Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, véase asunto Polay Campos v. Perú. Comunicación No. 577/1994 referente, inter alia, a los juicios por tribunales especiales de jueces sin rostro; y el asunto Sayadi y Vinck c. Bélgica. Comunicación No. 1472/2006 que declaró admisible una reclamación relativa a la implementación nacional de un acto legislativo de la Unión Europea basado en una resolución del Consejo de Seguridad que colocaba al peticionario en una lista de personas sujetas a medidas antiterroristas. En relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase, A v. Reino Unido, petición No. 3455/05 (2009)

³⁸ Sentencia de 4 de junio de 2009 en Abdelrazik c. Canadá 2009 FC 580

Consejo de Europa desde los años cincuenta.³⁹ En concreto, carecían de mecanismos neutrales e independientes para que el sujeto afectado por las sanciones pudiera exponer su caso lo que equivalía a limitar el derecho inmanente a un recurso judicial efectivo frente a apropiaciones indebidas de su propiedad privada y limitaciones de otros derechos.

A pesar de la sentencia de 2008, el Comité de Sanciones volvió a incluir en la lista al demandante, no obstante el Consejo de Seguridad si atendió algún razonamiento de la misma, al establecer una Oficina del Ombudsman destinada a recibir las quejas de las personas incluidas en la lista y asistir al Comité en la consideración de las solicitudes de supresión (Res. 1904 de 2009)⁴⁰ que estarán sujetos a plazos temporales breves a fin de impedir la agonía de los demandantes.

⁴¹

Sus funciones se reforzaron mediante la adopción de la Resolución 1989 de 17 de junio de 2011, dotando a sus recomendaciones de borrado de presunta obligatoriedad al sólo ser rechazables por consenso en el Comité o por un voto del Consejo de Seguridad. Esta figura entra dentro de lo que se conoce como modelo de " nueva gobernanza " y se basa en la "confianza y colaboración " dos elementos esenciales para una " lucha global efectiva contra el terrorismo. "

³⁹ A la fecha de la redacción de este trabajo, son varios los instrumentos y la imbricación entre ellos cuya último escalón es la protección de la dignidad humana y los valores que confluyen en el espacio europeo desde las civilizaciones antiguas. A saber, el actual artículo 6.2 TUE contiene el mandato de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, y a éste último se le ha añadido el Protocolo n. 14 cuyo artículo 17 prevé de forma expresa " la Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio. "

⁴⁰ Esta figura reemplaza una anterior denominada " focal point. " que operaba como intermediario entre el peticionario y los Estados afectados, y fue creado por Resolución del Consejo de Seguridad núm. 1730 UN Doc. S/RES/1730 de 19 de diciembre de 2006
Es posible comunicarse a través de correo electrónico en la siguiente dirección: ombudsperson@un.org

⁴¹ Dos meses para recabar la información relevante de Estados y entes de Naciones Unidas, dos meses más para que el peticionario aclare o entregue material adicional o clarificador, y el Ombudsman argumentará frente al Comité que en treinta días tendrá que tomar la decisión de borrado o mantenimiento de la lista que se hará público al peticionario.

Circunstancias excepcionales pueden permitir que las órdenes suspensivas se relajen cuando el Comité 1267 considera que las peticiones de los Estados se encuentran fundamentadas, y no oponga objeción en un plazo de tres días; por ejemplo la prohibición de viajar, el pago de gastos básicos.⁴²

III. La participación de un nuevo actor. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Alto Tribunal europeo arguyó que disponía de competencia según los tratados constitutivos de la Unión Europea para conocer de la demanda en contra del argumento de los demandados, p. ej, el Consejo de la Unión quien defendía que al encontrarse el origen de las medidas sancionadoras en el Consejo de Seguridad, órgano preeminente de Naciones Unidas, se superponía éste sobre las medidas de los Estados individuales, y en consecuencia, el Tribunal carecía de competencia.

Sobre el fondo del asunto, el Tribunal se apartó del órgano inferior, por cuanto sostuvo que el Comité de Sanciones había ofrecido motivación clara del embargo de sus bienes,⁴³ y por tanto si había existido igualdad de armas. A partir de este punto, el Tribunal se centra en el activismo judicial, abandonado toda sujeción a la prudencia que debe presidir la revisión de medidas contraterroristas, minimiza el papel del Consejo de Seguridad, en cierta forma le resta primacía, y no atiende a la complejidad de las decisiones del Comité de Sanciones, en las que con frecuencia se entremezclan factores geopolíticos y una miríada de intereses, difícilmente susceptibles de una diáfana revisión judicial.⁴⁴ El propio Ombudsman reconoce que el sistema funciona sin necesidad de acudir a procedimientos de terceros.

⁴² Alquiler, alimentos, medicinas, o los servicios jurídicos

⁴³ Párrafos 139-50

⁴⁴ En este sentido se manifestó el Abogado General Bot " En mi opinión, la dimensión política de este proceso en el que la Unión ha decidido participar llama a la moderación en el ejercicio del control jurisdiccional del juez de la Unión, es decir, no debe, en principio, sustituir con su propia apreciación la de las autoridades políticas competentes. " para. 80

El activísimo judicial fue uno de los motivos que inspiró la decisión que se vio facilitada por un sistema laxo de elementos y reglas procesales que permite cierto juego de adivinanzas y presunciones, en su revisión ⁴⁵ y más allá del caso concreto, el sistema pretoriano de jueces, que en otros ámbitos ha cosechado grandes éxitos, impuso una visión de lo que debería ser la lucha contra el terrorismo siguiendo un patrón acorde con los parámetros europeos de libertades y garantías, pero este mismo activismo pone en riesgo la verdad material y el sentido jurídico del proceso.

Recordemos como el Tribunal europeo de derechos humanos (TEDH) en un fallo arquetípico advirtió en su sentencia *Klass c. Alemania*, en la década de los setenta, ⁴⁶ del peligro de que los Estados sobreactuasen en sus respuestas frente al terrorismo, y de la necesaria proporcionalidad de medidas dentro de una sociedad democrática. ⁴⁷ A los efectos de mejorar la labor escrutinadora de los órganos judiciales, sería recomendable tomar en consideración las recomendaciones sobre derecho a un juicio justo en situaciones de emergencia elaboradas por el Relator especial. ⁴⁸

IV. La Acción unilateral antiterrorista de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa

Ante todo, es necesario resaltar que la Unión Europea no es una Organización de derechos humanos per se, pero ciertamente en su pluralidad de acciones incide en su ámbito como se pone de manifiesto en la jurisprudencia desde la década de

⁴⁵ En general, Margulies, P.; *Aftermath of an Unwise Decision: The U.N Terrorist sanctions regime after Kadi II*. Amsterdam Law Forum, Bronkers, M.; "The relationship of the EC Courts with other International tribunals: non – comittal, respectful or submissive?" *Common Market Law Review* 2007 pp. 601-627

⁴⁶ Num. Appl. 5029/71 de 6 de septiembre de 1978

⁴⁷ El denominado margen de apreciación se creó para permitir al TEDH encontrar un equilibrio entre la soberanía estatal y la necesidad de mantener a salvo los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y los derechos de los individuos frente al interés general.

⁴⁸ UN Doc. A/HRC/14/46 especialmente, párrafos 16-17,27 -33 que trata de la cuestión de los remedios legales y de control de las actividades de las agencias de investigación.

los setenta.⁴⁹ De su preocupación por mantener un alto estándar es ejemplo, la creación en 2007 de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales.⁵⁰ El tribunal cuando ha actuado no tanto ha venido a proteger los derechos humanos ni tampoco a intervenir en la esfera del Derecho Internacional Público, sino que ha actuado para velar por la legalidad de la implementación de medidas sancionadoras UE /ONU en el orden constitucional de la Unión y su Carta de derechos fundamentales,⁵¹ como hubiera hecho cualquier tribunal constitucional nacional. En materia antiterrorista, se adoptó la Decisión – Marco de lucha contra el terrorismo que enumera una lista de actos que los Estados miembros deben considerar “delitos terroristas” en sus jurisdicciones, se establece un umbral mínimo de penas para las mismas, y se requiere que se armonicen las leyes penales nacionales por cuanto a la tipificación y sanciones.

Respecto del mantenimiento de las listas negras se plantea la preocupación del impacto negativo sobre terceros en procesos penales, el derecho a la propia imagen, en el acceso a ayudas públicas, en relaciones contractuales y como causal para la denegación del estatuto de refugiado o similar.

V. La acción de la Organización de Estados Americanos en la Lucha contra el Terrorismo

Desde 1999 existe el Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE) que coordina los esfuerzos regionales en el cumplimiento de las normas primarias, a través de la mejora en el intercambio de información, la asistencia a los Estados en la redacción de legislación contra-terrorista, y la mejora de la cooperación fronteriza y las medidas de seguridad de los documentos de viaje.⁵² En 2003

⁴⁹ Entre otras, asunto 11/70 Internationale Handelsgesellschaft (1970) ECR 1125; Asunto 4/73 Nold (1974) ECR 491; Asunto 36/75 Rutilli (1975) ECR 1219

⁵⁰ Reglamento del Consejo (CE) No. 168/2007 de 15 de febrero de 2007 DOCE 2007 L 53/1

⁵¹ Por ejemplo, la Carta ampara los derechos al proceso debido en los artículos 41 y 47

entró en vigor el Convenio interamericano contra el terrorismo que fue el primer instrumento convencional tras los sucesos del 11- S, urge a los Estados a tomar medidas para prevenir el financiamiento del terrorismo, y a reforzar la cooperación en legislación antiterrorista y a prestarse asistencia legal mutua en cuestiones de terrorismo.

VI. Conclusiones

Frente a esta solución imperfecta de un subsistema regional analizando las acciones de una Organización universal que sin dudas irán al alza, sería deseable⁵³ que Naciones Unidas se dotara de un tribunal *ad hoc* para revisar cuestiones como la motivación, legalidad y proporcionalidad de las sanciones impuestas por el Comité, donde el testimonio del Ombudsman tendría un valor añadido; este tercer filtro permitiría un mayor respeto del debido proceso y garantizaría el necesario secretismo de las operaciones antiterroristas. Naciones Unidas en dos instancias combatió el terrorismo con la creación de tribunales ad hoc que si bien puede resultar criticable desde el principio de legalidad penal, resultaron tanto por la autoridad de su impulsor como por sus resultados, sin duda un mal menor para los interesados, frente a la situación actual de hipertrofia de activismo legal excepcional y dudoso. En concreto, me refiero el Tribunal para juzgar el atentado terrorista de Lockerbie en 1998, y el establecimiento del Tribunal del Líbano para juzgar el atentado terrorista que acabo con la vida, entre otros, del Presidente de este país, Rafiq Hariri en 2007 autorizado por el Consejo de Seguridad.⁵⁴

Por su parte las reglas esbozadas desde Naciones Unidas aún están inconclusas debido a agendas nacionales contrapuestas, a los enfrentamientos judiciales

⁵² Resolución de la Asamblea General 1650, OAS Doc. AG/Res1650 (XXIX-0/99, 7 de junio de 1999

⁵³ En este sentido, es de interés rescatar la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-306/01 Yusuf, Al Barakaat International Foundation c Consejo de la Unión Europea y Comisión párrafo 340 que lee: " es preciso reconocer que los demandantes no disponen de ninguna vía de recurso jurisdiccional ya que el Consejo de Seguridad no ha estimado oportuno crear un tribunal internacional independiente encargado de juzgar en hecho y derecho, los recursos interpuestos contra las decisiones individuales adoptadas por el Comité de Sanciones. "

⁵⁴ Resolución del Consejo de Seguridad 1757 Art. 1 U.N Doc. SRES1757 30 mayo 2007

citados, a lo que no ayuda la existencia de una lucha contra el terror encubierta y al margen de la legalidad como el escándalo de los vuelos de la CIA puso de manifiesto tras la pesquisa de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que motivo la apertura de indagaciones judiciales en distintos países de Europa, y más reciente los supuestos de espionaje entre servicios de inteligencia que se presumen debían colaborar en la persecución del enemigo