

EL CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES ANTITERRORISTAS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

Juan Santos Vara *

Sumario. I. INTRODUCCIÓN. II. UNA VISIÓN RESTRICTIVA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. III. LA CONTRIBUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea ha adoptado numerosas medidas para hacer frente a la amenaza que representa el terrorismo internacional. Muchas de las decisiones adoptadas por las instituciones europeas responden a la necesidad de implementar en la UE las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (NNUU) para luchar contra el terrorismo. Sin embargo, la relación entre las obligaciones que impone el Consejo de Seguridad (CS) y el ordenamiento comunitario plantea numerosas cuestiones, entre las que destaca en los últimos tiempos la protección de los derechos humanos. Se trata de una problemática muy interesante de la que han tenido ocasión de conocer los tribunales comunitarios en numerosos pronunciamientos judiciales en el marco de la lucha contra el terrorismo¹. El origen de las mencionadas sentencias del Tribunal de Justicia (TJCE) y del Tribunal de Primera Instancia (TPI) se encuentra en los recursos interpuestos por varios individuos y entidades afectados por estar incluidos en las *listas negras* que, o bien son elaboradas por el Consejo de Sanciones creado en el marco de la resolución 1267 (1999) del Consejo de Seguridad, o

* Profesor Titular Interino de Derecho Internacional Público. Universidad de Salamanca.

Este trabajo forma parte del proyecto de investigación “La refundación de Europa: la reforma de 2004 y el Tratado Constitucional” (SA004C05), y fue realizado en el marco de una estancia de investigación en el King’s College of London, financiada por la Junta de Castilla y León (Orden EDU/1054/2006, de 22 de junio de 2006, por la que potencia la movilidad del personal docente e investigador de la Castilla y León fuera del territorio español).

© Juan Santos Vara. Todos los derechos reservados.

¹ Sentencias de 21 de septiembre de 2005, *Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión* (T-306/01, Rec. p. II-3533) y *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo y Comisión* (T-315/01 Rec. p. II-3649); de 12 de julio de 2006, *Chafiq Ayadi c. Consejo* (T-253/02, Rec. p. II-2139); de 12 de julio de 2006, *Faraj Hassan c. Consejo y Comisión* (T-49/04, Rec. p. II-52); de 18 de noviembre de 2005, *Selmani c. Consejo y Comisión*, (T-299/04, Rec. 2005, p. II-20*); de 12 de diciembre de 2006, *Organización Mujahedin del Pueblo de Irán (OMPI) c. Consejo* (T-228/02, Rec. p. II-4665); de 11 de julio de 2007, *Stichting Al-Aqsa c. Consejo* (T-327/03, Rec. p. II-0000) y *José María Sisón c. Consejo*, T-47/03; y de 3 de abril de 2008, *Kongra-Gel c. Consejo*, T/253/04 y *Osman Ocalan c. Consejo*, T-229/02 (aun no publicadas en la Recopilación).

bien por el Consejo de Ministros de la Unión Europea en aplicación del mandato de la resolución 1373 (2001). Por otra parte, tanto el Tribunal de Primera Instancia (TPI) como el Tribunal de Justicia han tenido también ocasión de pronunciarse en relación con la denominada lista europea de terroristas de la UE en los asuntos *Segi y Gestoras Pro-Amnistía*².

La ejecución de las sanciones adoptadas por el Consejo de Seguridad (CS) para hacer frente al flagelo del terrorismo ha planteado numerosos problemas al marco constitucional de la UE en los últimos años. Ello se debe a que la adopción de sanciones dirigidas contra determinados individuos o entidades no ha ido acompañada de la creación de mecanismos que permitan a los afectados cuestionar la legalidad de las medidas restrictivas de sus derechos fundamentales. Ante la ausencia de mecanismos internacionales destinados a controlar el respeto de los derechos fundamentales por parte del CS, algunos de los afectados han tratado de obtener protección judicial ante los tribunales comunitarios, obligando así al TPI a adentrarse por primera vez a examinar de forma minuciosa la relación entre el ordenamiento jurídico creado por las Carta de las Naciones Unidas y el ordenamiento interno o comunitario. En segundo lugar, la estructura de la división en pilares se acomoda mal a la necesidad de luchar contra el terrorismo mediante la implementación de medidas eficaces que sean al mismo tiempo respetuosas con los derechos fundamentales. En este sentido, el control judicial de las medidas antiterroristas por parte de los tribunales comunitarios ha puesto claramente de manifiesto las debilidades que caracterizan la tutela judicial efectiva en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y de la Cooperación policial y judicial en materia penal. Los tribunales comunitarios han llevado a cabo enormes esfuerzos interpretativos para colmar las lagunas, pero los jueces no pueden sustituir a los Estados miembros en la reforma de los Tratados.

Es preciso recordar que el TJCE ha afirmado en reiteradas ocasiones que el derecho a la tutela judicial efectiva está garantizado en el ordenamiento jurídico comunitario como un principio general del derecho que se basa en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³. En este sentido, el artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea ha reafirmado el derecho de toda persona a plantear un recurso efectivo ante un juez o tribunal competente cuando sus derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión han sido vulnerados⁴. Además, conforme a reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia tiene competencia

² Autos de 7 de junio de 2004, *Segi y otros c. Consejo* (T-338/02, Rec. p. II-1647), y *Gestoras Pro-Amnistía*, T-333/02, (no publicada en la Recopilación); y sentencias de 27 de febrero de 2007, *Segi y otros c. Consejo*, C-355/04 P (Rec. 2007, p. I-1647) y *Gestoras Pro-Amnistía*, 354/04 P (Rec. 2007, p. I-1579).

³ Vid. las Sentencias de 15 de enero de 2003, *Philip Morris International*, T-377/00, T-379/00, T-380/00 y T-277/01 (Rec 2003, p. II-1), apart. 121 y 122; de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores* (C-50/00, Rec. p. I-6677), apart. 39; de 3 de mayo de 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA*, T-177/01 (Rec. 2002, p. II-2365), apart. 41-42; de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84, Rec. p. 1651, apart. 18; y de 15 de octubre de 1987, *Heylens*, Rec. 1987, p. 4097.

⁴ La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea fue proclamada oficialmente en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1).

para controlar la legalidad de los actos adoptados por las instituciones comunitarias en relación con “la carta constitucional de base” que constituyen los Tratados y, en particular, con los derechos fundamentales⁵.

En el presente trabajo se examinará en que medida existe la posibilidad de plantear un recurso judicial efectivo frente a los actos de las instituciones comunitarias que implementan en la UE las sanciones del Consejo de Seguridad adoptadas en el marco de la lucha contra el terrorismo. Se llevará a cabo una aproximación exhaustiva a la concepción de la tutela judicial efectiva que subyace detrás del razonamiento seguido por el TJCE y el TPI. Por lo tanto, se trata de determinar si el contenido tradicional de la tutela judicial efectiva se ha simplemente transferido a este nuevo ámbito de actuación de la UE o si se ha modulado la protección de los derechos humanos para hacer frente a los nuevos desafíos que se derivan de la lucha contra el terrorismo internacional.

II. UNA VISIÓN RESTRICTIVA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En un primer momento, los tribunales comunitarios han adoptado una visión restrictiva de la tutela judicial efectiva frente a las medidas antiterroristas adoptadas por las instituciones de la UE. En la búsqueda del equilibrio entre el objetivo de lograr una mayor seguridad y la protección de los derechos humanos, el TJCE y el TPI han otorgado una mayor deferencia a las medidas adoptadas por las instituciones de la UE para luchar contra el terrorismo. Esta idea se percibe con especial claridad en los autos del TPI recaídos en los asuntos *Segi* y *Gestoras Pro-Amnistía*, quienes reclamaron una indemnización por daños frente a su inclusión en la lista de organizaciones terroristas creada por la Posición Común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo⁶. Es sobretodo en las sentencias *Kadi* y *Yusuf* de 21 de septiembre de 2005, donde el TPI muestra una mayor prudencia a la hora de ejercer el control de legalidad de los reglamentos comunitarios adoptados para ejecutar las resoluciones del Consejo de Seguridad⁷. Posteriormente, en las sentencias *Ayadi* y *Hassan* de 12 de julio de 2006, el TPI señala que los Estados miembros están obligados a ejercer la protección diplomática de las personas y entidades incluidas en la lista del Comité de Sanciones

⁵ Sentencia de 23 de abril de 1986, *Parti écologiste “Les Verts” c. Parlamento Europeo* (294/83, Rec. p. 1339), apart. 23.

⁶ Posición Común 2001/931 de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, (*DO L 344*, p. 93), que fue posteriormente actualizada a través de las Posiciones comunes 2002/340 (*DO L 166*, p. 75) y 2002/462 (*DO L 160*, p. 32). La última actualización ha sido llevada a cabo a través de la Posición Común 2007/871/PESC del Consejo, de 20 de diciembre de 2007, por la que se actualiza la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se deroga la Posición Común 2007/448/PESC (*DO L 340*, p. 109).

⁷ En el presente trabajo se incluirán únicamente referencias a la sentencia *Yusuf*, ya que el razonamiento seguido en ambos asuntos es similar.

creado en el marco de la Resolución 1267 (1999), pero no se muestra dispuesto a garantizar la tutela judicial efectiva de las víctimas de las sanciones.

La lucha contra la amenaza que supone el terrorismo internacional requiere de la adopción de medidas que pueden implicar la restricción de algunos de nuestros derechos y libertades. Sin embargo, resulta incompatible con la obligación de la UE de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, tal y como aparece enunciada en el artículo 6 TUE, la falta de tutela judicial efectiva frente a tales medidas restrictivas. Incluso, se puede afirmar que la vulneración de la tutela judicial efectiva por parte de la UE resulta también inaceptable desde la perspectiva de la protección internacional de los derechos humanos que obligan a la UE en virtud del artículo 6 UE.

El control judicial de las medidas antiterroristas adoptadas por la UE está asimismo directamente relacionado con las peculiaridades que ofrece el control jurisdiccional en el ámbito de la PESC y de la Cooperación judicial en materia penal y policial. En este contexto, se podría pensar que ante la exclusión de la PESC de la jurisdicción del TJCE y del limitado control jurisdiccional ejercido en el ámbito del tercer pilar, los tribunales comunitarios adoptarían una visión amplia de su jurisdicción. Sin embargo, los tribunales comunitarios han interpretado restrictivamente las disposiciones de los Tratados que determinan su jurisdicción.

1. Los Autos del TPI *Segui* y *Gestoras Pro-Amnistía*: la inexistencia de un recurso judicial efectivo frente a la inclusión en la lista de organizaciones terroristas.

El problema relativo a la falta de tutela judicial efectiva se plantea claramente en la inclusión de determinadas personas, grupos y entidades físicas y jurídicas en la lista de organizaciones terroristas creada en el marco de la Posición Común 2001/931. El Consejo de Ministros declaró que era necesario adoptar la Posición común con el objetivo de implementar la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad a través de medidas adicionales. Mientras que algunos de los nombres incluidos habían aparecido previamente identificados por el Consejo de Seguridad, otros se confeccionaron sobre la base de informaciones proporcionadas por los Estados miembros. Se trata de un acto jurídico que se basa en los artículos 15 y 34 del TUE, al incluir medidas que se enmarcan tanto en la PESC como en el tercer pilar. No obstante, los demandantes fueron únicamente incluidos en el anexo de la Posición común en relación con el artículo 4 que prevé que los Estados miembros se prestarán mutuamente asistencia para la prevención y la lucha contra el terrorismo en relación con las personas, grupos o entidades incluidas en la lista⁸.

⁸ El artículo 4 de la Posición Común 2001/931 señala que “los Estados miembros, mediante una cooperación policial y judicial en asuntos penales en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea, se prestarán mutuamente la asistencia más amplia posible para la prevención y la lucha contra actos terroristas. A tal fin, respecto de las investigaciones y procedimientos llevados a cabo por sus autoridades en relación con cualquiera de las personas, grupos o entidades relacionados en el anexo, harán

En los asuntos *Segi* y *Gestoras Pro-Amnistía*, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como el TPI y, más recientemente el TJCE, han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión. Los demandantes interpusieron un recurso contra los entonces quince Estados miembros de la UE ante el TEDH, alegando la violación, entre otros, de los derechos a la libertad de expresión, la presunción de inocencia y el derecho a un recurso efectivo⁹. El TEDH examinó las disposiciones de la Posición común que afectaban a los demandantes, llegando a la conclusión que su inclusión en la lista de grupos o entidades terroristas puede ser “*embarrassing but the link is much too tenuous to justify the application of the Convention*”, ya que ello no equivalía a determinar su responsabilidad penal. El TEDH llevó a cabo un control meramente marginal de la conformidad de los actos jurídicos comunitarios con el CEDH. En este contexto, cabe plantearse si la conclusión del TEDH habría sido la misma en el caso de que se hubieran adoptado medidas concretas contra las personas incluidas en la lista, en particular la congelación de sus bienes y de sus activos financieros. No es probable que el TEDH extienda a los actos jurídicos adoptados en el marco del tercer pilar de la UE, la presunción de equivalencia en la protección de los derechos fundamentales que estableció entre el CEDH y el ordenamiento comunitario en el asunto *Bosphorous*¹⁰.

Posteriormente, los recurrentes solicitaron al TPI una indemnización por los daños supuestamente sufridos como consecuencia de su inclusión en la lista negra creada por la Posición Común 2001/931 e impugnaron la legalidad de determinadas disposiciones incluidas en la misma. Sin embargo, el 7 de junio de 2004, el TPI se declaró incompetente para conocer de las pretensiones de *Segi* y de *Gestoras Pro-Amnistía*, ya que el Tratado de la UE no contempla la posibilidad de plantear un recurso de indemnización frente a los actos adoptados en el marco de la PESC y de la Cooperación policial y judicial en materia penal. Aún cuando el TPI reconoce expresamente que los demandantes “no disponen probablemente de ningún recurso judicial efectivo, ya sea ante los órganos jurisdiccionales comunitarios o ante los nacionales” frente a su inclusión en la lista de organizaciones terroristas, no acepta que tal competencia pueda derivarse de la Posición común misma, en la que, sin embargo, se reconoce expresamente el derecho de las personas afectadas de solicitar una indemnización en el caso de que su inclusión en la lista resulte errónea¹¹. En cambio, el TPI acepta su competencia para examinar el contenido de la Posición común cuestionada con el fin de comprobar si dicho acto afecta a las competencias de la Comunidad. El artículo 47 TUE otorga al Tribunal la competencia para revisar indirectamente las medidas adoptadas en los pilares intergubernamentales con el objeto de controlar que la delimitación de competencias entre pilares es respetada. Frente a la pretensión de los demandantes de

pleno uso, cuando así se solicite, de las competencias existentes de conformidad con actos de la Unión Europea y otros acuerdos, convenios y tratados internacionales vinculantes para los Estados miembros”.

⁹ Decisión de 23 de mayo de 2002, n.º 6422/02 y 9916/02, *Segi* y otros y *Gestoras pro Amnistía* c. los 15 Estados miembros de la Unión Europea, *Recueil des arrêts et décisions*, 2002-V.

¹⁰ Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorous* c. Irlanda, *Recueil des arrêts et décisions*, 2005-VI, apart. 62.

¹¹ Apartos. 38 y 40, autos *Segi* y *Gestoras Pro-Amnistía*.

que la elección de las bases jurídicas de la Posición común tenía como objetivo privarles de toda protección judicial, el TPI rechaza que se haya producido una intrusión en las competencias de la CE por parte del Consejo al actuar en el ámbito del tercer pilar¹². El Tribunal tiene en cuenta que el Parlamento Europeo criticó la elección de la base jurídica para la constitución de la lista de organizaciones terroristas, pero rechazó esta crítica alegando que es una decisión política que está al margen del control judicial¹³. Los asuntos *Segi* y *Gestoras Pro-Amnistía* ponen claramente de manifiesto las lagunas que presenta la tutela judicial efectiva en el marco del tercer pilar de la UE. Por ello, las sentencias del TPI dejan una sensación de frustración ante el fracaso del Tribunal en su intento de encontrar una base en los Tratados para ejercer su jurisdicción¹⁴.

2. *Yusuf y Kadi*: las consecuencias de la primacía de las resoluciones del Consejo de Seguridad.

A diferencia de lo sucedido en los casos de *Segi* y *Gestoras Pro-Amnistía*, los demandantes en los asuntos *Yusuf* y *Kadi* disponían de la posibilidad de presentar un recurso de anulación ante el TPI, ya que las medidas de congelación de sus fondos y activos financieros fueron adoptadas mediante actos comunitarios que siempre y cuando se cumpla el restrictivo test del alcance directo e individual pueden ser objeto de control judicial. A pesar de haber superado satisfactoriamente este escollo, el TPI no duda en sacrificar los derechos fundamentales de los demandantes con el objetivo de respetar las obligaciones derivadas de las resoluciones del CS. Ahora bien, mientras que el contenido de los autos *Segi* y *Gestoras Pro-Amnistía* podría ser entendido ante las limitaciones que presenta la jurisdicción del Tribunal de Justicia en el segundo y tercer pilares, los efectos de las sentencias *Yusuf* y *Kadi* resultan mucho más difíciles de comprender¹⁵.

¹² Apart. 45-47, autos *Segi* y *Gestoras Pro-Amnistía*. Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada en la sentencia *OMPI* de 12 de diciembre de 2006, que será objeto de examen más adelante en este trabajo.

¹³ Resolución del Parlamento de 7 de febrero de 2002 Doc. P5_TA(2002)0055.

¹⁴ EECKHOUT, P.: *Does Europe's Constitution stop at the water's edge? Law and policy in the EU's external relations*, Fifth Walter van Gerven Lecture, Katholieke Universiteit Leuven, Centre for a Common Law of Europe, Europa Law, Groningen, 2005, p. 2.

¹⁵ El razonamiento del TPI en las sentencias *Yusuf* y *Kadi* ha sido muy criticado por la doctrina. Se pueden mencionar, entre otros, los siguientes trabajos: CANANEA, della 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 la mise en œuvre des sanctions devant la Cour Européenne des droits de l'Homme", *Revue General du Droit International Public*, 2006, vol. 110, n.º 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, n.º 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, n.º 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; SANTOS VARA, J.: "La indefensión de los particulares frente a las sanciones del Consejo de Seguridad: el reconocimiento de la competencia de los tribunales internos para controlar las resoluciones del Consejo de Seguridad en relación con el *ius cogens*. 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*", *RGDE*, 2006, n.º 11; SIMON, D.; MARIATTE, F.: "Le

Los reglamentos impugnados se limitaron a ejecutar en la Comunidad las resoluciones del Consejo de Seguridad que imponen a los Estados miembros, en cuanto miembros de las NNUU, la obligación de congelar los fondos pertenecientes a Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y otros individuos, grupos y entidades asociados con ellos. El TPI comienza su razonamiento afirmando que las obligaciones que la Carta de las NNUU impone a los Estados miembros prevalecen sobre las obligaciones derivadas de su pertenencia a la UE¹⁶. El TPI se refiere al artículo 307 CE en el que se especifica el principio de no afectación de los compromisos internacionales asumidos con anterioridad a la creación de la Comunidad Europea o a la adhesión de un nuevo Estado miembro¹⁷. Por otro lado, el TPI considera también que el artículo 297 CE fue incluido en el Tratado con el objetivo de permitir a los Estados miembros cumplir los compromisos asumidos en el marco de la Carta de las Naciones Unidas¹⁸.

Este razonamiento lleva al Tribunal a la conclusión de que, tanto en virtud del Derecho internacional general como de 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 de las NNUU¹⁹.

En todo caso, el TPI admite que la Comunidad, al no ser miembro de las NNUU, no está directamente vinculada por las resoluciones del CS sobre la base del Derecho internacional público. No obstante, el Tribunal estima que las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas vinculan a la Comunidad, al igual que a los Estados miembros, en virtud de su propio Tratado constitutivo, en el que se recoge la voluntad de los Estados miembros de cumplir las obligaciones reflejadas en la Carta²⁰. Como muy bien pone de manifiesto Roldán Barbero, el razonamiento del TPI manifiesta una

Tribunal de première instance des Communautés: Professeur de droit international? À propos des arrêts *Yusuf*, *Al Barakaat International Foundation* et *Kadi* du 21 septembre 2005, *Europe*, Diciembre de 2005, pp. 6-10.

¹⁶ Apart. 231, sentencia *Yusuf*.

¹⁷ Apart. 235, sentencia *Yusuf*. El artículo 307 CE trata de evitar que los compromisos asumidos por un Estado miembro de la CE con anterioridad a su pertenencia a la Comunidad resulten afectados como consecuencia de las obligaciones que se derivan de la aplicación del Tratado CE. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en reiteradas ocasiones (sentencia de 28 de marzo de 1995, *Evan Medical* y *Macfarlan Smith*, C-324/93, Rec. p. I-563, apartado 27; sentencia de 14 de enero de 1997, *Centro-Com*, C-124/95, Rec. p. I-81, apartado 56; sentencia de 2 de agosto de 1993, *Levy*, C-158/91, Rec. p. I-4287, apartado 27; sentencia de 27 de febrero de 1962, *Comisión c. Italia*, 10/61, Rec. p. 1). En relación con el artículo 307 vid. STOFFEL VALLOTTON, N.: "Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho comunitario en el marco del artículo 307 CE: convenios de estados miembros con terceros Estados anteriores a su adhesión a la UE. Nuevas consideraciones sobre su limitada primacía", *RDCE*, 2005, n.º 22, pp. 843-890.

¹⁸ En virtud del artículo 297 CE "los Estados miembros se consultarán a fin de adoptar de común acuerdo las disposiciones necesarias para evitar que el funcionamiento del mercado común resulte afectado por las medidas que un Estado miembro pueda verse obligado a adoptar (...) para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional".

¹⁹ Apart. 240, sentencia *Yusuf*.

²⁰ Apart. 243-246, sentencia *Yusuf*.

cierta debilidad al omitir cualquier referencia al Derecho internacional general para explicar la vinculación de la Unión por el Derecho de la NNUU²¹.

Ahora bien, el Tribunal estima que, al no disponer las instituciones de margen de apreciación alguno, “cualquier control de la legalidad interna del Reglamento impugnado efectuado por el Tribunal de Primera Instancia, en particular desde el punto de vista de las disposiciones o principios generales del Derecho comunitario relativos a la protección de los derechos fundamentales, exigiría por tanto que el Tribunal examinara, de modo incidental, la legalidad de dichas resoluciones”²². De este modo, el TPI no se muestra dispuesto a ejercer el control de legalidad de los reglamentos impugnados que ejecutan las resoluciones del CS en el ordenamiento comunitario en relación con los derechos fundamentales protegidos en el ordenamiento comunitario como principios generales del Derecho comunitario. En opinión del Tribunal, la primacía de las resoluciones del CS determina que las instituciones comunitarias no disponen de margen de apreciación autónomo al ejecutar este tipo de sanciones selectivas, de tal modo que la anulación de las normas comunitarias implicaría que las resoluciones del CS vulneran también los derechos fundamentales. Esta conclusión es difícilmente compatible con el principio de que todos los actos de las instituciones están sometidos a control judicial en relación con los principios fundamentales del ordenamiento comunitario²³. Se aparta asimismo de la sentencia *Bosphorus*, en la que, si bien se trataba de un régimen de sanciones clásico dirigido contra un Estado, tanto el TJCE como el Abogado General Jacobs no dudan en examinar la vulneración alegada del derecho de propiedad de la empresa recurrente en relación con los derechos humanos²⁴. En este sentido, se ha afirmado que, aún aceptando el carácter vinculante de las resoluciones del CS en el ordenamiento jurídico comunitario, no disfrutaban de primacía sobre los Tratados constitutivos de la CE y de la UE²⁵, y que la necesidad de respetar el Derecho internacional y, en particular, la Carta de las NNUU no implica necesariamente la imposibilidad de ejercer el control jurisdiccional sobre los reglamentos que implementan las resoluciones del CS²⁶.

Si bien el TPI considera que los actos comunitarios en cuestión se sustraen al control de legalidad con la carta constitucional que constituyen los Tratados, se arroga la competencia para controlar, de modo incidental, la legalidad de las resoluciones controvertidas en relación con el *ius cogens*²⁷. Es cierto que existen ciertos límites a la

²¹ ROLDÁN BARBERO, J.: “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”, *REDI*, 2005, n.º 2, p. 875 y ss.

²² Apart. 266, sentencia *Yusuf*.

²³ Vid. sentencia *Philip Morris International*, apart. 121 y 122.

²⁴ Sentencia de 30 de julio de 1996, *Bosphorus*, C-84/95, Rec. P. I-3953.

²⁵ LAVRANOS, N.: “UN Sanctions and Judicial Review”, *Nordic Journal of International Law*, 2007, n.º 76, p. 11.

²⁶ EECKHOUT, P.: “Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit”, *loc. cit.* p. 190 y ss.; CREMONA, M.: *External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law*, EU Working Papers, Law No. 2006/22, p. 33.

²⁷ Apart. 277, sentencia *Yusuf*.

obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad derivados de los principios imperativos de Derecho internacional, entre los que se encuentran la protección de los derechos fundamentales de la persona, que obligan tanto a los miembros de las Naciones Unidas como a los órganos de la misma y que, en definitiva, el Consejo de Seguridad debe actuar, en el ejercicio de sus responsabilidades, respetando el núcleo de los derechos fundamentales que se integran en el *ius cogens*²⁸. Por ello, el TPI examina minuciosamente la supuesta violación de los derechos humanos que se derivan de las resoluciones del Consejo de Seguridad y del Reglamento de transposición, llegando a la conclusión que no se ha producido vulneración del derecho imperativo. El hecho de que los instrumentos internacionales de derechos humanos prevean excepciones y limitaciones a los derechos humanos, junto con la posibilidad de dirigirse en todo momento al Comité de Sanciones para obtener la revisión de cualquier caso individual a través del Estado del que es nacional o en el que tiene su residencia la persona incluida en la lista del Comité son las razones fundamentales que subyacen detrás del razonamiento del TPI. Probablemente, el Tribunal de Primera Instancia se atreve a adentrarse en el terreno maleable del *ius cogens* porque está convencido desde el principio de que no se han infringido las normas superiores del ordenamiento internacional. De este modo, el Tribunal de Primera Instancia no duda en sacrificar la tutela judicial efectiva de los demandantes en aras del interés general en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales al que responden las resoluciones del CS controvertidas²⁹. Al mismo tiempo, el razonamiento del TPI es criticado por un sector de la doctrina que considera que un tribunal interno no puede arrogarse la competencia para controlar la legalidad de las resoluciones del CS en relación con el *ius cogens*, ya que se erigiría en juez de la Comunidad internacional³⁰. Si

²⁸ Vid. a este respecto, WET, E. DE: “The role of human rights in limiting the enforcement power of the Security Council: a principled view” en WET, E. DE; NOLLKAEMPER, A. (eds.): *Review of the Security Council by Member States*, Intersentia, 2003, pp. 7-29; BEDJAOUI, M.: *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de Sécurité*, Bruylant, Bruxelles, pp. 46 y ss.; ORAKHELASHVILI, A.: “The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions”, *EJIL*, 2005, vol. 16, n.º 1, pp. 59-88.

²⁹ Se trata de una visión restrictiva de la protección de los derechos fundamentales que despliega sus efectos no solo en el contexto de las medidas restrictivas adoptadas por el Comité de Sanciones 1267 para luchar contra la financiación del terrorismo, sino también en relación con la implementación de todas aquellas resoluciones del CS en las que se crea un Comité de Sanciones al que se encomienda la preparación y el mantenimiento actualizado de una lista de personas y entidades contra las que se adoptan sanciones financieras. Así, en el asunto *Minin*, el TPI procede a aplicar la jurisprudencia *Yusuf y Kadi* al examinar la demanda interpuesta por un ciudadano israelí, cuyos fondos y recursos financieros fueron congelados en el marco de las sanciones impuestas contra Liberia (Sentencia de 31 de enero de 2007, *Leonid Minin c. Comisión*, T-362/04).

³⁰ JACQUE, J. P.: “Le Tribunal de Première instance face aux résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies. Merci monsieur le Professeur”, *L'Europe des libertés*, 2005, n.º 19, disponible en http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=261&id_rubrique=51 (consultado el 24 de marzo de 2008); WESSEL, R. A.: “Editorial: THE UN, THE EU AND *JUS COGENS*”, *International Organizations Law Review*, 3, 2006, p. 8; EECKHOUT, P.: “Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Resolutions...”, *loc. cit.* p. 196 y ss.). Se podría incluso considerar que existe una cierta contradicción entre el reconocimiento de la primacía de la Carta de las Naciones Unidas sobre el ordenamiento comunitario y la aceptación de la posibilidad de controlar incidentalmente las resoluciones del CS por el TIP, que ha sido creado en el marco del Derecho comunitario (Vid. a este respecto TOMUSCHAT, C.: *Case Law, CMLRev.*, 2006, Vol. 43, p. 544). ROLDÁN BARBERO estima

la asunción por parte del CS de funciones cuasi-judiciales que afectan directamente a los individuos no va acompañada de la creación de mecanismos de control, los tribunales internos se van a sentir tentados cada vez con más frecuencia a verificar la legalidad de tales actuaciones³¹.

Afortunadamente, el Abogado General Poiares Maduro ha mostrado recientemente su desacuerdo con el razonamiento seguido por el TPI en el marco de los recursos de casación interpuestos por *Kadi* y *Al Barakaat* ante el TJCE³². Poiares Maduro considera acertadamente que si bien es cierto que la aplicación y la interpretación del Derecho comunitario debe llevarse a cabo respetando las obligaciones internacionales, el Tribunal de Justicia ha de velar por el mantenimiento del marco constitucional creado por el Tratado, pues “el Derecho internacional únicamente puede penetrar en ese ordenamiento jurídico con sujeción a las condiciones que establecen los principios constitucionales de la Comunidad”³³. Además, el Abogado General descarta expresamente que las medidas comunitarias que aplican las resoluciones del CS gocen de un *status* supraconstitucional y que, por lo tanto, estén exentas de control jurisdiccional³⁴. En consecuencia, Poiares Maduro recomienda al TJCE que examine el Reglamento controvertido a la luz de los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario. El hecho de que los intereses financieros de los demandantes se hayan congelado indefinidamente junto con la imposibilidad de cuestionar los motivos de su inclusión en la lista elaborada por el Comité de Sanciones creado por la Resolución 1267 (1999) deberían conducir al TJCE a anular el Reglamento impugnado en la medida que afecte a los recurrentes.

Asimismo, Poiares Maduro envía un claro mensaje a las instituciones comunitarias y al CS, 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”³⁵. No cabe duda que la eventual anulación del Reglamento controvertido plantearía un problema jurídico y político muy grave, ya que los Estados miembros de la UE tendrían

que ante una noción tan críptico y maleable como el *ius cogens* “qué autoridad puede tener un tribunal interno o regional para supervisar y, en su caso, anular los efectos de una Resolución del Consejo de Seguridad por haber pisoteado esos principios imperativos” (“La justicia comunitaria y el control de legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas”, *loc. cit.*, p. 884).

³¹ Además de los recursos interpuestos ante los tribunales de la UE, las medidas que implementan las resoluciones del CS y del Comité de Sanciones 1267 han sido cuestionadas ante los tribunales en Bélgica, Italia, Suiza, Pakistán, Turquía, los Estados Unidos (Vid. el Séptimo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones establecido de conformidad con las resoluciones del Consejo de Seguridad 1617 (2005) y 1735 (2006) relativas a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas, Doc. S/2007/677, de 29 de noviembre de 2007, párrafos 145 y 146).

³² Conclusiones del Abogado General Sr. 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. Yusuf ha desistido recientemente de sus pretensiones (Ordonnance du Président de la Court de 11 de noviembre de 2007).

³³ Apart. 24 de la Opinión del Abogado General.

³⁴ Apart. 28 de la Opinión del Abogado General.

³⁵ Apart. 54 de la Opinión del Abogado General.

serías dificultades para congelar los bienes y los intereses financieros de los demandantes. Sería deseable que el CS aprovechara la ocasión para introducir mejoras sustanciales en el régimen de las sanciones que permitan a los afectados realmente cuestionar los motivos de su inclusión en la lista negra del Comité 1267. Hasta el momento los miembros permanentes del CS se han opuesto rotundamente a la creación de un órgano independiente al que correspondería examinar las solicitudes de supresión presentadas por las personas y entidades incluidas en la lista de Al Qaida y de los Talibanes, incluso en el caso de que sus decisiones revistan la forma de meras recomendaciones correspondiendo la última palabra al CS³⁶. Aún cuando el CS se decidiera a crear un órgano de estas características, no se trataría de un mecanismo institucionalizado al que se encargaría la supervisión de la legalidad de las actuaciones del Consejo de Seguridad. Por ello, las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento comunitario difícilmente van a encontrar una respuesta adecuada en el ámbito de las Naciones Unidas.

3. *Ayadi y Hassan*: la obligación de ejercer la protección diplomática por parte de los Estados miembros

Los asuntos *Ayadi y Hassan* permiten al TPI reexaminar la posición adoptada en las controvertidas sentencias *Yusuf y Kadi*. Si bien el Tribunal reafirma en gran medida el razonamiento seguido en los asuntos *Yusuf y Kadi*, lleva a cabo interesantes matizaciones en relación con el derecho de los afectados a cuestionar su inclusión en la lista o solicitar su exclusión de la misma. Se afirma así que los Estados miembros están obligados a proteger los derechos de los afectados a través de la protección diplomática en el marco de las NNUU. En este sentido, el Tribunal presta una gran atención a las Directrices del Comité de Sanciones creado en virtud de la Resolución 1267 (1999) del Consejo de Seguridad en las que se establece el procedimiento a seguir en relación con la inclusión y exclusión de las personas y entidades afectadas en la lista del CS y en las que se ha venido otorgando un papel fundamental al Estado del que son nacionales o en el que tienen su residencia³⁷. El TPI señala que los Estados miembros, en las consultas y negociaciones que entablen con terceros Estados, “están obligados, con arreglo al

³⁶ Un buen ejemplo lo tenemos en el caso de la propuesta elaborada por Michael Bothe a petición del gobierno de Liechtenstein que parece que no ha tenido una acogida muy favorable entre los Estados miembros del Consejo de Seguridad. Se proponía la creación de un panel que examinaría las solicitudes de exclusión de la lista que se presentaran ante el Punto focal, limitándose a presentar una recomendación al CS en el plazo de 3 meses (la propuesta está disponible en <http://www.liechtenstein.li/pdf-fl-aussenstelle-newyork-discussionpaper-delisting-workshop-2007-11-8.pdf>, consultado el 3 de marzo de 2008). En el documento elaborado por el Watson Institute for International Studies de la Universidad de Brown con el apoyo de los gobiernos de Suiza, Alemania y Suecia se recogen propuestas muy interesantes para la creación de un órgano de control de estas características (BIERSTEKER, T. J.; ECKERT, S. E.: *Strengthening Targeted Sanctions Through Fair and Clear Procedures*, White Paper, Watson Center, Brown University, 30 March 2006 disponible en http://www.watsoninstitute.org/pub/Strengthening_Targeted_Sanctions.pdf, consultado el 15 de abril de 2008).

³⁷ Las Directrices fueron aprobadas el 7 de noviembre de 2002 y han sido modificadas en reiteradas ocasiones. La última vez que fueron revisadas fue el 12 de febrero de 2007. Se pueden consultar en <http://www.un.org/spanish/sc/committees> (consultado el 15 de abril de 2008).

artículo 6 UE, a respetar los derechos fundamentales de los afectados tal y como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, (...) en la medida en que el respeto de tales derechos fundamentales no pueda convertirse en un obstáculo para el adecuado cumplimiento de las obligaciones que les impone la Carta (...) ³⁸.

En definitiva, en las sentencias *Ayadi* y *Hassan*, el TPI estima que las autoridades nacionales competentes deben hacer todo lo posible, en el marco de la revisión de un caso, para que los afectados puedan llevar a cabo una defensa efectiva de sus derechos, de modo que los Estados miembros no pueden negarse a iniciar el procedimiento, basándose en que la información proporcionada por los afectados no es precisa, ya que, como es sabido, no tuvieron acceso a la información confidencial en la que se basó la decisión del Comité de Sanciones ³⁹. De este modo, de las Directrices del Comité de Sanciones y del Derecho comunitario, junto con el CEDH, se deduciría el derecho de las personas y entidades afectadas a que se ponga en marcha el procedimiento de re-examen de su situación ante el Comité de Sanciones 1267 a través del Estado del que son nacionales o en el que tienen su residencia ⁴⁰. El TPI lleva a cabo una interpretación de los actos controvertidos y de las Directrices del Comité de Sanciones que tiende a aminorar las consecuencias más negativas de las sentencias *Yusuf* y *Kadi*, recordando a los afectados que pueden interponer un recurso contra cualquier vulneración por parte de las autoridades nacionales de su derecho a solicitar la revisión del caso ⁴¹.

La obligación que impone el TPI a los Estados miembros de ejercer la protección diplomática de sus nacionales ante el Comité de Sanciones creado en virtud de la Resolución 1267 no sirve ni para satisfacer las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento comunitario ni para respetar el derecho de acceso a un tribunal u órgano independiente, tal y como aparece consagrado en el artículo 14 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos de 1966. Aun cuando Suecia realizó intensas gestiones diplomáticas encaminadas a lograr la eliminación de la lista negra del Comité de Sanciones de varios individuos de su nacionalidad, ello no evitó que Yusuf interpusiera un recurso de nulidad contra la decisión de las instituciones comunitarias

³⁸ Apart. 146, sentencia *Ayadi*. Habida cuenta que el razonamiento seguido en los asuntos *Ayadi* y *Hassan* es similar, no se realizarán referencias a la sentencia *Hassan*.

³⁹ Apart. 147-149, sentencia *Ayadi*. Incluso se afirma que “los Estados están obligados a actuar con diligencia para que el caso de los afectados se someta sin retraso y de forma leal e imparcial al citado Comité para que éste proceda a su revisión, si ello resulta objetivamente justificado a la luz de la información pertinente aportada (apart. 149 de la sentencia *Ayadi*).

⁴⁰ LAVRANOS, N.: “UN Sanctions and Judicial Review”, *loc. cit.*, p. 6.

⁴¹ En la vista oral, el Consejo mencionó un caso en el que un tribunal interno ordenó al Estado belga que solicitara al Comité Sanciones que se cancelara el nombre de dos personas de la lista en cuestión (sentencia del Tribunal de Première Instance de Bruxelles (quatrième chambre), de 11 de febrero de 2005, asunto *Nabil Sayadi* y *Patricia Vinck*/Bélgica. Asimismo, sobre la base de la jurisprudencia *Leffler* (sentencia de 8 de noviembre de 2005, C-443/03, Rec. P. I-9611, apart. 49 y 50) el TPI recuerda al juez nacional que en un recurso, que afecte al derecho de los afectados a solicitar la revisión de su caso, ha de aplicar el Derecho nacional, de tal modo que se garantice la plena eficacia del Derecho comunitario, lo que puede conducir a la no aplicación de una norma nacional que obstaculice o excluya el control jurisdiccional de la negativa de las autoridades a actuar (apart. 152 de la sentencia *Ayadi*).

de congelar sus bienes y recursos financieros ante el TPI⁴². La protección diplomática que eventualmente ejerzan los Estados miembros es un mecanismo totalmente distinto del control judicial que corresponde ejercer a los tribunales comunitarios en relación con las medidas comunitarias en cuestión⁴³.

Por otra parte, con posterioridad a las sentencias *Ayadi* y *Hassan*, el CS ha procedido a modificar las Directrices del Comité de Sanciones 1267 con el objetivo el objetivo de mejorar los procedimientos de inclusión y de exclusión de la lista negra de Al-Qaida y de los talibanes. Así, mediante la Resolución 1730 (2006) de 19 de diciembre de 2006 se crea un Punto focal al que los individuos y entidades incluidas en las listas negras elaboradas por los Comités de Sanciones pueden presentar directamente solicitudes de exclusión de las mismas, y en la Resolución 1735 (2006) se exige que los Estados justifiquen adecuadamente la propuesta de incluir a personas y entidades en la lista del Comité 1267⁴⁴. Sin embargo, los afectados por las sanciones siguen sin disponer del derecho a acudir a un tribunal u órgano independiente que determine de manera objetiva si existían razones fundadas para su inclusión en las listas negras⁴⁵. En estas circunstancias, al igual que ocurre en los casos *Kadi* y *Al Barakaat*, el TJCE debería controlar la legalidad de las normas comunitarias que implementan las resoluciones del Consejo de Seguridad en el ordenamiento comunitario en relación con los demandantes⁴⁶.

III. LA CONTRIBUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Al margen de la división en pilares, que implica obviamente una diferenciación fundamental en cuanto a las vías de acceso a la jurisdicción comunitaria, se aprecia en la jurisprudencia reciente del TJCE y del TPI un gran esfuerzo por asegurar el respeto de

⁴² La intervención de Suecia en defensa sus nacionales en este asunto es examinada por MILLER, E.: "The use of targeted sanctions in the fight against international terrorism-what about human rights?", *ASIL Proceedings*, 2003, pp. 46-51 y ROSAND, E.: "The Security Council's Efforts to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions", *AJIL*, 2004, vol. 98, n.º 4, p. 749 y ss.

⁴³ Vid. a este respecto NETTESHEIM, M.: "U.N. Sanctions against individuals—A challenge to the architecture of European Union governance", *CMLRev.*, 2007, vol. 44, p. 574 y "Editorial Comments", *CMLRev.*, 2007, vol. 44, p. 874.

⁴⁴ Resolución del Consejo de Seguridad 1735 (2006), párrafo 6.

⁴⁵ El propio Equipo de Vigilancia que presta apoyo al Comité de Sanciones 1267 reconoce que los Estados apoyan cada vez con menos entusiasmo al régimen de las sanciones porque consideran, entre otras razones que no es justo, y que si no se mejoran los procedimientos para la inclusión y exclusión de nombres de la lista, las impugnaciones judiciales ante los tribunales internos no cesaran de aumentar (Séptimo informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones establecido de conformidad con las resoluciones del Consejo de Seguridad 1617 (2005) y 1735 (2006) relativas a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas de 29 de noviembre de 2007, Doc. S/2007/677).

⁴⁶ Los recursos de casación interpuestos por *Ayadi* y *Hassan* ante el TJCE aún no han sido resueltos (*Hassan c. Consejo y Comisión*, C-399/06 P, DO C 294, de 2.12.2006, p. 30; y *Chafiq Ayadi c. Consejo*, C-403/06 P, DO C 294, de 2.12.2006, p. 32).

los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento comunitario en un ámbito tan sensible como la lucha contra el terrorismo internacional. Así, en la sentencia *Organización Mujahedin del Pueblo de Irán (OMPI)* de 12 de diciembre de 2006, el TPI anuló la decisión del Consejo de Ministros en la que se preveía la congelación de los fondos de la demandante con el fin de luchar contra el terrorismo, al considerar que la medida impugnada vulnera el derecho de defensa, la obligación de motivación y el derecho a la tutela judicial efectiva. Por otra parte, los recursos de casación interpuestos por *Segi y Gestoras Pro-Amnistía* han sido aprovechados por el TJCE para tratar de moderar las consecuencias más negativas de los Autos del TPI. El Tribunal de Justicia ha procedido a reinterpretar el artículo 35 UE con el objetivo de demostrar que no se ha producido un vacío en la tutela judicial efectiva, aceptando incluso la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial en relación con una posición común que produzca efectos jurídicos frente a terceros. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia reenvía a los órganos jurisdiccionales la misión de colmar los vacíos existentes en la tutela judicial.

1. La anulación de la inclusión de determinados individuos y entidades en la lista europea de terroristas

En la sentencia *Organisation des Modjahedines du Peuple d'Iran (OMPI)*, el TPI retorna a la jurisprudencia tradicional relativa a la protección de los derechos fundamentales. El TPI procede a anular por primera vez una decisión del Consejo de Ministros de congelación de los fondos de un particular en virtud del Reglamento n.º 2580/2001, al considerar que se habían vulnerado el derecho de defensa, la obligación de motivación y el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante⁴⁷. El Tribunal de Primera Instancia ha mostrado posteriormente en los asuntos *Stichting Al-Aqsa y José María Sison* de 11 de julio de 2007 y *Kongra-Gel y Osman Ocalan* de 3 de abril de 2008 su voluntad de consolidar y desarrollar la línea jurisprudencial iniciada en la sentencia *OMPI*. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia distingue claramente entre los asuntos *OMPI*, *Stichting Al-Aqsa*, *José María Sison*, *Kongra-Gel*, *Osman Ocalan* por un lado, y las sentencias *Yusuf/Kadi* de 21 de septiembre de 2005 y *Ayadi/Hassan* de 12 de julio de 2006, por otro lado, con el objetivo de poner de manifiesto que no ha cambiado su posición⁴⁸. A diferencia del sistema establecido por el Consejo de Seguridad para congelar los fondos de las personas vinculadas con Usamah bin Laden, la red Al-Qaida y los talibanes, la resolución 1373 (2001) deja en manos de los Estados miembros y de la Comunidad la determinación concreta de las personas y entidades cuyos fondos deben congelarse, lo que implica el ejercicio de una facultad propia, que conlleva una apreciación discrecional de la Comunidad dentro del marco legal previsto por la resolución 1373⁴⁹. Mientras que en los asuntos *Yusuf/Kadi* –

⁴⁷ Se trata de al término de la fase oral de la Decisión 2005/930/CE del Consejo, de 21 de diciembre de 2005, relativa a la aplicación del artículo 2, apartado 3 del Reglamento (CE) 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de lucha contra el terrorismo (*DOUE* L 344, p. 70).

⁴⁸ Apart. 90 y ss. de la sentencia *OMPI*.

⁴⁹ La ejecución de este aspecto de la resolución 1373 (2001) en la UE se ha llevado a cabo mediante la Posición común 2001/931 (*DOUE* L 344, p. 93) y el Reglamento (CE) n.º 2580/2001. La lista inicial de

confirmados posteriormente en *Ayadi/Hassan*- las instituciones comunitarias no tenían margen de discrecionalidad al ejecutar las sanciones del CS, en el asunto *OMPI* las sanciones se basaron en la lista europea de organizaciones terroristas elaborada para aplicar la resolución 1373.

OMPI interpuso un recurso de nulidad contra la Posición común y la Decisión del Consejo en las que se incluye a la demandante en la lista de personas y organizaciones que prestan apoyo al terrorismo⁵⁰. Por lo que se refiere a la Posición común impugnada, el Tribunal de Primera Instancia, siguiendo la jurisprudencia previa desarrollada en los asuntos *Segui Gestoras*, *Pro-Amnistía*⁵¹, procede a rechazar la pretensión de la demandante alegando que las disposiciones del Tratado de la UE relativas a la PESC no contemplan la posibilidad de plantear un recurso de anulación ante el juez comunitario. Asimismo, el Tribunal declara, sobre la base del artículo 47 del TUE, que la Posición común impugnada no sólo no afectó negativamente a las competencias de la Comunidad, sino que se apoyó en las mismas para garantizar la ejecución del acto jurídico impugnado⁵². Dado que las instituciones comunitarias se han limitado a copiar la lista incluida en una decisión adoptada en el marco de la PESC, existe el riesgo de que la distribución de competencias entre los Estados miembros en el marco de la PESC y la Comunidad resulten alteradas como consecuencia de las sanciones individuales⁵³. En este contexto, corresponde a los tribunales europeos garantizar que se respete el acervo comunitario y los derechos fundamentales protegidos por el Derecho comunitario. La negativa a otorgar protección judicial frente a las vulneraciones de los derechos fundamentales derivadas de los actos PESC deja una cierta insatisfacción.

No obstante, el TPI estima que, dado que la Decisión impugnada afecta negativamente a los intereses de la demandante, el Consejo de Ministros está obligado a respetar los derechos y las garantías fundamentales que prevé el ordenamiento jurídico comunitario⁵⁴, salvo que se opongan a ello “razones imperiosas relacionadas con la seguridad de la Comunidad y de sus Estados miembros o con el mantenimiento de sus relaciones internacionales (...)”⁵⁵. El Tribunal estructura su razonamiento en dos partes: la primera dedicada a la aplicabilidad de las garantías relativas al respeto del derecho de defensa, a la obligación de motivación y al derecho a la tutela judicial efectiva en el

las personas y entidades a las que se aplica el Reglamento n° 2580/2001 se estableció mediante la Decisión 2001/927/CE del Consejo de 27 de diciembre de 2001 que ha sido objeto de actualizaciones periódicas.

⁵⁰ Se trata, al término de la fase oral, de la Posición Común 2005/936 y de la Decisión 2005/930.

⁵¹ Vid. autos de 7 de junio de 2004, *Segi y otros c. Consejo*, T-338/02, y *Gestoras Pro-Amnistía y otros c. Consejo*, T-332/02. Esta línea jurisprudencial ha sido confirmada en la sentencia de 18 de noviembre de 2005, *Selmani c. Consejo y Comisión*, T-229/04.

⁵² Apart. 58, sentencia *OMPI*.

⁵³ ECKES, C.: “Case T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d’Iran v. Council and UK (OMPI)*, Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 12 December 2006”, *CMLRev.*, 2007, vol. 44, p. 1122.

⁵⁴ Apartos. 107-113 de la sentencia *OMPI*.

⁵⁵ Apartos. 133, 147 y 156 de la sentencia *OMPI*.

contexto de la adopción de una decisión de congelación de fondos al amparo del Reglamento nº 2580/2001, y la segunda parte centrada en su aplicación al presente caso.

Por lo que se refiere al derecho de defensa, el TPI considera que debe estar garantizado ante la autoridad que ha examinado las pruebas o indicios en los que se basó la decisión en cuestión. Normalmente, la decisión inicial de incluir a una persona en la lista es tomada por una autoridad nacional, por lo que el derecho de defensa debe estar garantizado en el ámbito nacional donde debe tener ocasión de dar a conocer su opinión sobre las pruebas de cargo utilizadas⁵⁶. Asimismo, debe garantizarse también el derecho de defensa del interesado en el marco del procedimiento comunitario que lleva a la decisión de inscribirla en la lista de individuos u organizaciones sospechosas de colaborar en la financiación del terrorismo internacional. En todo caso, en la segunda fase, el derecho de defensa tiene un objeto mucho más limitado, debiéndose comunicar al interesado los elementos que demuestren que una autoridad nacional ha adoptado una decisión en su contra que responde a lo previsto en el artículo 1, apartado 4 de la Posición Común 2001/931, en la medida de lo posible al mismo tiempo, o bien tan pronto como sea posible después de la decisión inicial de congelar sus fondos, y darle la ocasión “de pronunciarse acerca de la oportunidad y la legitimidad de dicha decisión”⁵⁷.

Asimismo, el Tribunal de Primera Instancia confiere una especial relevancia al respeto de la obligación de motivación, ya que el respeto de esta garantía es tanto más importante cuanto que la parte afectada no tuvo la oportunidad de expresar su posición antes de la decisión inicial de congelación de sus fondos, de forma 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”⁵⁸. La motivación no puede consistir únicamente en una formulación general y estereotipada, sino que debe mencionar los elementos de hecho y derecho en los que se basó el Consejo de Ministros para adoptar la Decisión controvertida⁵⁹. Posteriormente, el TPI afirmó en el asunto *Stichting Al-Aqsa* que ni el hecho de que fuera conocido que el Ministro neerlandés de Asuntos Exteriores adoptó una decisión mediante la que se congelaban los fondos y activos de la recurrente ni la desestimación del recurso interpuesto contra la misma ante los tribunales internos podían suplir la falta de mención de las razones que condujeron a incluir a la recurrente en la lista de personas y entidades cuyos fondos debían congelarse en el marco de la lucha contra el terrorismo⁶⁰. Si bien parecía evidente que la fundación *Stichting Al-Aqsa* había sido incluida en la lista mencionada como consecuencia de la decisión de las autoridades holandesas, el TPI estima que no se conocía explícitamente

⁵⁶ El artículo 1, apartado 4, de la Posición Común 2001/930 prevé que la lista en cuestión se ha de elaborar 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

⁵⁷ Apart. 121 y 126 de la sentencia *OMPI*. Del mismo modo, los interesados deben tener la oportunidad de dar a conocer su punto de vista ante cualquier decisión subsiguiente de mantener la congelación de sus fondos.

⁵⁸ Apart. 140, sentencia *OMPI*.

⁵⁹ Apart. 143, sentencia *OMPI*.

⁶⁰ Sentencia *Stichting Al-Aqsa*, apart. 60-64.

la decisión nacional en base a la cual había sido incluida en la lista mencionada. Del mismo modo, se considera que la decisión de congelación de los fondos de *José María Sison* no estaba motivada, quien además había tratado en vano de remediar su situación solicitando el acceso a los documentos del Consejo que habían sido la base de la mencionada decisión⁶¹.

Finalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva significa que el control judicial de la decisión en cuestión se extiende a la valoración de los hechos y circunstancias que se invocan para justificar la Decisión impugnada, así como a la información sobre la que se basó tal valoración⁶². Además, en las circunstancias del presente caso en el que se establecieron severas restricciones del derecho de defensa, el control judicial “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 y la protección de los derechos fundamentales”⁶³. En este sentido, se estima que no se puede alegar el carácter secreto o confidencial de la información en la que se basó la información utilizada por el Consejo con el objetivo de impedir u obstaculizar la labor del juez comunitario.

La aplicación de los mencionados principios lleva al Tribunal de Primera Instancia a anular la Decisión impugnada en cuanto afecta a la demandante. Resulta llamativo que el TPI señale que ni siquiera al término de la fase oral está en condiciones de controlar la legalidad de la Decisión impugnada, pues no conoce las informaciones o evidencias que motivaron la inclusión de *OMPI* en la lista, ni tampoco la decisión nacional en la que se basó⁶⁴. La sentencia *OMPI* nos pone de manifiesto que el control de legalidad en relación con los derechos fundamentales protegidos en el ordenamiento comunitario lleva a resultados totalmente diferentes del basado únicamente en el *ius cogens*⁶⁵. El asunto *OMPI* plantea inevitablemente si está justificado que el nivel de protección judicial de los individuos o entidades afectadas por las sanciones individuales dependa del tipo de sanciones o del marco jurídico en el que se han adoptado las sanciones (las NNUU o la UE), o del margen de discrecionalidad dejado a los Estados por el Consejo de Seguridad⁶⁶.

⁶¹ Ante la negativas reiteradas del Consejo de dar acceso a los documentos solicitados sobre la base del Reglamento del Consejo 1049/2001, *José María Sison* interpuso varios recursos ante el TPI el cual avaló la tesis defendida por el Consejo, a saber que la divulgación de la decisión adoptada por la autoridad nacional a la que se refiere el artículo 1.4 de la Posición Común 2001/931 perjudicaría la protección de la seguridad pública y afectaría a las relaciones internacionales (Sentencia de 26 de abril de 2005, *José María Sison c. Consejo* T-110/03, T-150/03 y 405/03, Rec. p. II-1429). El recurso de casación interpuesto ante el TJCE no sirvió a la recurrente para obtener una resolución judicial favorable a sus pretensiones (Sentencia de 1 de febrero de 2007, *José María Sison c. Consejo*, C-266/05 P).

⁶² Apart. 225 de la sentencia *Yusuf*.

⁶³ Apart. 155 de la sentencia *OMPI*.

⁶⁴ Apart. 173.

⁶⁵ Vid. ECKHOUT, P.: “Community Terrorism Listings...”, *loc. cit.*, p. 190 y GARRIDO MUÑOZ, A.: “¿Un nuevo desarrollo en la jurisprudencia sobre ejecución de “sanciones inteligentes” en la Comunidad? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2006, *Organización Mujahedin del Pueblo de Irán c. Consejo de la Unión Europea*, *RGDE*, 2007, n.º 13, p. 21 y ss.

⁶⁶ Vid. ECKES, C.: “Case T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d’Iran...*”, *loc. cit.*, p. 1119.

Como consecuencia de la sentencia *OMPI*, el Consejo de Ministros publicó el 25 de abril de 2007 una notificación en la que informaba a las personas, grupos y entidades incluidos en la lista contemplada en el Reglamento 2580/2001 que se proponía mantenerlos en la misma, pero podían solicitar al Consejo la exposición de motivos sobre su inclusión y solicitar su exclusión⁶⁷. Además, el Consejo de Ministros manifiesta haber llevado a cabo una revisión completa de la lista y procedido a introducir mejoras sustanciales en el procedimiento en relación con la notificación de la exposición de motivos, la inclusión y exclusión de las lista con el objetivo de cumplir la sentencia *OMPI*⁶⁸. Sin embargo, no parece que las mejoras de carácter procedimental hayan satisfecho a las personas y entidades incluidas en la lista. En realidad, la victoria lograda por *OMPI* ante el TPI ha animado a otros individuos y grupos en los últimos meses a presentar recursos ante el TPI contra la decisión del Consejo de Ministros de incluirlos en la lista europea de terroristas y de congelar sus bienes⁶⁹. Aunque la Decisión 2005/930 del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2005 que incluía a *OMPI* en la lista negra fue anulada por el TPI en la medida en que afectaba a la demandante, nunca ha sido excluida de la mencionada lista⁷⁰. A menos que las instituciones comunitarias procedan a introducir mejoras sustanciales en el procedimiento, el número de recursos presentados ante el TPI no cesará de aumentar en los próximos tiempos⁷¹.

⁶⁷ Notificación a la atención de aquellas personas, grupos y entidades que han sido incluidos en la lista contemplada en el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 2580/2001 del Consejo sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, *DO C* 90 de 25.4.2007, p. 1.

⁶⁸ Posición Común del Consejo 2007/448/PESC de 28 de junio de 2007 por la que se actualiza la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se derogan las Posiciones Comunes 2006/380/PESC y 2006/1011/PESC, *DO L* 169, 29.6.2007, p. 69; y Decisión del Consejo 2007/445/CE de 28 de junio de 2007 por la que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se derogan las Decisiones 2006/379/CE y 2006/1008/CE, *DO L* 169, 29.6.2007, p. 58.

⁶⁹ Se encuentran pendientes ante el TPI los siguientes recursos: *Fahas c. Consejo*, T-49/07, *DO C* 95 de 28.04. 2007, p. 43; *El Morabit c. Consejo*, T-37/07, *DO C* 82 de 14.04. 2007, p. 44; *El Morabit c. Consejo*, T-323/07, *DO C* 269 de 10.11.2007, p. 52; *El Fatmi c. Consejo*, T-363/07, *DO C* 269 de 10.11.2007, p. 65; *Hamdi c. Consejo*, T-75/07, *DO C* 117 de 29.05.2007, p. 22; y *Hamdi c. Consejo*, T-363/07, *DO C* 269 de 10.11.2007, p. 66.

⁷⁰ El Consejo de Ministros alega que la decisión anulada fue reemplazada por la Decisión 2006/379/CE de 29 de mayo de 2006 y, por lo tanto, *OMPI* sigue teniendo sus bienes y activos financieros bloqueados. Por ello, *OMPI* ha presentado un nuevo recurso ante el Tribunal de Primera Instancia el 29 de mayo de 2006, alegando, entre otros motivos, que el Consejo estaba obligado a eliminar el nombre de la demandante de la lista negra (*Organización Mujahedin del Pueblo de Irán c. Consejo*, T-256/07, *DO C* 211 de 08.09.2007, p. 50. Lo mismo ha sucedido en los asuntos *Sison* y *Al-Aqsa* (*Sison c. Council*, T-341/07, *DO C* 269 de 10.11.2007, p. 58 y *Al-Aqsa c. Council*, T-348/07, *DO C* 269 de 10.11.2007, p. 61).

⁷¹ La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha elaborado recientemente un informe del que ha sido ponente el suizo Dick Marty, en el que se critica tanto el sistema de las sanciones inteligentes establecido en el marco de las NNUU como el creado por las propias instituciones comunitarias para implementar la Resolución 1373 (2001). Como consecuencia de la deficiencias que presentan ambos sistemas en relación con la protección de los derechos humanos, se afirma que los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos están incumpliendo las obligaciones que se derivan del mismo (Parliamentary Assembly, *United Nations Security and European Union blacklists*, Committee on Legal

2. La reinterpretación de las vías de acceso al TJCE: la eventual impugnación de los actos del tercer pilar ante los jueces nacionales

Los recursos de casación interpuestos por *Segi* y *Gestoras Pro-Amnistía* han sido aprovechados por el TJCE para tratar de moderar las consecuencias más negativas de los autos del TPI⁷². Si bien el TJCE estima que el TPI no incurrió en error de derecho al declarar que en el marco del título VI del Tratado UE no se prevé la posibilidad de interponer un recurso de indemnización, se reconoce que el sistema de medios de impugnación previstos en el marco de los Títulos V y VI son menores que en el marco del pilar comunitario y se afirma que corresponde a los Estados miembros reformar el sistema actualmente vigente. De este modo, se está reconociendo indirectamente la insuficiente protección de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la tutela judicial efectiva frente a las medidas adoptadas en el marco de los pilares intergubernamentales. Ahora bien, el TJCE llega extrañamente a la conclusión de que “los recurrentes no tienen ningún argumento para sostener que la Posición Común impugnada les deja sin recurso, en contra de la exigencia derivada de la tutela judicial efectiva”⁷³. Con el objetivo de demostrar que no se ha producido una vulneración de la tutela judicial efectiva, el TJCE lleva a cabo una interpretación extensiva de las vías de recurso contempladas en el artículo 35 UE que, como comprobaremos a continuación, deja a la postre una cierta sensación de insatisfacción, al no servir para reparar los eventuales daños derivados de las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias en el marco de los pilares intergubernamentales.

Así, el TJCE acepta incluso la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE en relación con una posición común que produzca efectos jurídicos frente a terceros⁷⁴. La competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial, tal y como fue ideada por los redactores del Tratado de Ámsterdam, no se extiende a las posiciones comunes al considerar que se trata de actos jurídicos que, en principio, están destinados a producir efectos jurídicos solamente para los Estados miembros. Ahora bien, el TJCE estima que si ante un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio se plantea una cuestión relativa a la validez o la interpretación de una posición común adoptada con arreglo al artículo 34 UE, y tiene dudas sobre si dicha posición común despliega efectos jurídicos frente a terceros, podría plantear una cuestión prejudicial con arreglo al sistema previsto en el artículo 35 UE. En segundo lugar, se reconoce la competencia del Tribunal de Justicia para controlar la legalidad de tales actos cuando un Estado miembro o la Comisión interpongan un recurso de nulidad en las condiciones enunciadas en el artículo 35.6 UE⁷⁵. La eventual ampliación de las

Affairs and Human Rights, Doc. 11454, disponible en <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/workingdocs/doc07/edoc11454.htm> (consultado el 15 de abril de 2008).

⁷² Sentencias de 27 de febrero de 2007, *Segi y otros c. Consejo*, C-355/04 P y *Gestoras Pro-Amnistía*, 354/04 P.

⁷³ Apartado 57 de las sentencias *Segi* y *Gestoras Pro-Amnistía*.

⁷⁴ Apart. 54, sentencias *Segi* y *Gestoras Pro-Amnistía*.

⁷⁵ Apart. 55, sentencias *Segi* y *Gestoras Pro-Amnistía*.

vías de recurso que se deriva de la interpretación del TJCE no permite, sin embargo, a las personas físicas y jurídicas incluidas en la lista europea de organizaciones terroristas impugnar la decisión de las instituciones comunitarias.

Quizás por esta razón, el TJCE transfiere a los jueces y tribunales nacionales la misión de dotar de contenido real a la tutela judicial efectiva al afirmar que:

“incumbe a los Estados miembros y, en concreto, a sus órganos jurisdiccionales 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”⁷⁶.

El Tribunal de Justicia parte de la idea de que una posición común no está llamada a producir, por sí misma, efectos jurídicos frente a terceros, pero obliga a los Estados, en virtud del principio de cooperación leal, a adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar su ejecución⁷⁷, por lo que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales hacer todo lo que este en su mano para garantizar la tutela judicial efectiva en relación con las medidas nacionales de aplicación o de elaboración de la posición común. De este modo, se extiende la competencia de los jueces y tribunales nacionales a todos los actos internos que sirvieron de base para incluir a *Segi* y *Gestoras Pro-Amnistía* en la lista negra de terroristas de la UE y a cualesquiera otras medidas nacionales de aplicación. El razonamiento del TJCE guarda una cierta semejanza con el seguido en el asunto *Unión de Pequeños Agricultores*, en el que el TJCE se negó a reinterpretar la condición de la afectación individual, pero solicita a los órganos jurisdiccionales nacionales que hagan todo lo posible para que los afectados puedan plantear un recurso.

Se trata de una solución mucho menos ambiciosa que la propuesta por Abogado General Mengozzi en sus Conclusiones generales⁷⁸, pero seguramente más realista⁷⁹. Mengozzi señala que, en el estado actual del Derecho de la Unión, la tutela judicial

⁷⁶ Apart. 56, sentencias *Segi* y *Gestoras Pro-Amnistía*.

⁷⁷ Vid. apart. 42 de la sentencia de 16 de junio de 2005, *Pupino* (C-105/03, Rec. p. I-5285). En relación con las consecuencias de esta sentencia, se puede consultar SANTOS VARA, J.: “La aplicación de la doctrina de la interpretación conforme a las decisiones marco. El acercamiento de la cooperación policial y judicial en material penal al primer pilar. Comentario a la Sentencia del 16 de junio de 2005, asunto *Pupino*”, *RGDE*, 2005, n.º 8; SARMIENTO, D.: “Un paso más en la constitucionalización del Tercer Pilar de la Unión Europea. La Sentencia *Maria Pupino* y el efecto directo de las decisiones marco”, *REEL*, 2005, n.º 10.

⁷⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Mengozzi presentadas el 26 de octubre de 2006, *Gestoras Pro-Amnistía y otros c. Consejo*, 354/04 P y *Segi y otros c. Consejo*, C-355/04 P.

⁷⁹ Vid. en este sentido BERRAMDANE, A.: “Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre VI du traité sur l’Union européenne. CJCE, 27 février 2007, *Gestoras Pro Amnistia et autres/Conseil*, aff. C-354/04 P; CJCE, 27 février 2007, *Segi et autres/Conseil*, aff. C-355/04 P”, *RDUE*, 2007, n.º 2, p. 422 y ss.; SANTAMARÍA DACAL, A. I.: “Las sentencias *Segi* y *Gestoras* del TJCE: ¿un sermón sin mayores consecuencias o un primer toque de atención”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2007, n.º 22, p. 313 y ss.

efectiva de los recurrentes se confía a los tribunales nacionales. Siguiendo la senda trazada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Pupino*, en el que aceptó la aplicación del principio de cooperación leal en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, el Abogado General estima que los Estados miembros han de prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del tercer pilar⁸⁰. En este sentido, Mengozzi defiende que los particulares pueden impugnar la validez de los actos adoptados con arreglo al artículo 34 UE ante los jueces nacionales, quienes pueden adoptar una declaración de invalidez en el caso de que se vulneren los derechos fundamentales, que sólo tendrá eficacia en el caso concreto⁸¹. En opinión del Abogado General, admitir, tal y como hizo el TPI, que los recurrentes carecían de tutela judicial efectiva frente a su inclusión en la listas de grupos y entidades terroristas resulta totalmente inaceptable en una Unión que se basa en el principio del Estado de derecho y en el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁸². El razonamiento del Abogado General supone negar la extensión de la jurisprudencia *Foto-Frost* al derecho emanado del tercer pilar⁸³, poniendo en cuestión su aplicación uniforme en toda la UE.

Todavía en más llamativa la conclusión del Abogado General de que corresponde a los jueces nacional la competencia para conocer de los recursos de indemnización de daños que puedan derivarse de la inclusión errónea en la lista de grupos o entidades terroristas. A partir de este momento el razonamiento del Abogado General se vuelve más vago, ya que no precisa contra quién debería dirigirse la acción de reparación de daños, ni tampoco se especifica claramente el sistema judicial nacional competente para conocer de un recurso de estas características. En definitiva, el esfuerzo de Mengozzi por atribuir a los jueces nacionales la tutela de los derechos fundamentales que puedan resultar vulnerados como consecuencia de la inclusión de los recurrentes en la lista de organizaciones terroristas puede poner en peligro la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Unión y no mejora la protección de los derechos de los particulares, ya que no son numerosos los obstáculos técnicos que habría que superar.

IV. CONCLUSIONES

El examen de la jurisprudencia reciente del TJCE y del TPI nos pone de manifiesto que el derecho a la tutela judicial efectiva está resultando seriamente

⁸⁰ Apart. 107, Conclusiones del Abogado General Mengozzi. La razón que lleva al Abogado General a desarrollar este razonamiento es que “si en un caso como el de los recurrentes, realmente no existiera en absoluto tutela judicial efectiva, estaríamos en presencia, por un lado de una gravísima y flagrante incoherencia del sistema de la Unión a nivel interno; por otro, de una situación que, a nivel externo, expone a los Estados miembros de la Unión a la censura por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y debilita, además, la imagen y la identidad de la Unión en el plano internacional (...)” (apart. 85).

⁸¹ Apart. 114-120, conclusiones del Abogado General Mengozzi.

⁸² Apart. 82, conclusiones del Abogado General.

⁸³ Sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost* (314/85, Rec. p. 4199).

afectado como consecuencia de las medidas adoptadas para luchar contra el terrorismo en el marco de la UE. En los asuntos *Yusuf y Kadi*, el TPI renuncia a controlar la legalidad de los actos comunitarios que implementan las resoluciones del CS en relación con los derechos fundamentales protegidos en el ordenamiento comunitario como principios generales del derecho. Sin embargo, el TJCE ha establecido reiteradamente en su jurisprudencia que el respeto de los derechos fundamentales es una condición para la validez de los actos comunitarios. Se aparta asimismo de la sentencia *Bosphorus*, en la que, si bien se trataba de un régimen de sanciones clásico dirigido contra un Estado, tanto el TJCE como el Abogado General Jacobs no dudan en examinar la vulneración alegada del derecho de propiedad de la empresa recurrente en relación con los derechos fundamentales protegidos en el ordenamiento comunitario.

En todo caso, se observa una cierta evolución en la jurisprudencia de los tribunales comunitarios. En un principio, el TPI ha mostrado su comprensión en relación con las medidas restrictivas de los derechos fundamentales adoptadas por las instituciones comunitarias en la lucha contra el terrorismo. Posteriormente, en las sentencias *OMPI*, *Stichting Al-Aqsa*, *José María Sison*, *Kongra-Gel* y *Osman Ocalan*, el TPI ha sido mucho más exigente y no ha dudado en anular las decisiones mediante las que se congelaban los fondos de los recurrentes, retornando de esta forma a su concepción tradicional de la tutela judicial efectiva. Del estudio de la jurisprudencia comunitaria relativa a las listas negras se deriva asimismo la conclusión de que los derechos de carácter procedimental de las personas o entidades incluidas en las listas de terroristas deben ser respetados con independencia de que se adopten en el marco comunitario o en los pilares intergubernamentales, o implementen simplemente una decisión del Comité de Sanciones 1267.

Por otra parte, a pesar de la generosa interpretación de las vías de acceso a la jurisdicción comunitaria previstas en el artículo 35 TUE y del reenvío a los jueces y tribunales nacionales de la responsabilidad de garantizar la tutela judicial efectiva, la solución proporcionada en las sentencias *Segi* y *Gestoras Pro-Amnistía* no es plenamente satisfactoria. En ausencia de medidas nacionales de aplicación de los actos de la UE, como ocurría en ambos casos, la exigencia de responsabilidad de cada Estado miembro ante los tribunales nacionales en relación con su participación en la elaboración de un acto de la UE tropezará indudablemente con la dificultad de fiscalizar los actos de gobierno en las relaciones internacionales en numerosos países. El problema relativo a la falta de un recurso efectivo frente a las medidas antiterroristas adoptadas en el ámbito de los pilares intergubernamentales se debe a que el Tratado de la UE no prevé la posibilidad de controlar los actos adoptados en el marco de la PESC y establece un control jurisdiccional limitado de las medidas adoptadas en el tercer pilar.

Los Estados miembros parecen haber comprendido que los avances sustanciales que se han producido en los últimos años en el logro de un auténtico Espacio de libertad, seguridad y justicia mediante la adopción de numerosos actos jurídicos, y su consiguiente incidencia en los derechos fundamentales, requieren de la existencia de mecanismos que permitan a los afectados plantear un recurso efectivo a los afectados ante los tribunales. En este sentido, la desaparición de la división en pilares prevista en

el Tratado de Lisboa, junto con la extensión del sistema general de control jurisdiccional del Tribunal de Justicia a todo el Espacio de libertad, seguridad y justicia, suprimiéndose los mecanismos específicos previstos en el artículo 35 TUE y en el artículo 68 TCE⁸⁴, contribuirían indudablemente a colmar las lagunas de la protección judicial. Se mantienen así plenamente los avances recogidos en la Constitución europea en relación con las vías de acceso a la jurisdicción comunitaria.

El artículo 240 bis del Tratado de Funcionamiento de la UE, siguiendo la senda trazada por el artículo III-375 de la Constitución, señala que el Tribunal de Justicia será competente para controlar la legalidad de las decisiones europeas por las que se establezcan medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales. De este modo, se ha querido dejar claro que los actos jurídicos en los que se materializan las sanciones contra determinadas personas u organizaciones están sometidos al control judicial de los tribunales comunitarios. No cabe duda que las dificultades que se han planteado en la jurisprudencia examinada están detrás de esta nueva previsión constitucional.

Finalmente, sería deseable que el Tribunal de Justicia siguiera la Opinión del Abogado General Poiares Maduro en los asuntos *Kadi* y *Al Barakaat*. Si bien la anulación de los reglamentos que implementan las resoluciones del CS plantearía un problema jurídico y político grave, podría servir para motivar al Consejo de Seguridad a introducir modificaciones sustanciales en el régimen de las sanciones inteligentes, que permitan a los afectados acudir a un órgano independiente para cuestionar los motivos de su inclusión en las listas negras de los comités de sanciones del Consejo de Seguridad. El problema relativo a la protección de los derechos humanos en la implementación de las resoluciones antiterroristas del CS en el ordenamiento comunitario va a seguir probablemente planteándose ante los tribunales comunitarios en el futuro, ya que las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento comunitario difícilmente van a encontrar una respuesta adecuada en el ámbito de las Naciones Unidas.

⁸⁴ La cooperación intergubernamental en materia de justicia y de asuntos de interior se ha caracterizado desde un principio por la debilidad de los controles democrático y judicial (*vid.* sobre esta cuestión *vid.* GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”, *RDCE*, n.º 4, 1998, pp. 501-545 y WEYEMBERGH, A.: “La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures: vers un rééquilibrage du couple liberté-sécurité?”, *RBDI*, n.º 2, 2002, pp. 612-638).