

Evolución del respeto a los derechos humanos en la Unión Europea (teoría y práctica ante los nuevos desafíos del terrorismo)*

Araceli Mangas Martín

1. Introducción. En el 60º Aniversario de la Declaración Universal

La Carta de las Naciones Unidas tiene entre muchos méritos el haber reconocido en 1946 «la fe en los derechos fundamentales» y «en la dignidad y el valor de la persona humana» con alcance universal partiendo del postulado de la igualdad sustancial de todos los seres humanos. La idea central de la Carta es que la paz, síntesis de la libertad y la seguridad, no se puede alcanzar si la opresión y la injusticia castigan a los seres humanos. Este reconocimiento internacional conlleva que los Estados no pueden blindarse en la competencia doméstica (por ejemplo, la seguridad). La doctrina soviética ponía el énfasis en la noción de no injerencia; la doctrina occidental viene sosteniendo que todo Estado tiene un interés legítimo en proteger los derechos de cualquier ser humano, lo que implica un derecho de protesta y censura respecto de conductas ilícitas de otros Estados.

La falta de concreción de la Carta fue subsanada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. Se quería expresar, tras el horror y miseria moral del nazismo, un ideal común para la humanidad. No es un tratado internacional sino una «recomendación» formalmente desprovista de fuerza vinculante; pero ningún otro texto jurídico o político ha tenido tanto impacto real y formal en la comunidad internacional. Ha sido la fuente de inspiración de decenas y decenas de tratados internacionales, ya universales, ya regionales, vinculados a ella.

* Este trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación DER2008-054 19/JURI, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) adoptado en Roma en 1950, que une hoy a todos los Estados del continente, reconoce que es «la garantía colectiva de algunos derechos enunciados en la Declaración Universal».

Muchas constituciones, como la española de 1978, la incorporan como pauta superior de inspiración o interpretación, y no citan concretos tratados sobre derechos humanos sino solo la Declaración Universal. Su evolución hacia fuente de derecho muestra que la fuerza obligatoria de un instrumento jurídico sobre derechos humanos no es necesariamente la consecuencia de su forma. La Corte Internacional de Justicia, máximo órgano judicial de la ONU, confirmó en 1970 que existen en materia de derechos humanos obligaciones que tienen un carácter universal e imperativo (sentencia *Barcelona Traction*).

Sería muy fácil enumerar los grandes éxitos normativos y también sus efectos positivos al establecer un patrón o mínimo común denominador universal. También sería fácil apuntar hacia países concretos en los que se violan los derechos humanos de forma evidente, como Cuba, Venezuela, Guinea Ecuatorial, Zimbabue, China, Myanmar (Birmania), etcétera, o a continentes casi enteros como África y buena parte de Asia para constatar las inmensas bolsas de resistencia al respeto de los derechos humanos. La pobreza y la injusticia social es una transgresión de derechos humanos.

Como es fácil acusar a otros, prefiero volver la mirada sobre nosotros, los europeos, para medir su respeto. Nuestras constituciones, nuestro sistema judicial, los numerosos convenios internacionales que aceptamos y cumplimos evidencian un alto nivel formal y real, el más elevado de protección en el mundo. Pero, ¿no ha habido graves violaciones en los últimos años en Europa? Hagamos un recorrido por las normas que nos rigen en materia de derechos humanos y por su realidad en el día a día.

2. De la ausencia de mención en los tratados fundacionales...

Es bien sabido que cuando se redactaron los tratados fundacionales de las comunidades europeas en los años cincuenta del pasado siglo XX no se incluyó ninguna referencia directa en el preámbulo ni menos aún en ningún precepto del articulado que exigiese su respeto a las instituciones. Los preámbulos estaban y están imbuidos de una intencionalidad política de largo alcance, hay claras referencias a los valores de la libertad y la paz; la filosofía subyacente a los tratados fundacionales marca unos objetivos que no pueden alcanzarse sin el respeto a los derechos fundamentales. Pero no estaba en la mente de los fundadores la inquietud o preocupación por la eventualidad de una violación de los derechos humanos por el sistema de integración. Al fin y al cabo se regulaban instrumentos económicos para la realización de la unidad y no

se tenía conciencia de que las competencias atribuidas para la realización del mercado común pudieran poner en peligro el respeto a los derechos humanos.

Sin embargo, en los años sesenta y, especialmente, en los setenta y ochenta comenzaron a suscitarse dudas en el marco de litigios sobre la eventualidad de que determinadas actuaciones normativas de las instituciones europeas los podrían vulnerar. Y se fueron dictando sentencias en las que el Tribunal de forma lenta pero progresiva abrió su protección judicial a alegaciones fundadas en la violación de derechos fundamentales por parte de las normas comunitarias frente a los patrones de protección constitucional e internacional. La sentencia que fija esa jurisprudencia con contornos y fundamentos precisos es la sentencia en el caso *Nold* de 14 de mayo de 1974.¹

3. ...A la consideración de los derechos humanos como criterio de legalidad

Claro que si el Tribunal de Justicia se pronuncia por una sólida doctrina en su jurisprudencia en torno a la protección de los derechos fundamentales por el Derecho Comunitario lo hace convencido por la necesidad de fortalecer la unidad y primacía del Derecho Comunitario. Se reivindicaba así la comunitarización de los derechos fundamentales frente a eventuales pretensiones de las jurisdicciones nacionales de reclamar el conocimiento de presuntas violaciones por las instituciones comunitarias a derechos reconocidos por las diferentes Constituciones y amparados por diversos sistemas de garantía.

Desde los años setenta quedaba configurado el respeto a los derechos fundamentales como un criterio de *legalidad* que limita la actividad comunitaria. A lo largo de los años setenta y ochenta se multiplican las sentencias en las que el Tribunal demuestra su sensibilidad y la asunción del papel del control de la legalidad de los actos de las instituciones y de los Estados miembros cuando aplican el Derecho Comunitario. Si una batalla estaba ganada, quedaba pendiente otra. Lo curioso es que en el Estado moderno la primera batalla en materia de derechos humanos era su reconocimiento como fuente de legitimidad del sistema político y solo después e inmediatamente como criterio de legalidad. En la Unión Europea (UE) se ha producido a la inversa. Lo que faltaba era configurar la protección de los derechos humanos como un criterio de *legitimación* democrática del proceso mismo.

¹ TJCE, sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold c. Comisión*, 4-73, pp. 491 y ss.

4. Los derechos fundamentales como criterio de legitimación del sistema mismo

El reconocimiento expreso de la protección de los derechos humanos como legitimador del proceso de integración es la lucha de los años noventa. Su primer reflejo se visualiza en el Tratado de la Unión Europea (TUE) adoptado en Maastricht en 1992. La Unión proclama *el respeto a los derechos humanos* como un valor que fundamenta el sistema: «La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros» (artículo 6 TUE tras la reforma del Tratado de Ámsterdam). Estos valores estaban implícitos en el sistema de la integración, pero desde entonces clarifican las coordenadas políticas del proceso.² Expresan la sumisión de la UE a esos valores y objetivos políticos generales y, en consecuencia, sus acciones internas y externas pueden ser contrastadas a la luz de esos principios que guían su actividad y marcan la consecución de unos objetivos.

Esta proclamación del fundamento mismo de la integración europea tiene una gran importancia jurídico-política pues «representan las bases fundamentales del consenso político europeo».³ El Tratado de Maastricht en su calidad de norma fundamental que articula un pacto político-social entre pueblos y Estados, expresa los valores que nos unen: se exige expresamente que la Unión se base en los comunes vínculos jurídicos de sus Estados miembros. Estos valores enumerados en el primer párrafo serían valores supremos que rigen sin excepción alguna. El respeto a los derechos humanos queda configurado como la fundamentación misma del sistema de integración.

Para M. Cartabia, el intento de crear un sustrato de valores constitucionales generalmente compartidos en una sociedad no homogénea respecto a orientaciones morales, filosóficas, religiosas, ideológicas es claramente perseguido por los tratados.⁴ La construcción europea no se ha limitado al progreso económico, sino que su objetivo ha sido y es crear un espacio de paz, como ha reiterado en numerosas ocasiones el Parlamento Europeo, por lo que el compromiso con los derechos humanos no se circunscribe a una mera obligación jurídica convencional.

Un nuevo frente para lograr una sólida legitimación fue la reivindicación de un instrumento propio de la Unión en materia de derechos humanos. La incardinación del

² MANGAS MARTÍN, A. «Reflexiones en torno al «proceso de constitucionalización» de la integración europea». En Fernando M. Mariño (editor). *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Garrone*. Madrid: Trotta, 2002, pp. 423-432.

³ BAQUERO CRUZ, J. «Los valores económicos de la Unión Europea: pasado, presente y futuro», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, 14/15, octubre 2005, p. 7.

⁴ CARTABIA, M. «Unita nella diversita»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali», *Il diritto dell'Unione Europea*, 3/2005, p. 602.

respeto a los derechos humanos como principio general de derecho —que se concreta a través de instrumentos jurídicos ajenos al sistema de la integración, como son los patrones constitucionales de los Estados miembros y los convenios internacionales, incluida la Declaración Universal, y de forma muy especial los criterios que suministra el Convenio Europeo de Derechos Humanos— no satisfacían completamente a la doctrina científica ni a los movimientos europeístas. Se pretendían dos instrumentos de legitimación: uno, el instrumento propio, y otro, la adhesión formal al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Será en los años noventa cuando se intensifiquen ambas vías para lograr una mayor legitimidad del sistema.

Es bien sabido que el Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996 frenó la opción de la adhesión al CEDH en tanto no se revisaran los tratados. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estimó en su dictamen que no había base jurídica que permitiese la adhesión, dado que ninguna disposición de los tratados confiere a las instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito, y que la adhesión al CEDH, que «tendría una envergadura constitucional», sobrepasaría los límites del entonces artículo 308 del Tratado CE. El Tribunal no se pronunció sobre la compatibilidad de la adhesión al CEDH con el Tratado —en particular con el principio de autonomía del Derecho Comunitario— ni con las competencias del Tribunal, pero exigió que dicha adhesión solo podría realizarse a través de una modificación del Tratado que incluyera tal competencia.

Se han sentado las bases para alcanzar esos dos instrumentos de legitimación mediante el Tratado de Lisboa. Y serán avances muy notables en la positivación de los derechos humanos y su control en la Unión Europea. Pero no nos engañemos, la Unión no tiene un verdadero sistema propio y completo. No lo puede tener y la razón última está en el Dictamen 2/94. La Unión no tiene competencias para legislar con carácter general en materia de derechos humanos. Es tributaria y dependiente de una competencia que corresponde ineludiblemente en este estadio a los Estados. Sigue siendo una responsabilidad primordial de los Estados en la relación constitucional con sus ciudadanos: son un límite al poder del Estado, y su desarrollo legislativo y control corresponde a las instituciones democráticas de soberanía.

4.1. La Carta de Niza como instrumento de legitimidad y de reforma política del sistema

Dado que el Tratado de Ámsterdam de 1998 no incluía una base jurídica para prever la adhesión al Convenio Europeo, el único frente posible para lograr una mayor legitimación del sistema era dotar a la UE de una Carta propia de derechos.

Para entender mejor el alcance de la Carta de Niza, es importante señalar que en aquellos años, 1999 a 2002, la Carta se presentaba como un instrumento de reforma del sistema político a medio plazo (*constitucionalización del Derecho originario*) y como elemento impulsor del sentimiento común de pertenencia, con el fin de fortalecer la identidad de la Unión Europea: definir nuestro patrimonio colectivo de valores y derechos, que sirvan a su vez de fundamento a las políticas comunitarias. Los valores compartidos que representa la Carta de Niza hacen que la ciudadanía europea se sienta algo más parte de la UEm era un elemento de *legitimidad* democrática del sistema. La elaboración de esta Carta fue un factor determinante del impulso del debate en torno a la elaboración de la Constitución Europea que finalmente embarrancó en 2005.

El objetivo no era tener un instrumento cuyo contenido fuera diferente a las constituciones y convenios internacionales y que creara dificultades jurídicas y de aplicación. El mandato del Consejo Europeo de Colonia de 1999 y los redactores de la Carta acordaron codificar el conjunto de derechos ya admitidos en aquellas constituciones y convenios reafirmando el derecho existente: fue un trabajo de revelación de derechos y de síntesis que aglutinó derechos civiles, políticos, económicos y sociales.

El principio del respeto a los derechos humanos se ha visto fortalecido y precisado tras la aprobación en Niza de la Carta de los Derechos Fundamentales de diciembre de 2000, pues aunque no se incorporó al Tratado de Niza y no es formalmente vinculante, no por ello deja de tener efectos jurídicos y debe ser tenida en cuenta por las instituciones y los Estados miembros en la aplicación del Derecho Comunitario. Su carácter vinculante se logrará cuando pueda entrar en vigor el Tratado de Lisboa. Mientras tanto es un texto que muestra un *acuerdo político* desde su primera proclamación el 7 de diciembre de 2000 en Niza y lo sigue siendo, en la nueva redacción tras su segunda proclamación el 12 de diciembre de 2007; formalmente no es una norma jurídica inmediatamente exigible, como tal Declaración, ante los tribunales hasta que no entre en vigor el Tratado de Lisboa, que le dará fuerza vinculante, pero nada impide su alegación ante los jueces y tribunales y que estos la tengan en cuenta⁵ sobre la base del principio general del Derecho Comunitario de respeto a los derechos humanos y en calidad de uno de los textos que los concreta.

⁵ Entre los primeros Tribunales nacionales que tuvieron en cuenta la Carta, antes incluso de su primera proclamación, estuvo el Tribunal constitucional español: así, STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000 (Ponente J. D. González Campos), fund. 8. También en la STC 290/2000 y con posterioridad decenas y decenas de sentencias.

Igualmente los Abogados Generales del Tribunal de Justicia y, más tarde, este, además del Tribunal de Primera Instancia han invocado en decenas y decenas de ocasiones la Carta en apoyo de sus argumentaciones sobre la protección de derechos fundamentales. *Vid. inter alia* TURI, Cl. Di. «La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4/2002, pp. 671-686; JACQUE, J.P. «Charte des droits fondamentaux et droit à un recours effectif. Dialogue entre le juge et le «constituent»», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2002, pp. 1-15.

Es cierto que su futura inclusión como derecho vinculante no ha sido en la forma y con la intensidad que cabría esperar para un instrumento de tanta trascendencia. Se hace por referencia⁶ y no se incluye directamente su articulado en el Tratado. Y más graves son las excepciones a las que se acogen el Reino Unido y Polonia, así como las reticencias de la República Checa. Los jueces de los Estados acogidos a la excepción no podrán examinar si las leyes y actos de esos Estados respetan o no la Carta, «salvo en la medida en que Polonia y el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional» (artículo 1.2 del Protocolo núm. 4). Igualmente, si una disposición de la Carta se refiere a prácticas y legislaciones nacionales, solo se aplicará en Polonia y el Reino Unido en la medida en que los derechos o principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia y del Reino Unido (artículo 2). Fueron concesiones criticables pero al menos en 25 Estados se podrá invocar y aplicar plenamente. Es evidente que rompe la identidad de valores y arroja la duda de la Carta como instrumento de legitimidad.⁷ No se respeta la intangibilidad de la Carta como instrumento pleno e igual en los 27 Estados miembros y esa fractura puede hacer daño más simbólico que real entre la ciudadanía.

4.2. El control externo del respeto de los derechos humanos

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa modificando el tratado de la Unión Europea logrará la otra reivindicación: garantizar un *control judicial externo* del respeto a los derechos humanos. El artículo 6.2 TUE modificado por el Tratado de Lisboa da competencia a la UE para adherirse a ese concreto Convenio,⁸ citado e identificado por su nombre y confirmado en el Protocolo número 35 anexo al Tratado. Si los Estados miembros se someten a esa fiscalización por ser Partes del CEDH y, además, es condición *de facto* para ser parte de la Unión, resultaría incongruente que la Unión, que comparte nuestros valores, no aceptase reconocer a la ciudadanía europea esa garantía frente a las actuaciones de sus instituciones, agencias y organismos, añadiendo

⁶ Artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, adoptado en Lisboa: La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los tratados.

⁷ Vid. BAQUERO CRUZ, J. «What's Left of The Charter? Reflections on Law and Political Mythology», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 15 (2008) 1, pp. 65 y ss.

⁸ Vid., *inter alia*, PASTOR RIDRUEJO, A. «La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales». En J. Martín y Pérez de Nanclares (coordinador). *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Madrid: Iustel y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2008, pp. 151 y ss.; STOFFEL VALLOTON, N. «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias». En J. Martín y Pérez de Nanclares (coordinador). *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Madrid: Iustel y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2008, pp. 179 y ss.

un Tribunal *externo* a la Unión, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para comprobar que sus actos respetan los derechos humanos. La UE se ha decantado por aceptar el plano más garantista en su legitimidad política y se han arrinconado las preocupaciones por la autonomía del Tribunal de Justicia. El artículo 6.2 del TUE (reformado en Lisboa) sitúa a las instituciones de la Unión (y a la propia Unión) en el mismo plano en el que ya se han situado previamente los Estados miembros, cuyas actuaciones en materia de derechos humanos son susceptibles de control por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5. El apoyo europeo a la Corte Penal Internacional; el respeto a los derechos humanos en las ampliaciones

Una contribución europea relevante al respeto de los derechos humanos ha sido el apoyo de la Unión a la instauración de la Corte Penal Internacional (CPI), creada por el Estatuto de Roma de 1998. Su apoyo fue pleno⁹ y no ha cesado. Igualmente se preocupó de lograr su entrada en vigor y potenciar este mecanismo judicial respaldando «plenamente el funcionamiento efectivo de la Corte y brindar un apoyo universal a la misma, fomentando la participación más amplia posible en el Estatuto de Roma» (artículo 1.2). En estos años, con su influencia política ha propiciado la participación más amplia posible en el Estatuto en negociaciones o en diálogos políticos con terceros Estados, grupos de Estados u organizaciones regionales pertinentes,¹⁰ Cabe destacar el apoyo continuado a los trabajos de la Corte en el marco de la Asamblea de los Estados Parte y al conjunto de actuaciones de la CPI.

Sin embargo ha sido objeto de críticas en la doctrina,¹¹ en la opinión pública y por el Parlamento europeo¹² la actitud de la UE frente a la posición de Estados Unidos

⁹ Vid. PONS RAFOLS, X. «La Unión Europea ante la Corte Penal internacional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 16, septiembre-diciembre 2003, pp. 1067 y ss.

¹⁰ Posición Común 2003/444/PESC del Consejo relativa a la Corte Penal Internacional de 16 de junio de 2003 (DOCE L 150 de 18 de junio de 2003); también debe ser citada la Decisión 2003/335/JAI del Consejo de 8 de mayo de 2003 sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (DO L 118, de 14.5.2003)

¹¹ Un comentario pormenorizado puede verse en PONS RAFOLS, X. «La Posición Común del Consejo relativa a la Corte Penal internacional», *Revista General de Derecho Europeo*, n° 2, octubre 2003 <iustel.com>; S. ZAPPALÀ. «The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements», *Journal of International Criminal Justice*, 1 (2003), pp. 126-129.

¹² En su Resolución de 26 de septiembre de 2002 dice que «Cree firmemente que los Estados Partes y los Estados Signatarios de la CPI están obligados por el Derecho Internacional a no frustrar el objeto y el propósito del Estatuto de Roma», en virtud del cual, según su preámbulo, «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo» y que los Estados Partes están obligados a cooperar plenamente con la Corte, de conformidad con el artículo 86 del Estatuto de Roma, lo que les impide celebrar acuerdos de inmunidad para sustraer a determinados ciudadanos a las jurisdicciones

sobre los denominados «acuerdos de inmunidad» que protegen a sus nacionales para que no puedan ser investigados o procesados por crímenes de la competencia de la Corte ni sean puestos a disposición de esta cuando se encuentran en el territorio de Estados partes del Estatuto de la CPI, acuerdos bilaterales fundados en una dudosa interpretación del artículo 98.2 del Estatuto de la Corte.¹³ Frente a las prácticas bilaterales,¹⁴ la respuesta de la UE trata de separarse de tales prácticas convencionales contrarias al Estatuto de la Corte y es algo más prudente,¹⁵ estableciendo varias condiciones razonables para excluirlos de la eventual entrega a la Corte tales como que a la vista del principio de complementariedad de la jurisdicción de la Corte, los Estados Unidos garanticen la investigación y persecución de los crímenes en sus tribunales internos y que no afecte a nacionales de Estados Parte en el Estatuto.

El Parlamento europeo expresó sus críticas a la decisión del Consejo advirtiéndole «que ningún acuerdo de inmunidad debería abrir la posibilidad de la impunidad para cualquier persona acusada de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o genocidio» y «Recuerda a los Gobiernos y los Parlamentos de los Estados miembros que se abstengan de adoptar cualquier acuerdo que socave la aplicación efectiva del Estatuto de Roma; considera, en consecuencia, que la ratificación de cualquier acuerdo de este tipo es incompatible con la pertenencia a la UE.»¹⁶

No sería justo dejar de mencionar las responsabilidades que la UE ha asumido en la acción exterior a fin de afirmar y promover sus valores (libertad, democracia, Estado de Derecho, respeto a los derechos humanos, tolerancia, justicia, solidaridad...) e intereses (artículo 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea —TUE—, tal como será modificado por el Tratado de Lisboa; también artículo 6 y 11 del TUE en vigor en 2008). Casi se desprende de estos preceptos una «fe misionera» por parte de la UE, al entender que esos principios y valores han estado presentes en la creación y ampliación de la UE y que los debe fomentar en el resto del mundo. En ese orden de ideas tomaron cuerpo en

de los Estados o de la Corte Penal Internacional, mermando la efectividad de la CPI y poniendo en peligro su función de jurisdicción complementaria de las jurisdicciones estatales y de pieza de la seguridad colectiva mundial» (*DO C/273 E*, de 14 de noviembre de 2003).

¹³ Artículo 98.2: «La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar de forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que esta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega».

¹⁴ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. «Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva de la Corte Penal Internacional: la Resolución 1422 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Acuerdos bilaterales celebrados por Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002-2, pp. 999 y ss.

¹⁵ Conclusiones del Consejo, Documento 12134/02 de la Sesión n° 2450 del Consejo Asuntos Generales y Relaciones Exteriores de 30 de septiembre de 2002, pp. 9-10.

¹⁶ Resolución del PE, 24 de octubre de 2002, *DO C300/E* de 11 de diciembre de 2003, pp. 623-624.

la práctica de sus relaciones con terceros Estados la llamada *condicionalidad* de la acción exterior o la europeización como democratización en su estrategia ampliatoria.

Pero volvamos *intramuros*, a la exigencia del respeto a los derechos humanos para ingresar en la Unión, requisito que se exige por el artículo 49 y 6.1 del TUE: ¿los Estados que han ingresado de forma masiva en 2004 y 2007 cumplían con todos los requisitos, en concreto el de respeto a los derechos humanos?

En efecto, se plantea cómo medir el cumplimiento de las exigencias;¹⁷ la Unión no ha querido o no sabido hacer cumplir con tales requisitos a *todos* los Estados miembros que ingresaron en 2004 y 2007.¹⁸ Tanto durante la preadhesión como en los meses y años posteriores a la adhesión ha habido signos evidentes de que estaban en general lejos de las conductas esperables en los Estados democráticos. Solo le ha exigido hacer progresos a Turquía y no demandó el mismo esfuerzo a Rumania, Bulgaria (aunque les hiciera esperar dos años) o a Polonia o la República Checa, por poner ejemplos de Estados miembros poco sensibles a los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho. Tampoco los Estados bálticos son un modelo de respeto a las minorías, en especial a la minoría rusa a la que discriminan de forma sistemática sin que la Comisión fuera exigente antes de su ingreso y menos aún después.

Como reconocía un informe de la Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE): «la adopción positiva y cognitiva de las reglas democráticas (lo que los teóricos políticos llaman «el aprendizaje social») ha sido hasta ahora limitado». Desde luego «el monitoreo» (jerga de Bruselas) de estos países en materia de derechos humanos ha sido una burla como ese mismo ridículo vocablo expresa. Y no se arreglan las cosas con Informes de reconocimiento de estar luchando contra la corrupción a la vista de los escándalos notorios de los sistemas de los nuevos miembros.¹⁹ Claro que nada ha hecho ni dicho en la primavera de 2008 en relación con la vulneración del imperio de la ley y la igualdad ante la ley en Italia a la luz de las leyes de impunidad de determinadas autoridades públicas italianas y que beneficiaban entre otros al mismo presidente del Gobierno italiano. No se puede ocultar cierto deterioro en la sensibilidad de nuestros representantes políticos europeos por los derechos humanos.

¹⁷ Conclusiones del Consejo Europeo, 16 y 17 de diciembre de 2004.

¹⁸ PRIDHAM, Geoffrey. «¿Trabajo inconcluso? Ampliación hacia el Este y condicionalidad democrática». Disponible en <<http://fride.org/publicacion-boletin/212/trabajo-inconcluso-ampliacion-hacia-el-este-y-condicionalidad-democratica>>. También JONAVICIUS, Laurynas. «Las políticas de promoción de la democracia de los Estados de Europa Central y del Este». Disponible en <<http://fride.org/publicacion-boletin/393/las-politicas-de-promocion-de-la-democracia-de-los-estados-de-europa-central-y-del-este>>.

¹⁹ PRIDHAM, Geoffrey. «¿Trabajo inconcluso? Ampliación...», *loc. cit.*

6. La armonía de la Carta de Niza con los estándares constitucionales e internacionales de protección de los derechos humanos

Resueltas ya las dos vías de legitimación —siempre que entre en vigor el Tratado de Lisboa—, solo cabe subrayar que la propia Carta de Niza incluye importantes disposiciones que en todo caso garantizarán la apertura constante de la UE al CEDH. El artículo 52.3 de la Carta aborda la necesaria coherencia entre la Carta y el CEDH y sus protocolos adicionales.

Si los derechos que figuran en la Carta se corresponden con derechos garantizados del CEDH, entonces su sentido, alcance y sus limitaciones serán las mismas que prevé el Convenio de 1950 (y sus protocolos), tal y como han sido interpretados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). A su vez, cuando el legislador comunitario legisle y afecte a tales derechos podrá tener en cuenta el alcance y limitaciones del CEDH y su jurisprudencia. Cabe recordar que para muchos convencionales tenía gran importancia el apartado 3, relativo a la compatibilidad de la Carta con el CEDH, hasta el punto de reconocer que ese apartado formó parte del consenso global para la adopción de la Carta durante su elaboración en Niza.

Esta cláusula de apertura no afecta formalmente a la autonomía del Derecho de la Unión pues la Carta solo es un *umbral*: se nos garantiza que los derechos de la Carta cuyo origen estén en el CEDH tendrán la misma protección que allí se garantiza. Pero si el nivel de protección en la UE fuera superior el Convenio no será un obstáculo. Esta cláusula de apertura no podrá poner techo a una mejor protección. Mediante una cláusula de apertura se garantiza la convivencia de los estándares constitucionales, europeos e internacionales de protección de los derechos fundamentales para evitar divergencias entre el enunciado simple de los derechos en la Carta y los conceptos arraigados en el interior de los Estados miembros.

Carta, Derecho de la UE, Convenio Europeo de Derechos Humanos y las constituciones nacionales, todos ellos forman parte del pluralismo jurídico europeo en materia de derechos fundamentales. Se garantiza la imbricación y apertura a las constituciones nacionales y a los convenios internacionales de derechos humanos, y así el Tribunal de Justicia recurrirá a más fuentes de protección. Ello es conforme a la doctrina constitucional clásica, que nunca interpreta como exhaustivos los repertorios de derechos fundamentales de las constituciones, con lo que admite el reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos en función de la evolución de la sociedad» (CONV 528/03, p. 13). El respeto a los derechos humanos es un principio general del Derecho y no se funda en un texto normativo cerrado.

La Carta tendrá, por tanto, efectos beneficiosos en una convergencia constitucional y europea en materia de derechos fundamentales. No debe ser tomada como un texto aislado. Nuestras constituciones nacionales en materia de derechos fundamentales no tienen un rango inferior a aquella: ya desde la citada sentencia *Nold* de 14 de mayo de 1974 los niveles constitucionales de protección de derechos fundamentales forman parte del Derecho Comunitario, por lo que «no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos» en los estándares constitucionales o del CEDH y otros textos internacionales (TJCE, sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89). El Tratado de la Unión, desde su adopción en Maastricht, recoge esta posición en el artículo 6.3 (también artículo 6 TUE de Lisboa). Los artículos 52.4 y 53 de la Carta integran los diferentes niveles de protección de derechos. El juez nacional debe ponderar unas y otras normas en caso de eventual contradicción, de la misma manera que lo debe hacer el Tribunal comunitario. Este ya se ha enfrentado a varias situaciones de conflicto entre los estándares constitucionales y europeos con soluciones diametralmente opuestas fruto de esa ponderación. Así, en varias ocasiones muy relevantes, el Tribunal comunitario entendió que, frente a determinadas normas comunitarias, debían tener prioridad los derechos o las libertades fundamentales protegidos por una constitución nacional o por un convenio internacional (el derecho de manifestación, la libertad de prensa, los derechos de los niños, etcétera).²⁰ En sentido inverso, en otras ocasiones se decantó a favor de la primacía de una norma de Derecho derivado que protege un derecho fundamental; por ejemplo, de igualdad entre mujeres y hombres, relativo al derecho de una mujer a acceder a un empleo en las Fuerzas Armadas en igualdad con los varones. Para el Tribunal, la exclusión general prevista entonces en la Constitución alemana vulneraba el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, la Directiva 76/207 se oponía, según fallo del TJCE, a la aplicación de disposiciones nacionales como las del Derecho alemán que excluían de manera general a las mujeres de los empleos militares. Para el Tribunal, el acceso a las Fuerzas Armadas es una relación laboral sometida, como otros empleos, al Derecho Comunitario.²¹

Estas cláusulas de compatibilidad entre diferentes instrumentos sobre derechos humanos demuestran que no puede haber estándares normativos estancos y que nues-

²⁰ TJCE, sentencia de 12 de junio de 2003, *E. Schmidberger, Internacionales Transporte und Planzüge c. Austria*, C-112/00; 26 de junio de 1997, *Familiapress*; 10 de julio de 2003, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, Rec., p. I-7411, apartado 65; TJCE, sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH y Avides Media AG*, C-244/06, fundamento 42.

²¹ TJCE, sentencia de 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil c. Alemania*, C-285/98. La búsqueda de una interpretación equilibrada es el centro de la sentencia de 29 de enero de 2008, *Productores de Música de España c. Telefónica de España*, C-275/06, apartado 70; 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*, C-101/01, apartado 87, y de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros*, C-305/05, apartado 28.

tros derechos no pueden variar en función de la competencia normativa nacional o comunitaria. La Carta permeabiliza nuestro patrimonio de derechos, y difícilmente un ciudadano va a abstenerse de invocar la Carta si sirve a su mayor y mejor protección frente a una norma de puro Derecho nacional. No menos fácilmente un juez ante el que se invoque la Carta la va a desechar o inhibirse por ser ámbito de soberanía nacional. Al fin y al cabo, los derechos fundamentales se identifican en el sistema europeo con los Principios Generales de Derecho produciéndose una permeabilización prácticamente sin límites. De todas maneras, es de prever que en casi la totalidad de las situaciones, como dijera el Tribunal Constitucional español en su Declaración de 13 de diciembre de 2004, «es del todo claro que la aplicación por el juez nacional, como juez europeo, de los derechos fundamentales de la Carta habrá de suponer, casi sin excepción, la simultánea aplicación del correlativo derecho fundamental nacional» (*BOE* de 4 de enero de 2005, fundamento 6).

7. Los nuevos desafíos: el equilibrio entre la lucha efectiva contra el terrorismo internacional y el respeto a los derechos humanos

Dado que lo que nos planteamos es una visión de conjunto del significado y contribución de la Unión Europea al respeto de los derechos humanos, no será objetivo si no nos refiriéramos a las sombras en su actuación. Estas se encuentran relacionadas en gran medida, aunque no de forma exclusiva,²² con la lucha contra el terrorismo.²³

Aunque el terrorismo internacional es muy anterior al 11-S, desde entonces se han sentado las bases de una cooperación internacional ejemplar. La actitud de las corrientes de opinión y de los Estados en Europa ha sido diferente de la respuesta norteamericana. La UE se ha sumado a la aplicación de las normas adoptadas por el Consejo de Seguridad desde septiembre de 2001, pero aceptando que no se puede prescindir del respeto a los derechos humanos; lograr ese equilibrio no ha sido fácil ni pleno. Al menos los controles jurisdiccionales han funcionado sobre las medidas concretas para luchar contra el terrorismo a fin de no lesionar nuestro patrimonio de valores basados, entre otros, en el respeto a los derechos humanos y el Estado de Derecho.

²² Un recordatorio de los ámbitos en los que no hay un adecuado respeto puede verse en la Resolución del Parlamento europeo sobre el INFORME relativo a la «situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008» (2007/2145(INI)), de 5.12.2008, A6-0479/2008.

Por el contrario una visión *acrítica* se puede leer en Informe anual de la UE sobre los derechos humanos 2008, doc. 14146/08, de 29.8.2008. El texto puede consultarse en <http://www.consilium.europa.eu/cms3_fo/showPage.asp?id=970&clang=en&mode=g>.

²³ En el Informe mundial anual, de enero de 2009, de *Human Rights Watch*, en la parte dedicada a Europa, centra sus preocupaciones por las políticas de inmigración y asilo y, de forma especial, en las medidas antiterroristas: ver en <http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/eu_fr.pdf>.

Son diversos los episodios judiciales en los que se ha librado la tensión entre el Estado de Derecho y el necesario combate del terrorismo global y que voy a recordar de forma simplificada en estas líneas. Por el contrario, en el asunto de los denominados «vuelos de la CIA» presumiblemente se violaron numerosas normas de la Declaración Universal, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de la Carta de Niza, del Tratado de la Unión y de nuestras constituciones.

7.1. La protección de datos personales

Uno de los episodios judiciales ha sido el relativo a la protección de los datos personales de los pasajeros de vuelos con origen, escala o destino en los Estados Unidos que dio lugar a la sentencia de 30 de mayo de 2006.²⁴ El Parlamento Europeo asumió la defensa equilibrada del Estado de Derecho y logró la anulación de varias Decisiones del Consejo y la Comisión aunque no por violación de derechos fundamentales (protección de datos) sino por utilizar una base jurídica inadecuada (el artículo 95 TCE —base jurídica para armonizar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del Mercado interior— que no puede ser la base de la competencia de la Comunidad para celebrar un Acuerdo cuyo objeto era la seguridad pública y las actividades del Estado en materia penal por lo que estaba fuera del ámbito del Derecho Comunitario). Igualmente, está bajo sospecha el acuerdo de 30 de junio de 2008 con Australia, también relativo a datos de los pasajeros y sobre el que el Parlamento ha interpelado al Consejo y no es de descartar la interposición de un recurso de nulidad.

Relacionado con la seguridad de los aeropuertos frente al terrorismo no hay que olvidar que la Comisión viene estudiando la posibilidad de implantar el escáner corporal y que ya el Parlamento europeo ha reaccionado con una Resolución de 23 de octubre de 2008²⁵ calificando la utilización de dicho instrumento como un atentado grave al derecho de la vida privada, al derecho a la protección de datos y al derecho a la dignidad personal, además de no haberse realizado ningún estudio sobre el impacto de ese sistema sobre la salud y los derechos fundamentales.

²⁴ TJCE de 30 de mayo de 2006, C-317/04 y C-318/04, *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea y Parlamento Europeo contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Vid. el comentario de C. ORÓ MARTINEZ: «La anulación de la transferencia de datos personales de los pasajeros aéreos a los Estados Unidos», *Revista General de Derecho Europeo*, n° 11, 2006. Disponible en <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=13&numero=11>; ZAPATER DUQUE, E. «La cooperación entre la Unión Europea y Estados Unidos en materia de terrorismo: el Acuerdo sobre el tratamiento y la transferencia de datos de pasajeros de la Unión Europea en vuelos con origen o destino a EEUU», *Revista General de Derecho Europeo*, n° 5, octubre 2004. Disponible en <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=13&numero=5>.

²⁵ P6_TA-PROV(2008)0521.

7.2. La protección frente a las listas negras o sanciones inteligentes de la ONU

Tampoco las «listas negras» de Naciones Unidas (incluyendo a personas y organizaciones sospechosas de terrorismo) son un modelo de respeto a la Declaración Universal y al Convenio Europeo de Derechos Humanos: violan sus reglas fundamentales del «derecho al juicio justo» (cargos concretos, derecho de defensa y de apelación, etcétera).

En asuntos dirimidos por el Tribunal de Primera Instancia (TPI), este ha aceptado parcialmente las alegaciones de personas incluidas en las listas de organizaciones terroristas en aplicación de la Resolución 1373 (2001) de 28 de noviembre, como fue la sentencia sobre la *Organización Mujahedin del pueblo de Irán c. Consejo*²⁶ en la que constató la nulidad de varias normas comunitarias que no previeran ningún procedimiento de notificación de las pruebas de cargo y de audiencia de los interesados. Posteriormente, el Consejo de Seguridad se hizo eco de la necesidad de proteger los derechos humanos aún en el marco de la lucha contra el terrorismo en las Resoluciones 1456 (2003) y 1624 (2005). Sin embargo, con anterioridad a la Resolución 1373 (2001) ya se había aprobado y aplicado la Resolución 1267 de 15 de octubre de 1999 y otras resoluciones en esos años que han establecido sanciones contra determinados individuos o entidades pertenecientes o asociadas con Al-Qaida y los talibán.

Precisamente, la aplicación de aquella Resolución de 1999 dio lugar a un complejo caso que fue juzgado primero ante el Tribunal de Primera Instancia²⁷ y fue objeto de recurso de casación posterior ante el Tribunal de Justicia (asuntos *Yusuf, Al-Barakat y Kadi*).

En este interesante asunto para las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario, el TPI afirmó que, la Comunidad había actuado «en ejercicio de una competencia reglada, que no le concedía ningún margen de apreciación autónomo a la hora de ejercerla, de modo que no podía, en particular, ni modificar directamente el contenido de las resoluciones de que se trata ni establecer un mecanismo que pudiera provocar tal modificación»,²⁸ por lo que cualquier control de la

²⁶ TPI, sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Organización Mujahedin del pueblo de Irán c. Consejo* T-228/02; para un comentario, *vid.* GARRIDO MUÑOZ, A. «¿Un nuevo desarrollo en la jurisprudencia sobre ejecución de «sanciones inteligentes» en la comunidad?», *Revista General de Derecho Europeo*, n° 13, 2007. Disponible en <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=13&numero=13>.

²⁷ Sentencias de 21 de septiembre de 2005, *Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, T-306/01, y *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo y Comisión*, T-315/01. *Vid.* un comentario de estas sentencias en SANTOS VARAS, J.: «La indefensión de los particulares frente a las sanciones del Consejo de Seguridad: el reconocimiento de la competencia de los tribunales internos para controlar las resoluciones del Consejo de Seguridad en relación con el *ius cogens*», *Revista General de Derecho Europeo*, n° 11, 2006. Disponible en <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=13&numero=11>; EECKHOUT, P. «Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit», *European Constitutional Law Review*, 2007, 3, pp. 183 y ss.

²⁸ Sentencias *Kadi*, apartado 214, y *Yusuf y Al Barakaat*, apartado 265.

legalidad interna del Reglamento impugnado efectuado por el Tribunal de Primera Instancia, en particular desde el punto de vista de las disposiciones o principios generales del Derecho Comunitario relativos a la protección de los derechos fundamentales, exigiría por tanto que el Tribunal examinara, de modo incidental, la legalidad de dichas resoluciones»²⁹ lo que supondría una actuación carente de competencia y una violación de la legalidad internacional.

Sin embargo, el TPI estimó que el Consejo de Seguridad no está al margen del Derecho y que hay unas normas de *ius cogens*, un orden público internacional que ningún sujeto del derecho internacional puede vulnerar, y aceptó examinar la compatibilidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad con derechos fundamentales. En estas sentencias *Yusuf* y *Kadi*, el TPI afirma que los Estados están obligados a renunciar a aplicar cualquier disposición de Derecho Comunitario que obstaculice el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas.

Cierta flexibilización de esta doctrina se observa en la sentencia *Ayadi*, en la que se reconoce la posibilidad de que se establezca algún mecanismo jurisdiccional que permita a las víctimas cuestionar la congelación de sus fondos.³⁰ Como ha afirmado J. Santos, el TPI se decantó por «la prevalencia del objetivo de luchar contra el terrorismo internacional sobre la protección de los derechos humanos. El desarrollo de una argumentación tan extensa lleva al Tribunal en algunas ocasiones a incurrir en ciertas contradicciones e incoherencias».³¹ Fruto de estas batallas judiciales es la notificación del Consejo de 25 de abril de 2007 sobre la posibilidad de solicitar la exposición de motivos de la inclusión y, en su caso, pedir la exclusión de las listas negras.³²

El Tribunal de Justicia en su sentencia en casación,³³ por el contrario, fue rotundo al separar los aspectos de control sobre una Resolución del Consejo de Seguridad estimando que «la alegación de que se han vulnerado, bien los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario, bien los principios de dicho

²⁹ Apartado 266, sentencia *Yusuf*.

³⁰ TPI, sentencias de 12 de julio de 2006, *Chafiq Ayadi c. Consejo*, T-253/02 y *Faraj Hassan c. Consejo*, T-94/04.

³¹ Señala este autor que «Ello no supone, en modo alguno, limitar las amplias prerrogativas que el Capítulo VII de la Carta de las NU atribuye al CS en la determinación de la existencia de una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, ni de las medidas adecuadas para hacer frente a tal situación. En definitiva, es necesario buscar soluciones a esta cuestión que sean plenamente respetuosas con los derechos humanos, sin menoscabar el objetivo legítimo de proteger la seguridad de los ciudadanos frente a la amenaza del terrorismo internacional» (SANTOS VARA, J. «La indefensión de los particulares...», *loc. cit.*, p. 25).

³² Notificación a la atención de aquellas personas, grupos y entidades que han sido incluidos en la lista contemplada en el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 2580/2001 del Consejo sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, *DO C 90* de 25.4.2007, p. 1.

³³ TJCE, sentencia de 8 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation*, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P.

ordenamiento jurídico, no puede afectar a la validez de una resolución del Consejo de Seguridad ni a su eficacia en el territorio de la Comunidad» aplicando por analogía su jurisprudencia (vigente) de los años setenta de que no acepta impugnaciones de los Tratados basadas en las constituciones nacionales» Por ello, niega la afirmación del TPI sobre la posibilidad de «cuestionar, ni siquiera de modo incidental, la legalidad de las mismas desde el punto de vista del Derecho Comunitario. Por el contrario, el Tribunal de Primera Instancia está obligado a interpretar y aplicar dicho Derecho, en la medida de lo posible, de tal modo que sea compatible con las obligaciones que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados miembros». El Tribunal de Justicia niega que el juez comunitario pueda «en el marco de la competencia exclusiva que le confiere el artículo 220 CE, controlar la legalidad de la resolución aprobada por dicho órgano internacional, ni siquiera limitando su control al examen de la compatibilidad de tal resolución con el *ius cogens*» (apartado 287).

Ello no significa que no se puedan controlar los actos de aplicación interna. En esa esfera autónoma, el Tribunal confirma su doctrina anterior y bien conocida: «que el respeto de los derechos humanos constituye un requisito de legalidad de los actos comunitarios [...] y que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos [...] Ahora bien, el control de la validez de todo acto comunitario desde el punto de vista de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia debe considerarse la expresión, en una comunidad de Derecho, de una garantía constitucional derivada del Tratado CE como sistema jurídico autónomo y que no puede ser menoscabada por un acuerdo internacional» (apartado 316). Concluye que «los tribunales comunitarios deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho Comunitario, control que también se extiende a los actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como el Reglamento controvertido» (apartado 326).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido que, si bien procede luchar por todos los medios legales contra el terrorismo, la aplicación de las listas negras mediante normas comunitarias han violado «los derechos de defensa, y en particular del derecho a ser oídos y del principio de tutela judicial efectiva» (apartado 353).³⁴ La lucha contra el terrorismo requiere del control judicial, la mejor respuesta al sesenta aniversario de la Declaración Universal.

³⁴ En ese mismo sentido es otra nueva sentencia, en este caso del TPI, en la que afirma la obligación «d'assurer un juste équilibre entre les exigences de la lutte contre le terrorisme international et la protection des droits

7.3. Los vuelos de la CIA

Entre 2001 y diciembre de 2005 se sucedieron presumiblemente graves violaciones de los derechos humanos en Europa con los llamados vuelos de la CIA. Fueron sacadas a la luz en noviembre de 2005 por el diario *The Washington Post* y la cadena de televisión *ABC News*. Los organismos internacionales europeos reaccionaron de forma impecable haciendo investigaciones minuciosas y contrastadas: la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa realizó un informe estremecedor,³⁵ la Comisión Venecia de dicho organismo³⁶ y el Parlamento europeo aprobó una resolución e informe.³⁷

El informe del Consejo de Europa asegura que se creó una tela de araña o «red global» para la violación de los derechos humanos que no fue casual ni episódica. Durante cuatro años y hasta diciembre de 2005 se realizaron, con el consentimiento o la pasividad de una quincena de Gobiernos europeos, las detenciones ilegales o secuestros de varias decenas de personas así como entregas extrajudiciales de personas acusadas de terrorismo islamista; además, se realizaron 1245 vuelos gestionados por la CIA desde Guantánamo, Afganistán e Irak con aeronaves civiles (los vuelos civiles no precisan autorización según normas de OACI) y militares —datos minuciosos entregados por Eurocontrol que los informes estiman como prueba irrefutable— en los que se transportaban seres humanos utilizando el espacio aéreo y aeropuertos europeos (algunos españoles) hacia determinados países de Europa (nunca España) donde presuntamente se les aplicaban «técnicas avanzadas de interrogación» (eufemismo oficial para enmascarar la tortura).

En el informe del Consejo de Europa se cita a Suecia, Bosnia-Herzegovina, Reino Unido, Italia, Alemania y Turquía como responsables de violaciones de los derechos de seres humanos concretos (donde hubo secuestros tolerados o entregas extrajudiciales); y se cita por colusión activa o pasiva (haber tolerado o no ejercido su deber de control en su territorio): a Polonia y Rumania por albergar los centros secretos de detención; a Alemania, Turquía, España y Chipre por ser «plataformas» para los vuelos transportando ilegalmente a detenidos hacia tales centros; a Irlanda, Reino Unido, Portugal, Grecia e

fondamentaux. Les limitations apportées par le Conseil aux droits de la défense des intéressés devant être contrebalancées par un strict contrôle juridictionnel indépendant et impartial (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 2 mai 2006, Eurofood IFSC, C-341/04, Rec. p. I-3813, point 66), le juge communautaire doit pouvoir contrôler la légalité et le bien-fondé des mesures de gel des fonds, sans que puissent lui être opposés le secret ou la confidentialité des éléments de preuve et d'information utilisés par le Conseil (arrêt OMPI, point 155)» TPI, sentencia de 4 de diciembre de 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran*, T-284/08, apartado 75.

³⁵ Conseil de l'Europe, Asssemblée Parlementaire, *Allégations de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux de détenus concernant des Etats membres du Conseil de l'Europe*, Doc. 10957 (informe D. Marti), 12.6.2006.

³⁶ Commission européenne de la démocratie par le droit (*Commission de Venise*), Avis n° 363/2005, 16.3.2006.

³⁷ *Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos* (2006/2200(INI), Comisión Temporal sobre la Supuesta Utilización de Países Europeos por la CIA para el Transporte y la Detención Ilegal de Presos, Ponente: Giovanni Claudio Fava, A6-0020/2007.

Italia por ser «escalas» de tales vuelos. Además, se expresan serios indicios de otras colaboraciones ilegales (a Suiza) y no se oculta que pueda haber más Estados involucrados.

También se reconoce que los convenios sobre los estatutos de las fuerzas armadas de la OTAN no cubren ese tipo de transporte ilegal ni pueden eximir de aplicar las obligaciones imperativas del Convenio Europeo (CEDH).

Los derechos humanos presumiblemente violados por los Estados europeos no permiten excepciones o matizaciones ni tan siquiera en tiempos de guerra; están en nuestras constituciones y en los convenios internacionales que hemos aceptado. Con esos secuestros, detenciones ilegales, transporte ilegal transnacional de personas para ser torturadas, los Estados europeos han violado sus obligaciones generales contraídas como Partes del Convenio Europeo de Derechos Humanos,³⁸ la Convención sobre la Tortura de 1984³⁹ y de la UE (artículo 6 TUE): específicamente han violado el respeto a dignidad humana,⁴⁰ el derecho a la libertad y la seguridad,⁴¹ el derecho a no ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado que practique la tortura o el trato inhumano (*non refoulement*),⁴² el derecho a un recurso efectivo y a un juicio justo⁴³ y la prohibición de torturas y otros tratos inhumanos o degradantes.⁴⁴

Como decía el Informe del Parlamento Europeo, es «la historia de seres humanos que, en muchos casos y solo tras años de detención, han sido declarados totalmente ajenos a los hechos de los que se les acusaba. Se trata de personas a las que se negaron los derechos más elementales, con frecuencia obligadas a sufrir tratos degradantes y humillantes».

Si hubo consentimiento de los Estados europeos, exonerará a Estados Unidos del hecho ilícito de la violación de su soberanía territorial (utilización ilegal del territorio de otros Estados), pero no exonera a los Estados europeos de haber ayudado o colaborado en la comisión de actos ilícitos de otro Estado, así como de la violación de derechos humanos protegidos por el CEDH y por la Convención sobre la Tortura por parte de los citados Estados europeos y de la eventual responsabilidad penal de cuantas personas activamente los consintieron o los toleraron con su pasividad.

³⁸ Artículo 1 del CEDH.

³⁹ Artículos 1, 2, 4, 5, 6 y 7.

⁴⁰ Preámbulo de la Declaración Universal y artículo 1 de la Carta de Niza.

⁴¹ Artículo 3 de la Declaración Universal, artículo 6 de la Carta y artículo 5 del CEDH.

⁴² Obligación inherente al artículo 3 de la CEDH (*ECHR, Soering v. The United Kingdom*, 7.71989), artículo 3 de la Convención contra la Tortura, artículo 33.1 de la Convención sobre el Estatuto de los refugiados de 1951 y artículo 19 de la Carta de Niza.

⁴³ Artículos 9, 10 y 11 de la Declaración Universal, artículo 47 de la Carta y artículo 6 y 13 CEDH.

⁴⁴ Artículo 5 de la Declaración Universal, artículo 4 de la Carta y artículo 3 del CEDH; Para un análisis de todas esas obligaciones enumeradas, *vid.* SANTOS VARA, J. «El desafío de las «entregas extraordinarias» a la protección internacional de los derechos humanos: la responsabilidad de los Estados europeos», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2007-1, pp. 175 y ss.

A diferencia del Parlamento europeo que supo estar al lado del Estado de Derecho, no se puede comprender la cobardía moral del Consejo de Ministros de la Unión que debió velar por el respeto del artículo 6 del Tratado de la Unión ni de numerosos gobiernos democráticos de Europa cuando se negaron a hacer investigaciones y a solicitar explicaciones al Gobierno de los Estados Unidos y exigir listas creíbles de las personas transportadas.

8. Reflexiones finales

La Unión Europea ha hecho un recorrido paciente a lo largo de más de medio siglo para hacer operativos, con instrumentos y controles judiciales propios, los derechos de todo ser humano que proclamara la Declaración Universal.

Ha conseguido la introducción del principio del respeto a los derechos humanos como un criterio de legalidad de toda actuación de la Unión, como parámetro normativo de su actuar exigiendo la sumisión de todos y la eventual nulidad de aquellas actuaciones contrarias a su respeto. También, al proclamar la Carta, reforzando su obligatoriedad cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa y previendo la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha logrado que el respeto a los derechos humanos mediante su positivación contribuya a dotar de legitimidad democrática al sistema de la integración. Pero también cabe constatar que posiblemente ha llegado a su límite de progreso por el corsé que supone la inevitable falta de competencia normativa de la Unión en materia de derechos humanos. Se comprende que los Estados retengan la competencia soberana de legislar en la materia habida cuenta de la función que desempeñan los derechos humanos en todo pacto constitucional. De ahí la necesidad de mantener la armonía y la coherencia entre el sistema de la Carta de Niza con las obligaciones constitucionales e internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

La Unión ha logrado resultados muy positivos tanto en el plano normativo como en el plano del disfrute real y amplio de los derechos. Justo es reconocerlo. Y con frecuencia alardeamos de nuestra superioridad moral respecto a otros bloques democráticos comparables.

Pero hay que bajar el diapasón. Mientras la sociedad, las instituciones parlamentarias, los mecanismos judiciales o los medios de comunicación se toman en serio el respeto a los derechos humanos haciéndose eco de algunas graves violaciones y de ámbitos en los que podíamos haber actuado con más respeto y sensibilidad, por el contrario, el Consejo de la Unión y los gobiernos de los Estados miembros se sirven de la retórica para no tomarse en serio su respeto. Sesenta años después de la Declaración Universal hemos asistido a la mayor violación de los derechos humanos cometida por Estados democráticos.