

DERECHOS FUNDAMENTALES, LUCHA ANTITERRORISTA Y ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA (DE NUEVO EN TORNO A LAS LISTAS ANTITERRORISTAS Y LA INTIMIDAD DE LOS USUARIOS DE LAS LÍNEAS AÉREAS)

ÁNGEL RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ

Sumario: I. Introducción: los «pilares» y los Derechos Humanos. II. El Control jurisdiccional de las normas de la Unión en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. III. La protección de los datos personales de los usuarios de las líneas aéreas. IV. Listas antiterroristas.

I. INTRODUCCIÓN: LOS «PILARES» Y LOS DERECHOS HUMANOS

El «espacio» en el que la Unión Europea (en adelante, UE o *la Unión*) desarrolla sus políticas sobre libertad, seguridad y justicia son, en realidad, varios espacios, al menos en el sentido de que a la libertad (y a otros derechos fundamentales), a la seguridad y a la justicia le pueden afectar directamente tanto acciones tomadas en lo que el Tratado de la UE (TUE) denomina la *Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal*, su Título VI, el «tercer pilar» de la Unión, en el que se habla del «espacio de libertad, seguridad y justicia» (ELSJ)¹, como las tomadas en los otros dos, el

* Catedrático de Derecho Constitucional. Texto actualizado de la ponencia presentada al curso «La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia», organizado por la UNED bajo la dirección del Prof. Dr. Enrique LINDE PANIAGUA, Ávila, 3-7 de julio de 2006. Se ha mantenido la misma estructura de la conferencia, reduciendo al mínimo las notas a pie de página, que se limitan a las referencias normativas y jurisprudenciales citadas en el texto.

¹ La disposición que abre el Título VI del TUE, el art. 29, establece que «Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado

denominado «pilar comunitario» y el «segundo pilar», la *Política Exterior y de Seguridad Común* (PESC). Desde el punto de vista de su posible incidencia en los derechos fundamentales, la distinción entre unos y otros espacios, o entre unos y otros pilares, no es, pues muy relevante. Ahora bien, como se sabe, las consecuencias de que la UE emprenda acciones o apruebe normas bajo uno u otro pilar no son sólo cartográficas, puesto que su régimen jurídico será, en cada caso, diferente.

En principio, estas distinciones –las que se dan en función de las «base jurídica» en la que se fundamenta un acto de la UE– no deberían tampoco tener una gran transcendencia en lo que afecta a los derechos fundamentales, pues su respeto ha sido proclamado por la Unión como valor básico, presente por lo tanto en todos los tipos de acciones y actos jurídicos que ésta emprenda, con independencia de que se sitúen en uno u otro pilar². No sólo eso: la consideración de estos derechos como «principios generales» del derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE)³, aunque anterior a la creación de los «pilares», sanciona sin duda la universalización de su observancia en todo tipo de actos; y, del mismo modo, el proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (citado aquí como Constitución Europea o CEu) terminará en su momento, cuando la Constitución Europea (ésta o cualquier otra) renazca de sus cenizas, con la división en pilares, llevando a efecto la aplicación completa de la Carta de Derechos Fundamentales (CDFUE), ahora sólo *soft law* comunitario, a todo tipo de acto de la Unión⁴.

Hay que precisar, sin embargo, que en el estado actual de la integración europea la realidad jurídica es bien distinta. Como se sabe, la existencia tanto del segundo como del tercer pilar ponen de manifiesto la presencia en el seno de la UE de políticas aún no plenamente comunitarizadas, sometidas por lo tanto en gran medida a la lógica de la intergubernamentalidad. Por esta razón, los actos jurídicos de la Unión cuya base jurídica se sitúe en alguno de estos dos pilares tienen un régimen jurídico particular que, por lo que a nosotros ahora interesa, suponen la existencia de proce-

de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia (...).

² Según el art. 6.1 TUE, «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».

³ Desde la STJCE *Hauer*, 44/79, de 13 de diciembre de 1979.

⁴ Así lo disponía el art. II- 111.1 Ceu, según el cual «la disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión (...)». La propia CEu establecía también en su art. I-2 que «La Unión se fundamenta en los valores de (...) respeto de los Derechos Humanos (...)». Además, el art. I-9 CEu afirmaba que la Unión «reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II». Aunque al fracaso del proceso de aprobación de la CEu haya detenido por ahora la incorporación de la CDFUE como norma comunitaria con plenos efectos jurídicos, no debe olvidarse que persiste su «proclamación solemne» por el Parlamento, el Consejo y la Comisión en diciembre de 2001, y que, con este carácter de «soft law» comunitario produce determinados efectos en el ordenamiento jurídico de la Unión. En este sentido se citan algunas de sus disposiciones en el presente trabajo.

dimientos distintos de aprobación, en los que el Parlamento Europeo (PE) tiene, en detrimento del Consejo y la Comisión, un protagonismo mucho menor, y la existencia de una serie de límites a la posibilidad de que estos actos sean recurridos ante el Tribunal de Justicia. Esto significa que puede haber acciones de la Unión Europea en el seno de ELSJ que afecten directamente a los derechos fundamentales de los ciudadanos pero que, por tener su base jurídica en el segundo o el tercer pilar, escapan, en una u otra medida, tanto al control parlamentario como al control jurisdiccional.

La lucha antiterrorista plantea sin duda los interrogantes más preocupantes que se abren con este estado de cosas. Como se sabe, con la aparición y posterior fortalecimiento del denominado «nuevo terrorismo internacional», particularmente tras los atentados de Nueva York y Washington (2001), Madrid (2004) y Londres (2005), tanto los Estados Unidos como los Estados miembros de la Unión Europea han implementado todo un programa de actuación contraterrorista y han fortalecido los compromisos de información y ayuda mutua de sus servicios de seguridad. Dado el carácter global de la amenaza, la propia Unión ha puesto también en marcha mecanismos similares, tanto mediante actos jurídicos bajo el pilar comunitario como en los otros dos, a veces incluso simultáneamente⁵.

A diferencia de lo que ocurría hace unos años, hay ahora un buen número de normas y acciones de la Unión aprobadas para luchar contra el terrorismo y el crimen organizado. Todas ellas, necesariamente, afectan a los derechos fundamentales de las personas. Y en algunas, como se ha sugerido, el juego de los pilares reduce significativamente la posibilidad de control jurisdiccional. Dos de ellas, la que regula la transferencia a las autoridades norteamericanas de los datos personales de los viajeros que usen líneas aéreas europeas para trasladarse a Estados Unidos y la que crea las denominadas «listas negras» antiterroristas europeas, fueron ya estudiadas en esta misma sede hace un año como ejemplos de la relación entre la política exterior de la Unión y los derechos fundamentales⁶. El hecho de que ambas tengan también como base jurídica el tercer pilar comunitario y la existencia de interesantes novedades sobre las mismas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia aconsejan volver a traerlas de nuevo a colación. Antes, en el epígrafe siguiente, repasaremos brevemente las normas que regulan, con carácter general, el control jurisdiccional de los actos de la Unión sobre el ELSJ, pues será desde esta perspectiva desde la cual se analizarán, después, la jurisprudencia reciente sobre «listas negras» antiterroristas y la intimidad de los pasajeros de líneas aéreas.

⁵ Las más importantes normas y actos jurídicos de la UE relacionados con la lucha antiterrorista son bien conocidos: la *Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo*, 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, y la *Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros* 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 (euroorden).

⁶ Ver mi «Derechos Fundamentales y Acción Exterior de la Unión Europea» en esta *Revista de Derecho de la Unión Europea* 9 pp. 257-271. Se trata de la allí denominada «dimensión exterior interna» de los derechos fundamentales en la Unión.

II. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS NORMAS DE LA UNIÓN EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Como se sabe, la Unión Europea es una «Comunidad de Derecho», es decir, los actos de los poderes públicos comunitarios están sometidos al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia. Ahora bien, ese control presenta algunas particularidades. Incluso en el caso de las normas de la Unión aprobadas bajo el pilar comunitario, el acceso directo de los particulares al Tribunal de Justicia no es siempre posible, siendo lo más común hacerlo mediante una vía indirecta, la cuestión prejudicial que pueden plantear los tribunales de los Estados miembros. A ello hay que añadir, en el caso de los derechos fundamentales, que, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los Estados, la Unión adolece de procedimientos diseñados para garantizar su protección por la vía jurisdiccional. Ni siquiera el proyecto de CEu los contemplaba, siendo éste sin duda una de sus principales carencias. Quiere esto decir que, en el estado actual de la integración europea, aunque se pueda considerar que los derechos fundamentales se protegen eficazmente mediante su consideración como «principios generales» del derecho comunitario, no existen mecanismos específicos para poner en marcha esta protección en sede jurisdiccional, por lo que hay que acudir siempre a los procedimientos generales.

La posibilidad de control jurisdiccional de actos que vulneren derechos fundamentales es aún más complicada cuando hablamos de actos jurídicos cuya base jurídica se encuentra en el tercer pilar, pues aquí el problema no es la ausencia de mecanismos específicos, sino la importante limitación que tiene el control jurisdiccional a secas.

En efecto, hasta el Tratado de Amsterdam no se preveía ninguna posibilidad de control jurisdiccional de los actos normativos propios del tercer pilar, aquellos que, como se ha dicho, de manera más directa pueden incidir en el ELSJ. A partir del mismo, el art. 35 TUE, por remisión del art. 46 TUE, introdujo algunas modalidades de control, estableciendo la competencia del Tribunal de Justicia para controlar la legalidad de las decisiones o decisiones marco por desviación de poder o en relación con los recursos interpuestos por un Estado miembro o por la Comisión. A ello se añade la competencia del Tribunal para entender de los litigios entre Estados miembros (y, en menor medida, la Comisión) sobre la interpretación de esos actos normativos y de los Convenios que se celebren en esta materia.

La posibilidad de un control instado por particulares es mucho más reducida, y se limita a la cuestión prejudicial que, a instancia de los mismos, pueden plantear sobre la interpretación de los Convenios o sobre la validez y la interpretación de sus medidas de aplicación y de las decisiones y las decisiones marco, las autoridades judiciales de los Estados que hayan declarado expresamente aceptar la competencia del Tribunal de Justicia en este ámbito. Además, en esa misma declaración, el Estado puede especificar si la cuestión podrá ser planteada por cualquier órgano jurisdiccional o sólo por aquellos cuyas decisiones no sean susceptibles de un ulterior recurso judicial en derecho interno⁷.

Estas limitaciones, que no están presentes, con las matizaciones que enseguida veremos, en el pilar comunitario, tienen como consecuencia que en algunos casos actos jurídicos que inciden directamente sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos puedan quedar sin un control eficaz por parte de los organismos jurisdiccionales de la Unión. Con los dos ejemplos siguientes se pretende ilustrar algunos de los puntos más problemáticos de esta cuestión.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES DE LOS USUARIOS DE LAS LÍNEAS AÉREAS

No hace aún dos meses que el Tribunal de Justicia falló el asunto PNR (el acrónimo, en inglés, de *Personal Name Records*)⁸, anulando tanto la Decisión del Consejo de la UE que autorizaba la firma de un tratado con los Estados Unidos para que las compañías aéreas europeas le transfirieran los datos personales de sus viajeros, como otra de la Comisión Europea que consideraba, a estos mismos efectos, que Estados Unidos protegía estos datos de una manera adecuada⁹. Los argumentos mane-

⁷ Según el art. 35 TUE, «1. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas será competente, con arreglo a las condiciones que establece el presente artículo, para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, sobre la interpretación de convenios celebrados de conformidad con el presente título y sobre la validez e interpretación de sus medidas de aplicación. 2. Mediante una declaración realizada en el momento de firmar el Tratado de Amsterdam o en cualquier momento posterior, cualquier Estado miembro podrá aceptar la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial, tal como se especifica en el apartado 1. (...) 5. El Tribunal de Justicia no será competente para controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior. 6. El Tribunal de Justicia será competente para controlar la legalidad de las decisiones marco y de las decisiones en relación con los recursos interpuestos por un Estado miembro o la Comisión por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder. Los recursos previstos en el presente apartado deberán interponerse en el plazo de dos meses a partir de la publicación de la medida. 7. El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre Estados miembros relativo a la interpretación o aplicación de actos adoptados de conformidad con el apartado 2 del artículo 34, siempre que dicho litigio no pueda ser resuelto por el Consejo en el plazo de seis meses a partir de su remisión al Consejo por uno de sus miembros. El Tribunal será también competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre los Estados miembros y la Comisión relativo a la interpretación o la aplicación de convenios celebrados con arreglo a la letra d) del apartado 2 del artículo 34».

⁸ STJCE (Gran Sala) *Personal Name Records*, asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04, de 30 de mayo de 2006.

⁹ Decisión 2004/496CE, del Consejo, de 17 de mayo de 2004, *relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos*, DO de 20 de mayo de 2004, y Decisión 2004/535/CE, de la Comisión, de 14 de mayo de 2004, *relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de*

jados en la sentencia y las consecuencias que la misma tiene a día de hoy ilustran de manera muy significativa algunos puntos problemáticos de la relación entre el ELSJ y los derechos fundamentales, en este caso el derecho fundamental a la intimidad.

Como se sabe, desde el 11 de septiembre de 2001 los Estados Unidos han incrementado radicalmente el control de las líneas aéreas que vuelan a o desde algún destino en aquel país. Las nuevas medidas de seguridad de la administración estadounidense exigen a las compañías aéreas que transfieran a las autoridades norteamericanas los datos personales de los pasajeros que aquéllas almacenan en una ficha automatizada, el PNR de cada viajero. La ficha contiene información sobre su identidad, itinerario, el medio de pago empleado, su número de tarjeta de crédito, dirección, teléfono, e-mail y otros datos relativos a solicitudes específicas que el viajero pudiera haber cursado a la compañía, por ejemplo en relación con cuidados especiales, una dieta específica de comida a bordo, reservas de hotel o automóviles, etc. Desde la implantación de sus nuevos protocolos de seguridad tras el 11-S, Estados Unidos sanciona, o directamente no autoriza a sobrevolar su espacio aéreo, a las compañías que no le permitan acceder a estos datos.

Ya antes de que la protección de datos personales se considerara un derecho fundamental de la Unión (consagrado ahora en el art. 8 CDFUE)¹⁰, la normativa comunitaria había regulado su protección mediante una norma de derecho derivado, la Directiva 95/46/CE, que regula el tratamiento de datos personales y su circulación (citada en adelante como Directiva de datos personales)¹¹. En realidad, el objetivo de la Directiva es evitar que los Estados miembros puedan dificultar la consecución del mercado interior al impedir o regular de manera distinta en cada uno de ellos la transmisión de datos de un Estado a otro. Con esta finalidad armoniza las legislaciones estatales sobre protección de datos personales, de modo que a partir de su aprobación sólo se puede limitar la transferencia de datos del modo que la propia directiva establece¹². A pesar de su relación directa con el mercado, la Directiva reconoce de modo expreso que los principios que contempla suponen un desarrollo de los de-

los pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos (Bureau of Customs and Border Protection), DO de 6 de julio de 2004.

¹⁰ El art. 8 CDFUE (Protección de datos de carácter personal) dice lo siguiente: «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente».

¹¹ *Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995.*

¹² Según el art. 1.2 de la Directiva, «Los Estados miembros no podrán restringir ni prohibir la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros por motivos relacionados con la protección garantizada en virtud del apartado 1». A su vez el apartado 1 de este mismo artículo establece que «Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales».

rechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario, en particular del derecho a la intimidad, que, en el momento de su aprobación se encontraba ya protegido tanto por las normas constitucionales de los Estados miembros como por el art. 8 CEDH¹³.

La Directiva de datos personales regula en qué condiciones pueden los Estados proceder al tratamiento de estos datos, sobre qué tipo de datos éste se encuentra prohibido, o, debido a su carácter sensible, sujeto a unos requisitos específicos; la confidencialidad y seguridad de los datos sometidos a tratamiento; los derechos de información, acceso y notificación de sus titulares; el establecimiento de agencias nacionales de protección de datos; y la obligación de los Estados miembros de asegurar a los ciudadanos la posibilidad de iniciar acciones judiciales frente a una violación de los derechos que les garantice la normativa nacional de desarrollo de la directiva¹⁴.

Es evidente que la transferencia por parte de las compañías aéreas de los datos personales de sus pasajeros, tal como exigía la administración de los Estados Unidos, podía afectar de diversas maneras el derecho a la intimidad personal de los propios viajeros. Es por ello por lo que, desde el momento en el que la Comisión Europea y los EEUU comenzaron a negociar la celebración de un acuerdo que la hiciera posible, el Parlamento Europeo (PE) mostró, a través de varias iniciativas parlamentarias, su preocupación porque se asegurara que la legalidad comunitaria sería respetada. Los reparos del PE acerca de cómo iba transcurriendo la negociación se centran en varios puntos especialmente conflictivos.

En primer lugar, en la ausencia de base legal para transferir datos para un uso diferente de aquél para el que fueron prestados. En efecto, uno de los principios básicos de la Directiva es que los datos sólo pueden ser recopilados para unos fines determinados, explícitos y legítimos, sin que puedan ser posteriormente tratados de manera incompatible con esos fines. Puesto que los pasajeros proporcionan a las líneas aéreas sus datos personales exclusivamente para poder usar sus servicios de transporte, sin que se les pida su consentimiento para que puedan ser usados con otros fines, su transferencia a los servicios de seguridad estadounidenses podría suponer una infracción de la Directiva.

¹³ En aquel momento no se había aún proclamado la Carta de Derechos Fundamentales. Por otra parte, el art. 8 CEDH es una disposición genérica sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, pero en cuya interpretación el TEDH había ya incluido entonces la protección de datos. Según el tenor literal del art. 8 CEDH, «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

¹⁴ La Directiva se completa con otras normas de derecho comunitario, entre ellas el reglamento previsto en el art. 286 TCE, que aplica los mismos principios que la directiva establece para los Estados miembros a los datos tratados por las instituciones comunitarias.

En segundo lugar, en la no previsión de mecanismos para garantizar el ejercicio de los derechos básicos de los titulares de los datos que, como se acaba de mencionar, la propia Directiva contempla, particularmente el de acceso y cancelación de los mismos, y en la existencia de datos considerados «sensibles» entre los que podían ser objeto de transferencia (piénsese, por ejemplo, que una información detallada sobre la dieta a seguir podía poner de relieve determinadas creencias religiosas).

Por último, en el propio modo de transferencia de los datos, ya que se preveía un sistema en el cual las compañías aéreas pondrían sus ficheros de PNR a disposición de las autoridades norteamericanas, y serían ellas las que entrarían en esos ficheros para obtener los datos que le interesaran. Este modo de obtener los datos, conocido como «*pull system*», impedía en consecuencia que se hiciera en origen una selección y un control sobre los datos a transferir al ordenar su efectiva transmisión («*push system*»).

El desacuerdo entre el PE y el resto de las instituciones se plasmó en una resolución en la que se precisaron todos estos reparos al acuerdo que se estaba negociando¹⁵. Pero ello no impidió que la Comisión llegara finalmente a un acuerdo con la Administración estadounidense, en unos términos en los que, a su juicio, la transferencia de datos respetaría las garantías establecidas por la Directiva. De hecho, el acuerdo se materializó siguiendo lo dispuesto en la propia Directiva en cuanto a la cesión de datos por parte de los Estados miembros a terceros países. Para ello fue necesaria la aprobación de las dos Decisiones mencionadas más arriba.

Con la primera de ellas, la Comisión otorgó a los Estados Unidos el certificado de nivel adecuado de protección que la propia Directiva contempla. La Directiva prevé, en efecto, que sea la Comisión (asistida por un comité con representantes de los Estados miembros) la que se encargue tanto de certificar que un tercer país proporciona una nivel adecuado de protección de datos, de manera que se permita a los Estados miembros transferirlos, como lo contrario, es decir, dictaminar que el nivel de protección no es el adecuado, de modo que los Estados Miembros deban cesar en la transferencia de datos a ese país. En todo caso, dice la Directiva, la decisión de la Comisión debe tomarse «atendiendo a todas las circunstancias», en particular, «la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países»¹⁶.

Según se estipulaba en la Decisión de la Comisión, la autoridad pertinente de los Estados Unidos (el *Bureau of Customs and Border Protection*, CBP), había llegado con la misma, en aplicación de diversas normas federales norteamericanas (entre ellas la Ley de Libertad de Información), a unos «compromisos» que cubrían, entre otros aspectos, las condiciones para que los titulares de los datos pudieran acceder a los mismos, los datos concretos (sólo 34) de cada PNR a los que accedería el CBP, la posibilidad de transferirlos a su vez sólo a otras agencias encargadas de la lucha

¹⁵ De 31 de marzo de 2004.

¹⁶ Art. 25.2 de la Directiva 95/46.

contra el terrorismo y el crimen organizado, que no se harían uso de datos cuyo tratamiento estaba prohibido por la Directiva¹⁷ y, como regla general, que todos los datos se destruirían en el plazo máximo de tres años y medio desde su transferencia. La Comisión, además, reconocía que

«Los Estados Unidos son un país democrático, un Estado de Derecho y con una sólida tradición de libertades civiles. La legitimidad de su proceso legislativo y la solidez e independencia de su poder judicial no se cuestionan. La libertad de prensa constituye otra potente garantía frente a cualquier violación de las libertades civiles. (...) La Comunidad está plenamente comprometida con el respaldo a los Estados Unidos en la lucha contra el terrorismo, dentro de los límites fijados por el Derecho comunitario»¹⁸.

En virtud de todas estas consideraciones, la Comisión decidió conceder a los Estados Unidos el certificado de «nivel adecuado de protección» por un período de tres años. Se dejaba así abierta la posibilidad legal de que las compañías aéreas con sede en los Estados Miembros transfirieran los datos personales de sus viajeros a las autoridades antiterroristas norteamericanas. Tres días más tarde de la Decisión de la Comisión, el Consejo, reconociendo «la importancia de respetar los derechos y libertades fundamentales, en particular la intimidad (...) al tiempo que se previene y combate el terrorismo y los delitos relacionados con el terrorismo y otros delitos graves de carácter transnacional», autorizó la firma del correspondiente acuerdo internacional entre la Unión y los Estados Unidos.

La reacción del Parlamento Europeo no se hizo esperar. En junio de 2004 presentó un recurso ante el Tribunal de Justicia tanto contra la Decisión de la Comisión como contra la del Consejo. Según el Parlamento, ambas habían producido una doble infracción de los Tratados: en primer lugar, se había efectuado, en la práctica, una reforma fraudulenta de la propia Directiva 95/46 CE, usando para ello un procedimiento ilegítimo, que, entre otras cosas, marginaba la intervención del propio Parlamento. Y, en segundo lugar, se había producido una violación sustantiva del derecho fundamental a la intimidad como «principio general» del derecho comunitario.

Como se decía más arriba, el 30 de mayo de 2006 el TJCE emitió finalmente su Sentencia, acumulando ambos recursos, y anulando tanto la certificación concedida por la Comisión como la autorización del Consejo para celebrar el correspondiente Tratado Internacional con los Estados Unidos. Según la sentencia, ambas contradecían, del modo que inmediatamente veremos, el derecho comunitario, pero, dada la necesidad de evitar la situación de incertidumbre a la que llevaría su inmediata anulación, se concedía un plazo de cuatro meses, hasta el 30 de septiembre de 2006, para que las instituciones tomaran las medidas oportunas para su sustitución, conservando su vigencia hasta esa fecha las normas anuladas.

¹⁷ Según el art. 8.1 de la Directiva 95/46, «Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad».

¹⁸ Considerandos (7) y (8) de la Decisión 2004/535/CE.

Aunque el recurso del PE estaba encaminado a conseguir que el Tribunal anulara las decisiones del Consejo y la Comisión para hacer así prevalecer el respeto del derecho a la privacidad personal en la lucha contra el terrorismo, una lectura atenta de los razonamientos de la Sentencia pone claramente de manifiesto que no fue ésta la *ratio decidendi* del Tribunal, y que, lo que puede ser aún más preocupante, los efectos de la anulación pueden ser, al menos a corto plazo, más perjudiciales que beneficiosos para el respeto del derecho a la intimidad.

Es necesario recordar que, junto con las alegaciones de fondo sobre vulneración del derecho a la intimidad, el PE sostuvo en su recurso que las Decisiones impugnadas se habían adoptado *ultravires*, ya que en realidad ambos versaban sobre un tipo de datos personales sobre los que no era aplicable la Directiva 95/46. Hay que tener en cuenta que el art. 3.2, primer inciso, de la propia Directiva dispone que

«Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán al tratamiento de datos personales efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como las previstas por las disposiciones de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea y, en cualquier caso, al tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado (incluido el bienestar económico del Estado cuando dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del Estado) y las actividades del Estado en materia penal»

En su análisis de esta cuestión, la primera abordada por la Sentencia (puesto que una decisión en el sentido del *petitum* del Parlamento haría innecesaria resolver sobre el fondo), el TJ tuvo en cuenta que la transferencia de los datos del PNR se producían a raíz de la decisión del legislador norteamericano de intensificar la seguridad interna a partir de septiembre de 2001; que se enmarcaba, como reconocía expresamente la Decisión de la Comisión, en el compromiso de la Unión en la lucha contra el terrorismo internacional; y que, como también se especificaba en la propia Decisión, los datos transferidos se usarían únicamente para los fines de «prevención y lucha contra el terrorismo y delitos conexos, otros delitos graves, incluida la delincuencia organizada, que tengan un carácter transnacional y la fuga en caso de orden de arresto o detención por estos delitos».

Con todos estos datos en consideración, el Tribunal concluyó que las decisiones impugnadas habían hecho posible una transferencia de datos de los PNR al CBP norteamericano que implicaba

*«un tratamiento [de datos personales] que tiene por objeto la seguridad pública y las actividades del Estado en materia penal».*¹⁹

La naturaleza misma de la transferencia de los datos que autorizaban las Decisiones, ordenada por los poderes públicos y con el objetivo de proteger la seguridad pública, situaba ésta claramente fuera del ámbito de aplicación de la Directiva. Lo que, a juicio de Tribunal, no se modificaba por el simple hecho de que los datos hu-

¹⁹ STJCE PNR, cdo. 56.

bieran sido, en origen, recogidos inicialmente por agentes comerciales privados (las compañías aéreas) y en el marco de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como es la venta de billetes de avión y la prestación de servicios a los que esta venta da derecho.

En conclusión tanto la Decisión sobre el «nivel adecuado de protección», al tener como objeto un tipo de tratamiento de datos personales expresamente excluidos del ámbito de la Directiva, como la del Consejo, inseparablemente unida a la anterior, habían supuesto, tal y como el Parlamento argumentaba, una infracción de la misma. Ambas, como ya se he dicho, fueron anuladas.

Al encontrar una violación del derecho comunitario por la «base jurídica» de ambas decisiones, el Tribunal de Justicia no vio la necesidad de entrar en el fondo de las alegaciones, es decir, analizar si la transferencia de los PNR constituía o no una infracción de la Directiva 95/46²⁰. Lo único que vino a decir es que los acuerdos anulados no podían tomarse al amparo de la normativa comunitaria y que, antes del 30 de septiembre de 2006, debían ser reemplazados por otros. La cuestión que abre, por lo tanto, es qué tipos de acuerdos deberán reemplazar los ahora anulados si, como parece deducirse de los razonamientos del Tribunal, nos encontramos ante un tema que se encuentra fuera del ámbito de las competencias que establece el derecho comunitario.

Parece que la Sentencia sólo deja abiertas dos posibilidades: los decisiones anuladas sólo podrán sustituirse bien por tratados internacionales entre los Estados Miembros y los Estados Unidos, celebrados cada uno según lo que dispongan sus respectivas normas constitucionales, mediante los que autoricen a sus empresas a transferir los datos de sus viajeros o bien por un nuevo Acuerdo internacional entre los Estados Unidos y la Unión, pero celebrado esta vez, no como un acto jurídico propio del pilar comunitario, sino bajo las previsiones del Título VI del Tratado de la Unión, es decir, su tercer pilar, la Cooperación Policial y Judicial en materia Penal.

Esta segunda opción es por la que han optado las instituciones comunitarias. En efecto, el art. 24 TUE (por remisión del art. 38) permite la celebración de acuerdos internacionales sobre las materias relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal. Ahora bien, como se ha puesto de relieve, un acuerdo internacional celebrado según lo estipulado por estas disposiciones tendría un régimen jurídico muy distinto, que afectaría no sólo a la posición del Parlamento en su negociación, sino de forma muy relevante, dada la actual configuración de los pilares y los dispuesto por el art. 35 TUE sobre las competencias en la materia del Tribunal de Justicia, a la posibilidad misma de su control jurisdiccional.

IV. LISTAS ANTITERRORISTAS

La existencia de listas con los nombres de personas y organizaciones involucradas en actividades terroristas a las que aplicar determinadas sanciones era una prácti-

²⁰ No es el caso del Abogado General, que en su opinión, de 22 de noviembre de 2005, llegó a la conclusión de que la transferencia no suponía una violación del derecho a la intimidad.

ca conocida en el escenario internacional aún antes de septiembre de 2001. De hecho, en 1999 y en 2000, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprobó dos resoluciones de este carácter, disponiendo que todos los Estados miembros congelaran los fondos y recursos financieros propiedad de las personas que decidiera un denominado «Comité de Sanciones». Para aplicar esta Resolución del Consejo de Seguridad, la UE aprobó poco después una Posición Común del segundo pilar (PESC) y, en la medida en que la congelación de fondos exigía una norma bajo el pilar comunitario, el correspondiente reglamento²¹.

Dos años más tarde, tras los atentados del 11-S, la Unión adoptó, mediante una nueva Posición Común, una iniciativa similar²², esta vez a escala europea, dotándose así de una «lista negra» propia de personas, grupos y entidades que intervienen en actos terroristas, definidas como «las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión» o como «grupos y entidades que, directa o indirectamente, sean propiedad o estén bajo el control de estas personas» y las que «actúen en su nombre» o «bajo sus órdenes»²³.

De manera similar a las inclusiones que establece el Comité de Sanciones en la lista de Naciones Unidas, la lista de la UE se elabora con base en la información proporcionada por los Estados Miembros, y se revisa periódicamente con el fin de asegurar la «permanencia justificada» de los que se encuentran en ella.

Existe una diferencia interesante entre ambas listas. Al igual que en la lista de Naciones Unidas, la lista de la UE puede llevar aparejada la congelación de los fondos que dispongan en el territorio de la Unión las personas u organizaciones incluidas. Puesto que la congelación de fondos supone tomar una decisión en una materia «comunitarizada», es decir, incluida en el primer pilar de la Unión, la regulación de esta sanción exige la aprobación de la correspondiente norma comunitaria²⁴. Pero la Posición Común que regula la lista de la UE permite además que, en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, los Estados Miembros se presten la asistencia más amplia posible y se intercambien mutuamente toda la información necesaria sobre personas y organizaciones incluidas en la lista que pueden no estar sujetas a la medida de la congelación de fondos dispuesta por el Reglamento comunitario.

Dos casos recientemente decididos por el Tribunal de Justicia, el caso *Segi* y el caso *Ayadi* ilustran alguna de las diferencias y de las cuestiones comunes que plantea en la Unión el control jurisdiccional sobre las sanciones que puede llevar aparejada para personas o grupos estar incluidos en estas listas.

Las organizaciones *Segi* y *Gestoras por Amnistía* fueron suspendidas por la Audiencia Nacional española al considerarlas parte del entramado de organizaciones de

²¹ Reglamento 467/2000, sustituido más tarde por el Reglamento 881/2002.

²² Posición Común 2001/931 PESC, modificada posteriormente por las posiciones comunes 2002/340 y 2002/462.

²³ Art. 2 Posición Común 2001/931 PESC.

²⁴ Reglamento 2590/2001.

la banda terrorista ETA²⁵. Tras su suspensión, y con base en la información proporcionada por el gobierno español, fueron incluidas en la lista antiterrorista de la UE pero sólo a los efectos de la prestación entre los Estados de la asistencia policial y la transferencia de información necesaria, sin que se dispusiera a nivel europeo la congelación de sus fondos. Ambas recurrieron la inclusión ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que declaró inadmisibile su demanda²⁶. En su sentencia, el TEDH tuvo en cuenta que ambas organizaciones se encontraban en la lista antiterrorista de la Unión sólo a los efectos de asegurar el flujo de información entre los servicios de seguridad de los Estados miembros, lo que podría ciertamente resultar «embarazoso» para las mismas, pero no violaba ninguno de los derechos establecidos en la CEDH. Particularmente, y en relación con el art. 8 CEDH (derecho a la intimidad), el Tribunal destacó el hecho de que las personas físicas recurrentes, militantes de estas organizaciones, no se encontraban, como tales, incluidas en la lista, por lo que no se encontraba afectada su reputación personal.

Los razonamientos de las instancias judiciales comunitarias, ante las que fue también recurrida la inclusión en la lista, ilustran claramente los problemas que plantean el control judicial del acto por el cual una persona física o jurídica es incluida en la lista antiterrorista de la Unión. Hasta el momento, estos razonamientos se encuentran reflejados en el Auto del Tribunal de Primera Instancia por el que, en junio de 2004, se desestimó el recurso interpuesto por *Segi* pretendiendo una indemnización contra su inclusión en la lista antiterrorista de la Unión²⁷. Según el TPI, al no aplicarse a la organización recurrente la congelación de fondos prevista en la Posición Común, la única consecuencia de su inclusión en la lista antiterrorista es la prestación entre los Estados de la «asistencia más amplia posible» en el marco «del título VI del Tratado de la Unión Europea», es decir cooperación policial y judicial en asuntos penales²⁸. Se sigue de aquí que la única base jurídica para el acto de inclusión de los recurrentes en la lista antiterrorista es el art. 34 TUE. Y la consecuencia de ello es que el mismo, como acto propio del tercer pilar, sólo puede ser recurrido judicialmente mediante las vías previstas en el art. 35 TUE, es decir, a través de la cuestión prejudicial regulada en ese mismo artículo, el recurso de anulación y el arreglo de diferencias entre los Estados miembros. No cabe pues admitir un recurso de indemnización como el interpuesto por *Segi*²⁹.

²⁵ Para un desarrollo de lo que viene a continuación sobre el caso *Segi*, ver el trabajo citado en la nota 6.

²⁶ STEDH *Segi y Gestoras por Amnistía*, de 23 de mayo de 2002.

²⁷ ATPI *Segi* 338/2002, de 7 de junio de 2004.

²⁸ Art. 4 Posición Común 2001/931 PESC

²⁹ El razonamiento del Tribunal de Primera Instancia se completa declarando igualmente inaplicable el control jurisdiccional con base en el mandato del TUE que obliga a la Unión a respetar los Derechos Humanos. Es cierto que el TUE incluye una disposición, el art. 6.2 TUE, según la cual «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros

Para el TPI, el único control que el Tribunal puede llevar a cabo es el encaminado a dictaminar si ha habido o no desviación de poder. Como las consecuencias de la aplicación de la Posición Común se encuentran dentro del campo propio de la cooperación judicial y policial en materia penal, es evidente para el Tribunal que se ha usado el instrumento normativo idóneo para alcanzar la finalidad perseguida y que, por lo tanto, no hubo desviación de poder³⁰.

Al declararse incompetente para conocer el recurso de indemnización el TPI no tuvo empacho en reconocer que los recurrentes «no disponen probablemente de ningún recurso judicial efectivo, ya sea ante los órganos jurisdiccionales comunitarios o ante los nacionales, contra la inscripción», pero, escudándose en el principio de atribución de las competencias comunitarias, argumentó que la no previsión de ningún tipo de recurso judicial no podía, por sí sola, servir de base para crear una nueva posibilidad de control ante los órganos jurisdiccionales comunitarios³¹.

El Auto del TPI sobre el caso *Segi* parece sugerir que si su inclusión en la lista antiterrorista de la Unión hubiera llevado aparejada la congelación de sus fondos, al estar estos regulados por normas bajo el pilar comunitario, la posibilidad de control jurisdiccional hubiera sido distinta. Sin embargo, la STPI recaída en el asunto *Ayadi*³² obliga también a matizar esta afirmación, al menos por lo que respecta a las medidas que pueda tomar la UE para llevar a efecto las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas citadas más arriba.

Chafiq Ayadi, de nacionalidad tunecina, residente en uno de los Estados miembros de la Unión, Irlanda, y padre de dos hijos con nacionalidad irlandesa, fue incluido por el Comité de Sanciones creado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en la lista de personas cuyos fondos y recursos económicos, por su relación con el régimen talibán entonces gobernante en Afganistán, debían ser congelados. En cumplimiento de este mandato, y en aplicación del Reglamento comunitario que lo ejecutaba en el territorio de la UE, las autoridades correspondientes de Irlanda y Reino Unido procedieron a congelar sus cuentas bancarias en estos dos Estados miembros.

como principios generales del Derecho comunitario». Ahora bien, se desprende de esta disposición que los actos de las Instituciones de la Unión pueden ser controlados por su respeto a los derechos fundamentales, pero sólo, tal como establece el propio TUE, «en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y al presente Tratado» (art. 46.d TUE). Como el Tribunal no tiene competencias para decidir este tipo de recursos en estas materias, no las tiene tampoco para la supervisión en materia de derechos fundamentales.

³⁰ Es igualmente digno de destacar el nulo valor que el Tribunal concede a la Declaración del Consejo aneja a la Posición Común, que, como se dijo, afirmaba la posibilidad de recurrir en vía judicial la inclusión en la lista antiterrorista. Estas declaraciones, afirmó el TPI, «tienen una valor limitado» y «no pueden ser tenidas en cuenta para interpretar una disposición de Derecho comunitario cuando el contenido de dicha declaración no figure de algún modo en el texto de la disposición de que se trate, y no tenga, por consiguiente, ningún alcance jurídico» (par 39).

³¹ ATPI *Segi*, de 25 de junio de 2004, párr. 38

³² STPI *Ayadi* 253/02, de 12 de julio de 2006. La sentencia confirma jurisprudencia anterior recaída en los asuntos *Yusuf*, STPI 306/01 y *Kadi*, STPI 315/01, ambas de 21 de septiembre de 2005.

El señor Ayadi presentó ante el TPI un recurso de anulación parcial del Reglamento comunitario, en el que alegó, entre otras causas, la vulneración de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho fundamental a la tutela judicial, habida cuenta de que no disponía de ningún medio para impugnar en vía jurisdiccional su inclusión en la lista aprobada por el Comité de Sanciones. La cuestión que debió resolver el TPI era la medida en la cual podría controlar el respeto por los derechos fundamentales de una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. La respuesta del Tribunal, consolidando la jurisprudencia anteriormente recaída en los asuntos *Yusuf* y *Kadi*, concluyeron que las resoluciones del Consejo de Seguridad gozan de primacía en el ordenamiento comunitario, con arreglo a lo dispuesto en la propia Carta de Naciones Unidas, y que vinculan del mismo modo no sólo a los Estados miembros sino a la propia Comunidad. El corolario que el Tribunal extrae de esta afirmación con respecto a un posible control de estas resoluciones por vulneración de derechos fundamentales es doble: por una parte niega la posibilidad de ejercer un control de legalidad de las mismas usando como parámetro «el nivel de protección de los derechos fundamentales reconocido en el derecho comunitario»; por otra parte afirma, sin embargo, que sí puede ejercer ese control conforme al nivel de protección universal de esos derechos, como *ius cogens* internacional³³. Y éste, a juicio del Tribunal, no incluye el derecho a un recurso jurisdiccional frente a una sanción como la congelación de fondos que dispone el reglamento comunitario en cumplimiento del mandato del Consejo de Seguridad.

Puede aventurarse que la conclusión a la que podría llegarse en el caso de la congelación de fondos dispuesta por el Reglamento 2580/2001, que a diferencia del Reglamento 881/2002 no implementa en la Unión un mandato del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, sería diferente. En este último caso, la posibilidad de recurrir en vía jurisdiccional la validez de esta sanción no podría tener como parámetro el nivel imperativo universal de protección de los derechos fundamentales que determina el *ius cogens* internacional, sino el estándar comunitario de protección, en el cual la ausencia de cualquier vía de control jurisdiccional constituiría sin duda una infracción del derecho a la tutela judicial que, conforme a la tradición constitucional común de los Estados miembros, se proclama en el art. 47 CDFUE³⁴.

En todo caso, la propia sentencia *Kadi* matiza la imposibilidad del ordenamiento comunitario de someter a sus propios estándares los mecanismos de implementación de la Resolución del Consejo de Seguridad. La Resolución regula un sistema de revisión de las personas incluidas en la lista que, sin tener carácter jurisdiccional, permite que los afectados se dirijan al Estado que aplica la sanción para que éste decida si pone en marcha o no un procedimiento para excluirlo de la lista o para beneficiarse de algunas excepciones. El procedimiento es complicado, de carácter netamente diplomático (exige la negociación con los otros Estados presentes

³³ STPI *Ayadi cdo.* 116.

³⁴ Según el art. 47 CDFUE (Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial), «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo (...)».

en el Comité de Sanciones) y, como se ha dicho, no contempla ninguna posibilidad de revisión jurisdiccional. Ahora bien, según el TPI, la negativa de un Estado miembro de la Unión a iniciarlo si puede ser objeto de un recurso ante los tribunales internos, incluso en contra de disposiciones de derecho interno que lo impida, basándose en el derecho que el ordenamiento comunitario les otorga a que decisiones de sus autoridades nacionales que, en aplicación del Reglamento 881/2002 decidan no iniciar el expediente de exclusión de la lista, puedan ser objeto del correspondiente control jurisdiccional³⁵.

³⁵ STPI *Ayadi* cdo. 152.