

Núm. 38 / Curs 2016-2017

Política de seguridad y antiterrorista en la UE. Navegando entre la seguridad colectiva y la protección de los derechos humanos

Aina Amat Blai

QUADERNS DE RECERCA (Bellaterra)
MÀSTER UNIVERSITARI EN INTEGRACIÓ EUROPEA

Núm. 38

Curs 2016-2017

© Facultat de Dret (Universitat Autònoma de Barcelona)

© Aina Amat Blai

ISSN 2014-153X

Coordinadora de la col·lecció: Dra. Cristina Blasi Casagran, Universitat Autònoma de Barcelona
Cristina.Biasi@uab.cat

Aquesta col·lecció recull una selecció d'investigacions dutes a terme per estudiants del Màster Universitari en Integració Europea. Previ a la seva publicació, aquests treballs han estat tutoritzats per professors amb grau de doctor de diverses especialitats i han estat evaluats per un tribunal compost per tres docents distints del tutor.

Les llengües de treball son castellà, català, anglès i francès

Esta colección recoge una selección de investigaciones realizadas por estudiantes del Máster Universitario en Integración Europea. Previo a su publicación, los trabajos de investigación han sido tutorizados por profesores con grado doctor de diversas especialidades y han sido evaluados por un tribunal compuesto por tres docentes distintos del tutor.

Les lenguas de trabajo son catalán, castellano, inglés y francés

This collection includes a selection of research by students of Master in European Integration. Prior to publication, the research papers have been tutored by teachers of with various specialties doctor degree and have been assessed by a commission composed of three different teachers tutor.

Working languages: Catalan, Spanish, English and French

Cette collection comprend une sélection de recherches par des étudiants de Master en intégration européenne. Avant la publication, les travaux de recherche ont été encadrés par des enseignants docteurs de diverses spécialités et après ont été évaluées par un tribunal composé de trois professeurs différents du tuteur.

Langues de travail: catalan, castillan, anglais et français

POLÍTICA DE SEGURIDAD Y ANTITERRORISTA EN LA UE

NAVEGANDO ENTRE LA SEGURIDAD COLECTIVA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Autora: Aina Amat Blai

Màster Oficial en Integració Europea,
UAB, edició 2016-2017

Tutora: Dra. Cristina Blasi Casagran

RESUM/RESUMEN/ABSTRACT:

La política antiterrorista de la Unión Europea empezó su desarrollo después de los atentados de 11 de septiembre de 2001. Su evolución se ha visto altamente influenciada no solo por el 11-S sino también por las posteriores olas de atentados en suelo europeo a las cuales han seguido varias modificaciones en la política antiterrorista de la Unión hasta llegar a la normativa actual. Este trabajo centra sus objetivos en el análisis de la política de seguridad y antiterrorista en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y las posibles contradicciones respecto a los derechos fundamentales.

RESUM EN CATALÀ

La política antiterrorista de la Unió Europea va començar a desenvolupar-se després dels atemptats d'11 de setembre de 2001. La seva evolució ha estat altament influenciada no només per l'11-S sinó també per les posteriors onades d'atemptats sobre el sol europeu, les quals han anat seguides de diverses modificacions de la política antiterrorista de la Unió fins arribar a la normativa actual. Aquest treball centra els seus objectius en l'anàlisi de la política de seguretat i antiterrorista en el marc de l'Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia i les possibles contradiccions amb el respecte als drets humans.

KEYWORDS: Identificar al menos 3 palabras clave en el mismo idioma que está redactado el trabajo. Se traducirán al catalán, si el trabajo está redactado en español, francés o inglés.

Unión Europea, Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, política de seguridad, política antiterrorista, derechos humanos, derechos fundamentales, libertades, protección de datos, no discriminación, libertad de expresión, libertad de prensa, libre circulación

Unió Europea, Espai de Llibertat Seguretat i Justícia, política de seguretat, política antiterrorista, drets humans, drets fonamentals, llibertats, protecció de dades, no discriminació, llibertat d'expressió, llibertat de premsa, lliure circulació

Índice

(I) Introducción.....	6
(II) El nacimiento de la política de seguridad en la Unión Europea y el cambio de paradigma a partir del 11-S.....	8
La política de seguridad antes del 11-S.....	8
Los cambios en la política de seguridad europea a partir del 11-S.....	9
11-S. Nueva York. El cambio de paradigma.....	9
11-M. Madrid. La llegada del terrorismo internacional en Europa.....	11
7-J. Londres. Nuevo aviso en Europa.....	13
(III) El Tratado de Lisboa y las modificaciones en el régimen de seguridad común.....	15
Más Parlamento Europeo y más derechos fundamentales	15
El marco jurídico general del Tratado de Lisboa	16
(IV) El desarrollo de la política de seguridad después de los atentados de Charlie Hebdo	20
La política de seguridad ante atentados terroristas en el suelo Europeo	20
Análisis del derecho derivado de la Unión Europea en materia de seguridad y política antiterrorista y su dimensión protectora de los derechos fundamentales	22
La protección de datos de carácter personal.....	23
La no discriminación.....	29
La libertad de expresión y de prensa.....	32
La libre circulación de personas.....	33
(V) Conclusiones.....	38
(VI) Bibliografía y fuentes.....	41
Bibliografía	41
Fuentes.....	42

(I) Introducción

Cisne negro, en lenguaje policial, un evento no previsto que produce cambios en la forma de pensar y operar. La historia reciente del mundo occidental no se entiende sin algunos de estos cisnes negros, el primer de ellos, sin duda, el atentado contra las Torres Gemelas de Nueva York de 11 de septiembre de 2011, aunque también deben tenerse en cuenta los atentados de Madrid el 11 de marzo de 2004 o el de Charlie Hebdo, en París, el 7 de enero de 2015.

Los cisnes negros tienen en común que producen cambios sustanciales en su entorno, en primer lugar sobre la política de seguridad, pero también en las relaciones internacionales o de cooperación entre Estados.

Sus efectos también tienen amplias repercusiones entre la ciudadanía, que se siente directamente amenazada y exige respuestas políticas inmediatas. En estas ocasiones es habitual que se ponga sobre la mesa el clásico debate de la seguridad *versus* los derechos fundamentales y libertades. Como ejemplo, la Primera Ministra británica, Theresa May, afirmaba recientemente en unas declaraciones que estaba dispuesta a cambiar las leyes de derechos humanos si estas se interponían en la lucha contra el terrorismo.

Precisamente, esta dicotomía entre derechos fundamentales y seguridad es el eje principal de este trabajo. El estudio se centrará en la historia reciente de la Unión Europea, dividiéndose en tres etapas cronológicas. El inicio de la política de seguridad en la Unión Europea, claramente marcada por los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos; una segunda etapa inaugurada con la aprobación del Tratado de Lisboa, que se caracteriza por un aumento del papel del Parlamento y una mayor presencia de los derechos humanos; y, finalmente, una tercera etapa cuyo inicio viene marcado por los atentados contra el semanario Charlie Hebdo, el 7 de enero de 2015 en París, y que ha continuado con una ola de atentados que han afectado múltiples países y ciudades de la Unión.

El objetivo de este trabajo es analizar cómo se ha desarrollado la política de seguridad y antiterrorista en el marco de la Unión Europea y dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en relación a las libertades y a los derechos fundamentales. En los

dos primeros apartados, se dará una visión general, teniendo en cuenta las aportaciones normativas más relevantes en materia de seguridad y antiterrorista y considerando que las competencias de la Unión Europea en esta materia también han experimentado evoluciones. Por último, se analizarán algunas de las normas más recientes aprobadas por la Unión Europea en materia de seguridad, para determinar en qué medida tienen en cuenta la protección de los derechos fundamentales.

Este trabajo pretende determinar si factores externos, en este caso varios atentados que han sido ampliamente mediatisados, han actuado como catalizadores de la política de seguridad y antiterrorista europea. En definitiva, se trata de saber si estos atentados, por su envergadura y trascendencia, han marcado la política de seguridad de la Unión Europea, impidiendo un trabajo de planificación y reflexión para asegurar una amplia protección de los derechos y libertades fundamentales en el conjunto del territorio de la Unión Europea. O bien si, por el contrario, la Unión Europea, a través de sus estándares de protección de derechos individuales, habría establecido unas bases que se han tomado de referencia, no solo entre los Estados miembros, sino también por terceros estados a la hora de regular acuerdos internacionales en el ámbito de la seguridad.

(II) El nacimiento de la política de seguridad en la Unión Europea y el cambio de paradigma a partir del 11-S

La política de seguridad antes del 11-S

En las primeras Comunidades Europeas, la política de seguridad común no formaba parte de las prioridades de los Estados miembros, es más, tuvieron que pasar bastantes años hasta que los Estados consideraran oportuno iniciar los primeros pasos para la creación de una política común de seguridad europea.

Sin embargo, hay ciertos indicios de una política de seguridad embrionaria. En los años 70, por ejemplo, la Unión Europea creó el grupo sobre Terrorismo, Radicalismo, Extremismo y Violencia política (TREVI) y el Grupo de Trabajo sobre Terrorismo (TWG en sus siglas en inglés). Además, durante esta época también se estableció la Unidad de Drogas de Europol (EDU en sus siglas en inglés) que se convirtió en el precursor de la actual Agencia Europol.

Sin embargo, las políticas europeas en materia de seguridad fueron bastante limitadas durante los años 80 y 90. La lucha contra el terrorismo no formaba parte de las prioridades de la Unión Europea, considerada como una competencia exclusiva de los Estados.¹

Para encontrar el primer embrión de política terrorista común hace falta remontarse a las Conclusiones del Consejo de Tampere de 1999². En ellas, sin mencionar explícitamente el terrorismo, emergen por primera vez algunas de las políticas que se desarrollarán después de los atentados del 11-S, como la lucha contra la financiación criminal³.

¹ Blasi Casagran, C., 2015 The Future EU PNR System: Will Passenger Data be Protected? European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 23(3) pp. 241-257. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/282637921_The_Future_eu_pnr_System_Will_Passenger_Data_be_Protected.

² Consejo Europeo de Tampere. Conclusiones de la presidencia. 15 y 16 de octubre de 1999.

³ Argomaniz, J., septiembre-octubre 2010. El proceso de institucionalización de la política antiterrorista de la Unión Europea. En Revista CIDOB d'Afers Internacionals, 91, 125-145.

Los cambios en la política de seguridad europea a partir del 11-S

11-S. Nueva York. El cambio de paradigma

En Europa, el 11-S tuvo como consecuencia la adopción de las primeras medidas antiterroristas comunitarias. El azar quiso que los atentados contra Estados Unidos se produjeron justo el mismo año de la ratificación del Tratado de Niza, por lo que varios Estados miembros no consideraban razonable la propuesta del Gobierno Español que sugería que la lucha contra el terrorismo requería de una regulación específica y expresa en el TUE, hecho que implicaba inevitablemente una nueva reforma del Tratado. Finalmente, se optó por una declaración solemne en el Consejo Europeo de Sevilla de junio de 2002⁴, en la que se proclamaba la determinación de la Unión en la lucha contra el terrorismo y en la que se concretaba que la Unión podría recurrir al efecto tanto a instrumentos Política Europea de Seguridad Común (PESC) como de la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD).

Estados Unidos presionó los Estados miembros de la Unión para que adoptaran acuerdos bilaterales y multilaterales basados en el intercambio de informaciones relacionados con el terrorismo, a fin de evitar futuros ataques. De este modo, la Unión Europea iniciaba su política antiterrorista a remolque de lo que marcaba Estados Unidos. Desde este momento, la Unión ha adoptado un importante número de medidas de seguridad, llegando incluso a sobrepasar sus propias competencias, según algunos autores⁵. Fue el caso, por ejemplo del primer acuerdo de Almacenamiento de Nombres de Pasajeros (PNR por sus siglas en inglés), firmado en 2004 a partir de una Decisión de la Comisión 2004/535/EC⁶ y una Decisión del Consejo 2004/496/EC⁷.

⁴ Consejo Europeo de Sevilla de 21 y 22 de junio de 2002. Conclusiones de la presidencia 13463/02

⁵ Blasi Casagran, C. op. cit *supra* nº 1

⁶ Decisión 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 los pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos (Bureau of Customs and Border Protection) C(2004) 1914. DOCE, 6 de julio de 2004, L 235/11

⁷ Decisión 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 (2004/496/CE). DOCE, 20 de mayo de 2004, L 183.

El 11-S representa la primera de las tres coyunturas críticas, seguido por el 11-M de Madrid y el 7-J de Londres, que dieron paso a la institucionalización de la política antiterrorista de la Unión Europea. El resultado inmediato de estos procesos fue la aprobación del primer plan de acción multidimensional de la UE enfocado única y exclusivamente en la lucha antiterrorista⁸. Este plan constituye el embrión de la política antiterrorista de la Unión⁹.

El atentado del 11-S también conllevó el acuerdo de una lista común de organizaciones terroristas, elaborada por el Consejo. En ella se concretaba tanto una armonización embrionaria de la legislación antiterrorista europea como una respuesta operativa común. También se establecía una primera definición de “personas, grupos o entidades terroristas”, y de “acto terrorista”. La posición común del Consejo, aprobada el 27 de diciembre de 2001¹⁰ define en el artículo 1, apartado 3, el acto terrorista como:

El acto intencionado que, por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional tipificado como delito según el Derecho Nacional, cometido con el fin de: (i) intimidar gravemente una población, (ii) obligar indebidamente a los Gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, desestabilizar gravemente o (iii) destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización constitucional¹¹.

Este documento, además, comprometía a la Unión Europea, dentro de los límites establecidos por los Tratados, a “*no poner ni directa ni indirectamente, a disposición de las personas, grupos y entidades relacionados en el anexo, ningún fondo, activo financiero, recurso económico ni servicio financiero ni servicio conexo*”, además de establecer un deber de cooperación policial y judicial entre los Estados Miembros en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea¹². Con este documento, la UE se convirtió en el primer actor internacional en acordar una definición de terrorismo,

⁸ Conclusiones y plan de acción del Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001.

⁹ Argomaniz, J. op. cit *supra* nº3.

¹⁰ Posición Común del Consejo (2001/931/PESC) de 27 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo. DOCE, 28 de diciembre de 2001, L 344/93

¹¹ *Ibid.*

¹² Posición Común del Consejo de 27 de septiembre de 2001. *Supra* nº 10.

produciendo un primer nivel básico de armonización, un avance muy remarcable, especialmente si se tiene en cuenta que en el momento de los atentados del 11-S sólo 6 de los 15 Estados de la Unión que en aquel momento conformaban la Unión Europea, tenían una legislación antiterrorista específica.¹³

Este primer periodo de institucionalización se caracteriza por soluciones inmediatas ante la amenaza terrorista, en vez de una planificación coherente¹⁴. El primer plan antiterrorista es una lista extensa de medidas a la que le falta la coherencia interna, mientras que la Estrategia Europea de Seguridad de 2003¹⁵, es demasiado general aunque confirme la emergencia del terrorismo transnacional como una prioridad para la UE, junto a otras amenazas como la proliferación de armas de destrucción masiva, los conflictos regionales, la descomposición del Estado o la delincuencia organizada.

Por tanto, se puede decir que la respuesta de la UE después del 11-S, simplemente aceleró la construcción del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia (ELSJ), ya anteriormente fijada por el Consejo de Tampere.

Sin embargo, la realidad es que la implementación efectiva de estas políticas fue bastante deficitaria¹⁶. El hecho de que anteriormente a la firma del Tratado de Lisboa, la Comisión no tuviera la opción de llevar a Estados Miembros ante el TJUE por incumplimiento en la transposición legal de medidas acordadas en el tercer pilar, suponía una limitación crucial en este aspecto. En consecuencia, para las fechas de los atentados de Madrid, muchas de las medidas adoptadas en el Consejo Europeo del 21 de septiembre de 2001 todavía no habían sido implementadas por los gobiernos nacionales.

11-M. Madrid. La llegada del terrorismo internacional en Europa.

El atentado del 11 de marzo de 2004 en Madrid supuso un nuevo cambio de paradigma de la política antiterrorista europea. 10 bombas repartidas en 4 trenes de cercanías de Madrid estallaron a primera hora de la mañana, dejando un balance de 192 personas muertas y más de 2.000 heridos. Por primera vez, Europa era atacada por una

¹³ Argomaniz, J. op. cit *supra* nº3.

¹⁴ *Ibid*

¹⁵ Consejo de la Unión Europea. Una Europa Segura en un Mundo Mejor: Estrategia europea de seguridad de 12 de diciembre de 2003.

¹⁶ Argomaniz, J. op. cit *supra* nº3. Pág. 132.

organización terrorista de alcance internacional, hecho que pone de nuevo sobre la mesa la necesidad de desarrollar políticas antiterroristas supraestatales.

Con el objetivo de reforzar la política antiterrorista existente, y en respuesta inmediata a los atentados de Madrid de 2004, el 29 de marzo de este año, el Consejo Europeo adoptó un importante pronunciamiento sobre la amenaza terrorista¹⁷. Esta declaración urgía a los Estados Miembros a la completa puesta en práctica de las medidas sobre cooperación judicial y policial, aprobadas después de los atentados de Nueva York y la adopción de nuevas medidas enfocadas a reforzar la cooperación operativa y el intercambio de inteligencia a nivel multilateral, pero también entre autoridades nacionales y organizaciones europeas como Europol y Eurojust. El Consejo Europeo instaba también el Alto Representante a presentar, en coordinación con la Comisión, propuestas concretas para la aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad, incluyendo recomendaciones para combatir la amenaza que supone el terrorismo. El pronunciamiento, además, se acompañaba de una cláusula de solidaridad por la que los Estados Miembros se comprometían a asistir cualquier Estado de la Unión que fuese víctima de un atentado terrorista.

Por otra parte, después de los atentados de Madrid, la Comisión empezó a destacar como *policy entrepreneur*. En los meses siguientes a la Declaración del Consejo, la Comisión publicó cinco comunicaciones formulando políticas en tres áreas separadas: financiación de terrorismo, protección de infraestructuras críticas y gestión de respuesta.

Una de las medidas más importantes fue el nombramiento por parte del Alto Representante de la Política Exterior y de Seguridad Común de un coordinador antiterrorista dentro de la Secretaría General del Consejo. Al coordinador se le atribuyó la labor de mejorar la coordinación dentro del Consejo y examinar la puesta en práctica de las medidas contenidas en el plan de acción por los Estados miembros. También se estableció el Centro de Situación (Sitcen), actualmente llamado IntCen, que fue creado después de los atentados de Madrid y que constituye el núcleo de una muy embrionaria arquitectura de inteligencia de la Unión.¹⁸

¹⁷ Consejo de la Unión Europea. Declaración sobre la lucha contra el terrorismo de 29 de marzo de 2004. 7906/04

¹⁸ Argomaniz, J. op. cit *supra* nº3. Pág 134

7-J. Londres. Nuevo aviso en Europa

El 7 de Julio de 2005, estallaron 4 bombas en Londres, 3 en el metro y una en un autobús, causando 56 muertos y más de 700 heridos. Después de este atentado, reivindicado por Al-Qaeda, la reacción inmediata de los Estados fue una mayor presión de algunos de ellos para la aprobación de medidas bajo discusión del Consejo. Los atentados de julio llevaron a unos cambios importantes en la percepción de la amenaza y, consecuentemente, en la naturaleza de la respuesta, que dieron como resultado la formulación de una estrategia general para guiar los posteriores esfuerzos europeos.

El Consejo de Justicia e interior adoptó una estrategia antiterrorista a finales de 2005, con la intención de racionalizar y clarificar los esfuerzos antiterroristas de la Unión¹⁹. La estrategia ampliaba la interpretación de la amenaza terrorista al peligro generado por la emergencia del terrorismo interno, puesto que los textos anteriores versaban casi exclusivamente sobre Al-Qaeda. Esta estrategia planteaba la lucha antiterrorista desde cuatro pilares, la prevención, la protección, la persecución y la respuesta que, sin embargo, son esencialmente una reformulación de los siete objetivos estratégicos presentes en la declaración del Consejo²⁰.

Paralelamente, después de los atentados de Londres emergieron otras iniciativas de la Comisión como un nuevo acuerdo de 2007 con las autoridades estadounidenses para la transferencia de datos de pasajeros aéreos que cruzaran el Atlántico desde Europa y la propuesta de 2008 de un sistema europeo propio de PNR.

En el terreno de la prevención, otra propuesta de la Comisión en 2008 llevó a modificar la Decisión marco sobre la lucha contra el terrorismo para criminalizar la incitación, entrenamiento y reclutamiento de terroristas²¹. Una de las novedades es la incorporación del artículo 2 de la decisión marco del Consejo que establece que ésta no debería tener efectos que entraran en contradicción con la libertad de expresión y particularmente con el derecho a la libertad de prensa. Se trata, en este caso, de una nueva aportación

¹⁹ Consejo de la Unión Europea. Estrategia de la Unión Europea de lucha contra el terrorismo, 30 de noviembre de 2005, 14469/4/05.

²⁰ Consejo de la Unión Europea. Declaración sobre la lucha contra el terrorismo. *Supra* nº10

²¹ Council Framework decision 2008/919/JHA of 28 Novembre 2008 amending Framework Decision 2002/475/JHA on Combating Terrorism. DOUE, 9 de diciembre de 2008, L 330

respecto al reglamento anterior, que no contemplaba una cláusula específica de protección a esta libertad.

También en 2007 se incorporó parte del Tratado de Prüm²², que había sido aprobado en 2005 fuera del ámbito de la Unión Europea, en el marco legal del tercer pilar. Este mecanismo permite el acceso, por parte de autoridades policiales, a las bases de datos de otros países sobre ADN; huellas dactilares y números de matrícula de vehículos, así como el establecimiento de operaciones policiales conjuntas.

En esta primera fase de política antiterrorista común, la acción de la Unión se ha enfocado, en general, más hacia facilitar la cooperación y a mejorar la coordinación multilateral que en promover procesos de integración europea o la armonización de estas políticas. Un ejemplo son el débil mandato proporcionado al coordinador antiterrorista o el rechazo, tras el 11-M a la propuesta de una Agencia Europea de Inteligencia.²³

Durante este periodo, la agenda política se constituía en base a los acontecimientos externos, el 11-S, el 11-M y el 7-J, que impiden una verdadera planificación de la política de seguridad. Cada atentado suscitaba una reacción inmediata con más medidas de seguridad, impulsadas a menudo por los Estados Unidos. En este periodo, la presencia de los derechos fundamentales en las políticas de seguridad es poco relevante, salvo algunas excepciones que coinciden con los últimos años antes de la aprobación del Tratado de Lisboa.

²² Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal de 27 de mayo de 2005.

²³ Argomaniz, J. op. cit *supra* nº3. Pág 142.

(III) El Tratado de Lisboa y las modificaciones en el régimen de seguridad común

Más Parlamento Europeo y más derechos fundamentales

La aprobación del Tratado de Lisboa supuso un aumento sustancial de la participación del Parlamento Europeo en políticas donde hasta el momento tenía solo un papel consultativo, incluidas las políticas de seguridad, dentro del marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ). A esta situación se añade una mayor protección de los derechos y libertades fundamentales, gracias a la entrada en vigor como instrumento vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF). La suma de estos dos elementos enunciaba el inicio de un periodo de preeminencia de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Prueba de esto es que justo el día antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el día 30 de noviembre de 2009, se aprobaron una serie de decisiones con el fin de evitar el pronunciamiento del Parlamento Europeo, que presumiblemente habría exigido unos estándares de protección de los derechos y libertades más elevados. Son ejemplo de esta práctica la aprobación de la Decisión del Consejo sobre normas de confidencialidad de la información de Europol²⁴, la Decisión también del consejo sobre normas de desarrollo de los ficheros de trabajo de análisis de Europol²⁵, la Decisión Marco de la misma institución sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales²⁶, la Decisión del Consejo por la que se crea una Red Europea de Prevención de la Delincuencia²⁷, la Decisión por la que se adoptan las

²⁴ Decisión del Consejo 2009/968/JAI de 30 de noviembre de 2009 por la que se adoptan las normas sobre confidencialidad de la información de Europol. DOUE, 17 de diciembre de 2009, L 332/17.

²⁵ Decisión del Consejo 2009/936/JAI de 30 de noviembre de 2009 por la que se adoptan las normas de desarrollo aplicables a los ficheros de trabajo de análisis de Europol. DOUE, 11 de diciembre de 2009, L 325/14.

²⁶ Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. DOUE, 15 de diciembre de 2009, L 328/42.

²⁷ Decisión 2009/902/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009 por la que se crea una Red Europea de Prevención de la Delincuencia (REPD) y se deroga la Decisión 2001/427/JAI. DOUE, 8 de diciembre de 2009, L 321.

normas de desarrollo que rigen las relaciones de Europol con los socios, incluido el intercambio de datos personales y de información clasificada²⁸ o la Decisión sobre la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros²⁹. Los acuerdos SWIFT, en este caso de 27 de noviembre de 2009, firmados por el Consejo, en nombre de la Unión Europea, y Estados Unidos³⁰ también constituyen un buen ejemplo de la estrategia del Consejo para evitar la intromisión del Parlamento Europeo. Especialmente este último acuerdo fue muy criticado por el Parlamento, que rechazó el acuerdo propuesto en febrero de 2010, considerando que no respetaba los derechos fundamentales de la Unión.

El marco jurídico general del Tratado de Lisboa

Ejemplos concretos a parte, el Tratado de Lisboa inserta la política antiterrorista y de seguridad en el Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) bajo el título de “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” (ELSJ), que incluye disposiciones generales sobre controles fronterizos, asilo e inmigración, cooperación judicial penal y civil y cooperación policial. La inclusión de este Título supone un avance en el proceso de integración europea, debido a que, al menos desde un punto de vista formal se deja atrás la estructura de pilares vigente hasta Lisboa.

Sin embargo, el tipo de bases jurídicas comprendidas en el tercer pilar corresponden a políticas muy sensibles para los Estados porque afectan directamente el núcleo esencial de la soberanía (legislación penal, seguridad, fronteras, inmigración, etc.). Por eso, el Tratado de Lisboa presenta amplias excepciones y limitaciones a las normas generales, incluidos los “frenos de emergencia”³¹ y adaptaciones de otros términos existentes

²⁸ Decisión del Consejo 2009/934/JAI de 30 de noviembre de 2009 por la que se adoptan las normas de desarrollo que rigen las relaciones de Europol con los socios, incluido el intercambio de datos personales y de información clasificada. DOUE, 11 de diciembre de 2009 L 325/12.

²⁹ Decisión del Consejo 2009/917/JAI de 30 de noviembre de 2009 sobre la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros. DOUE, 10 de diciembre de 2009 L 323/20.

³⁰ Decisión del Consejo 16110/09 JAI 838 de la firma, representando la Unión Europea, del acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de procesamiento y transferencia de datos financieros desde la Unión Europea a propósito del programa de localización de financiación al terrorismo de 27 de noviembre de 2009.

³¹ Las cláusulas de freno fueron creadas para poder aplicar el procedimiento legislativo ordinario en los ámbitos de régimen de seguridad social de los trabajadores migrantes, cooperación judicial en materia penal y establecimiento de normas comunes para determinadas infracciones penales. El sistema de freno permite recurrir al Consejo Europeo si considera que los principios fundamentales de su sistema de seguridad social o de sus sistemas de justicia penal están amenazados por el proyecto legislativo en curos

como la cooperación reforzada, los *opt-ins* y los *opt-outs*³². Parte de estos instrumentos aparecen en el artículo 82 apartado 3 del TFUE. En este caso, cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de Directiva contemplado en el apartado 2 (relativa a la cooperación penal) afecte a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el proceso ordinario. Este artículo prevé, por tanto, un freno de emergencia. El mismo 82.3 TFUE contiene también un ejemplo de cooperación reforzada según el cual, si no hay acuerdo (después de haber remitido el asunto al Consejo Europeo) y al menos nueve Estados quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de Directiva de que se trate, podrán hacerlo previa comunicación al Parlamento, al Consejo y a la Comisión.

Con estos casos se ejemplifica que ante determinadas políticas especialmente sensibles los Estados disponen de un margen para suspenderlas (frenos de emergencia), decidir no ceder competencias a la Unión para legislar una determinada política (*opt-outs*) o unirse a una política europea en un momento posterior (*opt-ins*). En otros casos, también se permite que un grupo de Estados desarrollen una política al margen de los otros. Son las llamadas cooperaciones reforzadas. En otras palabras, una parte del ELSJ funciona bajo una lógica de cooperación más que de integración, produciéndose, por tanto, una aproximación al derecho internacional público clásico. A pesar de esto, la mayoría de bases jurídicas prevén que las políticas previstas se desarrollen mediante el procedimiento legislativo ordinario, esto es, con la iniciativa legislativa de la Comisión y la posterior codecisión del Parlamento y el Consejo.

Dentro del ELSJ, es destacable la posibilidad de desarrollo de políticas de cooperación judicial en materia penal, contenidas en el apartado 4. Más concretamente, el artículo 83

de adopción. En tal caso, el procedimiento se suspende y el Consejo Europeo puede o reenviar el proyecto al Consejo, que continuará el procedimiento teniendo en cuenta las observaciones formuladas o poner definitivamente fin al procedimiento y solicitar, si procede, una nueva propuesta de la Comisión Europea. (Eur-lex. *Flexibilidad en la toma de decisiones de la UE: cláusulas pasarela, cláusulas freno y cláusulas acelerador*. En línea:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:ai0019&from=ES> [Consultada el 08/06/2017].

³² Carrera, S. & Geyer, F., El Tratado de Lisboa y un espacio de libertad, seguridad y justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 29, pp.133–162. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3n/revistas/revistaselectronicas?IDR=4&IDN=653&IDA=27064>. [Consultada el 08/06/2017].

TFUE establece que el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea podrán establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza. El terrorismo se encuentra entre los delitos que enumera el apartado 2 del artículo, al igual que otros crímenes considerados transfronterizos como la explotación sexual de mujeres y niños, la corrupción, el blanqueo de capitales o el tráfico de drogas. Precisamente, el artículo 83 TFUE ha sido utilizado recientemente como base jurídica de la Directiva (UE) 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo³³. Por otra parte, la selección de estos delitos no es casual, responde a los programas plurianuales de trabajo impulsados periódicamente por el Consejo Europeo, empezando por las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999.³⁴

Así, si hasta el Tratado de Lisboa era el Consejo quien marcaba las líneas de la política criminal europea, a partir de 2009 es la Comisión quien se encarga principalmente de elaborar la agenda legislativa también en materia penal. Sin embargo, al menos en una primera fase post Lisboa, la Comisión no se mostraba especialmente dispuesta a definir una agenda político-criminal clara³⁵.

En efecto, desde la aprobación del Tratado de Lisboa, en el año 2009 hasta 7 de enero de 2015, Europa vive un periodo de calma en materia de terrorismo. Los atentados de Madrid y Londres ya no ocupaban titulares. Incluso los grupos terroristas nacionales más importantes en Europa durante la segunda mitad del siglo XX, IRA y ETA, viven sus propios procesos de paz.³⁶

Este contexto, junto a las circunstancias anteriormente mencionadas – mayor importancia del Parlamento Europeo como legislador e introducción como derecho positivo de la Carta de Derechos Fundamentales – contribuyen a un periodo de más protección de los derechos humanos. La Unión asume un rol más activo de *law-maker*,

³³ Directiva (UE) 2017/541 *Infra*, nº 49.

³⁴ Consejo Europeo de Tampere. *Conclusiones de la presidencia*. 15 y 16 de octubre de 1999.

³⁵ Corral Maraver, N., 2016. La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea. *En Dret. Revista para el análisis del derecho*, 4. Pág. 8. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1251.pdf>.

³⁶ En 2005 la Comisión encargada de verificar el desarme de IRA confirma que la organización ha destruido la totalidad de su arsenal y que carece de voluntad para atentar. En enero de 2011 ETA declara una tregua “permanente, general y verificable”.

en contraposición al periodo pre-Lisboa donde tomó un papel de *law-taker*.³⁷ Un ejemplo de esta nueva coyuntura es la oposición del Parlamento Europeo a la adopción de la Directiva sobre uso del registro de los datos de los pasajeros (PNR en sus siglas en inglés). A pesar que la Comisión había hecho una propuesta de Directiva en 2011³⁸, el Parlamento Europeo frenó su aprobación hasta 2016, en un contexto social marcado por el inicio de la segunda ola de atentados en Europa.

Así, la priorización de la política de seguridad, especialmente la antiterrorista, se agudiza después de la segunda ola de atentados, iniciada por el ataque contra el semanario Charlie Hebdo, el 7 de enero de 2015. Además del Parlamento Europeo, la crisis de seguridad también se hace notar en el seno de la Comisión. En este sentido, la agenda de trabajo de esta institución para 2016 preveía como principal prioridad en materia criminal una reforma de la decisión marco de lucha contra el terrorismo como respuesta a los últimos atentados en la Unión Europea en que incluía la incriminación de nuevas conductas.³⁹

³⁷ Ver por ejemplo el acuerdo SWIFT (*supra* nº30) o las primeras Directivas PNR (Capítulo IV, en protección de datos personales).

³⁸ Comisión Europea. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos terroristas y delitos graves de 2 de febrero de 2011. COM(2011)32 final.

³⁹ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Europeo Económico y Social y al Comité de Regiones de 28 de abril de 2015. Agenda de Seguridad Europea. COM(2015) 185 final.

(IV) El desarrollo de la política de seguridad después de los atentados de Charlie Hebdo

La política de seguridad ante atentados terroristas en el suelo Europeo

La política de seguridad, y más concretamente la política antiterrorista, han experimentado un impulso legislativo especialmente después de la última ola de atentados perpetrados en Europa, iniciada por el atentado contra el semanario satírico, Charlie Hebdo, el 7 de enero de 2015.

En este apartado, se analizarán algunas de las últimas directivas y reglamentos de seguridad de la Unión Europea aprobadas en los últimos dos años, coincidiendo con un seguido de atentados que han hecho aflorar el miedo al terrorismo entre la ciudadanía europea. No obstante, sería precipitado considerar que el conjunto del cuerpo legislativo en materia de seguridad después de los atentados de Charlie Hebdo constituye una respuesta directa a los últimos ataques, debido a que la propia idiosincrasia del sistema legislativo europeo no permite una reacción inmediata, al menos en términos legislativos. Sin embargo, se pueden encontrar algunos ejemplos que sí constituyen una respuesta directa a la última ola de atentados en Europa, entre otras la Directiva de lucha contra el terrorismo⁴⁰, que sustituye dos antiguas decisiones del Consejo de 2002 y 2005. Estas decisiones del Consejo, que coinciden temporalmente con los atentados de Nueva York y de Londres, no se retoman de nuevo hasta la segunda ola de atentados en Europa. Por tanto, los atentados sucedidos después de Charlie Hebdo actuaron, en este caso, como catalizadores de la actual legislación antiterrorista.

Otro ejemplo es la Directiva PNR, aprobada en 2016⁴¹ después que la Comisión lanzara la propuesta en 2011. Como se ha dicho anteriormente⁴², hasta 2016 el Parlamento había bloqueado su aprobación. Sin embargo, los últimos atentados hicieron aumentar las presiones y el Parlamento acabó por aprobar la Directiva.

Pero más allá de las directivas y los reglamentos, la creciente preocupación por parte de la sociedad civil, los gobiernos nacionales y las organizaciones supranacionales por la

⁴⁰Directiva (UE) 2017/541. *Infra* nº 49.

⁴¹ Directiva UE 2016/681. *Infra* nº 47.

⁴² Ver *supra* Capítulo III, pág. 19.

lucha contra el terrorismo se hace patente en otros actos no legislativos que emanan de la Unión.

Posiblemente uno de los más significativos es la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo en relación a una Unión de Seguridad genuina y efectiva⁴³. Esta comunicación hace referencia, entre otras, a una anterior comunicación de la Comisión⁴⁴ que instaba a los Estados a trabajar más estrechamente basándose en cinco principios claros, el primer de los cuales era garantizar el pleno cumplimiento de los derechos fundamentales ya que, en palabras de la Comisión “la seguridad y el respeto de los derechos fundamentales no son objetivos contradictorios, sino objetivos políticos coherentes y complementarios”. La Comunicación de la Comisión de octubre de 2016 retoma también este principio apostando, al menos sobre papel, por un modelo de seguridad colectiva que respete plenamente los derechos fundamentales.

La Comunicación sobre Seguridad genuina y efectiva se focaliza sobre tres ejes, fortalecer un marco jurídico para luchar contra el terrorismo e impedir el acceso a la financiación y a las armas de fuego, prevenir y combatir la radicalización que conduce al extremismo violento y mejorar la cooperación operativa transfronteriza con el apoyo de las agencias de la UE, principalmente Eurojust y Europol.

En términos generales, la Comisión apuesta por un mayor nivel de cooperación e intercambio de información entre los servicios de seguridad de los Estados miembros. El objetivo es mejorar “la arquitectura general de la información en el ámbito de seguridad”⁴⁵ ya que, según la Comisión, la fragmentación en la gestión de datos de las normas actuales de la Unión permite a los delincuentes y terroristas utilizar diferentes identidades para evitar ser detectados.

⁴³ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Primer informe de situación relativo a una Unión de Seguridad genuina y efectiva. 12-10-2016 COM(2016) 670 final.

⁴⁴ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Agenda Europea de Seguridad 28-4-2015 COM(2015) 185 final.

⁴⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. First progress reports towards an effective and genuine Security Union de 12 de octubre 2016. COM(2016) 670 final.

Análisis del derecho derivado de la Unión Europea en materia de seguridad y política antiterrorista y su dimensión protectora de los derechos fundamentales

Más allá de las distintas comunicaciones de la Comisión, la política de seguridad y antiterrorista ha tenido una importante incidencia en el derecho derivado de la Unión Europea. En este apartado se analizarán algunas de estas normas por tal de detectar en qué medida protegen los derechos fundamentales y cuáles son sus deficiencias.

Por su relevancia en materia de política de seguridad y antiterrorismo las normas analizadas serán el Reglamento 2016/794 relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol)⁴⁶ (en adelante Reglamento Europol); la Directiva 2016/681 relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave⁴⁷ (en adelante, Directiva PNR); la Directiva 2016/680 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respeta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos⁴⁸ (en adelante Directiva 2016/680); la Directiva 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo⁴⁹ (en adelante, Directiva de lucha contra el terrorismo); y, finalmente, el Reglamento

⁴⁶ Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo. DOUE, 24 de mayo de 2016, L 135/153.

⁴⁷ Directiva UE 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave. DOUE, 4 de mayo de 2016, L 119/132.

⁴⁸ Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respeta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. DOUE, 4 de mayo de 2016, L 119/89.

⁴⁹ Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo. DOUE; 31 de marzo de 2017, L 88/6.

2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras⁵⁰ (en adelante, Código Schengen).

Las directivas y reglamentos analizados tienen dos características comunes, en primer lugar se trata de normas recientes (reformadas o aprobadas entre el año 2016 y 2017) y, en segundo lugar, su fundamento jurídico se encuentra en el Título V del TFUE sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, excepto la Directiva 2016/680 que tiene por base jurídica el artículo 16, apartado 2 TFUE que versa sobre la protección de las personas físicas respecto del tratamiento de carácter personal y sobre la libre circulación de datos, una competencia de la Unión íntimamente relacionado con su política de seguridad.

A continuación se realizará un análisis de cómo estas directivas y reglamentos protegen los derechos fundamentales. La elección responde a los derechos que más a menudo pueden entrar en contradicción con los distintos objetivos de la normativa de seguridad de la Unión.

La protección de datos de carácter personal

La protección de los datos de carácter personal es un derecho fundamental establecido por el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF). Los datos personales también están protegidos por el artículo 16 TFUE según el cual toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernen. La protección de este derecho es prioritaria cuando la normativa tiene por objeto, ya sea directo o indirecto, la regulación, la utilización y la gestión de datos personales⁵¹.

Así por ejemplo, el considerando 30 del Reglamento Europol establece que esta Agencia debe poder intercambiar toda la información pertinente, con la excepción de

⁵⁰ Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). DOUE, 23 de marzo de 2016, L 77/1.

⁵¹ Se encuentra una definición del concepto de “datos personales” en el artículo 2, letra h del Reglamento Europol que entiende por datos personales “toda información sobre un interesado, entendiendo por interesado una persona física identificada o identificable, esto es, cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, unos datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

datos personales, con otros organismos de la Unión. No obstante, el considerando 31 incluye también el intercambio de datos personales, en la medida que sean necesarios para el desempeño de sus tareas. Por tanto, no se trata de una exclusión absoluta sino más bien de una protección especial.

Para garantizar su protección el artículo 28 f del Reglamento Europol establece que deberán ser tratados de un modo que garantice la seguridad adecuada. Además, deberán ser recogidos por fines determinados y no ser tratados ulteriormente de forma incompatible a estos fines.

La protección de datos personales es un elemento fundamental también en la Directiva PNR. En este caso, no se trata solo de un elemento más de la Directiva, sino de un objetivo propiamente dicho. Así, el artículo 5 de la Directiva dispone que los objetivos de la Directiva son garantizar la seguridad, proteger la vida y la seguridad de los ciudadanos y crear un marco jurídico para la protección de los datos PNR en lo que respecta a su tratamiento por las autoridades competentes. Se trata por tanto, de un doble objetivo que puede entrar en contradicción. Por un lado se busca garantizar la seguridad y proteger la vida del ciudadano – hecho que puede implicar la utilización de los datos de los pasajeros – y por otro, este objetivo debe conseguirse respetando la protección de los datos personales para garantizar su derecho a la protección de datos de carácter personal.

Pueden observarse distintos ejemplos a lo largo de la Directiva PNR que ponen en balanza el derecho a la protección de datos de carácter personal y la utilización de estos datos. Así, el considerando 7 dispone que el establecimiento y la aplicación de criterios de evaluación debe limitarse a los delitos de terrorismo y a la delincuencia grave, limitando por tanto su aplicación. Asimismo, el considerando 11 de la Directiva PNR establece que el tratamiento de datos personales debe ser proporcional a los objetivos específicos de seguridad. Además, para garantizar una mayor efectividad en la protección de los datos personales, la Directiva exige, en el artículo 12 apartado 2, la despersonalización de los datos PNR al finalizar un plazo de seis meses desde su transmisión.

La protección de datos también es un elemento fundamental en la Directiva 2016/680. En efecto, se trata de una directiva que abarca la protección de datos de manera general, de modo que el conjunto de directivas que abordan la protección de datos deberían ser

consecuentes con ella. En materia de protección de datos, el considerando 28 dispone que los datos personales deben ser tratados de modo que se garantice un nivel adecuado de seguridad y confidencialidad, en particular impidiendo el acceso sin autorización a dichos datos o el uso no autorizado de los mismos, mientras que el considerando 37 impone una especial protección a los datos personales que, por su naturaleza, sean particularmente sensibles en relación con los derechos y libertades fundamentales. Estas consideraciones también se tienen en cuenta tanto en el Reglamento Europol como en la Directiva PNR.

En cambio, el Código de Fronteras Schengen, a pesar de contemplar la utilización de diversas bases de datos, entre otras las bases de datos nacionales o las bases de datos de Europol, hace una mención muy escueta sobre protección de datos. En concreto, el anexo VI, apartado 1, sección 1.1.4.3 sobre pasos fronterizos comunes situados en el territorio de un país, menciona que se permitirá a los Estados miembros disponer las medidas técnicas y organizativas de seguridad que exija el Derecho de la Unión, para proteger los datos personales de la destrucción accidental o ilícita o la pérdida accidental, de la alteración o de la revelación o el acceso no autorizados, inclusive el acceso por parte de las autoridades de terceros países. Así, a pesar de que el Código Schengen contempla la utilización de datos personales, deja a manos de los Estados su protección.

Se trata, por tanto, de un ejemplo de graves deficiencias en materia de protección de datos, sobre todo si se comparan los estándares de protección con los que plantea tanto la Directiva 2016/680 sobre protección de datos en el ámbito judicial y policial como la Directiva PNR, que se ocupa de la protección de datos de los pasajeros de las aerolíneas. En este mismo sentido, es significativa la ausencia de referencias a las mencionadas Directivas en el Código Schengen, especialmente la Directiva 2016/680 que constituye el marco de referencia.

El Reglamento Europol, por ejemplo, distingue cuatro finalidades distintas para el tratamiento de datos⁵². Una de estas consiste en realizar análisis operativos, procedimiento que requiere una mayor protección debido a la sensibilidad de los datos. En este caso se aplica la metodología llamada de la “privacidad desde el diseño”, esto es, el acceso a los datos será solo posible si se cumple el procedimiento de

⁵² Artículo 18 Reglamento Europol.

respuesta positiva/negativa (hit/ no-hit) y con la condición suplementaria que haya una investigación penal en curso. Este sistema examinará si la información que se ha introducido coincide con alguno de los datos almacenados en la base Europol y solo si la respuesta es positiva, el solicitante de información podrá disponer de ella. Se trata, por tanto, de una medida que asegura una mayor protección de los datos en comparación a los sistemas de búsqueda a nivel nacional⁵³.

Además, las normas de protección de datos de Europol deben ser coherentes con otros instrumentos europeos relativos a la protección de datos, concretamente con la citada Directiva 2016/680, que constituye el marco de referencia en la materia.

Por su parte, la Directiva PNR también busca la coherencia con instrumentos más genéricos de protección de datos. Teniendo en cuenta que la Directiva PNR y la Directiva 2016/680 fueron aprobadas el mismo día, las referencias se establecen aun con los instrumentos anteriores, concretamente la Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo⁵⁴, derogada por la Directiva 2016/680. En este sentido, el considerando 31 establece que las transferencias de datos PNR por los Estados miembros a los terceros países debe permitirse solo caso por caso y respetando plenamente las disposiciones adoptadas por los Estados miembros en aplicación de la Decisión marco 2008/977/JAI. El respeto a esta Decisión marco se retoma en el artículo 11 de la Directiva, cuyo cumplimiento se considera condición indispensable para poder ejecutar una transmisión de datos a un país tercero. El respeto a la mencionada Decisión marco aparece de forma más general en el Considerando 36 de la Directiva, estableciendo que su contenido es compatible con los principios de protección de datos y sus disposiciones se ajustan Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo.

A pesar de estos elementos positivos, existe margen de mejora en materia de protección de datos. A este respecto, la Directiva 2016/680 era fundamental para poder establecer una mínima armonización en la protección de los datos, ya que cada uno de los 28 Estados miembros tenía sus procedimientos de tratamiento de datos. Aun así, a nivel penal siguen existiendo importantes diferencias en el tratamiento de datos y esto afecta

⁵³ Blasi Casagran, C., 2016. El reglamento europeo de Europol. Un nuevo marco jurídico para el intercambio de datos policiales en la UE. Revista General de Derecho Europeo, 40, pp. 202-221.

⁵⁴ Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. DOUE, 30 de diciembre de 2008, L 350/60

directamente al sistema Europol. Por otra parte, esta diversidad impide que haya un nivel homogéneo de protección de datos más allá de las instituciones europeas. Es decir, a pesar que el derecho a la protección de datos personales tiene unos estándares elevados en la Unión Europea, los Estados siguen teniendo amplias libertades para determinar el nivel de protección a nivel interno.

La protección de datos tiene otra importante vertiente en lo que respeta al almacenamiento de nombres de pasajeros, los conocidos como PNR. Después de los atentados del 11-S, la administración Bush consideró que estos datos eran especialmente relevantes para la lucha contra el terrorismo, por lo que presionó a la Unión Europea para desarrollar acuerdos bilaterales y multilaterales para el intercambio de datos. Por tanto, la política de almacenamiento de datos de la Unión Europea tiene su origen en la política americana, con unos estándares más bajos en materia de protección de datos que la europea.⁵⁵

Frente a este acuerdo, el Parlamento Europeo presentó una demanda contra el Consejo de la Unión y la Comisión⁵⁶ solicitando la anulación de la Decisión 2004/496/CE del Consejo, 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 aéreas⁵⁷ y la Decisión 2004/535/CE de la Comisión relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros⁵⁸. Entre los motivos alegados para solicitar su anulación, el Parlamento esgrimía el motivo de base jurídica errónea (los

⁵⁵ Blasi Casagran, C., 2015. *The Future EU PNR System: Will Passenger Data be protected?* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 23(3), pp.241–257. Disponible en: <http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/15718174-23032070>.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de mayo de 2006. Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea (C-317/04) y Comisión de las Comunidades Europeas (C-318/04).EU:C:2006:346.

⁵⁷ Decisión 2004/496/CE 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. DOUE, 20 de mayo de 2004, L 183/83.

⁵⁸ 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 los pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos (*Bureau of Customs and Border Protection*). DOUE, 6 de julio de 2004, L 235/11.

acuerdos se habían adoptado en base al artículo relativo al mercado interior⁵⁹) y el hecho que las Decisiones no respetaban los derechos fundamentales, especialmente el Derecho a la Intimidad, contenido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)⁶⁰.

Sin embargo, el TJUE no entró a valorar la adecuación de las Decisiones al derecho fundamental a la intimidad debido a que ya había declarado su anulación basándose en la elección de una base jurídica errónea por lo que, corregida la base jurídica, se siguieron adoptando distintos acuerdos PNR sin la participación del Parlamento.

En cambio, sí se espera la valoración del TJUE sobre la adecuación del acuerdo propuesto entre la Unión Europea y Canadá sobre el tratamiento y la transferencia de datos de registro de nombres de pasajeros, más conocido como acuerdo PNR. La publicación de la sentencia está prevista para 26 de julio de 2017, por lo que en el momento de elaboración de este trabajo, se desconoce aún el contenido. Sin embargo, ya se conocen las conclusiones del abogado general Mengozzi⁶¹, que permiten apuntar las principales problemáticas de los acuerdos PNR respecto a los derechos fundamentales, especialmente en relación al derecho de las personas a su protección de los datos personales. La trascendencia de la respuesta del TJUE es elevada porque, tal y como apunta el abogado general, la solicitud no solo tendrá consecuencias sobre el acuerdo UE-Canadá sino que también afectará los denominados “acuerdos sobre el PNR” en vigor frente a Australia, frente a Estados Unidos y sobre el “régimen PNR”⁶² aprobado por el Parlamento Europeo.

A la espera del pronunciamiento definitivo del TJUE, el abogado general estableció que el acuerdo PNR previsto entre la Unión Europea y Canadá no puede celebrarse en su forma actual, debido a que diversas disposiciones del proyecto son contrarias a los derechos fundamentales de la Unión.

⁵⁹ Artículo 95 apartado 1 TCE.

⁶⁰ No se menciona el derecho fundamental a la protección de datos ya que, aunque la CDF data de 2001, ésta no adquirió rango de derecho positivo hasta la firma del Tratado de Lisboa, en 2009.

⁶¹ Conclusiones del abogado general Paolo Mengozzi de 8 de septiembre de 2016. Dictamen 1/15 Solicitud de Dictamen Presentada por el Parlamento Europeo. ECLI:EU:C:2016:656.

⁶² En referencia a la Directiva 2016/680.

Más concretamente, Mengozzi considera que son contrarias al derecho de la Unión las disposiciones que, entre otras, permiten ampliar las posibilidades de tratamiento de los datos del PNR con independencia de la finalidad de seguridad pública perseguida por el acuerdo, es decir, la prevención y la detección de los delitos de terrorismo y los delitos graves de carácter transnacional; prevén el tratamiento, el uso y la conservación por Canadá de datos del PNR con contenidos sensibles o conceden a este Estado el derecho a divulgar cualquier información, sin que se exija vínculo alguno con el objetivo de seguridad pública.

Por tanto, según la opinión del abogado general, existen deficiencias en materia de protección de datos en la propuesta de acuerdo PNR entre Canadá y la Unión Europea, que también pueden extenderse en el resto de acuerdos PNR y en el régimen PNR actual de la Unión.

La no discriminación

La no discriminación también es un derecho fundamental protegido por el artículo 21 de la CDF. En particular, la Carta se refiere a la discriminación ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Este derecho se ve también reflejado en algunas de las normas europeas en materia de seguridad. Así por ejemplo, el Reglamento Europol prohíbe recoger datos personales por medios automatizados que revelen el origen racial o étnico, opiniones políticas, creencias religiosas, filiación sindical, datos genéticos o relativos a la salud personal o a la vida sexual. En definitiva, se prohíbe la práctica generalizada *profiling* que utilizan algunos sistemas de seguridad, es decir, la práctica policial que consiste en parar o identificar personas, elegidas para ello por sus características físicas o raciales.⁶³

Se trata por tanto, de casos que mantienen una importante analogía con la enumeración del artículo 21 CFR, aunque no coinciden plenamente. Sin embargo, la prohibición de no discriminación no se entiende de manera absoluta. Así, se permiten excepciones en

⁶³ Montañez, N. G., 2016. Discriminación e inmigración en los Estados Unidos de América. Análisis del perfil racial desde la perspectiva constitucional. En línea <http://www.letrasjuridicas.com.mx/wp-content/uploads/2017/01/R35-Art5.pdf>.

los casos estrictamente necesarios y proporcionados para la prevención o la lucha contra los delitos enunciados en los objetivos de Europol, entre los cuales se encuentra la lucha contra el terrorismo.

La Directiva PNR también prohíbe las discriminaciones por motivos como el sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas, entre otros. Concretamente, el considerando 20 de la Directiva establece que tomando en consideración el derecho a la protección de datos personales y el derecho a la no discriminación, no debe tomarse ninguna decisión que pudiera tener efectos jurídicos adversos para una persona o afectarle gravemente en razón únicamente del tratamiento automatizado de datos PNR. Este mismo principio de no discriminación se retoma en el artículo 7 apartado 6 de la misma Directiva.

El principio de no discriminación también se presenta en el Código Schengen. Concretamente, el artículo 7 establece que en la realización de inspecciones fronterizas, la guardia de fronteras no discriminará a las personas por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. La enumeración de posibles formas de discriminación, en este caso, es menor a la que se establece en el artículo 21 CDF, aunque engloba la mayor parte de posibles motivos discriminatorios. En la práctica, este artículo establece que los controles deberán ejercerse por igual a todas las personas que cruzan las fronteras exteriores del espacio Schengen, con la prohibición explícita de basarse en ninguno de estos aspectos.

En cambio, el respecto al derecho a la no discriminación no se menciona directamente en la Directiva de lucha contra el Terrorismo. Una referencia de este tipo sería adecuada, especialmente desde el momento en que parte de la opinión pública asocia terrorismo con ciertas nacionalidades o religión. En efecto, en materia de terrorismo se corre un riesgo elevado de vulneración del principio de no discriminación.

Una prueba de esto es que, más allá del derecho europeo, la no discriminación, en materia de lucha contra el terrorismo también ha sido motivo de atención por parte de distintas autoridades. En su Recomendación general nº 30(2004)⁶⁴ el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial pedía a los Estados que las medidas que se tomen en la lucha contra el terrorismo no fueran discriminatorias, en sus fines o efectos,

⁶⁴ Comité para la eliminación de Discriminación Racial. Recomendación General 30/2004 relativa a la no discriminación contra los no-ciudadanos.

por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico, y que los no ciudadanos del Estado que toma las medidas, se vieran sometidos a caracterizaciones o estereotipos raciales o étnicos.

Después del auge de las políticas antiterroristas a nivel mundial, a partir de los atentados del 11-S, distintas autoridades europeas también expresaron su preocupación por el respeto al principio de no discriminación en el marco de la lucha contra el terrorismo. Concretamente, la Comisión Europea contra el Racismo y la intolerancia, órgano del Consejo de Europa, pidió a los Estados que velaran por el respeto del principio de no discriminación en el ámbito de los controles practicados por las fuerzas policiales⁶⁵. Y aun más explícitamente, la Red de la Unión Europea de Expertos Independientes en los Derechos fundamentales expresó su preocupación por la realización de perfiles terroristas en base a características como la nacionalidad, la edad, lugar de nacimiento e incluso religión⁶⁶.

Las prácticas de *profiling*, que vulneran directamente el principio de no discriminación, están estrechamente relacionadas con la protección de datos. Teniendo en cuenta este aspecto, el Reglamento Europol, se opone, por ejemplo, a la recogida de datos por medios automatizados que revele, entre otras, las creencias religiosas⁶⁷. Sin embargo, al no ser una prohibición absoluta, el riesgo de caer en prácticas discriminatorias cuando se ponen en práctica las políticas de seguridad y antiterroristas, sigue siendo elevado.

Esta preocupación también se hace patente en las conclusiones del abogado general Mengozzi⁶⁸ que considera que ciertas disposiciones del acuerdo entre Canadá y la Unión Europea sobre PNR serán compatibles con el derecho a la protección de los datos de carácter personal siempre que, entre otras condiciones, el número de personas seleccionadas como objetivo pueda delimitarse de forma no discriminatoria, de modo

⁶⁵ Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, «Recomendación normativa general Nº 8, sobre la lucha contra el racismo al tiempo que se lucha contra el terrorismo», de 17 marzo de 2004 (CRI (2004) 26).

⁶⁶ Red de la Unión Europea de Expertos Independientes en los Derechos Fundamentales., 2003 «The balance between freedom and security in the response by the European Union and its member States to the terrorist threats», pág. 21

En línea: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/cfr_cdf_themcomment1_en.pdf

⁶⁷ Artículo 30.2 del Reglamento Europol

⁶⁸ Conclusiones del abogado general Paolo Mengozzi de 8 de septiembre de 2016. *Supra* nº 61.

que incluya sólo a las personas que son razonablemente sospechosas de participación en un delito de terrorismo o en un delito grave de carácter transnacional. Es decir, para el abogado general sería incompatible toda identificación que se basara en elementos discriminatorios tales como la religión, la nacionalidad o las opiniones políticas. Por tanto, para Mengozzi, las prácticas de *profiling* serían discriminatorias según el derecho de la Unión.

La libertad de expresión y de prensa

La libertad de expresión y de prensa es un derecho fundamental que se recoge en el artículo 11 de la CDF, bajo el título de “Libertad de expresión y de información”. El apartado 2 del artículo establece que se respeta la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo. Los atentados contra *Charlie Hebdo* fueron interpretados como un ataque a este derecho fundamental. Durante días, el eslogan *Je suis Charlie* se convirtió en un mantra que catalizó la solidaridad mundial hacia sus víctimas.

Pero no solo el terrorismo tiene la capacidad de coartar la libertad de expresión, paradójicamente la política antiterrorista también tiene una incidencia directa en la libertad de expresión y de prensa. Buen ejemplo de esto es que la libertad de prensa es el único derecho fundamental que se menciona expresamente en la Directiva contra el terrorismo. Concretamente, su artículo 24 dispone que los Estados miembros podrán establecer condiciones exigidas por y en consonancia con los principios fundamentales a la libertad de prensa y otros medios de comunicación, por las que se rijan los derechos y las obligaciones y las garantías procesales de la prensa. Sin embargo, se trata de una mención que hace más referencia a cuestiones procesales que a la libertad de prensa o a la libertad de expresión en sí misma.

Los derechos a la libertad de expresión y de prensa no aparecen mencionados en ninguna otra de las Directivas y Reglamentos analizados. En cambio, sí se encuentran referencias a este derecho al Reglamento 2016/679 sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales⁶⁹, aunque este no ha sido objeto de estudio detallado en este trabajo. Sin embargo, como ejemplo, el considerando 155 del Reglamento 2016/679 establece que el Derecho de los Estados miembros debe

⁶⁹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE, 4 de mayo de 2016, L 119/1.

conciliar la libertad de expresión e información con la protección de datos. Este equilibrio no se menciona en la Directiva de lucha contra el terrorismo, a pesar de que su aplicación podría ser susceptible de limitar la libertad de expresión, ya que tanto los delitos de odio como la apología del terrorismo en internet están especialmente perseguidos por las autoridades policiales.

En este sentido una mención más clara del derecho a la libertad de expresión en la Directiva de lucha contra el terrorismo proporcionaría más seguridad jurídica, teniendo en cuenta que delitos como la apología al terrorismo pueden entrar directamente en conflicto con el derecho a la libertad de expresión y la libertad de prensa. Sin embargo, la legislación antiterrorista europea opta por una ausencia de regulación.

Por su parte, el derecho internacional público da algunas luces más sobre los límites del derecho a la libertad de expresión. Concretamente, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁷⁰ afirma, en el artículo 19.3, que el ejercicio de la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales y puede restringirse por ley siempre que sea necesario para preservar, entre otros, la seguridad nacional y el orden público. Por otra parte, el artículo 10.2 del CEDH añade, además, la defensa de la integridad territorial, la seguridad pública y el hecho de evitar la divulgación de informaciones confidenciales.

La circunstancia que la libertad de expresión no sea un derecho absoluto y que, entre sus excepciones más extendidas, se encuentre la seguridad pública, puede justificar ciertos límites a este derecho en razón de políticas antiterroristas. Sin embargo, precisamente por la sensibilidad que puede suscitar este derecho, sería recomendable que los límites fueran establecidos de forma más clara.

La libre circulación de personas

La libertad de circulación y de residencia es un derecho establecido por el artículo 45 CDF en favor de los ciudadanos de cualquier país miembro de la Unión Europea. Este derecho, además, está consolidado por le TFUE. El artículo 20, apartado 2, letra A establece que los ciudadanos de la Unión tienen derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, derecho que se extiende también a algunos

⁷⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor, 23 de marzo de 1976.

ciudadanos de Estados terceros, como por ejemplo, los mencionados en la Directiva 2004/38⁷¹, aunque en este trabajo no se tratará su contenido.

La libre circulación de personas dentro del espacio de la Unión Europea también se ve reforzada a través del artículo 26 apartado 2 TFUE que establece que el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, que garantizará la libre circulación de personas. Este artículo no hace distinciones entre nacionalidades, aunque en este caso la libre circulación no incluye libertad de residencia.

La no discriminación por nacionalidades en el campo de la libre circulación también se hace patente en el artículo 77, apartado 1, letra a TFUE que establece que la Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores.

La libertad de circulación, por tanto, no es solo un derecho fundamental sino uno de los pilares en los que se fundamenta la Unión Europea. El desarrollo de este derecho está estrechamente vinculado al Reglamento Código de Fronteras Schengen, ya que su principal objetivo es “garantizar la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, entendido como un elemento constitutivo del objetivo de la Unión”.

La importancia de este derecho fundamental también se refleja en el considerando 27 del Código Schengen por el cual, y de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, toda excepción al principio de libre circulación de las personas deberá interpretarse restrictivamente.

La importancia de la libre circulación de personas también se hace patente en los artículos 26, sobre el restablecimiento de fronteras por parte de los Estados y 30, sobre la recomendación de restablecimiento de fronteras por parte del Consejo, del Código Schengen. En este caso, los artículos hacen referencia a los criterios aplicables al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores cuando circunstancias excepcionales pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin

⁷¹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. DOUE, 30 de abril de 2004, L 158/77.

controles en las fronteras. Ante estas situaciones, el Consejo deberá evaluar la proporcionalidad de la medida en relación con la amenaza. Entre los aspectos a tener en cuenta se encuentran las consecuencias probables del restablecimiento de los controles fronterizos sobre la libre circulación de las personas dentro del espacio sin controles de las fronteras interiores.

Actualmente, hablar de fronteras y de libre circulación de personas en el espacio Schengen es también hablar de crisis de refugiados. Durante este último tiempo la seguridad y el terrorismo han sido utilizados como argumentos para la justificación, por parte de algunos Estados miembros, de la reintroducción de controles en las fronteras interiores. Por tanto, no solo quedaba limitado el derecho a refugio de las personas que intentaban acceder a la Unión Europea y desplazarse dentro de ella, sino también el derecho general a la libre circulación dentro de este espacio.

El temor a los refugiados como posible fuente de terrorismo ha sido una preocupación expresada por los Estados, que han utilizado este argumento para aplicar la excepción del Código Schengen, que permite reintroducir controles fronterizos sobre las personas cuando los Estados se enfrentan a una crisis⁷². Uno de los detonantes de esta preocupación fue el descubrimiento de un pasaporte sirio cerca de la escena del ataque terrorista perpetrado en París, el 13 de noviembre de 2015.⁷³

Sin embargo, pese a que varios Estados reintrodujeron temporalmente los controles fronterizos, solo dos, Malta y Francia, apelaron específicamente a la amenaza de terrorismo para justificar estos controles⁷⁴. Concretamente, Francia apeló a los ataques de 13 de noviembre de 2015 que llevaron a declarar el estado de emergencia en todo el país.

Sobre esta reintroducción generalizada de los controles públicos, Guild⁷⁵ analiza las notificaciones de los Estados a la Comisión y establece que en ninguna de ellas aborda las justificaciones adicionales establecidas en el artículo 23 (a) del Código Schengen.

⁷² Artículo 23 del Código Schengen

⁷³ El atentado de 13 de noviembre de 2015 a París consistió en seis ataques simultáneos en la capital francesa que se saldaron con un balance de 130 muertos y 352 heridos

⁷⁴ Guild, E., 2016. Seguridad, terrorismo y asilo en el espacio Schengen. En S.L Edicions Bellaterra, ed. *El año de los refugiados. Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016.* pp. 59-78. Disponible en <http://repository.ubn.ru.nl/bitstream/handle/2066/93611/93611.pdf?sequence=1>.

⁷⁵ *Ibid*

No aparece, por tanto, el impacto de la reintroducción de los controles fronterizos en el orden público y la seguridad interior ni se notifica la cuestión de las afectaciones que tienen los controles en la libre circulación dentro del espacio Schengen.

Es importante destacar que en las disposiciones del Código de Fronteras Schengen se establece que “la migración y el cruce de las fronteras exteriores por parte de un gran número de ciudadanos nacionales de terceros países no deben considerarse por sí mismos una amenaza para el orden público y la seguridad interior”⁷⁶ Esto significa que, excepto los dos Estados que alegaron la amenaza terrorista *per se*, los otros Estados miembros adujeron motivos inadmisibles, según el legislador, para la reintroducción de los controles fronterizos, aunque la Comisión los admitió como válidos.

Así, el derecho a la libre circulación, a pesar de aparecer explícitamente en el Código Schengen como factor a tomar en consideración en el momento de restablecer los controles interiores, desaparece completamente en las notificaciones de los Estados miembros ante la Comisión.

En sus valoraciones sobre la reintroducción por parte de Austria y Alemania de los controles fronterizos, la Comisión sí tiene en cuenta la afectación del restablecimiento de controles sobre la libre circulación de personas. En particular, destaca que ningún ciudadano de la Unión ha presentado quejas, por lo que deduce que los controles no causan molestias a los ciudadanos europeos.⁷⁷ Sin embargo, la valoración que hace esta institución es muy laxa, al considerar que el solo hecho que no se hayan producido quejas por parte de los ciudadanos significa que no ha habido impedimentos a la libre circulación.

En general, la mezcla de seguridad, terrorismo, crisis de refugiados y circulación de personas que han dado lugar a notificaciones de reinstauración temporal de fronteras poco definidas y que, de un modo u otro, afectan necesariamente la libre circulación de personas, se han producido sin que estas hayan sido objeto de un análisis detallado, a pesar de las exigencias del propio Código Schengen.

En efecto, el restablecimiento de los controles fronterizos dentro del espacio Schengen no equivale a la anulación del derecho a la libre circulación pero sí que supone una

⁷⁶ Considerando 26 del Código Schengen

⁷⁷ Guild, E. Op. cit. *supra* nº74

dificultad para su ejercicio pleno. Como se ha expuesto anteriormente, al tratarse de uno de los pilares de la construcción europea, requeriría más atención por parte de los Estados miembros y de la Comisión. En este caso, la problemática no se centra en la ausencia de protección legal sobre este derecho, sino sobre las limitaciones producidas por la práctica de los Estados con el consentimiento de la Comisión.

(V) Conclusiones

Este trabajo ha demostrado que la política de seguridad y antiterrorista de la Unión Europea se ha construido, en gran medida, a remolque de grandes acontecimientos globales, que superan incluso las fronteras de la Unión. A pesar de que en la Unión Europea existía un embrión de política de seguridad común en los años 90, no es hasta los atentados de 11 de septiembre de 2001 cuando Europa empieza a legislar en materia antiterrorista. Durante este primer periodo, reforzado por los atentados de Madrid y Londres en 2004 y 2005 respectivamente, la Unión Europea adopta un rol de *law-taker* respondiendo así a las presiones de Estados Unidos. Así, en este primer período, concretamente en 2004, se adopta el primer acuerdo PNR con Estado Unidos y que viene seguido de otros instrumentos en el ámbito de la seguridad como la Directiva 2006/24/EC sobre el almacenamiento de datos personales.

A partir de 2006, Europa vivió un periodo de calma en términos de terrorismo. La aprobación del Tratado de Lisboa, en 2009, propició un aumento de la participación del Parlamento Europeo a todos los niveles competenciales, especialmente en materia del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Este hecho, junto a la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como derecho positivo con rango de Tratado, facilitó la inauguración de una etapa donde en general aumentó la consideración por los derechos humanos en las políticas de seguridad de la Unión Europea. Se puede decir que la Unión adopta un papel de *law-maker*, por ejemplo, el Parlamento bloqueó durante varios años la Directiva PNR propuesta por la Comisión en 2011, al considerar que esta era poco respetuosa con los derechos fundamentales de la Carta, particularmente con los derechos de privacidad y protección de datos personales. Igualmente, en 2010 se rechazó la aprobación del primer acuerdo SWIFT con los Estados Unidos debido a que el Parlamento consideró que no cumplía con los criterios de necesidad y proporcionalidad establecidos por la CDF.

Sin embargo, la estrategia europea cambió de nuevo a raíz de los atentados de París contra el semanario Charlie Hebdo, el 7 de enero de 2015, que se convirtieron en el anuncio de una nueva ola de ataques terroristas. En el momento de finalizar este trabajo el último se ha producido el 19 de junio de 2017 en París, donde un hombre embistió su coche contra un furgón policial, sin producir víctimas excepto el presunto terrorista que

murió en el acto. Esta última ola de atentados ha propiciado que la política de seguridad y antiterrorista volviera a ser una prioridad de la Unión Europea, poniendo de nuevo sobre la mesa la dicotomía entre seguridad *versus* libertad y derechos, que ya se había planteado en el contexto post 11-S.

En efecto, los derechos y libertades fundamentales en la Unión Europea siguen siendo protegidos por la legislación europea pero con lagunas. El análisis de distintos derechos demuestra como, por ejemplo, los estándares de protección de datos personales son diferentes dependiendo de la normativa. El caso más evidente se muestra en el Código Schengen donde la protección de datos personales es prácticamente inexistente, a pesar de que el Código prevé la utilización de bases de datos. Este Código, o más concretamente la suspensión del espacio de libre circulación previsto por Schengen también tiene implicaciones directas sobre la libre circulación de personas, con el agravante que ni los Estados miembros ni la Comisión parecen tener demasiado en cuenta estas afectaciones, a pesar de estar expresamente previstas en el Código y de considerarse uno de los pilares fundamentales de la construcción europea. Por tanto, no es suficiente una protección de derechos sobre un plano teórico, sino que también es fundamental su implementación.

Sin embargo, entre las normativas analizadas, la que tiene más carencias en relación a la protección de derechos fundamentales la Directiva de Lucha contra el Terrorismo. A parte de una breve mención a la protección de la libertad de prensa y una cláusula genérica sobre respecto a los derechos fundamentales, la Directiva carece de cualquier otra medida de protección de los derechos humanos. Una de las posibles causas es que esta Directiva, tanto por su temática como por su fecha de aprobación, es consecuencia directa de la última ola de atentados. Así, la debilidad de la protección de los derechos humanos es sintomática de una nueva fase, donde las políticas de seguridad, y especialmente las antiterroristas, se plantean como contrapuestas a los derechos humanos.

A grandes rasgos, las nuevas políticas antiterroristas y de seguridad no eliminan drásticamente los derechos humanos pero rebajan los estándares alcanzados durante los inicios del Tratado de Lisboa. Sin embargo, al tratarse de un cuerpo legislativo tan reciente, aun quedan interrogantes por responder. Uno de ellos versa sobre cuál será el papel del TJUE en esta nueva era. El pronunciamiento que se espera de este Tribunal, el próximo 26 de julio de 2017, sobre el acuerdo PNR entre la Unión Europea y Canadá

será crucial para empezar a determinar si el TJUE se erigirá como órgano protector de los derechos humanos ante posibles excesos de las instituciones de la Unión o, por el contrario, se decantará por rebajar los estándares de protección de los derechos y libertados a cambio de una supuesta mayor seguridad. Hasta el momento, la referencia en este sentido son las conclusiones del abogado general, Mengozzi, de 8 de septiembre de 2016, que estima que, en el Estado actual del derecho europeo, el acuerdo PNR entre Canadá y la Unión Europea (y por extensión los otros acuerdos PNR y el régimen PNR europeo), no se ajustan a los estándares de protección de los derechos fundamentales fijados por los Tratados y la Carta de Derechos Fundamentales.

En los últimos dos años el derecho europeo en materia de seguridad ha experimentado cambios importantes, especialmente con el desarrollo de una nueva legislación focalizada en la lucha contra el terrorismo. A partir de ahora, tanto la posición que adopte el TJUE en un futuro no muy lejano, como la propia evolución de posibles ataques sobre el suelo europeo, determinarán de forma crucial el desarrollo de la política de seguridad y antiterrorista de la Unión Europea.

(VI) Bibliografía y fuentes

Bibliografía

Argomaniz, J. septiembre-octubre 2010. El proceso de institucionalización de la política antiterrorista de la Unión Europea. En Revista CIDOB d'Afers Internacionals, 91, 125-145.

Blasi Casagran, C., 2016. El reglamento europeo de Europol Un nuevo marco jurídico para el intercambio de datos policiales en la UE. Revista General de Derecho Europeo, 40, pp.202–221.

Blasi Casagran, C., 2015. The Future EU PNR System: Will Passenger Data be Protected? European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 23(3), pp.241–257. Disponible en:

<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/15718174-23032070>.

Carrera, S. & Geyer, F., El Tratado de Lisboa y un espacio de libertad, seguridad y justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea. Revista de Derecho Comunitario Europeo, N.o 29, pp.133–162. Disponible en: www.reei.org.

Corral Maraver, N., 2016. La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea. InDret. Revista para el análisis del derecho, 4. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1251.pdf>.

Guild, E., 2016. Seguridad. Terrorismo y asilo en el espacio Schengen. En S. L. Edicions Bellaterra, ed. El año de los refugiados. Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016. pp. 59–78. Disponible en:

<http://repository.ubn.ru.nl/bitstream/handle/2066/93611/93611.pdf?sequence=1>.

Human Security Study Group, 2007. A European Way of Security. The Madrid Report of the Human Security Group comprising a proposal and Background Report. Disponible en:

[http://eprints.lse.ac.uk/40207/1/A_European_Way_of_Security\(author\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/40207/1/A_European_Way_of_Security(author).pdf).

Kaldor, M., Martin, M. & Selchow, S., 2008. Human Security: A European Strategic

Narrative. Security, (February). Disponible en:

<http://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/05172.pdf>.

Montañez, N. G., 2016. Discriminación e inmigración en los Estados Unidos de América. Análisis del perfil racial desde la perspectiva constitucional. Disponible en:

<http://www.letrasjuridicas.com.mx/wp-content/uploads/2017/01/R35-Art5.pdf>.

Red de la Unión Europea de Expertos Independientes en los Derechos Fundamentales., 2003 «The balance between freedom and security in the response by the European Union and its member States to the terrorist threats». Disponible en:

http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/cfr_cdf_themcomment1_en.pdf

Fuentes

Directivas y reglamentos

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

Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. DOUE, 4 de mayo de 2016, L 119/89.

Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo. DOUE; 31 de marzo de 2017, L 88/6.

Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se

modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. DOUE, 30 de abril de 2004, L 158/77.

Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo. DOUE, 24 de mayo de 2016, L 135/153.

Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). DOUE, 23 de marzo de 2016, L 77/1.

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

Decisiones y posiciones comunes del Consejo

Council Framework decision 2008/919/JHA of 28 Novembre 2008 amending Framework Decision 2002/475/JHA on Combating Terrorism. DOUE, 9 de diciembre de 2008, L 330.

Decisión 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 (2004/496/CE). DOCE, 20 de mayo de 2004, L 183.

Decisión del Consejo 2009/968/JAI de 30 de noviembre de 2009 por la que se adoptan las normas sobre confidencialidad de la información de Europol. DOUE, 17 de diciembre de 2009, L 332/17.

Decisión del Consejo 2009/936/JAI de 30 de noviembre de 2009 por la que se adoptan las normas de desarrollo aplicables a los ficheros de trabajo de análisis de Europol. DOUE, 11 de diciembre de 2009, L 325/14.

Decisión del Consejo 2009/934/JAI de 30 de noviembre de 2009 por la que se adoptan las normas de desarrollo que rigen las relaciones de Europol con los socios, incluido el intercambio de datos personales y de información clasificada. DOUE, 11 de diciembre de 2009 L 325/12.

Decisión del Consejo 2009/917/JAI de 30 de noviembre de 2009 sobre la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros. DOUE, 10 de diciembre de 2009 L 323/20.

Decisión del Consejo 16110/09 JAI 838 de la firma, representando la Unión Europea, del acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de procesamiento y transferencia de datos financieros desde la Unión Europea a propósito del programa de localización de financiación al terrorismo de 27 de noviembre de 2009.

Decisión del Consejo 2009/902/JAI de 30 de noviembre de 2009 por la que se crea una Red Europea de Prevención de la Delincuencia (REPD) y se deroga la Decisión 2001/427/JAI. DOUE, 8 de diciembre de 2009, L 321.

Decisión 2004/496/CE 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. DOUE, 20 de mayo de 2004, L 183/83.

Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. DOUE, 30 de diciembre de 2008, L 350/60

Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. DOUE, 15 de diciembre de 2009, L 328/42.

Posición Común del Consejo (2001/931/PESC) de 27 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo. DOCE, 28 de diciembre de 2001, L 344/93.

Decisiones, propuestas y comunicaciones de la Comisión

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Europeo Económico y Social y al Comité de Regiones de 28 de abril de 2015. Agenda de Seguridad Europea. COM(2015) 185 final.

Comisión Europea. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos terroristas y delitos graves de 2 de febrero de 2011. COM(2011)32 final.

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Primer informe de situación relativo a una Unión de Seguridad genuina y efectiva. 12-10-2016 COM(2016) 670 final.

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Agenda Europea de Seguridad 28-4-2015 COM(2015) 185 final.

Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. First progress reports towards an effective and genuine Security Union de 12 de octubre 2016. COM(2016) 670 final.

Decisión 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 los pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos (Bureau of Customs and Border Protection) C(2004) 1914. DOCE, 6 de julio de 2004, L 235/11.

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 los pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos (Bureau of Customs and Border Protection). DOUE, 6 de julio de 2004, L 235/11.

Jurisprudencia: sentencias TJUE y conclusiones de abogados generales

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de mayo de 2006. Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea (C-317/04) y Comisión de las Comunidades Europeas (C-318/04).EU:C:2006:346.

Conclusiones del abogado general Paolo Mengozzi de 8 de septiembre de 2016.

Dictamen 1/15 Solicitud de Dictamen Presentada por el Parlamento Europeo.
ECLI:EU:C:2016:656.

Otros

Consejo de la Unión Europea. Declaración sobre la lucha contra el terrorismo de 29 de marzo de 2004. 7906/04.

Consejo de la Unión Europea. Estrategia de la Unión Europea de lucha contra el terrorismo, 30 de noviembre de 2005, 14469/4/05.

Consejo de la Unión Europea. Una Europa Segura en un Mundo Mejor: Estrategia europea de seguridad de 12 de diciembre de 2003.

Consejo Europeo de Tampere. Conclusiones de la presidencia. 15 y 16 de octubre de 1999.

Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, «Recomendación normativa general Nº 8, sobre la lucha contra el racismo al tiempo que se lucha contra el terrorismo», de 17 marzo de 2004 (CRI (2004) 26).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor, 23 de marzo de 1976.

Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal de 27 de mayo de 2005.



Publica a RECERCAT:

[Centre de Documentació Europea](#)
Universitat Autònoma de Barcelona
Edifici E1
08193 Cerdanyola del Vallès, Barcelona
Tel. 93 581 16 81
ce.doc.europea@uab.cat