

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPA Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ALGUNAS REFLEXIONES CONSTITUCIONALES A LA LUZ DEL CASO KADI

Eugenia LÓPEZ-JACOISTE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Medidas internacionales de lucha contra el terrorismo*. III. *Efectos del caso paradigmático Kadi: la superación de una grave fricción y el triunfo de los derechos humanos*. IV. *Consideraciones finales sobre el efecto Kadi a nivel internacional*.

I. INTRODUCCIÓN

Según el derecho internacional general, los poderes de actuación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas son delgados, limitados y no arbitrarios. Su discrecionalidad está reglada y definida en los capítulos VI, VII y VIII de la Carta de las Naciones Unidas (Carta).¹ Según el artículo 24.2 de la Carta, el Consejo procederá “de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas” y entre dichos principios, destacan

* Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Navarra, España.

¹ Tomuschat, CH., “International Law as the Constitution of Mankind”, *International Law on the eve of the twenty-first Century: Views from the International Law Commission*, 1997, pp. 37-50; Sarooshi, D., *The United Nations and the development of Collective Security: the Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII powers*, Oxford, Claderon Press, 1999, pp. 174-186; Gill, T. D., “Legal and some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers under Chapter VII of the Charter”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXVI, 1995, pp. 33-138, pp. 70 y 71.

“los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”, tal y como se recoge en el preámbulo de la Carta y se reitera en el artículo 1.3. Corresponde, por tanto, al Consejo de Seguridad decidir cuándo y qué tipo de medidas obligatorias se han de adoptar para asegurar la paz y seguridad internacionales, al amparo del artículo 39 de la Carta. Dentro de esta *kompetenz-kompetenz*² decidirá por mayoría de nueve votos los extremos concretos de sus sanciones. Así, al aprobar cualquier medida del artículo 41 de la Carta debe tener en cuenta las normas procesales y sustantivas de la Carta, y en particular, las normas del derecho internacional general de los derechos humanos y el *ius-cogens*.³

En los últimos años el Consejo de Seguridad ha adoptado nuevos tipos de sanciones, en virtud del capítulo VII de la Carta, contra personas y grupos a quienes les impone de forma selectiva o inteligente sanciones económicas con mayor precisión que sus habituales embargos económicos a países enteros con sus inevitables daños importantes a la población civil. En este sentido la doctrina ha aplaudido este nuevo tipo de sanciones inteligentes.⁴ También en este nuevo contexto, tiene plena vigencia el imperativo del respeto a los principios y propósitos de la Carta, entre ellos los derechos humanos, frente a las nuevas amenazas como el terrorismo internacional y, por tanto, también a la hora de aplicar sanciones

² C. I. J. *Recueil* 1962, p. 168, en el asunto de *ciertos gastos de la Organización*; Cameron, I., “UN targeted sanctions, legal safeguards and the European Convention on Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 72 (2003) 2 pp. 159-214, p. 173; Keller, H. y Fischer, A., “The UN Anti-terror Sanctions Regime under Pressure”, *Human Rights Law Review*, vol. 9, 2(2009), pp. 257-266, p. 262.

³ Wet, E., “Human rights limitations to economic enforcement measures under Article 41 of the United Nations Charter and the Iraq sanctions regime”, *Leiden Journal of International Law*, 14 (2001) 2, pp. 277-300, p. 279; Gill, T. D., *op. cit.*, p. 82.

⁴ Andrés Sáenz de Santa María, P., “Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad”, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, vol. I Cordoba, Sevilla, Málaga, 2005, pp. 155-176; Sarooshi, D., “The United Nations Collective Security System and the Establishment of Peace”, *Current Legal Problems*, 53, 2000, pp. 621-645; Van Den Herik, L., “The Security Council’s Targeted Sanctions Regimes. A Need of Better Protections of the Individual”, *Leiden Journal of International Law*, 2007, vol. 20, pp. 797-807; Tsagourias, T., “The shifting laws on the use of force and the trivializations of the UN collective security system. The need to reconstitute it”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 34, 2003, pp. 55-88; Howlett, A., “Getting “smart”: crafting economic sanctions that respect all human rights”, *Fordham Law Review*, 73, 2004 3, pp. 1199-1237.

selectivas económicas contra las personas o entes que de una forma u otra colaboran con el terrorismo internacional.

No pretendemos entrar a examinar si el Tribunal Internacional de Justicia sería el órgano judicial competente para controlar la legalidad interna de las resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad.⁵ Como ya defendimos en su momento, más allá del artículo 25 de la Carta que establece la obligación para los Estados miembros “de dar cumplimiento a las decisiones del Consejo”, ni la Carta ni el derecho internacional imponen a los Estados obligación alguna sobre los modos o las condiciones de la aplicación y ejecución de dichas obligaciones internacionales.⁶ Los Estados son soberanos en el ejercicio de sus competencias y deberán transponer sus obligaciones internacionales en normas nacionales de acuerdo con los criterios de legalidad de su propio ordenamiento jurídico y dentro del margen de apreciación que les confiera el sistema jurídico en el que se inserten. En el momento de “transposición” sí que se puede hablar de un cierto margen de “control” por parte del Estado —o del sujeto supranacional que ejecute la resolución—, cuando incorpora aquella obligación internacional en el sistema jurídico nacional o supranacional.⁷ En este contexto, debemos destacar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE)⁸ rechazó sin ambigüedades en la sentencia Kadi, del 3 septiembre de 2008, la tesis de la inmunidad de jurisdicción de los actos comunitarios que dan cumplimiento a las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en el marco del capítulo VII de la Carta.

En este contexto, el objetivo del presente trabajo es examinar las principales consecuencias de la sentencia de casación Kadi de 2008 que —a mi juicio— van más allá de la lucha contra la financiación del terrorismo. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo adopta una solución

⁵ Caflisch, L., “Is the International Court Entitled to Review Security Council Resolutions Adopted Under Chapter VII of the United Nations Charter?”, en Al-Nauimi, N. y Meese, R. (eds.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995, pp. 633-662.

⁶ López-Jacoiste, E., *Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La legalidad de sus decisiones y el problema de su control*, Madrid, Civitas, 2003.

⁷ *Ibidem*, p. 387.

⁸ Téngase en cuenta que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1º de diciembre de 2009, el hasta entonces denominado Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) pasa a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

de carácter constitucional por un doble motivo. Por una parte, se pronuncia sobre la autonomía del ordenamiento comunitario y la primacía del derecho comunitario primario sobre la Carta y las resoluciones del Consejo de Seguridad. Por otra, porque aplica como criterio de legalidad los derechos fundamentales como elemento normativo esencial que debe respetar cualquier acto normativo de la Comunidad. Sin embargo, conviene advertir que no cabe interpretar la sentencia del TJCE como un control de legalidad interna de las decisiones del Consejo ni de su autoridad en el desempeño de su función de mantener la paz y la seguridad internacionales. No resulta fácil alcanzar un equilibrio entre la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad de mantener la paz y la seguridad internacionales y la introducción de garantías de los derechos fundamentales en el régimen de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes, sin embargo, desde la perspectiva europea —altamente protecciónista de los derechos humanos— resulta inaceptable la violación sistemática de los derechos fundamentales de las personas y grupos incluidos en la lista negra del Comité de Sanciones 1267, cuando dicha lista se convierte en norma comunitaria. Nuestro objetivo es, por tanto, examinar el alcance del caso Kadi sobre el control de legalidad de un reglamento comunitario, pero de una trascendencia constitucional para la defensa de los derechos fundamentales dentro de la Unión Europa.

Para alcanzarlo analizaremos, en primer lugar, los contenidos materiales de las medidas controvertidas aprobadas contra los talibanes y contra quienes les financian (apartado 2), haciendo una especial referencia a la naturaleza jurídica de la lista negra así como su procedimiento de elaboración (apartado 2.1). A continuación analizaremos cómo las sanciones económicas concretas afectan en la esfera privada de los particulares destinatarios directos de las sanciones (apartado 2.2) e incluso, frente a terceros, no destinatarios de las sanciones (apartado 2.3). Posteriormente, pasamos a analizar el caso Kadi, como caso paradigmático (apartado 3), en el que el TJCE supera la visión restrictiva de la tutela judicial efectiva (apartado 3.1) y constata la plena autonomía y constitucionalidad del derecho de la Unión (apartado 3.2). No debemos concluir sin reflexionar sobre el efecto Kadi a nivel internacional (apartado 4).

II. MEDIDAS INTERNACIONALES DE LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

En la resolución 1267 (1999), del 15 de octubre de 1999, del Consejo de Seguridad condena el uso de territorio afgano para dar refugio y adiestramiento a terroristas y afirma que la represión del terrorismo internacional es esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. En su párrafo 2 exigió que los talibanes entregasen sin más demora a Osama bin Laden a las autoridades competentes para que fuese detenido y enjuiciado e impuso además tres sanciones económicas concretas: un embargo de armas, la prohibición de viajar a las personas asociadas al grupo terrorista y la congelación de los fondos económicos de estas personas y grupos. Estas sanciones se dirigen sólo y, en concreto, contra personas y grupos que de una forma u otra apoyan y participan con la organización terrorista, con independencia de su nacionalidad o del Estado en el que se encuentre. Las sanciones han sido completadas y reforzadas en resoluciones posteriores como en la resolución 1333 (2000), 1390 (2002), 1452 (2002), 1455 (2003),⁹ 1526 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006), 1822 (2008) y 1896 (2009). Estas sanciones inteligentes, dirigidas contra personas concretas, se caracterizadas por la inexistencia de vínculo alguno entre ellas y el territorio o el régimen gobernante de un país tercero, dado que, tras la caída del régimen de los talibanes, las medidas de que se trata, establecidas por la Resolución 1390 (2002), iban dirigidas directamente contra Osama bin Laden, la red Al-Qaeda y las personas y entidades asociadas a éstos. Todas estas medidas pretenden impedir a los terroristas el acceso a los medios logísticos y económicos necesarios para cometer sus actos de terror.

El Consejo impone a los Estados que “congelen los fondos y otros recursos financieros, incluidos los fondos producidos o generados por bienes de propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto, o de cualquier empresa de propiedad de los talibanes o bajo su control”, en el párrafo 4, apartado b) de la resolución 1267 (1999), y le faculta al Comité de Sanciones 1267 que según los casos atenga a las peticiones de exención de las medidas impuestas, por razones de necesidad humanitaria (párrafo 4). Se impone de forma inmediata la obligación de congelar sin demora

⁹ Destinada principalmente a mejorar la aplicación de las medidas impuestas en virtud del párrafo 4, apartado b), de la resolución 1267 (1999), del párrafo 8, apartado c), de la Resolución 1333 (2000) y de los párrafos 1 y 2 de la Resolución 1390 (2002).

los fondos y otros recursos económicos de esas personas asociadas a Al-Qaeda,¹⁰ y se hacen extensivos a todo tipo de recursos financieros, salvo los que se transfieran al Fondo de Desarrollo para el Irak.¹¹ Además, en la resolución 1390 (2002), los Estados quedan obligados adoptar medidas para impedir la entrada y tránsito de personas relacionadas con el grupo terrorista por su territorio, así como la salida a propios nacionales.¹² Esta prohibición que no tiene fecha de caducidad y ha sido reiterada en la apartado b) del párrafo 1 de la resolución 1822 (2008) con el propósito de restringir la movilidad de las personas incluidas en la lista. Igualmente, impone a los Estados en la resolución 1390 (2002) que impidan el suministro, venta y transferencia, directo o indirecto, a las personas y entidades designadas, desde su territorio o por sus nacionales fuera de su territorio o mediante buques o aeronaves de su pabellón, de armas y materiales conexos de todo tipo, piezas de repuesto y asesoramiento técnico, asistencia o adiestramiento relacionados con actividades militares.¹³

Tanto la congelación de fondos, como el embargo de armas y las prohibiciones de viajar han sido completados y matizados en posteriores resoluciones del Consejo. Así, por ejemplo, en el párrafo 1 de la resolución 1452 (2002), dispone que los Estados pueden conceder por razones humanitarias un cierto número de excepciones a la congelación de fondos y de recursos económicos impuesta por las Resoluciones 1267 (1999) y 1390 (2002), siempre que el Comité de Sanciones lo apruebe caso a caso. En el párrafo 7 de la resolución 1822 (2008), el Consejo recuerda las exenciones de las medidas impuestas en el apartado a) del párrafo 1 y las de los párrafos 1 y 2 de la resolución 1452 (2002) y enmendadas en la resolución 1735 (2006), y *recuerda* a los Estados Miembros que utilicen los procedimientos para aplicar las exenciones establecidos en las directrices del Comité 1267. En cuanto a las congelación de fondos, el apartado 2, letra b), de la resolución 1452 (2002) atribuye a los Estados la facultad de permitir que, en las cuentas congeladas de acuerdo con el apartado 2, letra a), de la Resolución 1390 (2002), se ingresen “pagos correspondientes a contratos, acuerdos u obligaciones anteriores a la

¹⁰ Resolución 1390 (2002), del 28 de enero, párrafo 2 a).

¹¹ Resolución 1483 (2003), del 22 de mayo, párrafo 23.

¹² Resolución 1390 (2002), del 28 de enero, párrafo 2 b).

¹³ Resolución 1390 (2002), del 28 de enero, párrafo 2 c). Este embargo de armas, no obstante, será revisado al cabo de 12 meses y así sucesivamente hasta la actualidad, según el párrafo 3 de la citada resolución.

fecha en que esas cuentas hayan quedado sujetas a las disposiciones de las Resoluciones 1267 (1999), 1333 (2000) o 1390 (2002)", siempre que los importes así ingresados "sigan estando sujetos a esas disposiciones".

La prohibición de viajar, reiterada en la apartado b) del párrafo 1 de la resolución 1822 (2008), tiene el propósito de restringir la movilidad de las personas incluidas en la lista; es de carácter preventivo y no se basa en criterios penales del derecho interno. Pero esta medida no impide que Estados adopten otras medidas semejantes como por ejemplo la cancelación de visados y permisos de entrada o la denegación de emisión del visado para las personas registradas. Además, esta prohibición se aplica a todas las personas incluidas en la lista, con independencia del lugar en que se encuentren, pero la responsabilidad de su efectividad incumbe al Estado de entrada y/o de tránsito. A juicio del Consejo la obligación de impedir la entrada de las personas incluidas en la lista en el territorio de un Estado se aplica en todas las circunstancias, con independencia del método de entrada, el punto de entrada, la índole del documento de viaje utilizado, en su caso, a pesar de los permisos o visados emitidos por el Estado de conformidad con sus reglamentaciones nacionales. Asimismo la obligación de impedir el tránsito por el territorio de un Estado se aplica a cualquier tipo de paso, aunque sea breve, incluso cuando la persona incluida en la lista disponga de los documentos de viaje, permisos y/o visados de tránsito exigidos por el Estado de conformidad con sus reglamentaciones nacionales y pueda demostrar que ha de continuar su viaje a otro Estado.¹⁴

Los Estados miembros de la Comunidad Europea estimaron conveniente la aplicación y ejecución conjunta a través de la Comunidad de sus obligaciones internacionales individuales. Por ello, al amparo del Tratado de la Unión Europea se adoptaron una serie de posiciones comunes,¹⁵ que llevaron posteriormente a la aprobación de diversos re-

¹⁴ A pesar de este amplio concepción de las prohibiciones, existen tres tipos de exenciones a la prohibición de viajar, que se describen en el apartado b) del párrafo 1 de la propia resolución 1822 (2008): i) entrada o salida de los propios nacionales; ii) cuando la entrada o el tránsito sean necesarios para una diligencia judicial, y iii) cuando el Comité 1267 determine únicamente en un caso particular que la entrada o el tránsito están justificados, como por ejemplo, por emergencia.

¹⁵ Posición común, la 1999/727/PESC, común 2001/154 PESC, la 2001/930/ PESC, la 2001/931/ PESC; la Posición común 2006/231/PESC de marzo de 2006.

glamentos comunitarios,¹⁶ en virtud de las competencias específicas del Tratado Constitutivo de la Comunidad, para facilitar a los Estados miembros la aplicación uniforme de las sanciones onusianas a través de actos comunitarios, normativos y vinculantes para toda la Comunidad. Entre los diversos reglamentos comunitarios cabe destacar el Reglamento 881/2002, en cuyo artículo 10 se definen de forma amplia todo tipo de fondos, recursos económicos, pagos, cuentas y demás que serán objeto de congelación “cuya propiedad, pertenencia o tenencia la ostente una persona física o jurídica, grupo o entidad designados por el Comité de Sanciones e incluidos en la lista del anexo I”, según el pargo 1 del artículo 2 del reglamento. Se prohíbe poner a disposición de las personas físicas y jurídicas, grupos o entidades señalados por el Comité de Sanciones y enumerados en el anexo I, o utilizar en beneficio suyo, directa o indirectamente, cualquier tipo de fondos. El reglamento comunitario entiende por *congelación de fondos*, todo acto destinado a “impedir cualquier movimiento, transferencia, alteración, utilización o transacción de fondos que pudiera dar lugar a un cambio del volumen, el importe, la localización, la propiedad, la posesión, la naturaleza o el destino de esos fondos, o cualquier otro cambio que pudiera posibilitar la utilización de los mismos, incluida la gestión de las carteras de valores” (párrafo 3). La finalidad del artículo 2 del citado reglamento consiste en evitar que las personas y entidades registradas puedan obtener fondos, mercancías o

¹⁶ *Cfr.* el Reglamento 2580/2001/CE, relativo a congelación de los fondos y otros haberes financieros y recursos económicos de las personas o entidades que facilitan, intentan cometer o cometan actos terroristas en el territorio de los Estados miembros. Reglamento (CE) 467/2001, por el que se prohíbe la exportación de determinadas mercancías y servicios a Afganistán y refuerza la prohibición de vuelos y se amplía la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán y se deroga el Reglamento 337/2000; el Reglamento (CE) 2062/2001 de la Comisión, del 19 de octubre de 2001; el Reglamento (CE) 881/2002 del Consejo, del 27 de mayo de 2002, por el que se imponen nuevas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Osama bin Laden, la red Al-Qaeda y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento (CE) 467/2001 del Consejo; el Consejo de la Comunidad Europea adoptó el Reglamento (CE) 561/2003, que modifica, en lo relativo a las excepciones a la congelación de fondos y otros recursos económicos, el Reglamento 881/2002. Mediante el Reglamento (CE) 374/2008 de la Comisión, del 24 de abril de 2008, por el que se modifica por nonagésimo cuarta vez el Reglamento 881/2002, se modificó la lista del anexo I del Reglamento 881/2002, a raíz de la correspondiente modificación realizada por el Comité de Sanciones en su lista de personas y de entidades que deben someterse a la congelación de los fondos en virtud de las referidas resoluciones del Consejo de Seguridad.

servicios que pudieran servir para futuras acciones de terror por lo que se establece una prohibición severa, casi absoluta, de poner a disposición, directa ni indirectamente, de las personas o entidades registradas en el anexo 1 algún tipo de recurso económico.

Por su parte, el Consejo de Seguridad aprobó una serie de excepciones a la obligación general de congelar los fondos y pagos, en la resolución 1452 (2002) el Consejo de Seguridad que de forma expresa excluye de su prohibición a “aquellos (fondos) que estuvieran destinados a: a) sufragar gastos básicos, como el pago de alimentos, alquileres o hipotecas, medicamentos y tratamientos médicos, impuestos, primas de seguros y gastos de agua y electricidad... y b) otros gastos extraordinario”. En ambos caso, se requiere la previa notificación por el Estado de que se trate al Comité 1267 para que lo autorice, cuando corresponda, el acceso a esos fondos, activos o recursos, (párrafo 1 y 2). Además, en función del párrafo 2 de la resolución 1452 (2002) y el la en el párrafo 6 de la resolución 1822 (2008), los Estados pueden agregar a las cuentas sujetas al congelamiento de activos, a) intereses u otros beneficios correspondientes a esas cuentas; b) pagos correspondientes a contratos, acuerdos u obligaciones anteriores a la fecha en que esas cuentas se sometieron al congelamiento de activos, y c) otros pagos efectuados en favor de las personas, grupos, empresas o entidades que figuran en la Lista, siempre y cuando tales pagos, intereses u otros beneficios sigan estando congelados. Como consecuencias de estas modificaciones el Consejo de la Unión Europea adoptó el Reglamento (CE) 561/2003, el 27 de marzo de 2003, haciendo suyas las excepciones onusianas y modificando las excepciones a la congelación de fondos y otros recursos económicos del antiguo Reglamento 881/2002.

1. El sistema de elaboración de la lista

El Consejo de Seguridad de la ONU estableció un sistema de listas —de carácter más bien administrativo y muy particular— para la identificación de las personas y entidades a quienes se deberán congelar sus fondos financieros e impedir su libre circulación.¹⁷ Será el Comité de

¹⁷ Para un análisis más extenso, *cfr.* Frowein, J The Anti-Terrorism Administration and the Rule of Law”, en Dupy, P. M. *et al.* (eds.), *Festschrift fur Christian Tomuschat*, Germany, 2006, pp. 785–795; Gowlland-Debbas, V., “Sanctions Regimes under Article

Sanciones¹⁸ —o Comité 1267— quien mantenga actualizada la lista de personas a quienes los Estados deberán congelar los fondos y aplicar el resto de medidas. La primera lista de Naciones Unidas fue publicada en marzo de 2001¹⁹ y desde entonces ha sido modificada y completada en varias ocasiones.²⁰

La naturaleza jurídica de esta lista es *sui generis* de difícil calificación. La lista es adoptada dentro del marco competencial de la resolución 1333 (2000) y por el órgano subsidiario autorizado expresamente por el Consejo. Por tanto, en cuanto a su origen y la autoridad de la que emana se podría decir que es un acto político, ya que el Comité 1267 está compuesto por todos los miembros del Consejo. En cuanto a su función se asemeja más a un acto administrativo o reglamento de desarrollo, pero de trascendencia *cuasi jurisdiccional*, ya que sirve de herramienta concreta y práctica para aplicar una sanción obligatoria. En cambio, en cuanto a sus efectos frente a los Estados y afectados parece tener fuerza de ley, ya que la lista es “consolidada” es decir, es la misma y única lista que se aplica frente en todos los Estados por igual, sin salvedad alguna. En el momento de la aplicación de la sanciones onusiana en el ámbito comunitario, ni el Consejo ni la Comisión tiene opción alguna frente a la lista consolidada, que incorporan directamente en el Anexo I del Reglamento 881/2002, del 27 de mayo de 2002 y permanece en el citado Anexo, a pesar de las sucesivas modificaciones y actualizaciones correspondientes, hasta el último Reglamento (CE) 374/2008 de la Comisión, del 24 de abril de 2008.

Esta lista cumple una doble función: por un lado, refleja la apreciación del Comité 1267 acerca de las sospechas fundadas de que una persona

41 of the Charter”, en Gowlland-Debbas (ed.), *National Implementation of United Nations Sanctions*, Koninklijke Brill, 2004, pp. 3-17.

¹⁸ Órgano subsidiario del Consejo de Seguridad creado en el párrafo 6 de la resolución 1267 (1999) y cuyas funciones han ido ampliándose sucesivamente en el tiempo, como por ejemplo en el párrafo 8 apartado c) de la resolución 1333 (2000) y otras, como por ejemplo, la en la resolución 1390 (2002), del 16 de enero de 2002; la 1526 (2004), del 30 de enero de 2004; la 1617 (2005), del 29 de julio de 2005; la 1730 (2006), del 19 de diciembre de 2006; la 1735 (2006), del 22 de diciembre de 2006; y la 1822 (2008), del 30 de junio de 2008.

¹⁹ UN Doc. AFG/131 SC/7028 del Comité de Sanciones, del 8 de marzo de 2001.

²⁰ La vigencia de la lista ha sido renovada en las resoluciones 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006), y 1822 (2008) en cuyo párrafo 25 se prorroga su vigencia hasta el 30 de junio de 2010, salvo que se estime conveniente su revisión.

o grupo parecer ser terrorista o que apoya al grupo terrorista. Por otro, en opinión de algunos, sirve de base de datos para las autoridades nacionales.²¹ Sin embargo, en función de sus efectos prácticos, se podría decir que es algo más que una simple base de datos. La inclusión de una persona o entidad en la lista consolidada del Comité 1267 conlleva a una necesaria modificación del reglamento comunitario para incorporar los nuevos nombres en su anexo I. Esta “base de datos” es asumida de forma automática por la autoridad comunitaria, vinculando por igual a toda la Comunidad.²² Lo problemático de este sistema de elaboración de la lista es que, a pesar de que los destinatarios finales de las sanciones son identificados principalmente por las informaciones de los Estados, éstos carecen de competencia para modificar la lista y han de respetarla con todos los efectos y sin ningún tipo de alteración. Igualmente ocurre cuando la ejecución de las sanciones se desarrolla a nivel comunitario y así, en efecto, cada vez que el Comité 1267 modifica la lista, la Comisión Europea la asume íntegramente la nueva lista en el Anexo I, por lo que modifica progresivamente sus reglamentos. La aplicación comunitaria se convierte así en un “asistente ejecutor” del Comité 1267.²³

En cuanto al procedimiento de inclusión y exclusión de nombres y personas en la lista consolidada, el Comité 1267 se rige por sus propias reglas, ya que goza de un amplio margen de decisión previsto en el párrafo 5 d), de la resolución 1390 (2002) del Consejo. Sin embargo, en los párrafos 2 y 3 de la resolución 1617 (2005), el Consejo restringe

²¹ Feinäugle, C., “The UN Security Council Al-Qaeda and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals?”, *German Law Review*, vol. 9, núm. 11 (2008), pp. 1513-1539, p. 1519.

²² Así se puede comprobar con un ejemplo concreto. El 17 de octubre de 2001, el Comité de sanciones publicó un *addenda* a la lista consolidada, incorporando el nombre de “Al-Qadi, Yasin (A. K. A. Kadi, Shaykh Yassin Abdullah; A. K. A. Kahdi, Yasin), Jeddah, Saudi Arabia”. Posteriormente, mediante el Reglamento (CE) 2062/2001 de la Comisión Europea, del 19 de octubre de 2001, que modifica por tercera vez el Reglamento 467/2001, se añadió el nombre del Señor Kadi, junto con otros, al anexo I de este último Reglamento. El 9 de noviembre de 2001, el Comité en un nuevo *addenda* incopora en la lista el nombre la entidad “Barakaat International Foundation, Box 4036, Spånga, Stockholm, Sweden; Rinkebytorget 1, 04, Spånga, Sweden” y mediante el Reglamento (CE) 2199/2001 de la Comisión, del 12 de noviembre de 2001, que modifica por cuarta vez el Reglamento 467/2001, se añadió el nombre de Al-Barakaat, junto con otros, al anexo I de este último Reglamento.

²³ Feinäugle, C., *op. cit.*, p. 1521.

este margen de apreciación e impone una serie de actos y actividades que determinan la asociación de las personas, grupos o empresas con Al-Qaeda. Entre esos actos, cabe destacar la participación en la financiación; planificación, facilitación, preparación o comisión de actos o actividades ejecutados por Al-Qaeda o de grupo derivado de ellos; la transferencia de armas y pertrechos; el reclutamiento de nuevos miembros u otro tipo de apoyo a actos o actividades ejecutados por ellos. Estos criterios sobre como se entiende la “asociación con el grupo de Al-Qaeda” ayuda a despolitizar y objetivar la decisión del Comité sobre las personas a registrar y, en definitiva, persigue una mayor seguridad jurídica. Dentro del ámbito de sus competencias, el Comité 1267 ha elaborado unas “Directrices del Comité para la realización de su labor” que se han convertido *de facto* en directrices normativas y vinculantes o al menos en instrumentos jurídicos *sui generis* fundamentales que regulan, como cualquier reglamento de desarrollo administrativo, el proceso de inclusión y exclusión de nombres de personas y entidades en la lista consolidada. Estas directrices se aprueban por consenso en el Comité.

El procedimiento originario para la elaboración de la lista consistía básicamente en el intercambio de informaciones entre los Estados y el Comité 1267 sobre las personas y grupos asociados a Al-Qaeda para que fuesen registrados en la lista, junto con cualquier otra información que pudieran ser relevante.²⁴ Una vez registrados en la lista, el Comité lo comunicaba a los Estados, así como también cualquier otra modificación posterior. Este mecanismo ha sido modificado en noviembre de 2006, en febrero de 2007 y en diciembre de 2008, introduciéndose matices significativos en las directrices de funcionamiento del Comité.²⁵ Entre las novedades cabe destacar la propuesta de crear mecanismos nacionales para identificar mejor a los sospechosos.²⁶ Con ocasión de estos “mecanismos de identificación” cada Estado es responsable de velar porque tales mecanismos garanticen los derechos de defensa de las personas afectadas, su derecho a ser oídos ante la autoridad competente y su derecho a conocer los motivos que llevan al Estado a proponerle para la

²⁴ Resolución 1617 (2005), párrafo 2.

²⁵ Desde 2001 hasta la actualidad se han modificado hasta en seis ocasiones: 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, el 12 de febrero de 2007 y el 9 de diciembre de 2008.

²⁶ Párrafo. 6 b) de las directrices enmendadas en febrero de 2007 y mantenidas en las de 2008.

inclusión en la lista consolidada. Por otra parte, el párrafo 6 h) de las últimas directrices de trabajo del Comité 1267 recuerda a los Estados que una vez incluida su solicitud en la lista consolidada, han de ser los Estados quienes notifiquen al interesado su situación y le apliquen la sanción económica que corresponda en cada caso.

Los Estados han de presentar sus propuestas de forma justificada, proporcionando pruebas fehacientes y detalles concretos que demuestren la asociación de las personas o grupo con el grupo terrorista, así como también datos sobre la procedencia de las pruebas como por ejemplo, las obtenidas por los servicios de inteligencia, policía, judicatura, así como las declaraciones del propio sujeto y cualquier tipo de documentación gráfica.²⁷ Ahora bien, para que un Estado solicite la inclusión de una persona en la lista consolidada, no es necesario que se hayan presentado cargos contra ella o se la haya condenado, puesto que las sanciones tienen carácter preventivo y no punitivo. Toda la información se ha de presentar utilizando el formulario del Anexo I de la resolución 1735 (2006) del Consejo, que consta de tres partes: en la primera se solicitan los datos de la persona de forma exhaustiva, ya que, por ejemplo, además del nombre y apellido del sospechoso se requiere el nombre del padre, del abuelo, u otros “si procede”, al igual que su alias, sus seudónimos, la nacionalidad, empleo, formación, religión, datos del pasaporte, dirección, idiomas, el paradero actual y los anteriores.... En la segunda parte, el Estado debe fundamentar el por qué de la inclusión en la lista, ya sea por haber colaborado con la financiación del grupo, bien por participar en el reclutamiento de nuevo personal, por el suministrado armas... Así hasta seis motivos tasados que coinciden con las sanciones económicas reiteradas en la resolución 1617 (2005) del Consejo. Asimismo el Estado ha de pronunciarse de forma expresa si autoriza al Comité a publicar la información recibida. Por último, en el tercer apartado se solicitan datos confidenciales de una persona de contacto y de seguimiento que sea nacional del Estado solicitante.

El Comité 1267 se reúne a puerta cerrada y examinará las solicitudes de los Estados que podrán enviar un representante para la reunión del Comité.²⁸ La decisión de incluir al sospechoso en la lista se adopta por

²⁷ Párrafo 6 d) de las directrices de febrero de 2007 y de diciembre de 2008, que concuerdan con el párrafo 17 de la resolución 1526 (2004), el párrafo 4 de la resolución 1617 (2005) y el párrafo 5 de la resolución 1735 (2006) del Consejo de Seguridad.

²⁸ Párrafo 12 e) de las directrices de 2008.

escrito, y se envía a todos los miembros del Comité para que en el plazo determinando por el presidente se presenten las posibles objeciones; de no hacerlo en ese plazo, se considera aprobada la decisión.²⁹ Una vez aprobada la inclusión en la lista, se comunica al país o países en que se cree que se encuentra la persona o entidad y, en el caso de las personas, al país del que es nacional con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 10 de la resolución 1735 (2006) del 22 de diciembre de 2006. Pero no existe relación directa entre el Comité 1267 y el afectado, más que la que pueda alcanzar cada Estado, como alienta de nuevo, el párrafo 17 de la resolución 1822 (2008), al exigirle que “tomen todas las medidas posibles, de conformidad con su legislación y prácticas nacionales, para notificar o informar oportunamente a la persona o entidad de la propuesta de inclusión en la lista”.

El mecanismo originario para la exclusión de personas y grupos de la lista se basaba en la petición del particular afectado a su Estado de residencia o de su nacionalidad para que éste por la vía diplomática solicite al Comité 1267 su revisión. Al particular le correspondía aportar las pruebas y justificaciones que avalasen su solicitud de exclusión. Con la resolución 1730 (2006) el Consejo introduce un mecanismo de comunicación directa entre el Comité y el particular, propiciando un claro derecho de defensa del afectado, a través del llamado *punto focal*. Consiste en una oficina dentro de la Subdivisión de Órganos Subsidiarios del Consejo de Seguridad encargada de recibir directamente las solicitudes de exclusión de las personas registradas, de analizarlas y llegado el caso, de ordenar la exclusión del peticionario de la lista. Se le denomina *focal*, porque dicha oficina sirve para todo tipo de registro, tanto los particulares como grupos u organizaciones que estén en relación con los talibanes, Al-Qaeda y Osama bin Laden.³⁰

En la citada resolución 1730 (2006) y en la 1822 (2008), se establece con detalle la tramitación de la solicitud de supresión de un nombre de la lista. Esta tramitación se incorpora a las directrices de funcionamiento del Comité 1267 enmendadas en 2007 y 2008. El peticionario deberá justificar la solicitud de exclusión de la lista describiendo el fundamento de su solicitud y explicando, en particular, por qué ya no cumple los

²⁹ Párrafo 3 b) de las directrices de 2008.

³⁰ Este *punto focal* y sus funciones ha sido asumidos en las nuevas directrices del Comité, de febrero de 2007, párrafo 8 d) y i), que se mantienen con la reforma del 2008.

criterios descritos en el párrafo 2 de la resolución 1617 (2005) y reafirmados en el párrafo 2 de la resolución 1822 (2008).³¹ Su tramitación puede durar un período razonable (tres meses), en el que se recaba la información y objeciones de los Estados, de los servicios de inteligencia o de los gobiernos afectados por la solicitud de supresión. El punto focal tiene la obligación de notificar todas las comunicaciones que reciba de los Estados, a título informativo, y de informar al peticionario de la decisión del Comité de conceder o denegar su solicitud de supresión de la lista.³² Esta decisión de conceder o no la solicitud de supresión de la lista es adopta por consenso. Si no llega al acuerdo, se remite al Consejo de Seguridad para que adopte la oportuna resolución de acuerdo con el artículo 23 de la Carta.

En definitiva, a lo largo del proceso de elaboración de la lista no existen mecanismos específicos que garanticen los derechos de defensa de las personas registradas. Por ello, el Tribunal de Justicia de la Comunidad se verá enfrentado a diversas demandas de ciudadanos europeos registrados por el Comité 1267, como es el caso de Kadi,³³ Yusuf y la fundación Al-Barakaat,³⁴ Faraj Hassan,³⁵ Chafiq Ayadi,³⁶ Al-Aqsa,³⁷ Omar M. Toman,³⁸ etcétera.

³¹ Párrafo 7 d) de las directrices enmendadas en 2008.

³² Resolución 1730 (2006), párrafos 7 y 8.

³³ Sentencia Tribunal de Primera Instancia, del 21 de septiembre de 2005, *Kadi v. Consejo y la Comisión Europea*, (asunto T-315/01), y sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), del 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05P.

³⁴ Sentencia de Tribunal de Primera Instancia, del 21 de septiembre de 2005, *Yusuf y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea*, (asunto T-306/01).

³⁵ Recurso de casación interpuesto el 25 de septiembre de 2006 por Faraj Hassan contra la sentencia dictada el 12 de julio de 2006 por el Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) en el asunto T-49/04: *Faraj Hassan contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas* (Asunto C-399/06 P).

³⁶ Recurso de casación interpuesto el 27 de septiembre de 2006 por Chafiq Ayadi contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) dictada el 12 de julio de 2006 (asunto T-253/02) *Chafiq Ayadi / Consejo de la Unión Europea* (Asunto C-403/06 P).

³⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) del 11 de julio de 2007, *Al-Aqsa/Consejo*, (Asunto T-327/03)

³⁸ Sentencia de Tribunal de Primera Instancia (sala Séptima), del 11 de junio de 2009, *Omar Mohammed Toman / Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Co-*

2. Afectación directa en los derechos de defensa de las personas registradas

El hecho de que las medidas económicas del Consejo de Seguridad tengan por objeto reprimir el terrorismo internacional no implica que puedan vulnerar derechos humanos de las personas afectadas. La ejecución de la sanciones onusianas requiere del desarrollo de normas nacionales o supranacionales que también deben respetar los derechos fundamentales de los particulares de acuerdo con los principios y estándares de protección del ordenamiento jurídico en el que se inserta dicha norma de aplicación. También en el ámbito de la Comunidad Europea, las políticas antiterroristas han de aplicarse de forma compatible con los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, consagrados como bases de la Unión en el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea. De ahí, que el Tribunal de Justicia de la Comunidad tenga que cumplir con su deber de garantizar el Estado de derecho, y sin inmiscuirse en el ámbito de la política internacional, reafirme su competencia para examinar la legalidad de los reglamentos comunitarios en aplicación de las sanciones internacionales dentro los límites del orden jurídico comunitario³⁹. Según reiterada jurisprudencia, el derecho del particular a ser oído, el derecho de defensa y el principio de tutela judicial efectiva son principios generales del derecho comunitario, que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrados en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y son reafirmados en el artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza.⁴⁰ Por tanto, el respeto de los derechos humanos constituye un requisito de legalidad de

munidades Europeas (asunto T-318/01)

³⁹ Borghi, A., “La législation de l’Union européenne en matière de sanctions internationales et sa compatibilité avec les droits fondamentaux”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’homme*, vol. 19, (2008), 76, pp. 1095-1124.

⁴⁰ Véase, la sentencia del 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 37, así como el párrafo 335, de la sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), del 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al-Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P.

los actos comunitarios⁴¹ y esto implica que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con estos derechos.⁴² Por esta razón, el control de legalidad que garantiza y ejerce el juez comunitario recae sobre el reglamento comunitario destinado a aplicar las resoluciones internacional, pero no controla la legalidad interna de las mismas.

La lista consolidada se incorpora directamente en derecho comunitario, por lo que el juez comunitario se cuestiona si el sistema de esa lista es compatible con los derechos de defensa de las personas registradas, tal y como se entiende y garantiza en el ámbito comunitario. El derecho de defensa exige que el destinatario de una decisión que le afecta sensiblemente a sus intereses pueda expresar eficazmente su punto de vista, deba conocer los motivos que justifican esa afección y tiene que poder presentar alegaciones en su defensa.⁴³ Como se ha visto en el apartado anterior, el procedimiento enmendado de elaboración de la lista —tanto para la inclusión como para la exclusión de personas— sigue siendo esencialmente de naturaleza diplomática e interestatal, pues las personas o entidades afectadas no tienen una auténtica posibilidad de defender sus derechos, no incluye procedimientos para comunicar a los interesados los datos que justifican su inclusión y el Comité 1267 adopta sus decisiones por consenso, disponiendo todos sus miembros de un derecho de voto. Las directrices enmendadas del Comité y el párrafo 8 de la resolución 1730 (2006) del 19 de diciembre de 2006, tampoco obligan al Comité de Sanciones a comunicar al peticionario las razones y las pruebas que justifican su inclusión en la lista. El peticionario carece de medios para conocer esos datos, ni siquiera con limitaciones. Cuando el Comité desestima la solicitud de exclusión de la lista, no tiene obligación de motivar su decisión. Sólo está obligado a comunicar la decisión de exclusión, pero no su motivación.⁴⁴ Sólo se contempla la notificación

⁴¹ Dictamen 2/94, del Tribunal de Justicia, del 28 de marzo de 1996 (Rec. p. I-1759), apartado 34.

⁴² Sentencia del 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Rec. p. I-5659, apartado 73 y jurisprudencia citada.

⁴³ Sentencia del 24 de octubre de 1996, Comisión/Lisrestal y otros (C-32/95 P, Rec. p. I-5373), apartado 21. Véase asimismo el artículo 41, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁴⁴ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), del 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 325.

obligatoria al Estado solicitante de la inclusión para que éste pueda aplicar inmediatamente al particular la sanción correspondiente. Tampoco el sistema renovado de exclusión de la lista ni las ventajas del punto focal cumplen con los estándares mínimos de protección del ámbito europeo, a pesar de que dicho procedimiento permita a los registrados presentar, directamente al Comité de Sanciones o a través de su Estado, una solicitud motivada para que se suprima su nombre de la lista. Dicho peticionario sigue, no obstante, sin poder defender personalmente sus derechos en el procedimiento de exclusión del Comité. Tampoco puede delegar su representación ya que sólo los Estados ostentan la facultad de presentar observaciones ante una solicitud de exclusión, de modo que las personas registradas siguen dependiendo esencialmente del ejercicio de la protección diplomática de sus respectivos Estados.⁴⁵

En cambio, los Estados están obligados a introducir en sus normas de aplicación oportunidades de defensa al particular, sobre todo en la tramitación administrativa previa al traslado de su información al Comité, de acuerdo con el apartado 6 b) de las directrices enmendadas en 2008. Así se manifiesta, una vez más, que en efecto, los Estados tienen en última instancia un cierto margen de acción en la ejecución de sus obligaciones internacionales.⁴⁶ Así parece entenderlo también el Consejo de Seguridad, al introducir en las directrices del Comité la obligación de los Estados de notificar al afectado su inclusión en la lista, “de conformidad con su legislación y práctica nacional”. Con esta formulación, se puede entender que el Consejo de Seguridad y el Comité 1267 no desconocen los estándares de protección de los derechos de defensa de las personas, y que indirectamente reconocen que su garantía y efectividad compete al Estados habida cuenta de las experiencias comunitarias en aplicación de las sanciones onusianas. Téngase también en cuenta, que si los Estados deciden una aplicación conjunta supranacional de las obligaciones que emanan de la Carta de las Naciones Unidas, han de crear algún mecanismo para informar a la persona registrada en la lista los motivos

⁴⁵ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), del 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 99, el TCJE recuerda como los apartados 268 de la sentencia de TPI en el caso Kadi y el 315 de la sentencia del TPI del caso Yusuf y Al-Barakaat se reconoce la falta de acción directa de la persona afectada por la lista ante el Comité de Sanciones.

⁴⁶ Wet, E., *op. cit.*, p. 280.

de su inclusión y han de darle la oportunidad de defenderse. Por eso, el TJCE ha señalado claramente que “incumbe al juez comunitario aplicar técnicas que, en el contexto del control jurisdiccional ejercido por él, permitan conciliar, por una parte, las preocupaciones legítimas de seguridad en cuanto a la naturaleza y a las fuentes de la información tenida en cuenta para adoptar el acto de que se trate y, por otra, la necesidad de permitir que el justiciable disfrute en grado suficiente de la protección que ofrecen las normas de procedimiento”⁴⁷. Por esta razón, quizá el Consejo de Seguridad hace hincapié en la resolución 1735 (2006), del 22 de siembre de 2006 y en la 1822 (2008), del 30 de junio de 2008, sobre la conveniencia de que los Estados adjunten la justificación lo más detallada posible los motivos de la inclusión en la lista y toda posible información que demuestre la asociación o las actividades atribuidas, así como cuantos documentos acreditativos puedan facilitarse.

Todos los casos planteados ante el TJCE adolecen de un mismo problema, común a todas ellas, consistente en que en el momento de aplicación de las sanciones onusianas en los reglamentos comunitario el legislativo comunitario incorpora directamente la lista consolidada en el Anexo I del Reglamento para poder aplicar las sanciones a las personas registradas. Tampoco el legislador comunitario articula mecanismos para garantizar los derechos de defensa de los afectados, ni para comunicarles los motivos de su inclusión en la lista, por lo que resulta muy difícil ejerciten dentro de plazo razonable su derecho de recurso y puedan hacer valer sus motivos y alegación.⁴⁸ Por tanto, la ausencia de la información debida a los afectos, la no comunicación de los datos utilizados en su contra como base de las medidas restrictivas que les fueron impuestas, y la ausencia de un plazo razonable tras la imposición de las medidas para que los personas registradas pudieran tomar conocimiento

⁴⁷ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), del 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 344, en el que trae a colación la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia *Chahal c. Reino Unido*, del 15 de noviembre de 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, párrafo 131.

⁴⁸ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), del 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 336.

de su situación suponen una violación del orden comunitario por incumplimiento de la debida garantía de los derechos de defensa del particular.

3. Afectación directa en el derecho de propiedad de las personas registradas y sus efectos indirectos frente a terceros

La congelación de los fondos, cuentas y otros recursos económicos o financieros supone una afección directa del derecho de propiedad de las personas destinatarias de las sanciones onusianas y registradas en el anexo I del reglamento comunitario. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el derecho de propiedad forma parte de los principios generales del derecho comunitario. No obstante, este principio no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecten a la propia esencia del derecho así garantizado.

Para determinar el alcance del derecho fundamental al respeto de la propiedad es preciso tener en cuenta el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 1 del Convenio Europeo de Derecho Humanos. Por ello, el Tribunal de Justicia, ante las denuncias interpuestas por particulares registrados en la lista de las Naciones Unidas y en los correspondientes reglamentos comunitario, como las interpuesta por Yusuf, Kadi, Al-Barakaat, Omar... analiza, en cada caso concreto, si la congelación de los fondos constituye una intervención desmesurada e intolerable que afectase a la propia esencia del derecho de propiedad de esas personas. En estos recursos, el Tribunal se enfrenta con la misma cuestión, a saber, si la aplicación concreta del reglamento comunitario en ejecución de las resoluciones internacionales es respetuosa con los derechos fundamentales de las personas destinatarias de las sanciones. De ahí, que, aunque sean denuncias independientes entre sí, sus argumentaciones sean semejantes. Es más, en las denuncias posteriores al recurso de casación de Kadi y de Al Barakaat, el Tribunal hace constante referencia a esta sentencia.

La congelación de fondos constituye, a juicio del Tribunal, una medida cautelar,⁴⁹ que no pretende privar de su propiedad a dichas personas. Sin embargo, tales medidas suponen indudablemente una restricción al ejercicio del derecho de propiedad de las personas afectadas. Tal restricción debe calificarse, además, como considerable y exige una relación de proporcionalidad razonable entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. Por ello procede a investigar, en cada caso, si se ha respetado el equilibrio entre las exigencias del interés general y el interés de la persona o personas afectadas. No es la primera vez que el Tribunal se ha de pronunciar sobre las medidas restrictivas de carácter económico que aplican resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta y sobre la importancia de los objetivos perseguidos por el acto comunitario para analizar y justificar sus consecuencias negativas, por considerables que sean para ciertos operadores, incluidos aquellos que no tienen ninguna responsabilidad en la situación que condujo a la adopción de las sanciones pero resultan afectados, en particular en sus derechos de propiedad.⁵⁰

En términos de principio, el interés general de luchar contra el terrorismo internacional de acuerdo con la Carta hace que la congelación de fondos, activos financieros y otros recursos económicos de las personas asociadas a Osama bin Laden, la red Al-Qaeda o los talibanes no pueda calificarse como inadecuada o desproporcionada.⁵¹ El Tribunal al considerar que los reglamento comunitarios habían sido adoptados sin ofrecer oportunidad alguna a los afectados de defenderse y que las restricciones del derecho de propiedad eran de alcance general —pues abarcaba todo tipo de fondos y cuentas— y de duración indefinida estima la restricción del derecho de propiedad es considerable, incluso, que va más allá de lo permitido por el ordenamiento comunitario, por lo que es contraria la orden de jurídico de la Comunidad.

Por otra parte, la congelación de los fondos, cuentas y demás recursos económicos y financieros pueden afectar de forma indirecta al derecho

⁴⁹ *Ibidem*, apartado 357.

⁵⁰ Sentencia *Bosphorus*, del 30 de julio de 1996, C-84/95, Rec. p. I-3953, apartados 22 y 23.

⁵¹ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), del 3 de septiembre de 2008, *cit.*, apartado 363, citando además, sentencia *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v.Irlanda*, asunto 45036/98 del 30 de junio de 2005, párrafo 167 del TEDH.

de propiedad de terceras personas, que no son destinatarias de las sanciones onusianas y, por tanto, tampoco están registradas en el anexo I del reglamento comunitario. En tal caso, hay que plantearse si el derecho comunitario protege igualmente a un posible tercero afectado indirectamente por la sanción internacional. No es un planteamiento puramente teórico, sino práctico y real. En efecto, la congelación de un pago o unos fondos de un particular registrado en la lista consolidada puede desplegar indirectamente efectos jurídicos frente a terceros no registrados en la lista, como en el caso *Möllendorf*.⁵² En aplicación del artículo 2, apartado 3, y 4, apartado 1, del Reglamento 881/2002 de la Comunidad, se deniega la necesaria inscripción en el registro de la propiedad la transmisión de la propiedad de un bien inmueble en ejecución de un contrato de compraventa a una persona física que figura en el anexo I del Reglamento. Dicha denegación afecta indirectamente el derecho de propiedad de las vendedoras, ya que según el derecho alemán aplicable a la compraventa, si no se efectúa la transmisión de la propiedad por impedimento registral, se impide la ejecución del contrato, por lo que se deberá restituir a los compradores el precio de la venta, de acuerdo con los artículos 275 y 323 del BGB. Además, la restitución del precio de la venta pudiera ser igualmente contraria al reglamento comunitario, ya que la restitución del precio de la venta supone *de facto* que las personas registradas obtengan fondos, mercancías o servicios violando por tanto el Reglamento 881/2002. En este caso, el Tribunal consideró que el inmueble es un recurso económico, cuya venta y posterior inscripción en el registro de la propiedad necesaria según la ley alemana para la transmisión de la propiedad, supone una “puesta a disposición, directa o indirectamente” de la persona física inscrita en la listas, “de modo

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia, (Sala Segunda) del 11 de octubre de 2007, asunto C-117/06, Möllendorf, recurso prejudicial. En este caso, las señoras Möllendorf vendieron un inmueble situado Berlín por un precio de 1.214.318,22 euros a una sociedad civil compuesta por dos personas, una de ellas, el señor Aqeel Abdulaziz Al-Aqil registrado en la lista del Comité de sanciones desde julio de 2004. Tanto el contrato de venta como el pago del importe se habían antes de que el comprador fuera registrado en la lista como persona asociada al grupo terroristas. Sin embargo, cuando en abril de 2005 las vendedoras acuden al registro de la propiedad para la inscripción de la venta y así transmitir la propiedad a los compradores, éste no puede efectuarse por aplicación del reglamento comunitario sobre la congelación de fondo y recurso económicos de las personas asociadas al grupo terrorista, en aplicación del artículo 2, apartado 3, y 4, apartado 1, del Reglamento 881/2002 de la Comunidad.

que [...] pueda obtener fondos, mercancías o servicios” en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento 881/2002. Además, el TJCE consideró que la citada disposición no excluye ningún tipo de “recurso económico” y tampoco prevé excepciones ni materiales ni temporal.

El artículo 2 *bis*, apartado 4, letra b), del Reglamento 881/2002, que reproduce literalmente el contenido del párrafo 2 de la Resolución 1452 (2002), establece una excepción a la prohibición impuesta en el artículo 2, apartado 2, del mismo Reglamento respecto al abono en cuentas congeladas de pagos correspondientes a contratos, acuerdos y obligaciones contraídos *antes* de la fecha en que las cuentas quedaran congeladas. Sin embargo, la normativa comunitaria no prevé tal excepción respecto a la prohibición impuesta en el artículo 2, apartado 3, del Reglamento 881/2002, relativo a la puesta a disposición de recursos económicos como la compraventa de ese inmueble.

Por lo tanto, el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) 881/2002 del Consejo, del 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Osama bin Laden... debe interpretarse en el sentido de que prohíbe la inscripción definitiva en el registro e impide la ejecución final del contrato para la transmisión de la propiedad en el registro de la propiedad con posterioridad a la fecha de la inclusión del comprador en la lista que figura en el anexo I del Reglamento 881/2002, modificado por el Reglamento 561/2003, aún cuando el contrato de compraventa del bien inmueble y el pago del precio de la venta fueron concluidos antes de dicha inclusión.⁵³

En este caso, el Tribunal considera la existencia de un menoscabo del derecho de propiedad de las vendedoras del inmueble como consecuencia de los efectos indirectos de la norma comunitaria frente a un tercero (personas distintas de las incluidas en dicha lista). Pero considera, que la restricción del derecho de propiedad de estas vendedoras depende del derecho nacional aplicable. Según la ley alemana, ante la imposibilidad de inscribir definitivamente la transmisión de propiedad del inmueble en el registro de la propiedad a consecuencia de la aplicación del artículo 2, apartado 3, del Reglamento 881/2002, las vendedoras están obligadas a rembolsar el precio de la venta, con lo que se suscita la cuestión de la

⁵³ Sentencia *Möllendorf*, asunto C-117/06, del 11 de octubre de 2007, apartados 45-64.

compatibilidad de tal reembolso con la prohibición de no puesta a disposición de recursos económicos prevista en el artículo 2 del apartado 2 del reglamento comunitario. A juicio del tribunal, el reembolso del precio de venta de dicho inmueble parece posible a la luz del artículo 2 *bis*, apartado 4, letra b), del Reglamento 881/2002, puesto que establece una excepción a la prohibición que impone el artículo 2, apartado 2, del mismo Reglamento, siempre que se cumplan los requisitos de aplicación de dicha excepción, entre los que se encuentra la congelación de los fondos reembolsados.⁵⁴ Ahora bien, si la obligación de reembolso constituye un menoscabo desproporcionado de las vendedoras en su derecho de propiedad, esto es —a juicio del Tribunal— una cuestión de derecho nacional, que no procede examinar en el marco del recurso prejudicial.⁵⁵ Por tanto, será el órgano jurisdiccional nacional quien examine si el reembolso de las cantidades percibidas por las demandantes constituye un menoscabo desproporcionado de su derecho de propiedad. De ser así, el órgano judicial nacional aplicará la normativa nacional de modo que no se menoscaben las exigencias que se desprenden del derecho comunitario.⁵⁶

De esta forma, el Tribunal de Justicia constata que la efectiva protección de los derechos humanos la ostenta los Estados en última instancia y que incluso “las exigencias derivadas de la protección de los principios generales reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan también a los Estados miembros, cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no se menoscaben tales exigencias”.⁵⁷ Así, a la luz de este caso, y recordando además que el

⁵⁴ *Ibidem*, apartado 70.

⁵⁵ *Ibidem*, apartado 77.

⁵⁶ *Ibidem*, apartado 79. Debe tenerse en cuenta cómo el orden constitucional alemán, reconoce que los derechos fundamentales no sólo derechos de defensa de los ciudadanos frente a la acción del Estado, sino que también —bajo determinadas circunstancias que hay que sopesar encada caso— deben protegerse en las entre privados. Véase, Brinktrine, R., “The horizontal effect of human rights in German constitutional law. The British debate on horizontality and the possible role model of the German doctrine of “mittelbare Drittewirkung der Grundrechte”, *European Human Rights Law Review*, 2001, 4, pp. 421-432

⁵⁷ Sentencia *Möllendorf*, asunto C-117/06, del 11 de octubre de 2007, apartado 78 y en particular, la sentencia del 10 de julio de 2003, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, C-20/00 y C-64/00, Rec. p. I-7411, apartado 88 y la jurisprudencia allí citada.

Reglamento 881/2002 es la norma de aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad en materia antiterrorista, se pone de manifiesto una vez más que, en efecto, son los Estados quienes —*as a right of last resort*—⁵⁸ controlan las resoluciones onusianas y garantizan los derechos humanos de las personas afectadas por las mismas en el momento de su aplicación y ejecución.

III. EFECTOS DEL CASO PARADIGMÁTICO KADI: LA SUPERACIÓN DE UNA GRAVE FRICCIÓN Y EL TRIUNFO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *La visión restrictiva de la tutela judicial efectiva del Tribunal de Primera Instancia*

El 17 de octubre 2001, el Comité de Sanciones 1267 introdujo el nombre del señor Yassin Abdullah Kadi en la lista consolidada de las personas que colaboraban con Al-Qaeda. En consecuencia y mediante el Reglamento (CE) 2062/2001 de la Comisión, del 19 de octubre de 2001, que modifica por tercera vez el Reglamento 467/2001 para añadir nombre del señor Kadi, junto con otros, al anexo I de este último Reglamento. Ante esta situación el señor Kadi presentó ante el Tribunal de Primera Instancia un recurso de anulación contra el reglamento comunitario que permitió la congelación de sus cuentas alegando, entre otros motivos, la falta de competencia del Consejo para la adopción del Reglamento controvertido en aplicación de las resoluciones vinculantes de la ONU, la inobservancia del artículo 249 CE e invocaba la violación de sus derechos fundamentales. En la sentencia del 21 de septiembre de 2005, el TPI muestra una gran prudencia a la hora de ejercer el control de legalidad de los reglamentos comunitarios adoptados para ejecutar las resoluciones del Consejo de Seguridad. De esta forma sostiene una visión restrictiva de la tutela judicial efectiva frente a las medidas antiterroristas adoptadas por las instituciones de la UE y, en síntesis, podríamos decir que el TPI otorga primacía absoluta al artículo 103 de la Carta. Pues, en efecto, consideraba que el efecto obligatorio de las resoluciones del Consejo de Seguridad se imponía a la Comunidad, a pesar de que la Carta no vincula le directamente como tal, al no ser la Comunidad un miembro de la ONU, ni destinataria de las resoluciones del Consejo de Seguridad,

⁵⁸ Wet, E., *op. cit.*, p. 280

ni sucesora de sus Estados miembros en los derechos y obligaciones de éstos con arreglo al derecho internacional público.⁵⁹ En cambio, a juicio de Tribunal de Primera Instancia, dicho efecto obligatorio se impone a la Comunidad en virtud del derecho comunitario,⁶⁰ eso sí —haciendo un salto jurídico—, en la medida en que la Comunidad había asumido, con arreglo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros sobre la aplicación de la Carta de las Naciones Unidas, por lo que sus disposiciones eran vinculantes para la Comunidad.⁶¹ Por consiguiente, la Comunidad no podía violar las obligaciones que emanen de la Carta, ni obstaculizar el cumplimiento de las mismas y, al contrario, debía adoptar en el ejercicio de sus competencias todas las disposiciones necesarias para permitir que sus Estados miembros respetasen tales obligaciones. A su juicio, el TPI sólo podría ejercer un control jurisdiccional incidental, a título claramente excepcional, para la verificación de la observancia de las normas superiores del derecho internacional que forman parte del *ius cogens* y, en particular, de las normas imperativas para la protección universal de los derechos humanos.⁶² Sin embargo, tras examinar minuciosamente la supuesta violación de los derechos humanos que se derivan de las resoluciones del Consejo de Seguridad y del Reglamento controvertido de transposición, llega a la conclusión que el caso Kadi no es un caso excepcional, porque no se vulnera derecho imperativo.⁶³ En consecuencia, desestimó cualquier eventual violación del derecho a un control jurisdiccional efectivo y, en consecuencia, el recurso en su totalidad.

El TPI no duda en sacrificar los derechos fundamentales del demandante con el objetivo de respetar las obligaciones derivadas de las resoluciones del Consejo de Seguridad. Esta sentencia del TPI ha sido muy crítica en la doctrina⁶⁴, porque atenta contra uno de los principio

⁵⁹ Sentencia TPI del 21 de septiembre de 2005, Kadi vs. Consejo y la Comisión Europea (asunto T-315/01TPI) apartado 192, y Yusuf y Al Barakaat, apartado 242.

⁶⁰ *Ibidem*, apartado 193, y Yusuf y Al Barakaat, apartado 243.

⁶¹ *Ibidem*, apartado 203, y Yusuf y Al Barakaat, apartado 253.

⁶² *Ibidem*, apartado 321.

⁶³ *Ibidem*, apartado 238.

⁶⁴ Véase, entre muchos otros, Cananea, G., “Return to the due process of law: the European Union and the fight against terrorism”, *European Law Review*, 2007, 32, pp. 896- 907; Ciampi, A.: “L’Union Européenne et le respect des droits de l’homme dans

esenciales y constitucionales de la Comunidad, como es el principio de legalidad dentro del propio orden comunitario. Evidentemente el TPI lo no expresa con estas palabras, pero de su conclusión se deriva que, tanto en virtud del derecho internacional general, como de las disposiciones específicas del Tratado, los Estados miembros pueden e incluso, están obligados, a dejar inaplicada cualquier disposición de derecho comunitario que dificulte el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la Carta.

2. La autonomía y constitucionalidad del derecho de la Unión

El 13 de noviembre de 2007, el señor Kadi presentó recurso de casación ante la Gran Sala del Tribunal de Luxemburgo frente a la sentencia del recurso de anulación alegando principalmente dos motivos: primero, la infracción de varias normas de derecho comunitario cometida por el Tribunal de Primera Instancia y segundo, la violación de algunos de sus derechos fundamentales. Con esta sentencia, el TJCE aporta una solución al caso concreto, pero de carácter constitucional por un doble motivo: primero, porque se pronuncia sobre la autonomía del ordenamiento comunitario y segundo, porque la protección de los derechos humanos es un criterio real de legalidad.

En, efecto, la Gran Sala examina la relación existente entre el ordenamiento jurídico internacional y el comunitario. En contra de la sentencia del TPI, el TJCE señala con claridad que “un acuerdo internacional no puede menoscabar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario”⁶⁵ y que “las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales del Tratado CE,

la mise en oeuvre des sanctions devant la Cour Européenne des droits de l'Homme”, *Revue General du Droit International Public*, 2006, vol. 110, núm. 1, pp. 85-116; Eckes, C., “Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures-The Yusuf and Kadi Judgements of the Court of First Instance”, *European Law Journal*, vol. 14, núm. 1, pp. 74-92; Eeckhout, P., “Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit”, *European Constitutional Law Review*, 2007, núm. 3, pp. 183-207; Lavranos, N., “Judicial Review of UN Sanctions by the Court of First Instance”, *European Foreign Affairs Review*, 2006, 11, pp. 471-490.

⁶⁵ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia, del 3 de septiembre de 2008, *Kadi*, apartado 282.

entre los que figura el principio según el cual todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales, pues el respeto de esos derechos constituye un requisito de legalidad de dichos actos, cuyo control incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del sistema completo de vías de recurso establecido por dicho Tratado”.⁶⁶ Subraya con fuerza y decisión la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario y su plena separación respecto al orden internacional y prepara el terreno para adoptar un enfoque muy distinto al TPI y netamente constitucional de cara también a futuros casos. Pero en todo momento es respetuoso del orden jurídico que se deriva de la Carta hasta llegar a afirmar que una “sentencia de un tribunal comunitario en la que declarase que un acto comunitario destinado a aplicar una resolución internacional violaba una norma superior del ordenamiento jurídico comunitario no implicaría poner en entredicho la primacía de dicha resolución en el ámbito del Derecho internacional”.⁶⁷ Este respeto le lleva a corregir al TPI al señalar que incluso,

tratándose de un acto comunitario destinado a aplicar una resolución del Consejo de Seguridad aprobada en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como el Reglamento controvertido, no corresponde, pues, al juez comunitario, en el marco de la competencia exclusiva que le confiere el artículo 220 CE, controlar la legalidad de la resolución aprobada por dicho órgano internacional, ni siquiera limitando su control al examen de la compatibilidad de tal resolución con el *ius cogens*.⁶⁸

El TJCE deja muy claro que la recepción del derecho internacional —incluidas las resoluciones del Consejo de Seguridad— viene determinada por el propio ordenamiento en el que se van a insertar, en este caso el ordenamiento jurídico comunitario.⁶⁹ Por esa razón, la Carta no puede obligar a seguir un método determinado para la aplicación de las reso-

⁶⁶ *Ibidem*, apartado 285.

⁶⁷ *Ibidem*, apartado 288.

⁶⁸ *Ibidem*, apartado 287.

⁶⁹ Sobre estas cuestiones *cfr.* Halberstam, D. y Stein, E., “The United Nations, the European Union, and the King of Sweden. Economic sanctions and individual rights in a plural world order”, *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, 1, pp. 13-72; Almqvist, J., “A Human Rights Critique of European Judicial Review Counter-Terrorism Sanctions”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, 2008, 2, pp. 303-331.

luciones aprobadas por el Consejo de Seguridad,⁷⁰ sino que “dicha aplicación debe producirse conforme a la normativa aplicable al respecto en el ordenamiento jurídico interno de cada Miembro”.⁷¹ En consecuencia, las normas y principios de la Carta no pueden impedir que, dado el caso, se pueda proceder a un control jurisdicción de la legalidad interna del reglamento comunitario desde el punto de vista del derecho comunitario, y, en concreto desde la perspectiva de protección de los derechos humanos de la Comunidad, por el mero hecho de que tal reglamento esté destinado a aplicar una resolución del capítulo VII de la Carta. Es más, la aplicación de las resoluciones del Consejo no pueden menoscabar los principios constitucionales del ordenamiento comunitario, como son los derechos fundamentales —según el antiguo artículo 6.2 del TUE (actual artículo 6)— y que corresponde al Tribunal de Justicia garantizar su respeto, que —en definitiva— implica garantizar la legalidad del orden comunitario. De ahí que la tesis de la inmunidad de jurisdicción de un acto comunitario en aplicación una resolución del Consejo —entendida como corolario del principio de primacía del derecho internacional— carece completamente de fundamento sobre la base del TCE.⁷²

El carácter constitucional de esta sentencia se aprecia también en que el TJCE reconoce que la defensa de los derechos humanos es un criterio esencial de orden comunitario. Como se ha analizado en los epígrafes anteriores, en el régimen de sanciones previstas por el Consejo de Seguridad y su gestión a través de sistema de listas no ofrecen una protección adecuada de los derechos humanos. En efecto, el procedimiento de la elaboración de las listas, a pesar de las modificaciones introducidas por el Consejo de Seguridad en los últimos años, la decisión de suprimir o no el nombre de una persona de la lista sigue correspondiendo a la más absoluta discrecionalidad del Comité de Sanciones que —no olvidemos— es un órgano político y no jurisdiccional. Además, el particular incorporado a la lista no es informado previamente de su posible registro, no conoce los motivos que se aducen para ese registro y no tiene ocasión de defenderse ni ser oído por un tribunal.

⁷⁰ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia, del 3 de septiembre de 2008, *Kadi*, apartado 298.

⁷¹ *Ibidem*, apartado 298.

⁷² *Ibidem*, apartado 300.

En tales circunstancias, es preciso afirmar que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva por medio de un tribunal independiente no está garantizado a nivel internacional a pesar del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En consecuencia, cuando las instituciones comunitarias aplican resoluciones del Consejo de Seguridad en su ordenamiento jurídico no están exentas de aplicar un adecuado control judicial en el marco del derecho comunitario, en conformidad con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en la actualidad, de acuerdo también con la Carta Europea de Derechos Fundamentales. El TJCE no entra a sugerir cómo debería funcionar las Naciones Unidas, aunque si se atreve su el abogado general. En efecto, el señor Poiares Maduro envía un claro mensaje a las instituciones comunitarias y al Consejo de Seguridad, al afirmar que “si en el ámbito de las Naciones Unidas existiera un mecanismo genuino y efectivo de control por parte de un tribunal independiente, ello podría eximir a la Comunidad de la obligación de garantizar el control judicial de las medidas de ejecución que se aplican en el marco del procedimiento jurídico comunitario”.⁷³

La eficacia del objetivo final de las resoluciones del Consejo de Seguridad —perseguir en última instancia la paz haciendo frente al terrorismo— aconseja cierta confidencialidad y rapidez en las acciones concretas. Por lo que tratándose de unas medidas restrictivas, como las que impone el Reglamento comunitario, no cabe exigir a las autoridades comunitarias que comuniquen todos los motivos antes de la inclusión inicial de una persona o entidad en la lista,⁷⁴ puesto que la comunicación previa podría poner en peligro la eficacia de las medidas de congelación de fondos. Sin embargo, la eficacia de unas medidas restrictivas —como las contenidas en el reglamento comunitario denuncia por Kadi— no implica que el juez comunitario esté exonerado a aplicar el principio de tutela judicial efectiva. Al contrario, en el contexto del control jurisdiccional ejercido por el juez comunitario se deberán arbitrar mecanismos para conciliar las preocupaciones legítimas de seguridad y

⁷³ Conclusiones del abogado general señor Poiares Maduro presentadas el 23 de enero de 2008, *Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, C-415/05 P y el 16 de enero de 2008, *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo y Comisión*, C-402/05 P, punto 54.

⁷⁴ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia, del 3 de septiembre de 2008, *Kadi*, apartado 338.

el disfrute real por parte del justiciable de un grado suficiente de sus derechos a lo largo del procedimiento.⁷⁵ Es decir, en el ámbito de la lucha contra el terrorismo es necesaria —al igual que en otros ámbitos— la búsqueda de un equilibrio entre el objetivo de seguridad que se persigue y la protección de los derechos fundamentales. Por ello, en el caso concreto, el TJCE estimó que habida cuenta de que las instituciones comunitarias no comunicaron en ningún momento al señor Kadi los datos utilizados en su contra, ni se le dio la oportunidad de dar a conocer su punto de vista sobre la inclusión en la lista, el TJCE estima que se ha producido una violación de sus derechos de defensa y, en particular, a su derecho a ser oído. Asimismo, estima que se ha vulnerado el derecho a un recurso judicial efectivo, ya que Kadi no se encontraba en condiciones de defender satisfactoriamente sus derechos ante el juez comunitario.⁷⁶

Constatada la violación de estos derechos, el TJCE analiza a continuación si, como se alegaba, el controvertido reglamento violaba además su derecho a la propiedad como consecuencia de la congelación de sus fondos que le impuso el reglamento. Como se ha visto en los apartados anteriores, el TJCE examina el alcance de tal derecho, sus límites y la naturaleza de la congelación como medida cautelar en el caso concreto y no como una medida de expropiación desproporcionada, si cabían excepciones etcétera. Y lo hace analizando el respeto de la propiedad como un principio general del derecho comunitario de acuerdo con artículo 1 del Protocolo adicional 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo.⁷⁷ Llega a la conclusión de que la restricción del derecho de propiedad es considerable y que las autoridades comunitarias no le ofrecieron una opción adecuada para exponer su caso y, por ello, es una restricción injustificada. Pero lo que es más importante, el TJCE subraya que la congelación de fondos y otros recursos económicos de las personas incluidas en la lista del Comité 1267 estaría justificada, siempre y cuando se respetasen los derechos funda-

⁷⁵ *Ibidem*, apartado 334, haciendo referencia a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Chahal c. Reino Unido* del 15 de noviembre de 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, párrafo 131.

⁷⁶ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia, del 3 de septiembre de 2008, *Kadi*, apartados 3348-3353.

⁷⁷ *Ibidem*, apartados 355-371, donde el TJCE alude a la sentencia del TEDH en el caso *Jokela c. Finlandia* del 21 de mayo de 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-IV, § 45 y jurisprudencia citada y párrafo 55.

mentales —sustantivos y procesales— de las personas afectadas tal y como se prevén el ordenamiento jurídico comunitario.

De esta sentencia se desprende, por tanto, como el Tribunal de Justicia de Luxemburgo no sólo controla la aplicación de las normas comunitarias sino que, al hacerlo, ejerce una jurisdicción constitucional, al constatar la plena autonomía del orden comunitario y su carácter constitucional en la defensa de derechos fundamentales a la luz de unos estándares altamente protecciónsta según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

IV. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL EFECTO KADI A NIVEL INTERNACIONAL

Una vez más se pone de manifiesto cómo el derecho internacional y la Carta se deben adaptar al nuevo contexto internacional. Lo ideal sería hacerlo abordando la reforma de la Carta, aunque *de facto* ya existen ciertos progresos sobre una amplia concepción del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales que incluye la consideración de los derechos humanos. El Consejo de Seguridad ha hecho un uso extensivo de sus facultades de actuación del capítulo VII y ha adoptado medidas doblemente novedosas. Sus sanciones selectivas contra particulares son una novedad frente a las acciones de actores no estatales en la escena internacional, haciéndoles destinatarios directos de una serie de medidas económicas habituales hasta ahora sólo frente a los Estados. Además, sobre una hipotética base del artículo 41 *bis* de la Carta, establece un mecanismo *sui generis* de identificación de esas personas y bajo la responsabilidad un órgano subsidio del Consejo de Seguridad —sin facultades jurisdiccionales— pero con relevancia *de facto* cuasi-imperativa y jurisdiccional.⁷⁸

Conviene resalta cómo Tribunal de Justicia la Comunidad Europea no puede pretender —ni lo ha hecho— ejercer un control de legalidad interno de las decisiones onusianas. Su función consiste en garantizar la legalidad de los actos comunitarios con independencia de que éstos traigan causa de obligaciones internacionales derivas de Carta. Por ello, en las demandas interpuestas por Yusuf, Kadi, Al-Barakaat, Omar... el TJCE estudia la compatibilidad entre el reglamento comunitario y la debida protección de los derechos humanos en el orden comunitario, de

⁷⁸ Cameron, I., *op. cit.*, pp. 182 y 191

acuerdo con los estándares europeos de protección. Sin embargo, los razonamientos y conclusiones a las que llega el TJCE en cuanto a los derechos de defensa y al derecho de propiedad de las personas registrada en la *lista negra* arrojan reflexiones sugerentes de diversa índole.

Por una parte, El TJCE subraya que la Comunidad respeta el derecho internacional,⁷⁹ y que según el TCE ha de adoptar las medidas que estime necesarias para cumplir las sanciones del Consejo de Seguridad como aspecto esencial de su política exterior de seguridad común (PESC).⁸⁰ Sin embargo, dado que la Carta no impone un modelo único para el cumplimiento de las sanciones del Consejo, la Comunidad es libre de elegir entre las distintas opciones para su transposición, de tal forma que armonice el cumplimiento de la obligación internacional con las normas de protección de los derechos del orden comunitario.⁸¹ Por tanto, en este caso, es la Comunidad quien —*as a right of last resort*—⁸² desarrolla, interpreta y controla en la práctica el orden internacional por unanimidad de sus Estados miembros en el momento de ejecutar las obligaciones individuales de cada uno de sus miembros de “aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad...”, según el artículo 25 de la Carta,⁸³ pero teniendo en cuenta que el artículo 103 de la misma no puede librar en ningún caso a los Estados de las obligaciones internacionales de defensa y protección de los derechos humanos.⁸⁴

Se puede cuestionar si el TJCE con sus sentencias Yusuf, Kadi, Al-Barakaat, Omar...amenaza al Consejo de Seguridad de que si no garantiza de forma adecuada la protección de los derechos fundamental, esta función la asumirá el propio TJCE. Como se ha visto, el abogado general parece tenerlo claro. De todos modos, el TJCE podría haber

⁷⁹ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), del 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 291.

⁸⁰ *Ibidem*, apartado 296.

⁸¹ *Ibidem*, apartado 298.

⁸² Wet, E., *op. cit.*, p. 280

⁸³ Cameron I., *op. cit.*, p. 174.

⁸⁴ Olivier, C., “Human Rights Law and the International Fight against Terrorism: How do Security Council Resolutions Impact on States’ Obligations under International Human Rights Law? (Revisiting Security Council Resolution 1373)”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 73, (2004), pp 399-419, p. 414.

adoptado una postura de menor resistencia constitucional y de mayor diálogo que, aunque no le correspondía, hubiese sido de gran utilidad para la doctrina. Para algunos, no habría estado de más que el TJCE hubiera precisado las condiciones en las que renunciaría al ejercicio de su función jurisdiccional en beneficio de una institución internacional. Esta posición permitiría al Tribunal entablar un diálogo constructivo con otras instituciones comunitarias y organizaciones internacionales.⁸⁵ En efecto, el TJUE no puede modificar la laguna del sistema de las Naciones Unidas en relación con el respeto de los derechos humanos en las sanciones internacionales. Sin embargo, sí que podía haber actuado según el espíritu de la doctrina *Solange* y podía haberlo interpretado a la luz del derecho internacional consuetudinario. De haberlo hecho, hubiese aprovechado una buena ocasión para aclarar de forma productiva el alcance y la repercusión de los estándares de protección de los derechos humanos de los actores no estatales de carácter transnacional en el sistema de las Naciones Unidas.⁸⁶ Preocupación real en el seno del Consejo de Seguridad como se manifiesta en la creación del *punto focal*, que presenta novedosas ventajas respecto al sistema anterior,⁸⁷ aunque insuficientes desde la perspectiva europea.

En este contexto, me atrevería decir que el *efecto Kadi* es el equivalente al que en su día tuvo la sentencia *Solange* del *Bundesverfassungsgericht* alemán para la Comunidad Europea.⁸⁸ Así como en la entonces Comunidad Europea, el caso *Solange* empujó a los Estados miembros y a las instituciones de la Unión a mejorar el grado de protección de los

⁸⁵ Santos Vara, J., “El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 32, 2009, pp. 91-119, p. 104. Recker, S., “European Court of Justice Secures Fundamental Rights from UN Security Council Resolutions”, *Göttingen Journal of International Law*, vol. 1 (2009) 1, pp. 159-178.

⁸⁶ Halberstam, D. y Stein, E., *op. cit.*, 1, pp. 13-72, p. 72.

⁸⁷ Keller, H. y Fischer, A., *op. cit.*, p. 266; Feinäugle, C., *op. cit.*, p. 1535, aunque sin ignorar sus limitaciones, al afirmar que “the newly established “focal point” thus does not improve the individual’s legal protection: it is only a body that administers a request but does not have the power to decide on the delisting. With regard to “effectiveness,” accessibility is slightly improved by the establishment of the focal point”.

⁸⁸ Cameron I., *op. cit.*, p. 179, Tzanou., M., “Case note on Joined Cases C-402/05 P & C-415/05 P. Yassin Abdullah Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union & Commission of the European Communities”, *German Law Journal*, vol. 10, 2009, pp.123-147, p. 147.

derechos fundamentales en la Unión y a dotarse de un instrumento propio de protección, el tiempo dirá si el efecto Kadi mueve lentamente los muros de la discrecionalidad política. Sin embargo, el sistema de listas de la ONU ya se ha visto revisado y mejorado de nuevo en la resolución 1904 (2009), del 17 de diciembre de 2009, párrafo 20 en el que se crea un *ombudsman* en el Consejo de Seguridad para las cuestiones relacionadas con la configuración de las listas del Comité 1267.

Pudiera ser, no obstante, que el TJCE sea víctima de su propia jurisprudencia y la Unión Europea de su propio sistema, en el sentido de que si el sistema de elaboración de listas no es compatible con los estándares de protección de los derechos humanos en Europa, teniendo en cuenta que los Estados carecen de capacidad para hacer que el mecanismo de elaboración de la lista introduzca oportunidades de defensa al particular afectado, el Tribunal se verá demando constantemente y por la misma razón. Muestra de ello es que el 26 de febrero de 2009 el señor Kadi, que sigue figurando en la lista (y en el anexo I) ha solicitado la anulación parcial del Reglamento (CE) 1190/2008 de la Comisión, del 28 de noviembre de 2008, alegando que vulnera sus derechos de defensa, tanto el derecho a ser oído como el derecho a una tutela judicial efectiva, y porque el citado reglamento no pone remedio a la violación de estos derechos ya declarada anteriormente por el Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-402/05 y C-415/05 y en sentencia de casación de septiembre de 2008.⁸⁹

Por último, conviene recordar que la evolución de los estándares de protección de los derechos humanos no es uniforme a lo largo de la historia ni en la práctica de las diversas organizaciones Internacionales. Es más, en el viejo continente europeo los niveles de protección de los derechos humanos son exigentes, elevados y despliegan obligaciones positivas para los Estados de mayor calado que a nivel internacional en general. Al mismo tiempo, sería altamente deseable que estos estándares europeos de protección y la experiencia concreta de esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión puedan servir de guía en la *praxis* internacional y regional.

⁸⁹ Recurso interpuesto el 26 de febrero de 2009, Kadi/Comisión (asunto T-85/09).