

# EL CONTROL DE LEGALIDAD EN LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES INTERNACIONALES ANTITERRORISTAS POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA ¿TUTELA JUDICIAL EFECTIVA O VUELTA A LA DOCTRINA DE LOS ACTOS POLÍTICOS\*

FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA

*Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).*

SUMARIO: I. En aras a la tutela judicial efectiva, ¿reglamentación internacional o cooperación interestatal frente a la asimetría personal en la lucha antiterrorista? II. El debate en el marco de la Unión Europea: los derechos humanos como parámetro de legalidad comunitaria *versus* ejecución automática de las sanciones del Consejo de Seguridad. El test de la «protección equivalente» del TEDH. III. La internacionalización de la doctrina de los actos políticos y la implantación de una nueva «protección diplomática» en el seno de la UE como alternativa a la tutela jurisdiccional. Consideraciones acerca de los asuntos *Yusuf y Kadi*: indefensión en interés del orden público internacional. 3.1. *Imputación confidencial y sumaria de cargos de terrorismo e imposibilidad de defensa e impugnación judicial.* 3.2. *Automatismo y naturaleza reglada de los actos comunitarios de ejecución: sucesión de actos políticos o de gobierno sin resquicio alguno de control jurisdiccional efectivo. ¿La discrecional protección diplomática como alternativa?* IV. Atisbos de soluciones sugerentes aunque insuficientes: desde la ampliación pretoriana del sistema de recursos del Tercer Pilar a su descomunitarización, pasando por la vuelta al sistema de garantías inherente al proceso judicial equitativo. 4.1. *Los ordenamientos nacionales como garantes de la tutela judicial negada en el ámbito comunitario: la diligente protección diplomática de los ciudadanos comunitarios como obligación de los Estados miembros en el marco de actuación del Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad.* 4.2. *Concreción de garantías y delimitación de los derechos afectados. La ampliación del sistema de recurso del Tercer Pilar a todos los actos con efectos frente a terceros y la nulidad de las decisiones del Consejo por falta de motivación suficiente. La ausencia de vinculación directa o automática con el*

---

\* Trabajo realizado en el contexto del Proyecto de investigación titulado «Crímenes internacionales, Terrorismo y Delincuencia organizada: nuevos desafíos del Derecho penal internacional» (SEJ2005-0626/JURI) y del Proyecto de investigación titulado «Terrorismo, Democracia y Derechos Humanos» (URJC-CM-2006-CSH-0590).

*Consejo de Seguridad. A) La vuelta al sistema de garantías derivadas del derecho a un proceso equitativo: el asunto Modjahedines. B) La interpretación teleológica-sistemática del TJCE: la ampliación de los recursos judiciales previstos en el Título VI TUE sobre todos los actos con efectos frente a terceros del Tercer Pilar (asuntos Segi/Gestoras). C) La «descomunitarización normativa y nacionalización judicial» del Tercer Pilar propuesta por el Abogado General Paolo Mengozzi. V. Conclusiones: a la espera de Lisboa tras el fortalecimiento del derecho a la tutela judicial efectuado por la Gran Sala del TJCE en sus Sentencias de 3 de septiembre de 2008. .*

## **I. EN ARAS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, ¿REGLAMENTACIÓN INTERNACIONAL O COOPERACIÓN INTERESTATAL FRENTE A LA ASIMETRÍA PERSONAL EN LA LUCHA ANTITERRORISTA?**

Si bien es verdad que el tema del terrorismo internacional no constituye una novedad en el ordenamiento internacional, que viene prestando atención a esta cuestión desde principios del siglo XX<sup>1</sup>, sin embargo su actual formulación, tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, sí responde a unos parámetros novedosos que podemos centrar en tres cuestiones principales: el activismo normativo, fiscalizador y sancionador del Consejo de Seguridad y los distintos Comités contra el terrorismo por él establecidos<sup>2</sup>, la naturaleza reglamentaria de las medidas adopta-

---

<sup>1</sup> Acerca de esta cuestión, *vid.* F. JIMÉNEZ GARCÍA, «Derecho internacional penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente», en *Conflictos y Protección de Derechos Humanos en el Orden Internacional. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. VI, Universidad País Vasco, Bilbao, 2006, pp. 303-348; C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ y F. JIMÉNEZ GARCÍA, *Terrorismo y Derechos Humanos. Una Aproximación desde el Derecho Internacional*, Fundación de Víctimas del Terrorismo, Dykinson, Madrid, 2005.

<sup>2</sup> Actualmente funcionan tres comités: el Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1267 (1999) relativa a Al-Qaida, los talibanes y personas y entidades asociadas (el «Comité 1267»; el Comité contra el Terrorismo creado por la Resolución 1373 (2001); El Comité 1540, creado por la Resolución 1540 (2004), aprobada por unanimidad el 28 de abril de 2004, en la que el Consejo de Seguridad abordó la cuestión de las armas de destrucción en masa, incluida la posibilidad de que agentes no estatales pudieran tener acceso a ellas. Entre otras cosas, en esta última resolución se exige a los Estados que se abstengan de suministrar apoyo a los agentes no estatales que traten de adquirir, emplear o transferir armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores. Asimismo, se exige a los Estados que adopten y hagan cumplir medidas eficaces para instaurar controles nacionales a fin de prevenir la proliferación de las armas nucleares, químicas y biológicas y sus sistemas vectores. Por último, en 2004, el Consejo aprobó la Resolución 1566 (2004), por la que se estableció un grupo de trabajo encargado de presentar recomendaciones sobre las medidas prácticas que habrían de imponerse contra las personas, los grupos y las entidades involucradas en actividades terroristas que no fuesen identificados por el Comité 1267, así como de considerar la posibilidad de establecer un fondo para indemnizar a las víctimas de actos de terrorismo. Sobre las actividades y documentación de estos Comités *vid.* [http://www.un.org/spanish/terrorism/sc\\_bodies.shtml](http://www.un.org/spanish/terrorism/sc_bodies.shtml).

das superando las obligaciones de cooperación que venía siendo la regla general en la actuación sancionadora del Consejo de Seguridad y, por último, que dichas medidas, bajo la denominación de «sanciones selectivas o inteligentes» («targeted or smart sanctions» en la terminología anglosajona) tienen como destinatarios directamente a personas, grupos de personas o entidades privadas y no a los Estados como sujetos internacionales. Como ha recordado el Tribunal de Primera Instancia comunitario (en adelante, TPI), tales sanciones sustituyen las medidas clásicas de embargo comercial generalizado contra un país por otras medidas más específicas y selectivas, tales como las sanciones económicas o financieras, las prohibiciones de viajar o los embargos sobre las armas o sobre productos específicos, a fin de reducir las penalidades de la población civil del país de que se trate, pero imponiendo al mismo tiempo auténticas sanciones al régimen gubernamental del Estado sancionado o a sus dirigentes. Además se indica que así como resulta legítimo y se justifica tanto por razones de eficacia como por consideraciones humanitarias que las sanciones económicas o financieras se apliquen específicamente a los dirigentes de un país tercero, en vez del país como tal, también es necesario que tales sanciones puedan aplicarse a los individuos y entidades asociados con dichos dirigentes o controlados directa o indirectamente por ellos, con independencia del lugar en que se encuentren<sup>3</sup>.

Sobre esta última cuestión, se ha de resaltar que la más reciente práctica sancionadora antiterrorista post 11 de septiembre de 2001, no se caracteriza exclusivamente por extender la condición de «estatalidad» a personas o grupos de personas en virtud de conocidos principios de Derecho internacional, como el «control efectivo» de parte del territorio de un Estado (dentro del cual podría incluirse las *sanciones discriminatorias al tráfico de diamantes relacionado con conflictos* en países africanos donde las guerras se financian, en parte, con el comercio ilícito de diamantes para obtener armas y material conexo<sup>4</sup>), así como las distintas manifestaciones no directamente estatales del elemento subjetivo de la responsabilidad internacional relativo a la atribución de un comportamiento al Estado<sup>5</sup>, sino que incorpora medidas coercitivas contra personas que no presentan en ese momento tal vinculación estatal.

---

<sup>3</sup> Cfr. apartados 113-116 de la Sentencia TPI (Sala Segunda ampliada), *Yusuf/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, asunto T-306/01, de 21 de septiembre de 2005 (<http://curia.europa.eu/>).

<sup>4</sup> Los diamantes de zonas en conflicto proceden de zonas controladas por fuerzas o facciones opuestas a gobiernos legítimos e internacionalmente reconocidos y se utilizan para financiar actividades militares en contra de esos gobiernos, o en contravención de las decisiones del Consejo de Seguridad. El objetivo de las mismas se centra en la actuación contra los grupos rebeldes de operan principalmente en Angola, Sierra Leona y Liberia. Sobre estas medidas puede consultarse la siguiente dirección electrónica de Naciones Unidas: <http://www.un.org/spanish/docs/comitesanciones/Diamond.html>. También resultan de interés las resoluciones del Consejo de Seguridad que condenan la violación del derecho humanitario y de los derechos humanos por parte de grupos no estatales, como es el caso de la Resolución 1564 (2004) sobre Sudán; la Resolución 1214 (1998) sobre Afganistán; la Resolución 1198 (1998) sobre Sierra Leona; la Resolución 1001 (1995) sobre Liberia; la Resolución 1464 (2003) sobre Costa de Marfil; la Resolución 1797 (2003) sobre la República Democrática del Congo.

<sup>5</sup> Cfr. artículos 4 a 11, en particular artículos 5, 8 y 11, del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001 de la Asamblea General de las Naciones Unidas). Se trata de un tema que ha generado una abun-

Se trata de una cuestión que, como se analizará más adelante, se ha planteado con especial interés en el sistema competencial de la Unión Europea. Así en los asuntos *Yusuf/Barakaat y Kadi*<sup>6</sup>, los demandantes sostuvieron que una interpretación de los artículos 60 y 301 TCE que trataba a unos ciudadanos comunitarios como países terceros vulneraba el principio de legalidad formulado en los artículos 5 y 7 TCE, así como del principio según el cual la legislación comunitaria debe ser precisa y su aplicación previsible para los justiciables<sup>7</sup>. Frente a tal pretensión, el TPI llega a la conclusión de que tales medidas personales constituían efectivamente sanciones económicas contra un país tercero puesto que las resoluciones del Consejo de Seguridad, origen de las medidas de la Unión, establecían, en virtud de la teoría del control efectivo, una vinculación explícita, incluso confusión, entre el territorio afgano,

---

dante literatura jurídica. A este respecto y desde la conceptualización de estas medidas como «personalización de las medidas coercitivas del Consejo de Seguridad», L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ destaca que mediante la articulación de disposiciones dirigidas contra estos actores no estatales, incluidos determinados individuos, «se pretende conseguir una presión más directa y acuciante sobre las personas que tienen capacidad para reconducir la actuación o situación del Estado afectado sin repercutir esas restricciones contra su población... Se trata, en cualquier caso, de sanciones que tienen un punto de referencia estatal, en la medida que se adoptan contra los dirigentes de un Estado o de un grupo beligerante que opera en un determinado Estado», *vid.* «Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los Talibanes: ¿son realmente inteligentes?», *Revista Española de Derecho Internacional* 2006-2, pp.739-740. Del mismo autor, *vid. La Financiación del Terrorismo y las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid 2008, en particular, pp. 117-156. *Vid.* asimismo, A. BIANCHI, «Security Council's anti-terror resolutions and their implementation by Member States: an overview», *Journal of International Criminal Justice*, 2007-5, pp. 1044-1073; E.J. FLYNN, «The Security Council's Counter-Terrorism Committee and Human Rights.» *Human Rights Law Review*, 2007-2, pp. 371-384; B. FASSBENDER, *Targeted Sanctions and Due Process*, 20 de marzo 2006 ([http://www.un.org/law/counsel/Fassbender\\_study.pdf](http://www.un.org/law/counsel/Fassbender_study.pdf)); I. CAMERON, *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions* ([http://www.coe.int/t/e/lega\\_affairs/lega\\_cooperaton/public\\_internacional\\_law/Texts\\_&\\_Documents/2006/1.%20Cameron%20Report%2006.pdf](http://www.coe.int/t/e/lega_affairs/lega_cooperaton/public_internacional_law/Texts_&_Documents/2006/1.%20Cameron%20Report%2006.pdf)); P. ANDREAS, «Criminalizing Consequences of Economic Sanctions: Embargo Busting and Its Legacy.» *International Studies Quarterly*, 2005-2, pp. 335-360; P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, «Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad», en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Prof. J.A. Carrillo Salcedo*, Sevilla 2005, pp.155-176; E. ROSAND, «The Security Council's Efforts to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions.» *American Journal of International Law* 2004-4, pp. 745-763; E. MILLER, «The use of targeted sanctions un the fight against International terrorism-what about human rights?», *97 ASIL Proc.* 2003, pp. 46-51; S. RIPOLL CARULLA, *El Desarrollo de la Potestad Sancionadora del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Contribución al Estudio del Concepto de Sanción Internacional)*, Oñati 2003; D. CORTRIGHT y G.A. LOPEZ (eds.) *Smart Sanctions: Toward Effective and Humane Sanctions Reform*. Lanham, MD: Rowman and Littlefield 2002.

<sup>6</sup> Sentencias TPI (Sala Segunda ampliada), *Ahmed Alí Yusuf/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, asunto T-306/01, y *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo y Comisión*, asunto T-315/01, ambas de 21 de septiembre de 2005 (<http://curia.europa.eu/>).

<sup>7</sup> El artículo 301 TCE, al que se remite el artículo 60, dispone que «cuando una posición común o una acción común, adoptadas con arreglo a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea relativas a la política exterior y de seguridad común, impliquen una acción de la Comunidad para interrumpir o reducir parcialmente o en su totalidad las relaciones económicas con uno o varios terceros países, el Consejo adoptará las medidas urgentes necesarias. El Consejo decidirá por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión».

el gobierno del régimen de los talibanes y Usamah BIN LADIN<sup>8</sup>. Argumento que decae cuando el Tribunal constata que, a partir de la intervención militar en Afganistán y la caída del régimen de los talibanes, ya no se puede seguir manteniendo esta identificación de personas con terceros países y que los artículos 60 y 301 TCE ya no pueden constituir una base jurídica suficiente para fundamentar los reglamentos impugnados. Para salvar tal escollo, acude a la cláusula de flexibilidad o de imprevisión competencial del artículo 308 TCE<sup>9</sup>, aun cuando reconoce que tal disposición no permite paliar la inexistencia de una competencia de la Comunidad necesaria para alcanzar alguno de los objetivos de la Unión, pues tal interpretación equivaldría a permitir que dicho artículo se aplicase a la totalidad de las medidas comprendidas en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y de la Cooperación Policial y Judicial en materia Penal (CPJP/JAI), de modo que la Comunidad podría siempre llevar a acabo acciones destinadas a lograr objetivos de dichas políticas.

No obstante el Tribunal, superando la postura filosófica determinista acerca de que de la nada, nada se genera (*ex nihilo, nihil fit*) y adscribiéndose a los postulados creacionistas mediante el efecto transmutador de las pasarelas comunitarias, entiende que si bien los artículos 60-301 y 308 TCE, en relación con los objetivos de los pilares intergubernamentales, no constituyen por sí mismos base jurídica suficiente para fundamentar un Reglamento como el impugnado, sin embargo su análisis conjunto y sistemático con otras disposiciones del Tratado permite inferir la hasta entonces inexistente base jurídica habilitadora de tales sanciones personales<sup>10</sup>. No obstante, el argumento más decisivo del Tribunal radica en contemporizar su razonamiento jurídico con las nuevas tendencias del sistema internacional, por lo que concluye que en el mundo actual, los Estados no puede seguir siendo considerados la única fuente de amenazas para la paz y la seguridad internacionales, por lo que no puede impedirse que «la Unión y su pilar comunitario se adapten a las nuevas amenazas, al igual que lo hizo la comunidad internacional, mediante la imposición de sanciones económicas y financieras no sólo a países terceros, sino también a personas, grupos, empresas o entidades asociados que desarrollen una actividad terrorista internacional o atenten de otro modo contra la paz y la seguridad internacionales»<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Respecto a las organizaciones o entidades citadas en el presente trabajo se ha mantenido la terminología empleada por las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo.

<sup>9</sup> Conforme al artículo 308 TCE «cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesario al respecto, el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes».

<sup>10</sup> Cfr. apartados 147-171 de la Sentencia *Yusuf* y 99-135 de la Sentencia *Kadi*.

<sup>11</sup> Cfr. apartados 133 de la Sentencia *Kadi* y 169 de la Sentencia *Yusuf*. El Abogado General, Sr. POIARES MADURO, en sus conclusiones presentadas el 16 de enero y 23 de enero de 2008 en relación con los recursos de casación presentados en los respectivos asuntos, estima que el artículo 301 es base jurídica suficiente para imponer tales sanciones sin necesidad del complemento del artículo 308. En concreto afirma que «la interpretación restrictiva que hace el Tribunal de Primera Instancia del artículo 301

Tal simbiosis competencial derivada del polinomio dispositivo anterior (artículos 60, 301 y 308 en relación con los pilares intergubernamentales), se asume sin discusión en los asuntos *Modjahedines del Pueblo de Irán, Segi y Gestoras por Amnistía* en los que los demandantes no presentaban conexión con el terrorismo talibán o estatal sino que se incardinan en los objetivos generales de la lucha antiterrorista prescritos en la Resolución 1373 (2001).

Frente a esta tendencia de «personalización de las sanciones internacionales», no se ha producido, como contrapartida y debido desarrollo complementario, una «personalización de la justicia internacional» dando lugar a una asimetría jurídica que cuestiona la compatibilidad de tal realidad con las nociones inherentes a una Comunidad de Derecho. Si el desarrollo del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas, encarnado en el Consejo de Seguridad cuya legitimidad representativa y competencial se encuentra en constante debate político y doctrinal, ha adquirido una insospechada dimensión reglamentaria en el ámbito de la responsabilidad del individuo sospechoso de la comisión de actividades terroristas o de presentar relaciones *directas o indirectas* con tales actividades (sin que, paradójicamente, se haya consensuado la noción convencional de terrorismo internacional, por lo que resulta más criticable la indeterminación jurídica del término «relación directa o indirecta» con tales actividades), sin embargo por el momento no se ha constituido un Tribunal Internacional de Derechos Humanos u otro tipo de Tribunal Universal que pueda fiscalizar, no solamente la actuación de los Estados miembros de la ONU, sino principalmente la legalidad de las actuaciones del Consejo de Seguridad cuando ejerce tales competencias sancionadoras directamente ejecutables en los ordenamientos nacionales. Por el momento y al margen de las consideraciones relativas al desistido caso *Lockerbie*<sup>12</sup>, el Consejo de Seguridad se erige en órgano político con competencias ilimitadas, material y personalmente, no sujeto a ningún control jurisdiccional que determine los supuestos de ilegalidad o actos *ultra vires* de estas sanciones fruto de procedimientos secretos y sumariales<sup>13</sup>.

---

CE priva a esta disposición de gran parte de su utilidad práctica. En el marco de la PESC, la Unión puede decidir, por razones relacionadas con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, imponer sanciones económicas y financieras a agentes no estatales situados en terceros países. No acierto a ver por qué razón el artículo 301 CE debe interpretarse de un modo más estricto. Tal como el propio Tribunal de Primera Instancia ha reconocido, «no puede impedirse que la Unión y su pilar comunitario se adapten a las [amenazas contra la paz y la seguridad internacionales] [...] mediante la imposición de sanciones económicas y financieras no sólo a países terceros, sino también a personas, grupos, empresas o entidades asociados que desarrollen una actividad terrorista internacional o atenten de otro modo contra la paz y la seguridad internacionales» (cfr. pars. 14 de las Conclusiones en el asunto *Kadi*, C-402/05 P, y el asunto *Al Barakaat International Foundation*, C-415/05 P).

<sup>12</sup> Cfr. *CIJ Recueil 1992, Cuestiones sobre la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971 suscitadas por el incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya árabe libia c. Estados Unidos de América)*; *Cuestiones sobre la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971 suscitadas por el incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya árabe libia contra Reino Unido)*.

<sup>13</sup> Sobre esta cuestión *vid.* M<sup>a</sup>. E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, *Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La Legalidad de sus Decisiones y el Problema de su Control*, Thomson/Civitas, 2003.

No obstante, la tensión suscitada entre el orden que persiguen las resoluciones del Consejo de Seguridad y la protección de los derechos fundamentales como elemento estructural del Derecho internacional y de las Naciones Unidas, ya ha provocado algunas reacciones tanto en el marco político institucional de las Naciones Unidas como en el ámbito jurisdiccional de algunas organizaciones regionales. Así, frente al malestar generado por los procedimientos sumariales y confidenciales de inclusión de personas en las listas consolidadas de terroristas elaboradas por los Comités de sanciones del Consejo de Seguridad<sup>14</sup>, se han adoptado nuevas Resoluciones por parte del Consejo de Seguridad<sup>15</sup> que mejoran las Directrices reguladoras de los procedimientos de inclusión y exclusión de la lista consolidada, previéndose, entre otras cosas y *en la medida de lo posible*, la notificación por escrito a las personas o entidades incluidas en la lista sobre las medidas impuestas<sup>16</sup> y la ampliación del procedimiento de revisión que les permite solicitar a través de los Estados de su nacionalidad o residencia, o bien personalmente ante el punto focal establecido por la Secretaría en la Subdivisión de Órganos Subsidiarios del Consejo de Seguridad<sup>17</sup>, la exclusión de dicha lista.

---

<sup>14</sup> Resulta de especial interés en este sentido la Carta de fecha 31 de julio de 2006 dirigida al Presidente del Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1267 (1999) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas por el Coordinador del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones establecido en virtud de la resolución 1526 (2004). Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/2006/750, en particular, pp. 15-23.

<sup>15</sup> Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1267 (1999) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas. *Directrices del Comité para el desempeño de su labor* (Aprobadas el 7 de noviembre de 2002, y modificadas el 10 de abril de 2003, el 21 de diciembre de 2005, el 29 de noviembre de 2006 y el 12 de febrero de 2007). Las últimas modificaciones introducidas en las Directrices se deben a la Resolución 1735 (2006) del Consejo de Seguridad que sin mención al Derecho internacional de los Derechos humanos, *reafirma* la necesidad de combatir por todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, las amenazas para la paz y la seguridad internacionales que constituyen los actos terroristas, y subrayando a ese respecto la importante función que desempeñan las Naciones Unidas en dirigir y coordinar este esfuerzo.

<sup>16</sup> Conforme se indica en el punto 6, apartado h) de las Directrices indicadas, «después de la publicación pero en el plazo de dos semanas después de que se agregue un nombre a la Lista Consolidada, la Secretaría notificará a la Misión Permanente del país o los países en que se crea que se encuentra la persona o entidad y, en el caso de las personas, al país del que sean nacionales (en la medida en que se conozca esa información). La carta recordará al Estado o los Estados que deben informar por escrito, en la medida de lo posible, a las personas y entidades incluidas en la Lista Consolidada sobre las medidas impuestas, así como sobre las directrices del Comité, en particular, los procedimientos de inclusión y eliminación de la lista contenidos en ellas, y sobre las disposiciones de la resolución 1452 (2002). La Secretaría incluirá en esa notificación una copia de la parte de la justificación de la propuesta que pueda hacerse pública, una descripción de los efectos de la inclusión en la lista, como se establece en las resoluciones pertinentes, los procedimientos del Comité para examinar las solicitudes de exclusión de la lista, y las disposiciones de la resolución 1452 (2002), revisadas en la resolución 1735 (2006)».

<sup>17</sup> *Vid.* Carta de fecha de 29 de marzo de 2007 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General (S/2007/178).

Todo lo anterior, si bien aminora la tensión apuntada no la elimina y resulta insuficiente, pues se limita a perfeccionar, dentro de su discrecionalidad y confidencialidad, el procedimiento político sin introducir elemento jurisdiccional alguno de protección de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva de las personas afectadas. Tales derechos aparecen reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que declaran que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil<sup>18</sup>. Se trata de derechos no absolutos, susceptibles de limitaciones siempre y cuando las mismas persigan un objetivo legítimo, estén razonablemente motivadas y resulten proporcionadas respecto al objetivo perseguido, imponiéndose en todo caso una interpretación *pro actione* que no restrinjan el acceso al juez del que goza el particular de modo que resulte menoscabada la propia esencia del mencionado derecho haciéndolo irreconocible<sup>19</sup>.

¿Hasta qué punto se puede mantener esta nueva realidad internacional creadora de actos políticos inexpugnables al control judicial o si, por el contrario, resultaría

---

<sup>18</sup> Vid. al respecto la Observación General N° 32 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/GC/32 de 23 de agosto de 2007. Como se indica en esta observación, «el artículo 14 establece garantías que los Estados Partes deben respetar, independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno. Si bien los Estados Partes deben informar sobre la interpretación que dan a estas garantías en sus respectivos ordenamientos jurídicos, el Comité observa que el contenido esencial de las garantías del Pacto no puede dejarse exclusivamente a la discreción del derecho interno». Además se recuerda asimismo que «si bien el artículo 14 no está incluido en la lista de derechos que no pueden suspenderse, que figuran en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto, los Estados que en circunstancias de emergencia pública decidan dejar en suspenso los procedimientos normales previstos en el artículo 14 deben asegurarse de que tal suspensión no vaya más allá de lo que exija estrictamente la situación. Las garantías procesales nunca podrán ser objeto de medidas derogatorias que soslayan la protección de derechos que no son susceptibles de suspensión». A pesar de que las medidas acordadas por el Consejo de Seguridad tienen carácter cautelar, no se ha de olvidar que las mismas son impuestas en virtud de su conexión con actividades terroristas. De todas formas, tal y como concluye el profesor HINOJOSA MARTÍNEZ, «una medida cautelar que dura más de seis años se convierte en realidad en una sanción penal y, en tales circunstancias, existen sólidos argumentos para afirmar la inderogabilidad del núcleo duro de los derechos reconocidos en el artículo 14 del Pacto», «Las sanciones del Consejo de Seguridad...», *loc. cit.* pp.767-768.

<sup>19</sup> Tales consideraciones han sido resaltadas por el TEDH respecto a la colisión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y organizaciones internacionales en la Sentencia dictada en 18 de febrero de 1999, en el asunto *Waite y Kennedy c. Alemania*, par.59 así como reiterada en las Sentencias de 21 de noviembre de 2001 dictadas en los asuntos *McELHINNEY c. Irlanda*, par.34; *Fogarty c. Reino Unido*, par.33 y *Al-Adsani c. Reino Unido*, par.53. Nuestro Tribunal Constitucional también ha mantenido tal doctrina respecto a la tensión entre tutela judicial efectiva e inmunidades en las Sentencias SSTC 107/1992, de 1 de julio, 292/1994, de 27 de octubre, 18/1997 de 10 de febrero, 176/2001 de 17 de septiembre. Sobre esta doctrina constitucional *vid.* C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ y F. JIMÉNEZ GARCÍA, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Thompson/Civitas, 2007, pp. 325-333.

más oportuno mantener un esquema de Derecho internacional clásico que impone a los Estados obligaciones de resultado en la lucha común contra el terrorismo internacional, de acuerdo con los objetivos marcados por el Consejo de Seguridad, pero cuya ejecución corresponde a los Estados de conformidad con sus ordenamientos internos, incluyendo las garantías de protección de los derechos fundamentales y el sometimiento a los órganos regionales de protección de derechos humanos a los que estuvieran sometidos? No se ha de olvidar, en este sentido, que *el propio Consejo de Seguridad, reafirmado que la lucha antiterrorista ha de ser conforme con la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho internacional, ha subrayado que los Estados deben asegurarse de que cualquier medida adoptada para luchar contra el terrorismo se ha de ajustar a las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho internacional, y que deben adoptar dichas medidas de conformidad con ese derecho, en particular el Derecho internacional relativo a los derechos humanos, el derecho relativo a los refugiados y el derecho humanitario*<sup>20</sup>. ¿Acaso se ha de excepcionar tal obligación cuando los Estados ejecutan las resoluciones normativas del Consejo de Seguridad que se presume que actúa de acuerdo con el Derecho internacional? Se trata de demarcar jurídicamente el dilema sobre si la seguridad ha de desplazar a la libertad, incluso si en tal intento perdemos tanto la una como la otra. El debate se plantea sobre si realmente apostamos por la reglamentación internacional de las actuaciones estatales en estos términos personales de carácter asimétrico y contrarios a los principios de la Comunidad de derecho, internacionalizando la teoría de los actos políticos o de gobierno con la consiguiente incorporación automática de la misma en los ordenamientos regionales y nacionales, o, si por el contrario, equilibramos la balanza de tal forma que la medidas de seguridad resulten judicialmente fiscalizables sin por ello perder efectividad. Frente a tal situación se requiere una respuesta decidida para evitar que la aquiescencia o indolencia interesada de los Estados introduzcan en el sistema internacional prácticas negadoras del Estado de derecho, puesto que como ha indicado el profesor ROLDÁN BARBERO «ya se sabe que la internacionalización de la vida política y jurídica lleva consigo, indefectiblemente, una cierta dilución de valores democráticos, entre otras razones, porque se difumina la verdadera responsabilidad de las decisiones políticas de nuestro tiempo»<sup>21</sup>. Difu-

<sup>20</sup> Cfr. párrafo 2 de la Resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad que impone a los Estados la obligación de prohibir por ley la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo.

<sup>21</sup> J. ROLDÁN BARBERO, «La interacción entre las normas internas e internacionales en el acervo comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002, vol.13, p.684. Tal planteamiento presenta soluciones dispares y diversas dependiendo del marco jurídico en el que nos movamos, pues si nos referimos a sistemas nacionales pocos garantistas y no inmersos en mecanismos regionales o internacionales de control del respecto de los derechos humanos, la opción reglamentista puede dar lugar a cuotas insospechadas de discrecionalidad por parte de las autoridades nacionales amparadas por la normativa internacional. Como veremos, en el ámbito garantista de la Unión Europea, la ejecución de estas resoluciones del Consejo de Seguridad ha generado una situación insatisfactoria e insuficiente que va desde una jurisprudencia entregada al carácter reglado de la actuación comunitaria frente a estos actos políticos no fiscalizables judicialmente (*Yusuf y Kadi*), hasta una jurisprudencia legiferante que ofrecen soluciones que trascienden el marco constitucional del Tratado de la Unión (*Segi y Gestoras*) o que son de

minación de la responsabilidad que ha causado el inmovilismo e incompetencia, por ejemplo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en asuntos tan relevantes como los referidos a los casos *Bankovi y otros c. Bélgica y otros 16 Estados contratantes*, referido a los bombardeos de la OTAN en 1999 sobre la antigua Yugoslavia sin autorización del Consejo de Seguridad en el que el TEDH no apreció que los actos criminales de tal agresión fueran dependientes de la «jurisdicción» de los Estados demandados<sup>22</sup>, o *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega* en el que el Tribunal de Estrasburgo declaró su incompetencia *ratione personae* al estimar que las actuaciones impugnadas de la KFOR eran directamente atribuibles a la ONU ajena al sistema jurisdiccional de Estrasburgo, sin admitir que tal responsabilidad pudiera derivarse a los Estados europeos participantes en dicha misión en aplicación de la doctrina *Bosphorus* que prevé la posibilidad de actuación del TEDH cuando las organizaciones internacionales implicadas carezcan de una «protección jurisdiccional equivalente» de los derechos humanos como era el caso de la OTAN y de la KFOR<sup>23</sup>.

La opción reglamentaria de las sanciones internacionales puede, asimismo, dar lugar a serias crisis entre los sistemas jurídicos implicados, en la medida en que los Tribunales superiores o constitucionales de los Estados o de las Organizaciones internacionales competentes puedan discutir la compatibilidad de la medida internacional objeto de ejecución interna con los principios y valores constitucionales del Estado u Organización en cuestión. No se trata de una quimérica hipótesis de trabajo, sino que tal situación constituyó la base de los clásicos asuntos *Handel, Nold y Hauer* respecto del Derecho comunitario y el sistema constitucional de alguno de sus Estados miembros, opción rupturista que también ha quedado planteada en la Declaración 1/2004 de 12 de diciembre del Tribunal Constitucional español acerca de la constitucionalidad del Tratado por el que se establece una constitución para Europa<sup>24</sup>. Es más, constituye el fundamento de las conclusiones mantenidas en las sentencias dictadas en los asuntos *Yusuf y Kadi*, en las que el Tribunal de Primera

---

difícil ubicación en el ordenamiento internacional, generando un particular derecho de protección diplomática en el ámbito de la Unión Europea (*Ayadi/Hassam*).

<sup>22</sup> Cfr. Decisión sobre admisibilidad dictada por la Gran Sala del TEDH el 12 de diciembre de 2001, pars.54-82.

<sup>23</sup> Cfr. Decisión sobre admisibilidad dictada por la Gran Sala del TEDH, el 2 de mayo de 2007, pars.132-152.

<sup>24</sup> En su F.J. 5 se indica que «en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. 1-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. 1-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros» (*BOE núm. 3 Suplemento*, de 4 de enero de 2005).

Instancia comunitario se declara garante de la normativa imperativa de *ius cogens* en materia de derechos fundamentales (art. 6.2 TUE) frente a hipotéticas resoluciones del Consejo de Seguridad contrarias a la misma.

## II. EL DEBATE EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA: LOS DERECHOS HUMANOS COMO PARÁMETRO DE LEGALIDAD COMUNITARIA *VERSUS* EJECUCIÓN AUTOMÁTICA DE LAS SANCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD. EL TEST DE LA «PROTECCIÓN EQUIVALENTE» DEL TEDH

En el caso de la Unión Europea, este debate adquiere unas dimensiones normativas e institucionales muy claras y precisas que se proyectan a su vez sobre la necesidad de concretar el futuro constitucional de la Unión Europea. Como es sabido, por un lado, el artículo 6 TUE declara que la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respecto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho de conformidad con el Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Además la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha afirmado reiteradamente, por un lado, que el respeto a los derechos fundamentales es una *condición de legalidad* de los actos comunitarios y, por otro, que los particulares deben poder disfrutar de una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario, ya que el derecho a dicha tutela forma parte de los principios generales del Derecho que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y también ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH<sup>25</sup>. Más concretamente en el asunto *Yusuf*, el TPI afirmaba que «procede recordar, con carácter preliminar, que la Comunidad Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la Carta constitucional fundamental que constituye el Tratado y que éste último ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones<sup>26</sup>. Mien-

<sup>25</sup> Cfr. STJCE de 18 de junio de 1991, *ERT*, asunto C-260/89, apartado 41; Dictamen 2/94 del TJCE de 28 de marzo de 1996 (Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), apartados 33 y 34; STJCE de 29 de mayo de 1997, *Kremzow c. Austria*, asunto C-299/95, apartado 14 y STJC de 27 de junio 2006, *Parlamento c. Consejo*, asunto 540/03 apartado 38.

<sup>26</sup> *Vid.* apartado 260 de la Sentencia ya citada. En apoyo de esta conclusión se cita la siguiente jurisprudencia: Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, *Los Verdes/Parlamento*, 294/83, Rec. p. 1339, apartado 23; de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, 314/85, Rec. p. 4199, apartado 16, y de 23 de marzo de 1993, *Weber/Parlamento*, C-314/91, Rec. p. I-1093, apartado 8; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de octubre de 2001, *Mártinez y otros/Parlamento*, asuntos acumulados T-222/99, T-327/99 y T-329/99, Rec. p. II-2823, apartado 48; véase asimismo el dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia, de 14 de diciembre de 1991, Rec. p. I6079, apartado 21).

tras que en el asunto de la *Organización de los Modjahedines del pueblo de Irán* se ha reiterado que «el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento incoado contra una persona que pueda terminar en un acto que le sea lesivo constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y debe garantizarse aun cuando no exista ninguna normativa reguladora del procedimiento de que se trate. Este principio exige que toda persona a la que se pueda imponer una sanción tenga ocasión de dar a conocer oportunamente su punto de vista sobre las pruebas de cargo utilizadas para justificar la sanción»<sup>27</sup>. Además, no se ha de olvidar que el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, incorporada en el Tratado constitucional para Europa y en el actual Tratado de Lisboa adoptado en 2007, reconoce que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva. Por su parte el Abogado General POIARES MADURO en sus conclusiones de enero de 2008 relativas a los recursos de casación interpuestos en los asuntos Kadi y Al Barakaak reiteraba que «el derecho a la tutela judicial efectiva ocupa un lugar preeminente en el universo de los derechos fundamentales. Si bien cabe admitir ciertas limitaciones de dicho derecho cuando existan otros intereses dignos de atención, en una sociedad democrática es inaceptable conculcar la esencia misma de ese derecho. Tal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en la sentencia dictada en el asunto *Klass y otros*, «el Estado de Derecho implica, entre otras cosas, que la eventual interferencia del poder ejecutivo en los derechos de un individuo debe estar sujeta a un control efectivo que normalmente corresponde a los tribunales, al menos en última instancia, control judicial que proporciona las mayores garantías de independencia, imparcialidad y juicio justo»<sup>28</sup>.

Pero, por otro lado, hemos de constatar que la ejecución de las sanciones del Consejo de Seguridad anteriormente indicadas ha sido asumida por las instituciones de la Comunidad Europea. A tal efecto, el actual Tratado de la Unión Europea ha articulado una «arquitectura jurídica» que presupone una actuación normativa previa de los Pilares intergubernamentales (PESC y CPJP) cuyo contenido sancionador finalmente, mediante la técnica de las pasarelas comunitarias (en este caso, los artículos 60 y 301 TCE), es transfundido a un conjunto de normas comunitarias que, en virtud de su naturaleza y el principio de primacía comunitario, son obligatorias en todos sus elementos y directamente aplicables en cada uno de los Estados miembros. Además, mediante la aplicación de estas pasarelas se permite la proyección del problemático artículo 308 TCE –ampliación subsidiaria de competencias o poderes de acción no previstos en el TCE–, a los pilares intergubernamentales, produciéndose una inversión, al menos en lo que se refiere al Tercer Pilar, de la previsión de comunitarización del artículo 42 TUE. El problema radica en que estos dos pilares intergubernamentales se caracterizan por un doble déficit. Por un lado, un *déficit demo-*

---

<sup>27</sup> Vid. Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto T-228/02, apartados 91 y 110.

<sup>28</sup> Vid. pars.52 de las Conclusiones presentadas respectivamente el 16 de enero (asunto *Kadi*, C-402/05 P) y 23 de enero de 2008 (asunto *Al Barakaat*, C-415/05 P).

*crático*, pues en la toma de decisiones tanto en el marco de la PESC como en el de la CPJP, no intervienen legislativamente parlamento alguno, ni el Parlamento Europeo ni los parlamentos nacionales. Por otro, un *déficit jurisdiccional* relativo a la tutela judicial efectiva, pleno en el ámbito de la PESC, pues los actos adoptados en este pilar no pueden ser objeto de control jurisdiccional por parte del TJCE, salvo invasión competencial, ni de los tribunales nacionales, y parcial en el ámbito de la CPJP, pilar con evidente vocación comunitaria y afecto a ámbitos muy sensibles a los derechos y libertades fundamentales, pues el sistema de recursos previsto es limitado y, en parte, facultativo sin que se prevea legitimación directa a los particulares afectados, con lo cual se les priva de toda posibilidad de impugnar las decisiones adoptadas en este ámbito de las que son destinatarios<sup>29</sup>.

La respuesta a la disyuntiva anteriormente expuesta vendrá condicionada por la aplicación de la regla de la «*protección equivalente*» tal y como ha sido declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto *Bosphorus* respecto, precisamente, de la práctica sancionadora del Consejo de Seguridad (en este caso embargos comerciales contra Estados) y su aplicación por parte del Derecho comunitario. En tal sentido, la doctrina *Bosphorus* implica que la reglamentación internacional, en este caso la comunitaria que ejecutaba las resoluciones del Consejo de Seguridad, resultará conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos si va acompañada de un sistema efectivo de recursos jurisdiccionales equivalente al que exige el artículo 6 CEDH, asumiendo que la efectividad de las garantías materiales de los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos depende de los mecanismos de control existentes para asegurar su respeto. En caso contrario, esto es, cuando el sistema de recursos resulte insuficiente o directamente no exista, el TEDH podría declararse competente para examinar la legalidad de la normativa en cuestión. Tal doctrina resulta de aplicación por otros tribunales garantes de la protección de los derechos y libertades fundamentales, incluidos los nacionales, pues se ha de entender que el control externo que realiza el TEDH no puede suplir el sistema de recursos que ha de existir en los Estados miembros del Consejo de Europa y de la UE, sino que se ha de convertir en el garante último del reconocimiento del mismo<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> En el asunto *María Pupino*, la Gran Sala del TJCE precisa que las competencias del Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 35 UE, son menores en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea que con arreglo al Tratado CE, sin que exista un sistema completo de recursos y de procedimientos destinado a garantizar la legalidad de los actos de la instituciones en el marco de dicho título VI. Cfr. apartado 35 de la Sentencia de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03. En el marco del Pilar comunitario, el control jurisdiccional resulta limitado respecto al Título IV TCE relativo a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas en cuanto a la cuestión prejudicial, prevista sólo para los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia, y la exclusión judicial de las decisiones nacionales relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguarda de la seguridad interior (art. 68 TCE). No obstante en estos momentos se está discutiendo la propuesta de Decisión del Consejo por la que se adaptan las disposiciones relativas al Tribunal de Justicia a los ámbitos cubiertos por el Título IV TCE, incluyendo la creación de un nuevo tipo de remisión prejudicial de emergencia (Cfr. COM(2006) 346 final).

<sup>30</sup> Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005 en relación con el asunto *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim irketi c. Irlanda* resuelto por la Gran Sala. Según el TEDH, los recursos

Por lo demás, este debate resulta consustancial al denominado fenómeno de la comunitarización del Tercer Pilar de la Unión Europea. En tal sentido, Daniel SARMIENTO<sup>31</sup>, a colación de la Sentencia del TJCE en el asunto *María Pupino* de 16 de junio de 2005 y la Sentencia del Tribunal Constitucional federal de 18 de julio de 2005 sobre la normativa alemana dictada en aplicación de la Decisión marco reguladora de la euro-orden, en la que el Tribunal alemán reconoce su competencia para enjuiciar la constitucionalidad de actos nacionales de transposición de Decisiones Marco alegando que este tipo de actos tienen una naturaleza más internacional que comunitaria, ha advertido que esta tensión merece una reflexión a la luz de la relación que tradicionalmente han mantenido los Tribunales Constitucionales y el Tribunal de Justicia, en particular, si tenemos en cuenta que los actos adoptados en el marco del Tercer Pilar inciden sobre materias (ámbito penal, las relaciones de cooperación policial y judicial, la lucha contra el terrorismo, etc.), en las que se entrecruzan derechos fundamentales como los relativos a la libertad personal, la intimidad o la tutela judicial efectiva. Según el autor mencionado, «el dilema entre la internacionalización o comunitarización de los actos del Tercer Pilar tiene, por tanto, un trasfondo constitucional, en la medida en que condiciona el tipo de control que tendrán que hacer el Tribunal de Justicia y las máximas instancias judiciales nacionales»<sup>32</sup>. Ante este dilema esboza dos respuestas; una mayor comunitarización del Tercer Pilar otorgando un protagonismo primordial al TJCE mediante la cuestión prejudicial<sup>33</sup>, o la reconducción del sistema de actos de la UE hacia el terreno internacional y, por tanto, reducir el contenido materialmente comunitario que podría atribuirles indirectamente el Tratado de la Unión Europea. Esta última solución, «fortalecería la posición institucional de los Tribunales nacionales, y muy especialmente la de los Tribunales Constitucionales, que vendrían a reconocer un sesgo internacional al proceso de ejecución nacional de los actos de la UE. Así, el proceso

---

directos de las instituciones y de los Estados y, en particular, la institución de la cuestión prejudicial sobre interpretación y validez viene a colmar las limitaciones a la legitimación activa reconocida a los particulares en el sistema comunitario (pars. 163-165). Tal pronunciamiento contó con la opinión concordante común de los Jueces Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky, Garlicki, así como de la opinión concordante del Juez Ress. Los jueces firmantes de la opinión concordante común, si bien están convencidos del protagonismo creciente de los derechos humanos y de su integración en el ordenamiento comunitario así como de la evolución jurisprudencial sobre esta materia, estiman que en la sentencia el TEDH hace un examen general y en abstracto del sistema comunitario. Resaltan que la efectividad de las garantías materiales de los derechos fundamentales depende de los mecanismos de control existentes para asegurar su respeto y, en tal sentido, estiman que desde el punto de vista procedimental la sentencia minimiza y olvida ciertos elementos que marcan una real diferencia que no permiten de forma razonable concluir que en todo caso se da una protección equivalente.

<sup>31</sup> D. SARMIENTO, «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia *María Pupino* y el efecto directo de la decisiones marco», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 10, 2005, pp. 24-30 (<http://www.reei.org>).

<sup>32</sup> *Ibid.* p. 27.

<sup>33</sup> Solución que en cierta medida resultó, con posterioridad al artículo, avalada por la Sentencia TJCE de 3 de mayo de 2007 sobre la euro-orden en el asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, y, en particular, por las Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer.

de transposición y su posterior desarrollo, al encontrarse al margen del sistema comunitario, permite un control a la luz del Derecho nacional... Este refuerzo del papel del Tribunal Constitucional se realiza en detrimento, claro está, del Tribunal de Justicia y del sistema de actos de la UE. Su fundamento estaría en el carácter internacional del sistema, pero también en el reducido control judicial que atribuye el TUE al Tribunal de Justicia, por lo que se reclama un mayor protagonismo de las instancias judiciales que sí están libres para actuar: las instancias judiciales nacionales. Asimismo, en la medida en que cabe un juicio de legalidad nacional de los actos nacionales de ejecución, los Tribunales nacionales tendrían una menor necesidad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, pues considerarían prioritario agotar, en primer lugar, las vías de control previstas en la Constitución nacional»<sup>34</sup>.

### III. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS POLÍTICOS Y LA IMPLANTACIÓN DE UNA NUEVA «PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA» EN EL SENO DE LA UE COMO ALTERNATIVA A LA TUTELA JURISDICCIONAL. CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS ASUNTOS *YUSUF* Y *KADI*: INDEFENSIÓN EN INTERÉS DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

#### 3.1. Imputación confidencial y sumaria de cargos de terrorismo e imposibilidad de defensa e impugnación judicial

Como ya ha sido comentado, el origen de los asuntos *Yusuf* y *Kadi*<sup>35</sup> proviene de la interacción entre las resoluciones dictadas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y aplicadas por el Comité de Sanciones 1267 creado al efecto, que imponen distintas sanciones económicas y financieras contra el régimen afgano de los talibanes y Usama BIN LADEN, así como contra las personas y entidades asociadas, incluyendo empresas, que se encontraran

<sup>34</sup> Vid. D. SARMIENTO, «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea...», *loc. cit.* p. 28.

<sup>35</sup> Sobre estos asuntos *vid.* J. SANTOS VARA, «La indefensión de los particulares frente a las sanciones del Consejo de Seguridad: el reconocimiento de la competencia de los tribunales internos para controlar las resoluciones del Consejo de Seguridad en relación con el *ius cogens*. Comentario a las sentencias del TPI de 21 de septiembre de 2005, *asuntos Yusuf/Al Barakaat* y *Kadi* y de 12 de julio de 2006, *asuntos Ayadi/Hassan*» *Revista General de Derecho Europeo*, nº 11, octubre 2006 (<http://www.iustel.com>); I. BLÁZQUEZ NAVARRO y C. ESPÓSITO MASSICI, «Los límites al control judicial de las medidas de aplicación de la política exterior en los *asuntos Ahmed Alí Yusuf/Al Baradaat* y *Yassin Abdullah Kadi*, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 17, enero/marzo 2006, pp. 123-148; J. ROLDÁN BARBERO, «La justicia comunitaria y el control de legalidad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las Sentencias *Yusuf/Al Barakaat* y *Kadi*, de 21 de septiembre de 2005, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», *Revista Española de Derecho Internacional* 2005-2, pp. 869-892.

bajo su control directo o indirecto<sup>36</sup>, y las medias de ejecución adoptadas por la Unión Europea concretadas en distintas posiciones comunes aprobadas en el ámbito exclusivo de la PESC<sup>37</sup> que devinieron en reglamentos adoptados por el Consejo y la Comisión sobre la base jurídica de los artículos 60 y 301 del TCE<sup>38</sup>.

Según los demandantes, la aplicación de tal normativa vulnera directamente su derecho de defensa, pues la imposición de tales sanciones se ha realizado sin que se les haya informado de las razones que las motivaron, no se les han comunicado las pruebas ni circunstancias invocadas en su contra y tampoco han tenido la oportunidad de explicarse. Su inscripción en la lista del anexo I del Reglamento impugnado se debe únicamente al hecho de que figuran en la lista que el Comité de Sanciones elaboró a partir de la información recibida de los Estados y de las organizaciones internacionales o regionales. Ni el Consejo ni la Comisión han analizado los motivos por los que dicho Comité los incluyó en esta última lista. El origen de la información obtenida por dicho Comité resulta particularmente oscuro y no se han indicado las razones por las que determinados particulares fueron inscritos en dicha lista sin haber sido oídos previamente. Así pues, el procedimiento que desembocó en la inscripción de los demandantes en la lista del anexo I del Reglamento impugnado se ha desarrollado en su totalidad con carácter confidencial. A su juicio, estas irregularidades de las que han sido víctimas no son subsanables *a posteriori*. Por otra parte, sostienen que el recurso de anulación, en el que sólo se discute la legalidad del Reglamento impugnado como tal, no permite un examen de fondo de la legalidad de las sanciones desde el punto de vista de los derechos fundamentales cuya violación se alega<sup>39</sup>. Por estas razones alegan que, a su juicio, las resoluciones del Consejo de Seguridad no son directamente aplicables, sino que deben ser objeto de transposición al derecho interno de conformidad con las disposiciones constitucionales pertinentes así como con arreglo a los principios fundamentales del Derecho<sup>40</sup>.

Por su parte, el Consejo reconoce que, cuando la Comunidad decide adoptar medidas unilaterales de coerción económica y financiera por iniciativa propia, el control jurisdiccional debe extenderse al examen de las pruebas utilizadas contra las personas sancionadas. En cambio, según el Reino Unido y el Consejo, cuando la Comunidad actúa sin ejercitar potestad discrecional alguna, basándose en una decisión adoptada por un órgano al que la comunidad internacional ha atribuido considera-

---

<sup>36</sup> Resoluciones 1267 (1999), 1333 (2000), 1390 (2002), 1452 (2003), en relación con las competencias ejecutivas del Comité de Sanciones, creado al efecto por el Consejo de Seguridad mediante la Resolución 1267 (1999), en la identificación y elaboración de las personas y entidades sancionadas, quien además, en virtud de la resolución 1452 (2003), aprueba las excepciones a la congelación de fondos y de recursos económicos que por razones humanitarias podían conceder los Estados.

<sup>37</sup> Posiciones comunes 1999/727/PESC, 2001/154/PESC, 2002/402/PESC y 2003/140/PESC.

<sup>38</sup> Reglamentos del Consejo: 337/2000, 467/2001, 881/2002, 561/2003 y Reglamentos de la Comisión, 2199/2001, 1580/2002 y 866/2003.

<sup>39</sup> Cfr. apartados 190-195 de la Sentencia *Yusuf*. En virtud de la similitud en los razonamientos jurídicos de las Sentencias dictadas en los asuntos *Yusuf* y *Kadi*, las referencias jurisprudenciales se referirán únicamente a la Sentencia dictada en el asunto *Yusuf*.

<sup>40</sup> Cfr. *ibid.* apartado 202.

bles facultades a fin de preservar la paz y seguridad internacionales, un control jurisdiccional completo entrañaría el riesgo de socavar el sistema de la ONU establecido en 1945, podría perjudicar gravemente a las relaciones internacionales de la Comunidad y de los Estados miembros y entraría en conflicto con la obligación de la Comunidad de respetar el Derecho internacional. El Consejo estima que, en el presente asunto, el control jurisdiccional del juez comunitario no puede ir más allá del que existe en los Estados miembros en lo que respecta a la recepción, en su ordenamiento jurídico interno, de las decisiones adoptadas por los órganos de la comunidad internacional con el objetivo de preservar la paz y la seguridad internacionales. A este respecto, el Consejo señala que, en varios Estados miembros, los actos de aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad son calificados de «actos de gobierno» y escapan por completo a la competencia del juez. En otros Estados miembros, a su juicio, la amplitud de dicho control jurisdiccional está muy limitada<sup>41</sup>. Es más, podemos añadir que la Gran Sala del TEDH ha convalidado en el asunto *Markovic y otros c. Italia* (2006) la doctrina de los «actos de gobierno», al menos respecto a los actos de guerra, admitiendo que en tales supuestos su aplicación no tiene como efecto limitar arbitrariamente el derecho al proceso equitativo previsto en el artículo 6 CEDH<sup>42</sup>.

### **3.2. Automatismo y naturaleza reglada de los actos comunitarios de ejecución: sucesión de actos políticos o de gobierno sin resquicio alguno de control jurisdiccional efectivo. ¿La discrecional protección diplomática como alternativa?**

Una vez afirmado que la UE se encuentra vinculada por las obligaciones dimanantes de Naciones Unidas y por las del Consejo de Seguridad, no directamente<sup>43</sup>, sino en virtud de que «la Comunidad no puede violar las obligaciones que la Carta

<sup>41</sup> Cfr. *ibid.* apartado 225.

<sup>42</sup> Cfr. TEDH, Sentencia de 14 de diciembre de 2006, par. 113.

<sup>43</sup> Conforme al apartado 242 de la Sentencia *Yusuf* se afirma que tal y como se deduce de la jurisprudencia (en referencia a la sentencia *Dorsch Consult c. Consejo y Comisión* de 28 de abril de 1998, apartado 74) «la Carta de las Naciones Unidas no vincula directamente a la Comunidad como tal, a diferencia de lo que ocurre con los Estados miembros de la misma, y que no existe por tanto una obligación de Derecho internacional público general que la obligue a aceptar y cumplir las resoluciones del Consejo de Seguridad con arreglo al artículo 25 de dicha Carta. La razón es que la Comunidad no es miembro de la ONU, ni destinataria de las resoluciones del Consejo de Seguridad, ni sucesora de sus Estados miembros en los derechos y obligaciones de éstos con arreglo al Derecho internacional público». No obstante, en el apartado 249 se recuerda por una parte, que con arreglo al artículo 48, apartado 2, de la Carta de las Naciones Unidas, las decisiones del Consejo de Seguridad serán llevadas a cabo por los miembros de las Naciones Unidas «directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que formen parte» y, por otra parte, que, según la jurisprudencia (sentencias *Poulsen y Diva Navigation* de 24 de noviembre de 1992 y *Racke* de 16 de junio de 1998 y *Van Duyn* de 4 de diciembre de 1974), «las competencias de la Comunidad deben ejercitarse respetando el Derecho internacional y, por consiguiente, el Derecho comunitario debe interpretarse, y su ámbito de aplicación delimitarse, tomando en consideración las normas pertinentes del Derecho internacional».

de las Naciones Unidas impone a sus Estados miembros ni obstaculizar el cumplimiento de las mismas y, por otra parte, que la Comunidad se encuentra obligada, en virtud del propio Tratado que la creó, a adoptar en el ejercicio de sus competencias todas las disposiciones necesarias para permitir que sus Estados miembros respeten tales obligaciones»<sup>44</sup>, el TPI asume que en este caso las instituciones actuaron en ejercicio de una competencia reglada de modo que no disponían de ningún margen de apreciación autónomo. *En particular, no podían ni modificar directamente el contenido de las resoluciones de que se trata ni establecer un mecanismo que pudiera provocar tal modificación*<sup>45</sup>.

Por otra parte, rechaza que pueda ejercerse un control jurisdiccional sobre tales actos, pues cualquier control de la legalidad interna del Reglamento impugnado efectuado por el Tribunal, en particular desde el punto de vista de las disposiciones o principios generales del Derecho comunitario relativos a la protección de los derechos fundamentales, exigiría por tanto un examen, de modo incidental, de la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad que impusieron las sanciones. De esta forma el Tribunal de Justicia da marchamo judicial a la producción en cascada de actos políticos o de gobierno que no dejan margen alguno al control jurisdiccional, en el ámbito de las Naciones Unidas porque no existen mecanismos jurisdiccionales con tal competencia, en los ámbitos internos de aplicación, como es el caso de la CE, porque se trata de actuaciones regladas que los órganos judiciales no pueden revisar ni articular mecanismos que promuevan tal revisión. La determinación y calificación política de que una situación constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales ejercida por el Consejo de Seguridad en el ámbito del Capítulo VII de la Carta supone la creación de un «*espacio político de actuación inmune a cualquier control jurisdiccional en defensa de los derechos fundamentales*» ejercida por los tribunales nacionales o comunitarios. Las previsiones de los artículos 25, 48 y 103 de la Carta de las Naciones Unidas y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados avalan, según el TPI, tal afirmación. Para el Tribunal «habida cuenta en particular de las disposiciones del artículo 307 CE y del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, la alegación de que se han vulnerado, bien los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario, bien los principios de dicho ordenamiento jurídico, no puede afectar a la validez de una resolución del Consejo de Seguridad *ni a su eficacia en el territorio de la Comunidad*»<sup>46</sup>.

Tal constatación de la existencia de «*Guantánamos jurídicos internacionales reconocidos por la jurisdicción comunitaria*», contraria a la propia esencia de la UE y de su ordenamiento jurídico así como a la jurisprudencia del TEDH, obliga al Tribu-

---

<sup>44</sup> Vid. apartado 254 de la Sentencia.

<sup>45</sup> Cfr. apartado 265 de la Sentencia.

<sup>46</sup> Vid. apartado 275. El énfasis es añadido. La mención del artículo 307 hace referencia a la condición de Estados miembros de los Estados de la UE en la ONU creada en 1945 y su previsión de que las disposiciones del TCE no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados con anterioridad al 1 de enero de 1958.

nal de Primera Instancia a acudir a la noción paliativa del *ius cogens* (*orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna*<sup>47</sup>) para justificar su posición, abriendo a tal efecto una sedicente posibilidad de control en el caso de que tal actuación onusiana constituyera una violación grave de las obligaciones derivadas de las normas imperativas del Derecho internacional público, tal y como se desprende de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Sólo en el hipotético caso de que la tutela judicial efectiva constituyera una norma superior del Derecho internacional integrante del *ius cogens*, esto es, un principio inviolable del Derecho internacional consuetudinario en términos de la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares*, entonces el control jurisdiccional incidental ejercido por el TPI en virtud del recurso de anulación podría extenderse a los actos impugnados<sup>48</sup>. Así pues, el TPI se reconoce con competencia universal para enjuiciar la legalidad internacional de las sanciones decretadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aunque previamente se había declarado incompetente para enjuiciar los efectos territoriales en la Comunidad Europea de las propias disposiciones comunitarias dictadas en ejecución de las resoluciones del Consejo de Seguridad, ni siquiera para articular mecanismos comunitarios que pudieran provocar su revisión.

No obstante, esta posibilidad no supone ningún avance en el razonamiento jurídico del Tribunal, sino que se erige en una premeditada válvula de escape sin consecuencia alguna (salvo alivio de conciencias), pues sobre la base de que el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva no constituyen un derecho absoluto, sin entrar en un mayor análisis sobre las consecuencias de la derogación absoluta de tal derecho en un ordenamiento que pivota sobre el mismo y del que dependen las garantías del resto de derechos reconocidos, finalmente se reitera la incuestionable autoridad política del Consejo de Seguridad y el nulo margen de actuación tanto para las instancias políticas comunitarias, esto es el Consejo como la Comisión, como para la propia instancia judicial de la Unión Europea. Es más y en una pirueta de difícil comprensión por parte de un órgano judicial, la ausencia de este control jurisdiccional es suplida, según el TPI, por la existencia de controles políticos de carácter discrecional.

El razonamiento del Tribunal desbroza dos cuestiones problemáticas. En cuanto al derecho de defensa, resulta incuestionable la afirmación del TPI acerca de la incompatibilidad de la notificación previa de estas medidas sancionadoras, pues la audiencia previa a los interesados puede poner en peligro la eficacia de las sanciones y habría resultado incompatible con el objetivo de interés general perseguido. Así se reconoce que

*«Esta restricción del derecho a ser oído directa y personalmente por la autoridad competente no puede considerarse inadmisibile desde el punto de vista de las normas im-*

<sup>47</sup> Vid. apartado 277.

<sup>48</sup> Apartado 282.

*perativas del Derecho internacional. Por el contrario, tratándose de la impugnación de unas decisiones que ordenan la congelación de los fondos de individuos o entidades de quienes se sospecha que contribuyen a financiar el terrorismo internacional, decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad, a través de su Comité de Sanciones, en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, a partir de la información transmitida por los Estados y las organizaciones regionales, resulta normal que el derecho de los interesados a ser oídos sea objeto de ciertas adaptaciones en el marco de un procedimiento administrativo de varios niveles, en el que las autoridades nacionales mencionadas en el anexo II del Reglamento impugnado desempeñan un papel esencial»<sup>49</sup>.*

Pero esta restricción se mantiene intacta en el ámbito comunitario al no disponer, según el Tribunal, las instituciones de ninguna facultad de investigación, de ninguna posibilidad de control de los hechos tenidos en cuenta por el Consejo de Seguridad y el Comité de Sanciones, de ningún margen de apreciación sobre tales hechos y de ninguna libertad de apreciación en cuanto a la oportunidad de imponer sanciones a los demandantes. El principio del Derecho comunitario que reconoce el derecho a ser oído no puede ser aplicado en unas circunstancias tales, en las que la audiencia de los interesados nunca podría impulsar a la institución a revisar su postura<sup>50</sup>. Tal reconocimiento de inanidad fiscalizadora por parte del órgano jurisdiccional deviene ahora en una intolerable situación de indefensión de las personas afectadas.

La única posibilidad que acierta a proponer el TPI es la puesta en marcha de un sistema particular de protección diplomática que trasciende al previsto en el Derecho internacional en vigor en cuanto viene determinado por el principio de jurisdicción, en lugar del principio de nacionalidad, y porque se entabla directamente ante un órgano político como es el Comité de Sanciones, aun cuando sea sobre un procedimiento bilateral entre Estados. Tal situación es la descrita en las Directrices del Comité de Sanciones, aprobadas por el 7 de noviembre y enmendadas el 10 de abril de 2003, así como la Resolución 1526 (2004), por las cuales se prevé la posibilidad de que un requirente (persona, grupo, empresa o entidad incluida en la lista consolidada del Comité de Sanciones) pueda pedir al Gobierno de su país de residencia o nacionalidad para que solicite una revisión del caso. Para tal efecto, se regula un procedimiento bilateral y discrecional entre el Gobierno requerido y el Gobierno o Gobiernos que propusieron originalmente la designación (el Gobierno o Gobiernos proponentes) para reexaminar el mantenimiento o exclusión de la lista ante el Comité quien decide por consenso y, en caso de no hallarse éste, el asunto se remitirá al Consejo de Seguridad quien decidirá en última instancia<sup>51</sup>. Este procedimiento ha sido revisado el 12 de febrero de 2007 en virtud de las Resoluciones 1730 (2006) y 1735 (2006) del Con-

---

<sup>49</sup> Aparatado 315.

<sup>50</sup> Cfr. apartado 328 de la Sentencia.

<sup>51</sup> Como se reconoce en el apartado 318 de la Sentencia, en el presente asunto, los demandantes fueron oídos efectivamente por el Comité de Sanciones, a través del Gobierno sueco, y dicha audiencia fue tan efectiva que dos de los demandantes iniciales, los Sres. ADEN y ALI, fueron borrados de la lista de personas a quienes se aplica la congelación de fondos, por lo que también fueron borrados de la lista del anexo I del Reglamento impugnado.

sejo de Seguridad que destacan el carácter preventivo de estas medidas –que no se basan en criterios penales establecidos en el derecho interno–, inciden en la necesidad de justificar la propuesta de inclusión en la lista, además de recordar el deber de los Estados de informar por escrito, en la medida de lo posible, a las personas y entidades incluidas en la Lista Consolidada sobre las medidas adoptadas, y mejoran el mecanismo de exclusión de la lista previendo la posibilidad de que el particular afectado pueda presentar directamente una solicitud de revisión del caso ante el *punto focal*, siendo éste el que tramite la solicitud sin que suponga reconocer la intervención directa del particular ante las instancias sancionadoras<sup>52</sup>.

No obstante y como reconoce el propio Tribunal, en tal procedimiento aparece categóricamente excluida la posibilidad de que los demandantes se pronuncien oportunamente sobre la realidad y la pertinencia de los hechos que se tomaron en consideración para congelar sus fondos y, más aún, sobre las pruebas utilizadas en su contra. Obviamente, estos hechos y pruebas no les son comunicados –ni tampoco, por lo demás, a los Estados miembros de la ONU destinatarios de las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas– desde el momento en que el Estado que ha informado de los mismos al Comité de Sanciones los ha calificado de confidenciales o secretos<sup>53</sup>. Como ha indicado HINOJOSA MARTÍNEZ, «en cualquier caso, se mantiene la naturaleza inquisitorial del sistema, ya que es la persona incluida en la lista consolidada del Comité la que tiene que demostrar (en muchos casos, sin conocer las pruebas reunidas en su contra) que existen motivos para su salida de la lista, aportando la información necesaria para ello. Además, una vez presentada la solicitud, el particular carece de cualquier posibilidad de intervenir en el procedimiento, si no es a través del Estado de su nacionalidad o residencia (en el caso de que éste acceda a ello). En definitiva, se preserva el carácter intergubernamental del procedimiento y se mantienen las posibilidades de bloqueo de la salida de la lista, porque para conseguirla continúa siendo necesario el consenso entre los miembros del Comité 1267»<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1267 (1999) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas. Directrices del Comité para el desempeño de su labor (aprobadas el 7 de noviembre de 2002, y modificadas el 10 de abril de 2003, el 21 de diciembre de 2005, el 29 de noviembre de 2006 y el 12 de febrero de 2007). Conforme a la Resolución 1730 (2006) del Consejo de Seguridad, un Estado puede decidir como norma general que sus nacionales o residentes presenten sus solicitudes directamente al punto focal. A tal efecto el Estado hará una declaración dirigida al Presidente del Comité que se publicará en su sitio web. Por el momento, Francia, mediante carta de 30 de abril de 2007, ha formulado tal declaración. Las Directrices así como las resoluciones del Consejo de Seguridad y demás documentación pertinente relativa a este Comité de Sanciones, incluyendo información sobre el punto focal, puede consultarse en la siguiente dirección: <http://www.un.org/spanish/sc/committees/1267/index.shtml>.

<sup>53</sup> Apartado 319 de la Sentencia Yusuf.

<sup>54</sup> Vid. L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, «Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los Talibanes: ¿son realmente inteligentes?, *loc. cit.*, p. 749. Merecen destacarse otras afirmaciones del mencionado autor. Así si bien admite que no parece haber problemas de legalidad para admitir la competencia del Consejo de Seguridad para establecer medidas restrictivas de derechos individuales, sobre la base del artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, pues esta práctica reciente parece haberse aceptado con naturalidad por la generalidad de los Estados, «no obstante, lo que sí puede producirse es

Pero es que además, y aquí está la gravedad del asunto, esta falta de conocimiento de los hechos y pruebas sobre la vinculación terrorista se proyecta sobre la fase jurisdiccional y sobre el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, situación que es justificada por el TPI mediante el reconocimiento de una nueva regla de *ius cogens*: la inmunidad de jurisdicción absoluta de los actos del Consejo de Seguridad cuando actúa en el marco del Capítulo VII, así como de la normativa regional de aplicación<sup>55</sup>. Conforme al tenor literal de la Sentencia,

*«Dicha limitación se justifica tanto por la naturaleza de las decisiones que el Consejo de Seguridad se ve obligado a adoptar en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas como por el objetivo legítimo que se persigue. En las circunstancias del presente asunto, el interés de los demandantes en que el fondo del litigio sea examinado por un tribunal no tiene entidad suficiente para prevalecer sobre el interés general esencial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales frente a una amenaza claramente identificada por el Consejo de Seguridad, con arreglo a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. A este respecto, procede atribuir especial importancia al hecho de que las resoluciones que el Consejo de Seguridad ha ido aprobando sucesivamente no sólo no han establecido unas medidas de duración ilimitada o indeterminada, sino que han previsto siempre un mecanismo para revisar la oportunidad de mantener tales medidas tras un período de tiempo de 12 o 18 meses como máximo»<sup>56</sup>.*

Y se concluye que tal déficit de control jurisdiccional queda salvaguardado por el control político ejercido por el Comité de Sanciones:

*«Por último, el Tribunal de Primera Instancia considera que, al no existir un tribunal internacional competente para controlar la legalidad de los actos del Consejo de Seguridad, la creación de un órgano tal como el Comité de Sanciones y la posibilidad, prevista en la normativa, de dirigirse a él en todo momento para obtener la revisión de cualquier caso individual, mediante un mecanismo formalizado en el que participan tanto «el Gobierno requerido» como «el Gobierno proponente» constituyen otra vía razonable para proteger adecuadamente los derechos fundamentales de los demandantes, tal como son reconocidos por el ius cogens»<sup>57</sup>.*

¡Así pues, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo político y discrecional sustituye a lo jurisdiccional sin resentirse el derecho a la tutela judicial

---

un importante déficit de legitimidad. Si un órgano político puede restringir derechos fundamentales de particulares, en un proceso inquisitorial basado en pruebas secretas, y en el que no existen garantías judiciales, muchos de los avances del Estado de Derecho, propio de cualquier democracia moderna, se vienen abajo. No se trata de dudar de la buena fe de los miembros del Consejo de Seguridad, ni de sus servicios de inteligencia, sino de creer en los límites del poder público, y en la obligación de rendir cuentas por parte de quienes lo ejercen, como garantías elementales de su legitimidad» (pp. 751-752).

<sup>55</sup> Cfr. apartado 343 de la Sentencia *Yusuf*.

<sup>56</sup> *Vid. ibid.* apartado 344.

<sup>57</sup> *Ibid.* 345.

efectiva! Sobre esta conclusión, el profesor ROLDÁN BARBERO señala que asistimos a una situación inversa a la que provoca la eficacia directa de las disposiciones comunitarias, pues en este caso, «la norma comunitaria –el Reglamento de aplicación de las sanciones decretadas por la ONU– no confiere derechos a los individuos que pueden hacer valer ante un órgano jurisdiccional, sino al contrario: la norma europea, por imposición de la ONU, restringe el alcance de los derechos de los ciudadanos, sin que la justicia comunitaria pueda salvaguardar esos derechos salvo en el supuesto extravagante de que las Resoluciones de origen del Consejo de Seguridad hayan conculcado el *ius cogens* universal (tal y como entiende este derecho imperativo el propio TPI)»<sup>58</sup>. Esta problemática situación ha sido resalta-da por parte del Abogado General, Sr. POIARES MADURO en sus conclusiones anteriormente citadas. Para el Abogado General portugués la existencia de un procedimiento para la supresión de nombres de la lista a nivel de las Naciones Unidas no supone ningún consuelo respecto a la garantía del derecho de defensa o tutela judicial efectiva, pues dicho procedimiento es meramente una cuestión de consulta intergubernamental cuya resolución es absolutamente discrecional. El Comité de Sanciones no está realmente obligado a tener en cuenta el punto de vista del solicitante. Más aún, dicho pronunciamiento ni siquiera prevé un mínimo acceso a la información en la que se basó la decisión de incluir en la lista al afectado. De hecho el acceso a tal información se deniega con independencia de que se haya alegado fundadamente la necesidad de proteger su confidencialidad. Una de las razones decisivas por las que el derecho a ser oído debe garantizarse es hacer posible que los interesados defiendan efectivamente sus derechos, especialmente en los procesos judiciales que puedan incoarse con posterioridad. Las garantías procedimentales que de la fase administrativa no son suficientes para hacer siempre innecesario el subsiguiente proceso judicial pero la inexistencia de tales garantías administrativas tiene significativos efectos perjudiciales para el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva<sup>59</sup>.

La única posibilidad que se admite al particular es la prevista en el apartado 317 de la Sentencia, apuntada por el Reino Unido en la vista oral, conforme a la cual «los interesados tienen la posibilidad de interponer un recurso jurisdiccional, basado en el Derecho interno o incluso directamente en el Reglamento impugnado y en las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad que dicho Reglamento aplica, contra la eventual decisión injustificada de la autoridad nacional competente de no someter su caso para revisión al Comité de Sanciones»<sup>60</sup>. Esto es, la reclamación

---

<sup>58</sup> J. ROLDÁN BARBERO, «La justicia comunitaria y el control de legalidad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las Sentencias Yusuf/Al Barakaat y Kadi, de 21 de septiembre de 2005, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», *Revista Española de Derecho Internacional* 2005-2, p. 889.

<sup>59</sup> Cfr. pars. 51 y 54 de las Conclusiones ya citadas.

<sup>60</sup> Véase, por analogía, el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 15 de mayo de 2003, Sison/Consejo, T47/03 R, Rec. p. II-2047, apartado 39.

ante las instancias nacionales del acto político referente al no ejercicio o ejercicio deficiente del «procedimiento diplomático» previsto en las Directrices del Comité de Sanciones, siempre y cuando el ordenamiento nacional prevea tal posibilidad de impugnación. Así pues, se puede impugnar la gestión de la exclusión pero no el resultado de la inclusión definitiva, se prevé la impugnación jurisdiccional en el ámbito nacional del acto político al amparo de la norma comunitaria pero se impide el control de legalidad de la norma comunitaria sancionadora negando el amparo jurisdiccional de las personas afectadas.

En el Derecho español habría que hacer una doble distinción. En primer lugar y respecto a los nacionales españoles, existe una importante doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el no ejercicio o ejercicio deficiente de la protección diplomática sobre la base de que la ausencia de una previsión expresa en nuestra Constitución no es óbice para afirmar que la protección de los nacionales españoles en el extranjero constituye un cometido esencial del Estado conforme a la Constitución<sup>61</sup>. En segundo lugar y en cuanto a los residentes no nacionales sujetos a la jurisdicción española, el asunto habría que reconducirlo a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en relación con los actos políticos del gobierno y la determinación de las indemnizaciones procedentes conforme al artículo 2 de la Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa. A tal efecto, resulta de interés la jurisprudencia sentada sobre la desclasificación de los papeles del CESID en la lucha antiterrorista, jurisprudencia que obedece asimismo a una interpretación restrictiva del derecho a tal tutela. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 558/1998 de 30 de enero cuando afirma como motivación suficiente del acuerdo del Consejo de Ministro para no desclasificar la documentación requerida, sin que se produzca al efecto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, la referencia a que la «desclasificación solicitada implicaría un inadmisibles deterioro del crédito internacional de España en sus relaciones exteriores; y en particular por lo que hace al intercambio generalizado de inteligencia o información clasificada con nuestros amigos y aliados» y que «la desclasificación solicitada pondría en peligro la eficacia, las fuentes de información, los medios y procedimientos operativos del CESID, así como la integridad física de quienes son, o fueron, agentes operativos del mismo o de sus familiares y allegados»<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Resulta de especial interés la síntesis de esta jurisprudencia realizada en la Sentencia 6259/2004 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 4, de 6 de octubre.

<sup>62</sup> *Vid.* F.J. 5 de la Sentencia.

#### **IV. ATISBOS DE SOLUCIONES SUGERENTES AUNQUE INSUFICIENTES: DESDE LA AMPLIACIÓN PRETORIANA DEL SISTEMA DE RECURSOS DEL TERCER PILAR A SU DESCOMUNITARIZACIÓN, PASANDO POR LA VUELTA AL SISTEMA DE GARANTÍAS INHERENTE AL PROCESO JUDICIAL EQUITATIVO**

##### **4.1. Los ordenamientos nacionales como garantes de la tutela judicial negada en el ámbito comunitario: la diligente protección diplomática de los ciudadanos comunitarios como obligación de los Estados miembros en el marco de actuación del Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad**

En primer lugar, el esbozo presentado en los asuntos *Yusuf* y *Kadi* acerca de la impugnación ante la jurisdicción nacional de la gestión diplomática del Estado nacional o de residencia, es desarrollado en el asunto *Ayadi c. Consejo* resuelto por el TPI el 12 de julio de 2006<sup>63</sup>, asunto en que el propio Tribunal constata la situación drástica en la que había quedado la persona afectada por la congelación de fondos impugnada, sin perjuicio de las exenciones y excepciones previstas, que le impide incluso llevar una vida social normal, quedando a expensas del subsidio social otorgado por las autoridades irlandesas<sup>64</sup>.

En tal asunto, la Sala Segunda del TPI transforma, respecto a los Estados miembros de la UE, la discrecional protección diplomática en un derecho del ciudadano de la Unión en virtud de una interpretación extensiva y *pro actione* de las resolucio-

---

<sup>63</sup> Sentencia de 12 de julio de 2006 del Tribunal de Primer Instancia (Sala Segunda), Asunto T-253/02, *Chafiq Ayadi c. Consejo*. En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia de la misma fecha dictada en el asunto *Hassan c. Consejo y Comisión*, asunto T-49/04. El 25 y el 27 de septiembre de 2006 se interpusieron respectivamente recursos de casación ante el TJCE respecto a los casos *Hassan* (asunto C-399/06 P) y *Ayadi* (asunto C-403/06 P). Si en la casación *Ayadi* se impugna las conclusiones del TPI sobre la base jurídica de las disposiciones recurridas (art. 308 CE en relación con los arts. 60 y 301 CE), el principio de subsidiaridad y su justificación, las afirmaciones sobre la vinculación de las resoluciones del Consejo de Seguridad y la apreciación sobre el *ius cogens*, en el asunto *Hassan*, la parte recurrente en casación afirma que tanto el Consejo como la Comisión se hallan obligados a respetar los derechos reconocidos por el CEDH y no pueden incumplir la citada obligación salvo que, como resultado de tal incumplimiento, «se dispense una protección por lo menos equivalente». Se afirma, además, que la protección dispensada por la medida decretada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no se puede comparar a la que concede el Convenio. Además se afirma que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho: i) al no haber comprobado directamente si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dispensaba una *protección equivalente* a la del Convenio, en particular por lo que atañe a los artículos 6, 8, 13 y al artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio; y ii) al no haber controlado la medida del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas indirectamente en virtud del principio del *ius cogens* más que en virtud de y por referencia a la protección dispensada por los artículos 6, 8 y 13 y el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio.

<sup>64</sup> Cfr. apartados 119-132, en particular apartado 121, de la Sentencia. En ella se afirma que las sanciones impuestas no impiden al demandante *ejercer una actividad profesional, sino que únicamente limitan la libre disposición de los recursos obtenidos de la misma* (cfr. apartado 127).

nes del Consejo de Seguridad y de los reglamentos comunitarios receptivos de las mismas de conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva que, precisamente, se niega en el ámbito comunitario. En efecto, entiende el Tribunal que el Comité de Sanciones, mediante las Directrices anteriormente indicadas, ha interpretado las resoluciones del Consejo de Seguridad en el sentido de que «confiere a los afectados el derecho a presentar una solicitud de revisión de su caso al Gobierno del País en el que residen o del que son nacionales con el fin de que se excluya su nombre de la lista controvertida», derecho que se incorpora en el ordenamiento jurídico comunitario vía reglamentos de ejecución, insertándose en el núcleo tutelar de los derechos fundamentales del artículo 6 TUE. Tal recepción comunitaria supone respecto de los Estados miembros no sólo la obligación de iniciar el procedimiento de revisión previsto en las Directrices, sino también de *actuar con diligencia* para que el caso se someta sin retraso y de forma leal e imparcial al Comité de Sanciones para que este proceda a su revisión, si ello resulta objetivamente justificado a la luz de la información pertinente aportada<sup>65</sup>. Y ello a pesar de que el ordenamiento nacional de que se trate no prevea el control jurisdiccional del ejercicio de la protección diplomática en cuanto acto discrecional del Gobierno. Además y aun cuando el Tribunal no diga nada al respecto, con posterioridad el requirente debería instar la modificación de la normativa comunitaria.

Frente a un incumplimiento de esta obligación derivada del Derecho comunitario y en virtud del principio de primacía de este ordenamiento, el TPI señala que las personas afectadas deberán disponer en el ordenamiento nacional de un recurso efectivo para impugnar tal decisión, pues «a falta de disposiciones comunitarias, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que los justiciables obtienen del efecto directo del Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia ha precisado que dicha regulación de los recursos no puede ser menos favorable que la referente a los derechos que tienen su origen en el ordenamiento jurídico interno (*principio de equivalencia*) y que no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (*principio de efectividad*). El principio de efectividad debe llevar a los tribunales nacionales a aplicar la regulación procesal prevista por su ordenamiento jurídico interno en la medida en que no se oponga a la razón de ser y la finalidad del acto comunitario de que se trate»<sup>66</sup>. De las consideraciones anteriores se concluye que:

«en el marco de un recurso que tenga por objeto una vulneración, por las autoridades nacionales competentes, del derecho de los afectados a solicitar la revisión de su

<sup>65</sup> Cfr. apartados 148-149.

<sup>66</sup> Apartado 151 de la sentencia. Previamente el TPI hacía mención a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en la que se condenaba al citado Estado miembro a solicitar, con carácter urgente, al Comité de Sanciones que borrara el nombre de dos personas de la lista controvertida, bajo apercibimiento de una multa diaria [Tribunal de Première Instance de Bruxelles (quatrième chambre), sentencia de 11 de febrero de 2005 en el asunto Nabil Sayadi y Patricia Vinck/Estado belga].

caso con el fin de obtener su exclusión de la lista controvertida, corresponde al juez nacional, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velar por que se garantice la plena eficacia del Derecho comunitario, *lo que puede llevarle a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice (...), como una norma que excluya el control jurisdiccional de la negativa de las autoridades nacionales a actuar con el fin de garantizar la protección diplomática de sus ciudadanos*»<sup>67</sup>.

No obstante, la solución que presenta el TPI puede quedar en nada y seguir sancionado, pues lo único que puede hacer el particular afectado es demandar al Estado por el no ejercicio o ejercicio deficiente de esta «protección diplomática *sui generis*», pues en el caso de que el Estado inicie diligentemente y en tiempo el procedimiento sin que el Comité acuerde la supresión, no se genera derecho alguno para el afectado quedando en el mejor de los casos a expensas del subsidio que le otorgue el Estado, si éste lo considera oportuno. De todas formas, la pregunta que queda en el aire es si el Tribunal no debería articular algún procedimiento de revisión en el marco del sistema de recursos del ordenamiento comunitario<sup>68</sup> y si la pontencialidad normativa y creadora de recursos que exige a los ámbitos nacionales no se debería proyectar sobre el propio sistema judicial comunitario respecto a la actuación exterior de la Unión Europea. Claro que tal pretensión obligaría al propio Tribunal de Luxemburgo a modificar radicalmente su jurisprudencia acerca de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad en su política normativa de ejecución de las resoluciones del Consejo de Seguridad<sup>69</sup>.

#### **4.2. Concreción de garantías y delimitación de los derechos afectados.**

##### **La ampliación del sistema de recurso del Tercer Pilar a todos los actos con efectos frente a terceros y la nulidad de las decisiones del Consejo por falta de motivación suficiente. La ausencia de vinculación directa o automática con el Consejo de Seguridad**

Tal planteamiento diferenciado de los sistemas judiciales nacionales y comunitario, ha llevado al TJCE a presentar nuevas propuestas en los asuntos de la *Organización de los Modjahedines del Pueblo de Irán c. Consejo*<sup>70</sup>, *Gestoras pro Amnistía y otros c. Consejo y Segi y otros c. Consejo*<sup>71</sup>. Estos asuntos poseen en común elementos distintivos que los diferencian de los casos anteriores, otorgándoles, como veremos, un tratamiento más acorde con las garantías propias del derecho de defensa y tutela judicial efectiva, lo que nos lleva a concluir que estamos en presencia de una discriminación derivada de la «*adscripción terrorista*» del sistema sancionador de

<sup>67</sup> Vid. apartado 152 de la Sentencia. El énfasis es añadido.

<sup>68</sup> Vid. al respecto J. SANTOS VARA, *loc. cit.*, p. 24.

<sup>69</sup> Sobre esta cuestión *vid.* la Sentencia de 28 de abril de 1998 del TPI en el asunto T-185/95, *Dosrch Consult c. Consejo y Comisión*, Rec. II 1998-3/4, pp. 667-704.

<sup>70</sup> Asunto T-228/02, Sentencia del TPI (Sala Segunda), de 12 de diciembre de 2006.

<sup>71</sup> Asuntos C-354/04 P y C-355/04 P, sentencias del TJCE (Gran Sala), de 27 de febrero de 2007.

que se trate adscribiéndonos, en cierta medida, al estatuto diferenciado y antijurídico otorgado a «los combatientes ilegales» del terrorismo talibán.

En primer lugar, los asuntos en cuestión se refieren a sanciones económicas y financieras impuestas a personas, grupos o entidades que carecen absolutamente de la dimensión estatal anteriormente referida puesto que se enmarcan en la agenda global de la lucha contra el terrorismo internacional iniciada por la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad tras los atentados del 11 de septiembre. Consecuencia de esta precisión es que la base jurídica complementaria de los actos sancionadores comunitarios previstos en los artículos 60 y 301 TCE ha sido la cláusula de flexibilidad del artículo 308 TCE<sup>72</sup>. En segundo lugar, porque la elaboración de la lista consolidada de personas, grupos o entidades relacionadas con el terrorismo internacional ha correspondido directamente a la Unión Europea a instancia de los Estados miembros de acuerdo con las obligaciones de resultado previstas en la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad. Tales actos y medidas comunitarias, no resultan del ejercicio de una competencia internacional reglada y, por tanto, no se benefician del efecto de «primacía» del Derecho de las Naciones Unidas (arts. 25 y 103 de la Carta de las Naciones Unidas), sino que se inscriben más bien en el ejercicio de la amplia facultad de apreciación de que dispone el Consejo de la Unión Europea en el ámbito de la PESC<sup>73</sup>. Tales consideraciones resultan avaladas por el TPI aunque con la reserva de las posibles dificultades que puedan derivar de la *inexistencia, en la actualidad, de una definición universalmente aceptada de los conceptos de «terrorismo» y de «acto de terrorismo» en el Derecho internacional*<sup>74</sup>. Tal ruptura de automatismo y carácter reglado del acto se extiende, además, a la relación entre las posiciones comunes adoptadas en el marco de los pilares intergubernamentales y el derecho derivado comunitario adoptado al efecto en virtud de la pasarela prevista en el artículo 301 TCE<sup>75</sup>.

Como última nota destacable hay que indicar que la normativa comunitaria no trae su origen exclusivo en las posiciones comunes adoptadas en el ámbito de la PESC, sino que se toma como marco jurídico de actuación adicional el Tercer Pilar relativo a la CPJP<sup>76</sup>, pilar que, como indicara el Abogado General RUIZ-JARABO CO-

<sup>72</sup> Reglamento 2580/2001 del Consejo, Decisión 2001/927/CE del Consejo, Decisión 2002/334/CE del Consejo, Decisión 2002/460/CE del Consejo, Decisión 2005/930/CE del Consejo.

<sup>73</sup> Cfr. aparatos 102-103 de la Sentencia *Modjahedines*.

<sup>74</sup> Cfr. *ibid.* apartado 104.

<sup>75</sup> A tal efecto, la Sentencia *Modjahedines* precisa en su apartado 106 que «el Consejo subraya también, con razón, que la Comunidad no actúa en virtud de una competencia sometida a la voluntad de la Unión o a la de los Estados miembros cuando el Consejo adopta, como en el caso de autos, medidas de sanción económica al amparo de los artículos 60 CE, 301 CE y 308 CE. Por lo demás, estima que éste es el único punto de vista compatible con la propia redacción del artículo 301 CE, según el cual el Consejo decidirá en la materia «por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión», así como con la redacción del artículo 60 CE, apartado 1, de acuerdo con el cual el Consejo «podrá tomar», con arreglo al mismo procedimiento, las medidas urgentes que exija un acto perteneciente al ámbito de la PESC».

<sup>76</sup> Posiciones comunes: 2001/930/PESC, 2001/931/PESC, 2002/340/PESC 2002/462/PESC, 2005/847/PESC 2005/936/PESC.

LOMER respecto al asunto sobre la *euro-orden*, ha experimentado un importante proceso de comunitarización aproximándose a un sistema jurídico supranacional de integración, en el que los Estados, renunciando parcialmente a su soberanía, transfieren competencias a instancias ajenas, con capacidad de producción normativa<sup>77</sup>.

**A) *La vuelta al sistema de garantías derivadas del derecho a un proceso equitativo: el asunto Modjahedines***

Respecto a la cuestión que ahora analizamos, la Sentencia que constituye el principal avance es la dictada en el asunto *Modjahedines* en la que se pretende acotar la actuación sancionadora en virtud de los derechos afectados de los sancionados. En primer lugar, se intenta delimitar la discrecionalidad del Estado a la hora de confeccionar las listas introduciendo, eso sí, un elemento judicial un tanto distorsionador pues el inicio de un proceso judicial contra presuntos terroristas activa o habilita la actuación gubernamental para imponer sanciones o medidas cautelares al margen de la propia actuación judicial. Estos es, se activan dos procesos sancionadores paralelos que tienen un origen común pero que siguen y obedecen a procedimientos y resultados diferentes<sup>78</sup> ¿La mera apertura de un proceso judicial, incluso la existencia

---

<sup>77</sup> Cfr. Asunto C-303/05, Conclusiones del Abogado General, Sr. Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 12 de septiembre de 2006. *vid.* J.F. CASTILLO GARCÍA, «La comunitarización del Tercer Pilar: un paso necesario para la consolidación del espacio penal europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 11 octubre de 2006 (<http://www.iustel.com>). Una de las últimas manifestaciones de la comunitarización del Tercer Pilar ha sido la Decisión 2007/551/PESC/JAI del Consejo, de 23 de julio de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos (Acuerdo PNR 2007) que tienen como base jurídica los artículos 24 y 28 TUE y que fue fruto de las Sentencias C-317/04 y C-318/04 de 30 de mayo de 2006 por las que el Tribunal resolvía los recursos planteados por el Parlamento contra el Consejo y cuya finalidad, paradójicamente por el resultado final, era dotar de mayores garantías a esta transferencia. Sobre estos asuntos *vid.* A. RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, «Derechos fundamentales, lucha antiterrorista y espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (de nuevo en torno a las listas antiterroristas y la intimidad de los usuarios de las líneas aéreas)», *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 10, 2006, pp. 219-234.

<sup>78</sup> A tenor del artículo 1, apartado 4, de la Posición común 2001/931 PESC, la lista que figura en el anexo se confeccionará sobre la base de informaciones concretas o de elementos del expediente que muestren que una autoridad competente ha adoptado una decisión respecto de las personas, grupos y entidades mencionados, tanto si se trata de la apertura de investigaciones o de procedimientos en relación con un acto terrorista, como de la tentativa de cometer, o de participar, o de facilitar dicho acto, basada en pruebas o en indicios serios y creíbles, o si se trata de una condena por dichos hechos. Se entenderá por «autoridad competente» una autoridad judicial, o, cuando las autoridades judiciales no tengan competencia en el ámbito contemplado en la materia, una autoridad competente equivalente en dicho ámbito. Conforme al apartado 6 de las directrices del Comité de Sanciones 1267 (1999) respecto Al-Qaida y los Talibanes anteriormente citada, se establece que antes de proponer la inclusión de un nombre en la Lista Consolidada, se alienta a los Estados Miembros, si lo consideran oportuno, información adicional al Estado o los Estados de residencia o ciudadanía de la persona en cuestión o de constitución o registro de la entidad en cuestión. Se aconseja a los Estados que presenten los nombres en cuanto reúnan las pruebas de asociación con Al-Qaida o los talibanes. No es necesario para la inclusión

de una sentencia condenatoria, puede legitimar la imposición de sanciones gubernamentales ajenas al proceso judicial y al margen de las garantías procesales propias de cualquier procedimiento sancionador?

Sobre esta cuestión, el TPI acepta que el procedimiento que puede terminar con una medida de congelación de fondos en virtud de la normativa pertinente se desarrolla, pues, en dos ámbitos distintos: uno nacional y otro comunitario. A este respecto la comprobación de que existe una decisión de una autoridad nacional competente se revela como un requisito previo esencial para que el Consejo adopte una decisión inicial de congelación de fondos. Así pues, la cuestión del respeto del derecho de defensa y la tutela judicial efectiva en el contexto de la adopción de una decisión de congelación de fondos puede y debe plantearse también en estos dos ámbitos sin que las instituciones comunitarias puedan pronunciarse sobre la regularidad del procedimiento abierto contra el interesado de conformidad con el derecho aplicable del Estado miembro proponente de la medida sancionadora de acuerdo con el principio de cooperación leal contemplado en el artículo 10 TCE<sup>79</sup>. Se debe, sin embargo, añadir con el TPI que estas consideraciones sólo son válidas siempre que las pruebas o indicios en cuestión hayan sido sometidas a la apreciación de la autoridad nacional competente anteriormente aludida. Por el contrario, si a lo largo del procedimiento que se desarrolla ante él, el Consejo funda su decisión inicial o una decisión subsiguiente de congelación de fondos sobre elementos de información o de prueba que le comunican los representantes de los Estados miembros sin haberlos sometido a la

---

en la lista, que se hayan presentado cargos contra una persona o se la haya condenado, puesto que las sanciones tienen carácter preventivo. El Comité examinará las propuestas de inclusión en la lista en función del criterio de asociación descrito en los párrafos 2 y 3 de la resolución 1617 (2005). Se alienta a los Estados a que cuando presenten nombres de grupos, empresas o entidades, propongan, si lo consideran oportuno, la inclusión en la lista al mismo tiempo de los nombres de las personas responsables de las decisiones del grupo, la empresa o la entidad de que se trate. Los Estados Miembros presentarán una exposición en apoyo de la propuesta de inclusión en la lista, que será su fundamento o justificación de conformidad con las resoluciones pertinentes. En la exposición se detallarán lo mejor posible los motivos para la inclusión en la lista, con indicación de lo siguiente: 1) datos concretos que demuestren la asociación o las actividades atribuidas; 2) procedencia de los indicios (servicios de inteligencia, policía, judicatura, medios de comunicación, afirmaciones del propio sujeto, etc.) y 3) indicios o documentos complementarios que puedan aportarse. Los Estados incluirán detalles de cualquier conexión con individuos o entidades que figuren en la lista e indicarán qué parte(s) de la exposición puede el Comité hacer pública(s) o facilitar a los Estados Miembros a petición de éstos»

<sup>79</sup> Respecto a la cooperación leal sobre esta cuestión, el TPI precisa en el apartado 124 de la Sentencia *Modjhedines* que «en un caso de aplicación del artículo 1, apartado 4, de la Posición común 2001/931 y del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 2580/2001, disposiciones que instauran una forma de cooperación específica entre el Consejo y los Estados miembros en el marco de la lucha contra el terrorismo, el Tribunal de Primera Instancia estima que dicho principio entraña, para el Consejo, la obligación de ajustarse tanto como sea posible a la apreciación de la autoridad nacional competente, al menos cuando se trata de una autoridad judicial, tanto en lo que se refiere a la existencia de «pruebas o indicios serios y creíbles» en los cuales se basa su decisión, como en lo que concierne al posible reconocimiento de restricciones de acceso a esas pruebas o indicios, legalmente justificadas en Derecho nacional, en particular, por razones de orden público, de seguridad pública o de mantenimiento de las relaciones internacionales».

apreciación de dicha autoridad nacional competente, debe considerarse que se trata de nuevas pruebas de cargo que deben, en principio, ser objeto de una comunicación y de una audiencia en el ámbito comunitario, si no lo han sido ya en el ámbito nacional<sup>80</sup>.

Por otro lado, se concreta la sucesión de elementos que conforman la vulneración del derecho alegado. En tal sentido, el TPI examina conjuntamente los motivos basados en la vulneración del derecho de defensa, el incumplimiento de la obligación de motivación y la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva señalando que están estrechamente ligados. Se trata de un análisis pormenorizado de estos derechos para garantizar que las personas afectadas no se encuentren en absoluta indefensión ante las decisiones adoptadas y permitir una real y efectiva tutela judicial. En tal sentido se afirma, haciendo acopio de una reiterada jurisprudencia, por una parte, que en efecto, la garantía del derecho de defensa contribuye a asegurar el adecuado ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva. Por otra parte, existe una relación entre el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo y la obligación de motivación. Según la Sala Segunda del TPI «la obligación que incumbe a las instituciones comunitarias conforme al artículo 253 CE de motivar sus actos no responde solamente a una preocupación formal, sino que tiene por objeto permitir al juez comunitario ejercer su control de legalidad y a los interesados conocer las justificaciones de la medida adoptada, para poder defender sus derechos y comprobar si el acto está o no fundado. Así, los interesados sólo pueden sacar verdadero provecho de su recurso judicial si tienen un conocimiento exacto del contenido y de los motivos del acto en cuestión»<sup>81</sup>.

Tras esta precisión, el TPI concreta que salvo excepciones, la garantía del derecho de defensa comporta, en principio, dos aspectos principales. Por un lado, que se deben comunicar al interesado las pruebas de cargo que se tienen en cuenta para fundar la sanción administrativa propuesta (*comunicación de las pruebas de cargo*)

---

<sup>80</sup> Cfr. apartado 125 de la Sentencia. En el caso de autos, mediante auto de 28 de marzo de 2001, el Secretary of State for the Home Department (Ministro del Interior del Reino Unido, en lo sucesivo, «Home Secretary») inscribió a la demandante en la lista de organizaciones proscritas al amparo de la Terrorism Act 2000 (Ley de 2000 sobre el terrorismo). La demandante interpuso dos recursos paralelos contra este auto, uno de alzada (appeal) ante la Proscribed Organisations Appeal Comisión (Comisión de apelación en materia de organizaciones prohibidas, en lo sucesivo, «POAC»), y otro contencioso-administrativo (judicial review) ante la High Court of Justice (England and Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), en lo sucesivo, «High Court»]. Mediante sentencia de 17 de abril de 2002, la High Court desestimó el recurso de revisión interpuesto por la demandante contra el auto del Home Secretary de 28 de marzo de 2001, por considerar, en esencia, que la POAC era el foro adecuado para escuchar los argumentos de la demandante, incluidos los que se basan en la violación del derecho a ser oído. Mediante sentencia de 15 de noviembre de 2002, la POAC desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto del Home Secretary de 28 de marzo de 2001 por considerar, en particular, que nada impone una audiencia previa de la demandante ante éste, ya que dicha audiencia es, por lo demás, imposible o inadecuada en el marco de una legislación dirigida contra organizaciones terroristas. Según esta misma resolución, el régimen legal de la Terrorism Act 2000 prevé una posibilidad leal para que la demandante exponga su punto de vista ante la POAC.

<sup>81</sup> Vid. apartado 89 de la Sentencia *Modjahedines*.

y por otro lado, debe tener la ocasión de dar a conocer oportunamente su punto de vista sobre las mismas (*audiencia*). En el caso de que se admita que por razones imperiosas de seguridad de la Comunidad o de sus Estados miembros (incluidas las relacionadas con el mantenimiento de sus relaciones internacionales), interés general y eficacia de las sanciones, habría resultado incompatible la comunicación de las pruebas y la audiencia, incluso en determinadas circunstancias muy específicas la identificación del Estado miembro o tercer país proponente, no obstante resulta necesario, en aras a la efectividad del recurso jurisdiccional, la comunicación de las pruebas de cargo en la medida de lo posible, al mismo tiempo o bien lo antes posible tras la adopción de la decisión inicial de congelación de fondos. Con las mismas salvedades, toda decisión subsiguiente de congelación de fondos debe, en principio, ir precedida por una comunicación de las nuevas pruebas de cargo y por una audiencia<sup>82</sup>. Por lo demás, dichas limitaciones se ajustan a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, incluso en el contexto más estricto de un proceso penal contradictorio sujeto a las exigencias del artículo 6 del CEDH, admite que, en asuntos que afectan a la seguridad nacional y más concretamente en materia de terrorismo, pueden contemplarse ciertas limitaciones del derecho de defensa, en particular en lo que atañe a la divulgación de las pruebas de cargo o a las modalidades de acceso a los autos<sup>83</sup>.

Respecto a la motivación, se reitera la jurisprudencia acerca de que la obligación de motivar un acto lesivo tiene como finalidad, por una parte, proporcionar al interesado una indicación suficiente sobre si la decisión está bien fundada o si adolece, en su caso, de algún vicio que permita impugnar su validez ante el juez comunitario, y, por otra parte, permitir a éste el ejercicio de su control sobre la legalidad de dicho acto<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Cfr. apartados 129 y 137 de la Sentencia.

<sup>83</sup> Cfr. apartados 135 y 156 de la Sentencia. El TPI cita la siguiente jurisprudencia del TEDH: las sentencias *Chahal c. Reino Unido* de 15 de noviembre de 1996, apartado 131, y *Jasper c. Reino Unido* de 16 de febrero de 2000, apartado 51 a 53; *Öcalan c. Turquía* de 12 de marzo de 2003, apartado 106. Asimismo se hace referencia al artículo IX.3 de las Líneas Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 11 de julio de 2002 relativas a los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo.

<sup>84</sup> Conforme al apartado 141 de la Sentencia, «según una jurisprudencia reiterada, la motivación exigida por el artículo 253 CE debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y al contexto en el cual éste se adopte. Debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control de legalidad. La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 253 CE debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate. En particular, un acto lesivo está suficientemente motivado cuando tiene lugar en un contexto conocido por el interesado permitiéndole comprender el alcance de la medida adoptada respecto a él... Además, el grado de precisión de la motivación de una decisión debe ser proporcionado a las posibilidades materiales y a las circunstancias técnicas o de plazo en las que debe dictarse».

Además, tampoco se admite la posibilidad de subsanar la total falta de motivación posteriormente a la presentación de un recurso jurisdiccional, pues perjudicaría el derecho de defensa del demandante puesto que a éste le quedaría tan sólo la réplica para formular sus alegaciones en contra de la motivación conocida una vez presentado el escrito inicial de interposición del recurso. De este modo se resentiría el principio de igualdad de las partes ante el juez comunitario<sup>85</sup>.

Tras estas precisiones, el Tribunal constata que no puede admitir, como sostiene el Consejo, que la motivación pueda consistir únicamente en una redacción general y estereotipada, copiada de la redacción del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 2580/2001 y del artículo 1, apartados 4 o 6, de la Posición común 2001/931. El Consejo, salvo la existencia de las razones imperiosas mencionadas respecto al derecho de defensa, debe mencionar los elementos de hecho y de Derecho de los que depende la justificación legal de su Decisión y las consideraciones que le llevaron a adoptarla. La motivación de una medida de esta naturaleza debe, pues, indicar las razones específicas y concretas por las que el Consejo considera que la normativa pertinente es aplicable al interesado<sup>86</sup>.

Las anteriores consideraciones confluyen en la apreciación del respeto del derecho a la tutela judicial efectiva. A tal efecto, el TPI afirma que el control judicial ínsito en este derecho se revela tanto más indispensable cuanto que constituye la única garantía de procedimiento que permite asegurar un equilibrio adecuado entre las exigencias de la lucha contra el terrorismo internacional y la protección de los derechos fundamentales. *Dado que las limitaciones que inflige el Consejo al derecho de de-*

---

<sup>85</sup> Cfr. apartados 138-139. Además se resalta que el respeto de la obligación de motivación es tanto más importante cuanto que el interesado no goza de un derecho de audiencia previo a la adopción de una decisión inicial de congelación de fondos, ya que constituye la única garantía que permite al interesado utilizar oportunamente las vías de recurso a su alcance para impugnar la validez de dicha decisión, al menos después de la adopción de la misma (apartado 140).

<sup>86</sup> Cfr. apartados 143 y 151. Como fundamento normativo de tal consideración, el apartado 149 señala que «en relación con esto, y si bien no es aplicable en las circunstancias del caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia considera que hay que inspirarse en las disposiciones de la 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) nº 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 (DO L 158, p. 77, rectificación DO L 229, p. 35, rectificación de la rectificación DO 2005, L 197, p. 34). Ésta establece, en su artículo 30, apartado 2, que «se comunicarán al interesado, con precisión y por extenso, las razones de orden público, seguridad pública o salud pública en las que se base la decisión [que limite la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia], a menos que a ello se opongan razones de seguridad del Estado». En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva en el apartado 157 se menciona que esta «Directiva establece, en su artículo 31, apartado 1, que las personas afectadas por la misma tendrán acceso a las vías de recurso judiciales y, en su caso, administrativas, del Estado miembro de acogida para impugnar una decisión adoptada contra ellas por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. Además, a tenor del artículo 31, apartado 3, de esta Directiva, el procedimiento de recurso permitirá el examen de la legalidad de la decisión, así como de los hechos y circunstancias en que se basa la medida propuesta».

*fensa de los interesados deben compensarse con un estricto control jurisdiccional independiente e imparcial, el juez comunitario debe poder controlar la legalidad y legitimidad de las medidas de congelación de fondos, sin que se le puedan oponer el secreto o la confidencialidad de los elementos de prueba y de información utilizados por el Consejo.* Puesto que el juez comunitario no puede sustituir la valoración que efectúa el Consejo de las pruebas, hechos y circunstancias que justifican la adopción de tales medidas, por la suya propia, el control del Tribunal de Primera Instancia acerca de la legalidad de las decisiones de congelación de fondos debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos y la inexistencia de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder. Este control limitado se aplica, en particular, a la valoración de las consideraciones de oportunidad sobre las que se basan dichas decisiones<sup>87</sup>. La aplicación de estas conclusiones al caso, llevan al TPI a estimar que:

*«No solamente la demandante no pudo dar a conocer oportunamente su punto de vista ante el Consejo, sino que, al faltar cualquier indicación, en la Decisión impugnada, de los motivos específicos y concretos que la justifican, tampoco tuvo la oportunidad de hacer prosperar su recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, dadas las relaciones, ya puestas de manifiesto, que existen entre la garantía del derecho de defensa, la que emana de la obligación de motivación y la del derecho a un recurso judicial efectivo... Es más, ni los escritos de las diferentes partes en el litigio ni los elementos del expediente presentados al Tribunal de Primera Instancia permiten que éste ejerza su control jurisdiccional puesto que ni siquiera está en condiciones de determinar con certeza, al término de la fase oral, cuál es la decisión nacional a la que se refiere el artículo 1, apartado 4, de la Posición común 2001/931, sobre la que se basa la Decisión impugnada»<sup>88</sup>.*

Tras lo cual declara nula por falta de motivación, vulneración del derecho de defensa y imposibilidad del ejercicio efectivo de control jurisdiccional la Decisión impugnada (Decisión 2005/930/CE del Consejo) relativa a la aplicación del Reglamento CE número 2580/2001.

### ***B) La interpretación teleológica-sistemática del TJCE: la ampliación de los recursos judiciales previstos en el Título VI TUE sobre todos los actos con efectos frente a terceros del Tercer Pilar (asuntos Segi/Gestoras)***

Si hasta entonces, el Tribunal de Luxemburgo sólo había admitido la impugnación de las Posiciones comunes cuando se invocase la inobservancia de las competencias de la Comunidad en virtud del artículo 47 TUE<sup>89</sup>, tal jurisprudencia resulta modificada por la Gran Sala del Tribunal en los asuntos *Segi* y *Gestoras pro Amnis*

<sup>87</sup> Vid. apartados 155 y 159.

<sup>88</sup> Vid. apartados 165-166.

<sup>89</sup> Cfr. apartado 56 Sentencia *Modjahedines*

tía resueltos por sentencias de 27 febrero de 2007<sup>90</sup>, asuntos que venían precedidos de una decisión de inadmisibilidad adoptada por el TEDH el 23 de mayo de 2002<sup>91</sup>, de un auto del TPI de 5 de junio de 2003 por el se declaró la incompetencia manifiesta del Tribunal para conocer de la acción de responsabilidad por daños de los recurrentes en virtud del sistema de recursos previstos en el título VI del TUE (arts. 35 y 46 TUE) y de la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 19 de enero de 2007, por la que se condenaba a *Segi* como organización terrorista<sup>92</sup>.

En los asuntos mencionados, la Gran Sala precisa que en virtud del artículo 35 TUE, el Tribunal de Justicia sólo es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de las decisiones marcos y convenios celebrados de conformidad con el título VI del TUE así como sobre la validez e interpretación de sus medidas de aplicación, sin que los Estados hayan previsto, ni el Tratado así lo haya recogido, la cuestión prejudicial de interpretación y validez de las posiciones comunes. Es más y como precisa el Tribunal, aun cuando quepa pensar en un sistema de medios de impugnación y, en concreto, en un régimen de responsabilidad extracontractual distinto del instaurado por el Tratado, corresponde, en su caso, a los Estados miembros, con arreglo al artículo 48 UE (procedimiento de revisión de los Tratados), reformar el sistema actual en vigor<sup>93</sup>.

No obstante lo anterior, para el Tribunal se impone una interpretación teleológica sistemática que trasciende el literalismo de las disposiciones convencionales del Tratado constitutivo para incardinarse en la defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales del artículo 6 TUE en la constatación de que, como ya se hi-

---

<sup>90</sup> Sobre estas sentencias *vid.* C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, «El derecho a la tutela judicial efectiva en la Unión Europea en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal (comentario a la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia, de 27 de febrero de 2007)», *Noticias de la Unión Europea*, nº 275, diciembre 2007.

<sup>91</sup> TEDH, demanda nº 6422/02 presentada por SEGI y otros contra Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Reino Unido y Suecia. A esta demanda se sumó la presentada por las Gestoras Pro-Amnistía y otros contra los mismos quince Estados (demanda nº 9916/02) *Vid.* el texto en Conseil de l'Europe, lo sucesivo, Recueil des arrêts et décisions 2002-V. También en Recueil HUDOC <http://cmiskp.echr.coe.int>. El TEDH declaró la inadmisibilidad del recurso basándose en que la situación denunciada no les confería a los recurrentes la cualidad de víctimas de una violación del Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950. De acuerdo con la jurisprudencia de Estrasburgo sólo *excepcionalmente* puede admitirse una demanda individual contra un Estado con carácter preventivo y tal hipótesis sólo es admitida por el TEDH cuando el demandante proporcione al Tribunal «indicios razonables y convincentes de la probabilidad de realización de una violación en lo que le concierne personalmente» siendo insuficientes a este respecto simples sospechas o conjeturas.

<sup>92</sup> Mediante Autos de 5 de febrero y 11 de marzo de 2002, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional declaró ilegales las actividades de la organización *Segi* y ordenó el ingreso en prisión de algunos de sus presuntos dirigentes, alegando que esta organización formaba parte de la organización terrorista ETA. Posteriormente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por Sentencia 1025/2007 de 19 de enero, declaró que *Segi* (así como *Jarrai* y *Haika*) son organizaciones terroristas y no meras asociaciones ilícitas, como consideró la Audiencia Nacional en los Autos citados (en contra, el voto particular del Magistrado GIMÉNEZ GARCÍA).

<sup>93</sup> Cfr. apartado 50 de la Sentencia *Segi*.

ciera en el asunto *María Pupino*, los medios de impugnación de los actos del Título VI del TUE son menores que en el Pilar Comunitario.

Las posiciones comunes, como pone de manifiesto el propio TJCE, obligan a los Estados miembros a atenerse a ellas «en virtud del principio de cooperación leal, que supone concretamente que los Estados miembros han de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión Europea (...). Así, el artículo 37 UE establece que los Estados miembros defenderán las posiciones comunes “en las organizaciones y en las conferencias internacionales en las que participen”»<sup>94</sup>. En consecuencia, las posiciones comunes no están llamadas a producir, por sí mismas, efectos jurídicos frente a terceros. Tal previsión justifica las limitaciones jurisdiccionales anteriormente expuestas. Consecuentemente con tal razonamiento, en aquellos supuestos en que las posiciones comunes se desprendan de su función originaria y, a pesar de su forma, encubran una *potencialidad normativa superior*, en ese caso el TJCE deba replantearse su función jurisdiccional así como el alcance de las previsiones del Título VI. A tal efecto se indica que,

*«en la medida en que la finalidad del procedimiento que permite al Tribunal de Justicia pronunciarse con carácter prejudicial es garantizar el respeto del Derecho al interpretar y aplicar el Tratado, sería contrario a dicho objetivo interpretar restrictivamente el artículo 35 UE, apartado 1. Por tanto, debe admitirse la posibilidad de someter con carácter prejudicial al Tribunal de Justicia cualquier asunto relativo a disposiciones adoptadas por el Consejo, con independencia de su naturaleza o de su forma, dirigidas a producir efectos jurídicos frente a terceros... En consecuencia, debe poder someterse al control del Tribunal de Justicia una posición común que, por su contenido, tiene un alcance que excede el que atribuye el Tratado UE a este tipo de acto. Por tanto, un órgano jurisdiccional que conoce de un litigio en el que, de manera incidental, se suscita la cuestión de la validez o de la interpretación de una posición común adoptada con arreglo al artículo 34 UE, como sucede en el presente asunto con la Posición común 2001/931 y, en cualquier caso, con su artículo 4 y su anexo, y que alberga serias dudas acerca de si dicha posición común despliega en realidad efectos jurídicos frente a terceros, podría solicitar al Tribunal de Justicia que se pronunciara con carácter prejudicial en las condiciones enunciadas en el artículo 35 UE. Correspondería entonces al Tribunal de Justicia comprobar, en su caso, si la posición común despliega efectos jurídicos frente a terceros, establecer la verdadera naturaleza del acto y pronunciarse con carácter prejudicial»*<sup>95</sup>.

Abierta la puerta prejudicial del artículo 35.1 al control de los actos de Tercer Pilar que produzcan efectos frente a terceros, la lógica conduce al TJCE a hacer extensiva la misma interpretación al artículo 35.6 TUE y superar su literalidad. En conse-

<sup>94</sup> Parágrafo 52 de la Sentencia de la Gran Sala, de 27 de febrero de 2007.

<sup>95</sup> *Vid.* apartados 53 y 54. El TJCE cita en su apoyo la siguiente jurisprudencia: las sentencias de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo, denominada «AETR», 22/70, Rec. p. 263, apartados 38 a 42, y de 20 de marzo de 1997, Francia/Comisión, C57/95, Rec. p. I-1627, apartados 7 y siguientes).

cuencia, el TJCE afirma también su competencia para controlar la legalidad de dichos actos normativos cuando un Estado miembro o la Comisión interpusiera un recurso en las condiciones enunciadas en el artículo 35.6 TUE. Esto es, por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del TUE o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder. Por estas razones, el TJCE desestima el recurso al entender que los recurrentes poseían recursos para impugnar la posición común impugnada, recordando que es a los Estados miembros y, en concreto, a sus órganos jurisdiccionales a quienes incumbe interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que permitan a las personas físicas y jurídicas impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional que les afecte relativa a la elaboración o a la aplicación de un acto de la Unión Europea y solicitar, en su caso, la reparación del perjuicio sufrido<sup>96</sup>.

De nuevo el Tribunal se remite a la impugnación de los actos políticos de los respectivos gobiernos que precedieron a la elaboración de las listas insertas en los actos comunitarios en vigor (en España, la aplicación de la doctrina de los *papeles del CESID* anteriormente indicada), sin que quepa posibilidad de impugnar a nivel nacional los actos comunitarios receptores. Para este caso, habría que acudir a los controles judiciales del Tercer Pilar tal y como quedan definidos en esta jurisprudencia. Tal situación, como hemos vistos, no prevé en todo caso legitimación directa para los particulares afectados, quienes tendrán que confiar en una posible cuestión prejudicial remitida por los jueces o tribunales del Estado proponente o ejecutor de la medida, si es que éste ha formulado la declaración de aceptación de la competencia del Tribunal pues este recurso tiene en el Tercer Pilar carácter facultativo –sólo 14 de los 27 Estados miembros han aceptado<sup>97</sup>–, sin olvidar que los Estados miem-

<sup>96</sup> Parágrafo 56 de la Sentencia de la Gran Sala, de 27 de febrero de 2007.

<sup>97</sup> Conforme a la Información sobre esta cuestión ofrecida por el Consejo (DO C 318 de 14 de diciembre de 2005) la situación de las declaraciones sobre la aceptación de la jurisdicción del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre los actos a que se refiere el artículo 35 del Tratado de la Unión Europea es la siguiente: el Reino de España y la República de Hungría han declarado que aceptan la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas según las modalidades previstas en el artículo 35.2 y 3.a) del Tratado de la Unión Europea, esto es, sólo respecto a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial; el Reino de Bélgica, la República Checa, la República Federal de Alemania, la República Helénica, la República Francesa, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Finlandia y el Reino de Suecia han declarado que aceptan la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas según las modalidades previstas en el artículo 35.2 y 3.b) del Tratado de la Unión Europea, esto es, respecto a cualquier órgano jurisdiccional del Estado; al hacer las declaraciones antes mencionadas, el Reino de Bélgica, la República Checa, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria se reservaron el derecho de establecer en su Derecho nacional disposiciones en el sentido de que, cuando se plantee una cuestión relativa a la validez o a la interpretación de uno de los actos mencionados en el artículo 35.1 en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

bros pueden reservarla exclusivamente a los órganos jurisdiccionales que decidan en última instancia, como es el caso de España. O en su caso, instar a los Estados miembros o a la Comisión a que impugne tal decisión, situación que difícilmente resulta imaginable. Por todas estas razones, se puede concluir que en este ámbito de decisión, el control jurisdiccional sigue resultando insuficiente –y hasta discriminatorio sobre la base y el grado del reconocimiento estatal de la cuestión prejudicial–, por lo que resulta difícil concebir que superaría el test de protección equivalente exigido por el TEDH en el asunto *Bosphorus*, pues ni siquiera resulta equivalente la cuestión prejudicial del artículo 35 TUE a la garantía prejudicial defendida por el TEDH en el asunto mencionado respecto del pilar comunitario.

**C) La «descomunitarización normativa y nacionalización judicial» del Tercer Pilar propuesta por el Abogado General Paolo Mengozzi**

Si bien los avances aportados por esta jurisprudencia no son desdeñables desde la perspectiva del derecho de defensa y tutela judicial efectiva, sin embargo generan un panorama fragmentario y discriminatorio del mismo. En este sentido, el debate inicialmente planteado acerca de una mayor comunitarización del Tercer Pilar con un sistema incompleto e insuficiente de recursos o una «descomunitarización» del mismo, otorgando un mayor protagonismo a los ordenamientos nacionales, sigue sin cerrarse a la espera de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Es más, tal disyuntiva se planteó abiertamente en las conclusiones del Abogado General, Paolo MENDOZZI, presentadas el 26 de octubre de 2006 sobre los asuntos *Gestoras* y *Segi*. En ellas se parte precisamente de la aseveración de que es harto improbable que el TEDH extienda al Tercer Pilar la presunción de equivalencia en la protección de los derechos fundamentales que estableció entre el CEDH y el ordenamiento comunitario mediante el control «marginal» que realizó de la garantía judicial de los actos comunitarios adoptados. Es más, descarta que el recurso ante el TEDH resulte una garantía que venga a suplir las deficiencias jurisdiccionales de la UE, pues el Tribunal de Estrasburgo lleva a cabo un control *externo* al sistema de la Unión y de carácter subsidiario que, por consiguiente, no podría suplir la eventual ausencia, en el *interior* del sistema, de garantías adecuadas de tutela de los derechos fundamentales ni la grave incoherencia que se derivaría de ello para todo el sistema de la UE<sup>98</sup>.

El Abogado General italiano parte de la premisa de que el Estado de Derecho no es tanto el basado en las normas y en la proclamación de los derechos, sino el que se funda en mecanismos que permiten hacer respetar las normas y los derechos (*ubi ius ibi remedium*). El «derecho al juez es inherente al Estado de Derecho», es un «corolario», «una conquista y un instrumento» de éste. El Derecho de la Unión reconoce expresamente a los particulares (artículo 6 UE, apartado 2), un conjunto de derechos fundamentales, que en principio debe considerarse que pueden ser alegados en juicio como parámetros de legitimidad de los actos de la Unión, tal y como se desprende

<sup>98</sup> Cfr. apartados 86-89 de sus Conclusiones.

del artículo 46 UE, letra d). Por tanto, debe tomarse como punto de partida la hipótesis de que, en virtud del artículo 6 UE, apartados 1 y 2, la Unión admite el control jurisdiccional de la legitimidad de la acción de sus instituciones y garantiza la tutela judicial de los derechos, especialmente de los calificables como fundamentales. No puede invocarse ninguna disposición del Tratado UE en sentido contrario para afirmar, en particular, que la intención de sus autores fuera dejar al margen de dicho control y de dicha tutela el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, en el cual la acción de la Unión puede además incidir negativamente en los derechos y libertades fundamentales de los particulares con más facilidad que en otros sectores que son competencia de la Unión y se despliega con una implicación aún muy limitada del Parlamento Europeo<sup>99</sup>.

A continuación constata que el Tercer Pilar no constituye un ordenamiento supranacional equivalente al pilar comunitario, sin que puede afirmarse por otro lado que el «Título VI del Tratado UE haya instituido un *sistema completo* de vías de recurso y de procedimientos *dirigido a confiar al Tribunal de Justicia* el control de la legalidad de los actos del Consejo del artículo 34 UE. En efecto, resulta evidente que *las únicas competencias atribuidas al Tribunal de Justicia* por el artículo 35 UE no integran un *sistema completo* de vías de recurso y de procedimientos que garantice el control de la legalidad de dichos actos; la ausencia de la remisión prejudicial de validez en los Estados miembros que no efectuaron una declaración con arreglo al artículo 35 UE, apartado 2, habida cuenta de la absoluta falta de previsión de un recurso directo ante el Tribunal de Justicia ejercitable por los particulares contra tales actos, basta para demostrar este extremo»<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> Cfr. apartados 101-103.

<sup>100</sup> *Vid.* apartado 123. En el apartado 132 se precisa que el Abogado General ha «hecho esta disgresión sobre el modelo de competencia prejudicial del Tribunal de Justicia previsto por el artículo 35 UE para mostrar cómo los Estados miembros han definido un sistema jurisdiccional para el tercer pilar de la Unión en el cual la intervención del Tribunal de Justicia, juez supranacional, es más limitada que la que le corresponde en el ámbito del Tratado CE, en el cual, *en consecuencia*, se deja más espacio a la competencia de los tribunales nacionales. Por otra parte, esta circunstancia no debe resultar sorprendente, dado que, también al hilo de las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam, la cooperación policial y judicial en materia penal no tiene aún los acentuados rasgos de supranacionalidad que caracterizan la acción de la Comunidad y se queda a medio camino entre una cooperación intergubernamental pura y el modelo «integrador» comunitario. La declaración nº 7 sobre el artículo 30 UE, anexa al Acta final de la Conferencia Intergubernamental de Amsterdam, ofrece una última prueba de la importancia cobrada por el papel que desempeñan los tribunales nacionales en las materias propias del tercer pilar; según dicha Declaración «la acción en el ámbito de la cooperación policial en virtud del artículo [30 UE], incluidas las actividades de Europol, estará sujeta a un control judicial adecuado por parte de las autoridades nacionales competentes con arreglo a las normas aplicables en cada Estado miembro». Previamente el Abogado General había indicado que el sistema jurisdiccional del tercer pilar no resultaba acorde con los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación por razón de la nacionalidad pues «recuérdese, a este respecto, que, ante todo, tal y como permite el artículo 35 UE, varios Estados miembros de la Unión no han aceptado hasta la fecha dicha competencia, de modo que sus órganos jurisdiccionales, como he destacado anteriormente, deben considerarse facultados para pronunciarse ellos mismos tanto sobre el alcance como sobre la validez de las decisiones-marcos y de las decisiones adoptadas con arreglo al artículo 34 UE, cuando sea necesario para resolver el li-

Estas consideraciones le llevan a concluir la competencia de los jueces nacionales para enjuiciar directamente los actos del Tercer Pilar pues, la tutela judicial de la que debe considerarse que disponen los particulares ante los tribunales nacionales en virtud del Derecho de la Unión frente a la acción de la propia Unión en el ámbito del tercer pilar no se limita únicamente al caso, expresamente previsto en el artículo 35 UE, apartado 1, de la impugnación indirecta de la validez de las decisiones-marco y de las decisiones (excepción de invalidez en el marco de una acción directa contra medidas nacionales de actuación). Ésta comprende también, en particular, la impugnación directa de la validez de dichos actos, así como de las posiciones comunes del artículo 34 UE, letra a), cuando, a pesar de que carezcan de efectos directos, puedan no obstante lesionar de modo inmediato y por sí mismas, prescindiendo por tanto de medidas nacionales de ejecución, la posición jurídica de los particulares; y ello con el fin de obtener al menos la indemnización de los daños que eventualmente se hayan ocasionado. A este último respecto, considera el Abogado General que «ni el hecho de que no se haya introducido en el Tratado UE una norma específica que contemple expresamente este derecho o la responsabilidad correspondiente, ni la circunstancia de que las disposiciones de dicho Tratado, en particular el artículo 41 UE, no remitan al artículo 288 CE, párrafo segundo, obstan a que se reconozca el derecho a la mencionada indemnización. Efectivamente, por un lado, el derecho examinado constituye, como ya he señalado (...) parte integrante del derecho a la tutela judicial *efectiva* de los derechos y, por otro, su existencia puede deducirse –si no, como alegan los recurrentes, del propio Derecho internacional consuetudinario– al menos de los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, a los que debe considerarse que cabe recurrir con el fin de colmar las lagunas del Derecho de la Unión derivadas de la falta de normas escritas»<sup>101</sup>.

---

tigio del que conocen. Simplemente por este motivo, la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en la materia examinada no está garantizada, dejando a un lado las dudas acerca del valor vinculante o no para estos órganos jurisdiccionales de las sentencias dictadas en sede prejudicial por el Tribunal de Justicia a petición de los jueces de los Estados miembros que, en cambio, han aceptado dicha competencia. Además, el hecho de que el artículo 35 UE permita a los Estados miembros impedir que los órganos jurisdiccionales que no sean de última instancia puedan plantear cuestiones prejudiciales agrava el riesgo de que la aplicación del Derecho de la Unión por parte de los tribunales nacionales en el ámbito del título VI del Tratado UE no sea uniforme, dado que, en la práctica, una parte de los litigios nacionales se resuelve sin llegar a los órganos jurisdiccionales de última instancia» (apartados 115 y 128-129).

<sup>101</sup> *Vid.* apartados 133-134. Para evitar distorsiones interpretativas el Abogado General precisa que «la aplicación del nivel de protección impuesto por el artículo 6 UE, apartado 2, podrá causar ciertamente algunas dificultades al juez nacional e involucrarlo en una actividad de enucleación de los derechos fundamentales reconocidos por la Unión que, hasta la fecha, ha sido desarrollada esencialmente por el juez comunitario. Sin embargo, estas dificultades no deben ser sobrevaloradas. Para desarrollar esta actividad, los tribunales nacionales podrán emplear las disposiciones de la Carta y la jurisprudencia comunitaria, así como las disposiciones del CEDH y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con el fin de apreciar la legalidad de los actos del Consejo adoptados con arreglo al artículo 34 UE, al menos de los mencionados en el artículo 35 UE, apartado 1, en la medida en que las opciones elegidas por sus respectivos Estados conforme al artículo 35 UE, apartados 2 y 3 se lo permitan, los tribunales nacionales podrán naturalmente solicitar la asistencia del Tribunal de Justicia, efec-

## V. CONCLUSIONES: A LA ESPERA DE LISBOA TRAS EL FORTALECIMIENTO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTUADO POR LA GRAN SALA DEL TJCE EN SUS SENTENCIAS DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2008

El automatismo de las Resoluciones del Consejo de Seguridad crea vacíos jurisdiccionales que pueden aprovechar aquellos Estados que prescindan de los derechos y libertades fundamentales y que pongan en entredicho la esencia de los Estados que hacen del Estado de derecho su seña de identidad. En cuanto a la Unión Europea, el problema se agudiza cuando estos actos provienen de los pilares intergubernamentales. Si la PESC está blindada ante todo control jurisdiccional que no sea el de la invasión competencial previsto en el artículo 47 TUE, la CPJP ofrece un sistema imperfecto y facultativo de recursos que, respectivamente, impide el ejercicio efectivo de la tutela judicial efectiva y ampara discriminaciones entre los ciudadanos comunitarios. Situación de discriminación que se agrava en virtud del régimen sancionador antiterrorista –el derivado del Comité 1267 o el resultante de la Resolución 1373– que deba ejecutar la Unión Europea, pues si en el primero se impone un automatismo absoluto en la ejecución, asumiendo en cierta medida el antijurídico estatuto del «combatiente ilegal», en el segundo se abren vías de revisión judicial fiscalizadoras de la actuación estatal y comunitaria.

La opción más acertada es asumir las previsiones del Tratado Constitucional para Europa transferidas ahora al Tratado de Lisboa<sup>102</sup>. Esto es, proceder a la voladura de los pilares intergubernamentales integrándolos en el sistema legislativo y de control jurisdiccional comunitario<sup>103</sup>. A tal efecto hay que recordar que si bien sigue excluyéndose de la competencia del TJCE la Política Exterior y de Seguridad Común, no obstante en el Tratado de Lisboa se prevé que el Tribunal será competente para pronunciarse sobre los recursos de nulidad y control de la legalidad de las decisiones adoptadas en este ámbito que establezcan medidas restrictivas frente a las personas físicas o jurídicas (art. 275). Por otra parte, el espacio de libertad, seguridad y justicia se comunitariza plenamente sometiéndose al régimen general de control jurisdiccional del TJCE, incluidos los recursos de nulidad y de responsabilidad extracontractual, quedando solamente excluido el control jurisdiccional sobre la validez y proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con

---

tuando una remisión prejudicial de validez. En cualquier caso, la dificultad en cuestión no puede llevar a preferir que en el ámbito del título VI del Tratado UE exista un vacío de tutela judicial de los derechos fundamentales, tal y como se recogen en el artículo 6 UE, apartado 2» (apartado 139).

<sup>102</sup> Proyecto de Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Bruselas, 5 de octubre de 2007, GIG 1/1/07 REV 1. Dicho proyecto puede consultarse en: [http://europa.eu/reform\\_treaty/index\\_es.htm](http://europa.eu/reform_treaty/index_es.htm).

<sup>103</sup> Sobre esta cuestión *Vid.* F. JIMÉNEZ GARCÍA, «La Unión Europea y los acuerdos internacionales: ¿más acordes que desacuerdos en la Constitución para Europa», en *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro III, E. ÁLVAREZ CONDE y V. GARRIDO MAYOL (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp.1423-1480.

funciones coercitivas de un Estado miembro así como sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior (art. 276). Por último, se incorpora la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE como parámetro de legalidad comunitaria, manteniéndose la previsión de adhesión de la UE al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6). Tampoco hay que olvidar que mediante el Tratado de Lisboa se pretenden afianzar la personalidad jurídico internacional de la Unión Europea por lo que resultará poco convincente y coherente que la responsabilidad por los actos comunitario vinculados a la política exterior se traslade a los Estados miembros. A tal efecto el artículo 3.5 del Tratado de Lisboa se indica que en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y *contribuirá a la protección de sus ciudadanos además de contribuir a la protección de los derechos humanos así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas*.

En esta dirección habría que exigir al TJCE el ejercicio del control de legalidad, no sobre los actos de Naciones Unidas, sobre los que carece de competencia incluso en materia de *ius cogens*, sino sobre sus propios actos de tal forma que si constatará la ausencia de motivación suficiente, violación grave del derecho de defensa y tutela judicial efectiva, pudiera declarar la inaplicación o suspensión cautelar del reglamento o decisión afectada (de forma análoga a su propia jurisprudencia iniciada en los asuntos *Simmenthal* y *Factortame* sobre la suspensión cautelar de la normativa nacional contraria al Derecho comunitario en virtud del principio de primacía) proponiendo que la UE o la CE (en atención a las previsiones de los artículos 17 y 19 TUE y artículo 303 TCE) iniciara los procedimientos adecuados en el marco de las organizaciones internacionales, en este caso ante los Comités de Sanciones y el Consejo de Seguridad, para modificar las resoluciones afectadas. En Derecho internacional general se prevén las causas de suspensión de las obligaciones internacionales, causas que no resultan desconocidas a las instituciones comunitarias, entre ellas al TJCE, que ha legitimado la terminación de convenios internacionales en virtud del Derecho consuetudinario (asunto *Racke*). Además para tal función se cuenta, desde 1º de marzo de 2007, con el asesoramiento de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aun cuando sus funciones se limiten únicamente al ámbito de aplicación del Derecho comunitario<sup>104</sup>.

En este sentido resultan de especial interés las conclusiones del Abogado General Sr. POIARES MADURO respecto a los recursos de casación interpuestos en los asuntos *Kadi* y *Al Barakaat*. En primer lugar y reivindicando la autonomía del ordenamiento comunitario (Van Gend en Loos), precisa que si bien el Tribunal de Justicia vela especialmente por que se cumplan las obligaciones de Derecho internacional

<sup>104</sup> Esta Agencia fue creada mediante Reglamento CE 168/2007 del Consejo de 15 de febrero (*DO L 53* de 22 de febrero de 2007). Sobre la misma *vid.* M. PI LLORENS, «La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿avance u oportunidad perdida?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, Mayo/Agosto, nº 27, pp. 575-593.

que incumben a la Comunidad, sería erróneo llegar a la conclusión de que los Tribunales comunitarios deben inclinarse ante la norma internacional con completa aquiescencia y han de aplicarla incondicionalmente en el ordenamiento jurídico comunitario. La relación entre el Derecho internacional y el ordenamiento jurídico comunitario se rige por éste último y el Derecho internacional únicamente puede penetrar en ese ordenamiento jurídico con sujeción a las condiciones que establecen los principios constitucionales de la Comunidad, incluido el derecho a la tutela judicial efectiva que no puede en ningún caso excepcionarse mediante la aplicación del artículo 307 TCE. La pretensión que una medida es necesaria para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales no puede surtir efectos hasta tal punto de silenciar los principios generales del Derecho comunitario y de privar a los individuos de sus derechos fundamentales. Lo anterior no disminuye la importancia del interés en mantener la paz y la seguridad, sino que significa simplemente que persiste el deber de los tribunales de pronunciarse sobre la conformidad a Derecho de aquellas medidas. Si bien pueden existir circunstancias extraordinarias que justifiquen restricciones a tales derechos, las mismas circunstancias obligan a los jueces a examinar con gran cuidado si tales restricciones exceden de lo que resulta necesario articulando un adecuado equilibrio entre la naturaleza del riesgo para la seguridad y el grado en el que tales medidas afecten a los derechos fundamentales de los individuos evitando que las realidades políticas presentes derivadas de situaciones de emergencia se conviertan en las futuras realidades jurídicas<sup>105</sup>.

En segundo lugar, el Abogado POIARES MUDURO, precisa, como no podía ser de otro modo, que los efectos jurídicos de una sentencia en este sentido del TJCE se circunscriben al ordenamiento comunitario. Las consecuencias jurídicas en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional deberán determinarse con arreglo a las normas del Derecho internacional público, entre ellas, las normas internacionales en materia de responsabilidad de los Estados o, incluso, la norma enunciada en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>106</sup>. Por estos motivos, propone la anulación del Reglamento impugnado tras admitir que existe una posibilidad real de que las sanciones impuestas a los recurrentes en el marco de la Comunidad sean desproporcionadas (los intereses financieros han quedado congelados por varios años, sin ninguna limitación temporal y en unas condiciones en las que no parece que dispon-

---

<sup>105</sup> Cfr. pars. 24-38 y pars. 44-45 de las Conclusiones. Como indica el Abogado General, si bien es verdad que los tribunales no tienen por qué ser institucionalmente ciegos y deben tener presente el contexto internacional en el que opera, no puede, por deferencia hacia los puntos de vista de otras instituciones, dar la espalda a los valores fundamentales en los que se sustenta el ordenamiento jurídico comunitario y cuya protección debe garantizar. Como concluye el mencionado autor, «el respeto a otras instituciones tan sólo tendría sentido si puede edificarse basándose en un entendimiento común de los referidos valores y en el mutuo compromiso de protegerlos». Es más, como ya se ha advertido al principio de este trabajo, la defensa de tales valores resulta común tanto al Derecho internacional como al Derecho comunitario, por lo que el examen judicial de tales medidas no sólo no es contrario al ordenamiento internacional sino que resulta necesario y complementario conforme al criterio del desdoblamiento funcional.

<sup>106</sup> Cfr. par. 39.

ga de ningún medio idóneo para impugnar la consideración de que es culpable de conductas ilegales) –o incluso totalmente infundadas– y de que, a pesar de ello, sigan indefinidamente en vigor. El Tribunal de Justicia no tiene modo alguno de saber si así sucede en realidad, pero «*la mera existencia de tal posibilidad es anatema en una sociedad que se rige por el Estado de Derecho*»<sup>107</sup>.

En términos generales, tales conclusiones fueron asumidas por la Gran Sala del TJCE en sus sentencias de 3 de septiembre de 2008<sup>108</sup>. De ellas cabe resaltar dos importantes pronunciamientos. En primer lugar, que el artículo 308 TCE no puede servir de base jurídica para ampliar las competencias previstas en los Pilares intergubernamentales de la UE, sino estrictamente las comunitarias. La coexistencia de la Unión y de la Comunidad como ordenamientos jurídicos integrados pero distintos y la arquitectura constitucional de los pilares, queridas por los autores de los Tratados actualmente vigentes, constituyen además consideraciones de carácter institucional que impiden extender dicha pasarela a artículos del Tratado CE distintos de aquéllos con los que ésta establece una vinculación expresa<sup>109</sup>. En segundo lugar *la negación de la pretendida inmunidad de los actos comunitarios ejecutivos de las resoluciones del Consejo de Seguridad* lo que lleva al Tribunal a declarar la nulidad del Reglamento por vulneración de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva y, de forma colateral, el derecho de propiedad<sup>110</sup>. Conforme a las conclusiones del Tribunal, con arreglo a las competencias que les confiere el Tratado CE, los tribunales comunitarios deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, control que también se extiende a los actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como el Reglamento controvertido<sup>111</sup>.

Hasta Lisboa y sin desdeñar los progresos alcanzados vía pretoriana, habría que ralentizar el proceso de comunitarización del Tercer Pilar manteniendo su esencia de cooperación intergubernamental y dejando a los Estados miembros, incluyendo sus órganos jurisdiccionales, la responsabilidad en la reglamentación de las acciones con repercusiones en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos comunitarios, teniendo presente la doctrina de la «protección equivalente» del TEDH respecto a las garantías inherentes al derecho a un proceso equitativo así como las conclusiones del TPI en el asunto *Modjhedines* sobre el contenido de los derechos relativos a la defensa, la motivación de los actos sancionadores y la tutela judicial efectiva. En el asunto *Yusuf*, el propio TPI entendió que nada hubiese impedido que las Resolu-

---

<sup>107</sup> Cfr. par. 53.

<sup>108</sup> Vid. TJCE, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P.

<sup>109</sup> Vid. apartados 196-236, en particular 202.

<sup>110</sup> Vid. apartados 278-330.

<sup>111</sup> Vid. apartado 326.

ciones del Consejo de Seguridad hubiesen sido ejecutadas directamente por los Estados sin intervención de la Comunidad Europea<sup>112</sup>.

**PALABRAS CLAVE:** Sistema jurídico de Naciones Unidas (Resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas) y el ordenamiento jurídico comunitario. Control de legalidad de los actos de las instituciones, en particular a la luz de los derechos fundamentales. El derecho a la tutela judicial efectiva.

**RESUMEN:** El Derecho internacional presenta cada vez más rasgos de reglamentación e incide sobre los derechos fundamentales de los particulares sin que exista en la actualidad un mecanismo genuino y efectivo de control judicial de las medidas de ejecución decretadas. La decisión de suprimir o no el nombre de una persona de la lista de sanciones de Naciones Unidas sigue correspondiendo a la más absoluta discrecionalidad de un órgano político como es el Comité de Sanciones correspondiente. No obstante, la pretensión de que una medida es necesaria para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales no puede surtir efectos hasta el punto de silenciar los principios generales del Derecho comunitario y de privar a los individuos de sus derechos fundamentales. Por esta razón, la Unión Europea no puede dar la espalda a los valores fundamentales en los que se sustenta su ordenamiento jurídico. A tal efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva ocupa un lugar preeminente en el universo comunitario sin que se pueda admitir en una sociedad democrática su sustancial supresión.

**KEYWORDS:** Legal order of United Nations (resolutions of the Security Council adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations) and the Community legal order. The review the legality of acts of the institutions, specially in the light of fundamental rights. The principle of effective judicial protection.

**ABSTRACT:** The International Law presents increasingly features of regulation and affects on the fundamental rights of the individuals. Nevertheless there does not exist currently a genuine and effective mechanism of international judicial control of the measures of execution decreed. The decision whether or not to remove a person from the United Nations sanctions list remains within the full discretion of the corresponding Sanctions Committee, a political organ. However the claim that a measure is necessary for the maintenance of international peace and security cannot operate so as to silence the general principles of Community law and deprive individuals of their fundamental rights. For this reason, the European Union cannot turn its back on the fundamental values that lie at the basis of their legal order. The right to effective judicial protection holds a prominent place in the firmament of fundamental rights. It is unacceptable in a democratic society to impair the very essence of that right.

---

<sup>112</sup> *Vid.* apartado 149 de la sentencia citada.