

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LAS SANCIONES CONTRA AL QAEDA*

Luis M. Hinojosa Martínez*

Carmela Pérez Bernárdez*

SUMARIO:

I. Introducción.- II. La relación entre el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva.- III. Las sanciones contra Al Qaeda en el Derecho de la Unión Europea.- IV. La relación entre el régimen de sanciones antiterroristas autónomo y las sanciones contra Al Qaeda.- V. El derecho a la tutela judicial efectiva en la UE en las sanciones anti-terroristas.- V.1 *El derecho a la tutela judicial efectiva en las sanciones autónomas.*- V.2 *El derecho a la tutela judicial efectiva en las sanciones contra Al Qaeda.*- V.3 *El nuevo sistema de sanciones contra Al Qaeda ante la jurisprudencia europea.*- VI. Conclusiones

I. Introducción

1.- La proliferación de instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo ha planteado importantes desafíos jurídicos, tanto al Derecho internacional como al Derecho europeo. Uno de los terrenos donde han aparecido cuestiones más complejas e intrincadas ha sido en la dialéctica entre la salvaguarda de la seguridad y la garantía de los derechos fundamentales de los individuos. La relación entre estos dos principios admite diferentes respuestas y ello ha generado importantes debates jurídicos y políticos.

2.- En el plano europeo, la aplicación de las sanciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU, en adelante) contra Al Qaeda ha dado lugar a una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJ, en adelante), que ha merecido numerosos comentarios doctrinales¹, por su trascendencia tanto para la definición de las

* El Profesor Manuel Pérez González se ha dedicado, en buena parte de su excelente trayectoria investigadora, al delicado y comprometido mundo de los derechos humanos, así como a analizar -sobre todo en estos últimos años- el fenómeno del terrorismo internacional. Por ello, hemos creído adecuado rendirle homenaje con esta aportación, que reúne esos dos ámbitos de preocupación.

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Granada.

* Profesora Ayudante Doctora en la Universidad de Granada y Profesora Contratada Doctora (en suspenso) en la Universidad Complutense de Madrid.

¹A título indicativo, y sin pretensiones de exhaustividad, pueden mencionarse, en la doctrina en castellano: Pérez González, M. (Ed.), *Lucha contra el terrorismo, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*, Valencia, 2011 (en prensa); Andrés Sáenz de Santamaría, P., “Sistemas de listas y derechos humanos en las sanciones del Consejo de Seguridad: la perspectiva europea”, en *El proceso de reforma de las Naciones Unidas* (A. Blanc Altemir, ed.), Tecnos, Madrid, 2009, p. 293; Blázquez Navarro, I. y Espósito Massicci, C., “Los límites al control judicial de las medidas de aplicación de la política exterior en los asuntos Ahmed Ali Yusuf/Al Barakaat International Foundation y Yassin Abdullah Kadi”, en *R.E.D.E.*, 2006, n.º 17, p. 123; Ferrer Lloret, J., “El cumplimiento por la Unión Europea de las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad”, en *R.D.C.E.*, n.º 8, julio/diciembre 2000, p. 453; Garrido Muñoz, A., «La jurisprudencia post-Kadi en materia de “sanciones selectivas” en la UE: misma función, distinto guión», en *R.G.D.E.*, n.º 22, 2010; Jiménez García, F., «El control de la legalidad en la ejecución de las sanciones internacionales antiterroristas por parte de la UE, ¿tutela judicial efectiva o vuelta a la doctrina de los actos políticos?», en *R.D.U.E.*, n.º 15, 2008, p. 81; Roldán Barbero, J., “Jurisprudencia en materia de Derecho Internacional Público: La justicia comunitaria y el control de la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a

relaciones entre el Derecho europeo y el Derecho internacional, como para la determinación de la estructura “constitucional” del propio Derecho europeo. La anulación por parte del TJ del Reglamento 881/2002 del Consejo², que aplica las sanciones impuestas por el CSNU contra un grupo de personas y entidades supuestamente vinculadas a Al Qaeda, en la medida en que afectaba a las personas que han planteado recursos individuales por violación de sus derechos fundamentales, cuestiona en la práctica la autoridad del CSNU para imponer sanciones universales. La constatación de que dichas sanciones no respetan el estándar europeo de protección de los derechos humanos y que, por tanto, no pueden ser implementadas por los órganos comunitarios, plantea cuestiones espinosas: ¿Cuál es la relevancia del artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas a la hora de fijar la posición jerárquica de las obligaciones emanadas del CSNU en Derecho europeo? ¿Hasta que punto puede considerarse el ordenamiento europeo autónomo o independiente del Derecho internacional? ¿Puede un tribunal internacional regional (como el TJ) supeditar la aplicación de las sanciones del CSNU al respeto de los estándares jurídicos existentes en su ordenamiento regional?

En esta contribución no pretendemos responder con detalle a todas estas preguntas, que se articulan en torno a la relación entre el Derecho europeo y el Derecho internacional. Ya hemos criticado en otro trabajo la jurisprudencia del TJ sobre estas cuestiones, por aplicar una concepción dualista/pluralista de las relaciones entre el

las Sentencias Yusuf/al Barakaat y Kadi, de 21.9.05, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas”, en *R.E.D.I.*, vol. 57, n.º 2, 2005, p. 869; 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?”, en *R.D.C.E.*, n.º 32, enero/abril, 2009, p. 91. En la doctrina en otros idiomas, destaca el trabajo colectivo publicado por la Academy of European Law: *Challenging the EU Counter-Terrorism Measures through the Courts*, EUI Working Papers, AEL 2009/10, y en particular el exhaustivo repaso doctrinal que en él realizan Poli, S./ Tzanou, M., «The Kadi Rulings: A Survey of Literature», en pp. 139-162. También pueden mencionarse Tzanakopoulos, A., «Domestic Court Reactions to UN Security Council Sanctions», en A. Reinisch: *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, Oxford, 2010, p. 54; Hilpold, P., «UN Sanctions before the ECJ: the Kadi Case», en A. Reinisch: *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, Oxford, 2010, p. 18; Rideau, J., «Réflexions sur la jurisprudence Kadi et Yusuf/Al Barakat. Quand le Professeur retourne à l'école ... de droit», en *Revue des affaires européennes*, n.º 3, 2009-2010, p. 489; De Sena, P./ Vitucci, C., «The European Courts and the Security Council: Between *Dédoublement Fonctionnel* and Balancing of Values», en *EJIL*, vol. 20, n.º 1, 2009, p. 193; Eckes, C., *EU Counter-Terrorist Policies and Fundamental Rights. The Case of Individual Sanctions*, Oxford, 2009; Halberstam, D./ Stein E., «The United Nations, The European Union and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order», en *C.M.L.Rev.*, vol. 46, n.º 1, 2009, p. 13; Koedooder, C./ De Lang, N., «Anti-terrorist Blacklisting in the European Union: The Influence of National Procedures on the Judgements of the Court of First Instance of the European Communities», en *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 36, n.º 4, 2009, p. 313; Novic, E., «La Cour de Justice des Communautés européennes face aux carences de l'ordre juridique international», en *C.D.E.*, vol. 45, n.º 3-4, 2009, p. 375.

² Reglamento (CE) n.º 881/2002 del Consejo, de 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, la red Al-Qaeda y los talibanes, *DO L* 139, de 29.5.2002, p. 9.

Derecho internacional y el Derecho de la Unión, así como por utilizar un estándar jurídico europeo para filtrar la aplicación de las sanciones del CSNU, eludiendo pronunciarse sobre la relevancia del artículo 103 de la Carta de las NNUU en ese contexto³. En cualquier caso, a la vista de esa jurisprudencia, nuestra intención en esta contribución es la de indagar sobre el estándar de protección del derecho a la tutela judicial efectiva que el TJ exige en la implementación de las sanciones del CSNU contra Al Qaeda. En particular, nos interesa investigar si dicho Tribunal admite alguna matización al contenido de ese derecho en el ordenamiento europeo como consecuencia del origen onusiano de la obligación de restringir derechos individuales⁴.

II. La relación entre el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva

3.- En el ordenamiento jurídico de la Unión, el *derecho de defensa* debe respetarse en cualquier procedimiento público restrictivo de derechos individuales, incluso en el caso de que no exista una norma que regule el procedimiento aplicable para su salvaguarda⁵. De acuerdo con la jurisprudencia europea, el contenido esencial del derecho de defensa conlleva el respeto a dos derechos fundamentales⁶:

- a) el derecho a ser informado de los motivos que justifican la adopción de la decisión⁷, y
- b) el derecho a ser oído o derecho de audiencia, es decir, el derecho de la persona a dar a conocer su punto de vista sobre dichos motivos.

4.- En este contexto, el *derecho a la tutela judicial efectiva* se define como el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo contra el acto lesivo adoptado durante (o al término de) un procedimiento administrativo. Se trata, en principio, de un derecho independiente de los dos anteriores (derecho a ser informado y derecho de audiencia). No obstante, existe una estrecha relación entre ellos, ya que el particular no podrá defenderse eficazmente ante un tribunal, ni éste último podrá ejercer adecuadamente su función de control, si no se les ha proporcionado una información precisa y completa de las causas por las que se adoptó el acto⁸. En consecuencia, la violación del derecho de

³ Hinojosa Martínez, L. M., «Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment», en I.O.L.R., vol. 5, n.º 2, 2008, p. 339.

⁴ En el momento de escribir estas líneas, el grado de control judicial aplicable a esas sanciones constituye el objeto principal de varios recursos planteados ante el TJ (asuntos C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P).

⁵ Sentencia del Tribunal General (TG, en adelante) de 11.7.2007, *Sison* (T-47/03), ap. 139.

⁶ Sentencia del TG de 12.12.2006, *OMPI I* (T-228/02), ap. 93.

⁷ En un plano institucional, este derecho ha sido examinado en algunos casos desde la perspectiva de la obligación de las instituciones de motivar sus actos (*OMPI I* [T-228/02], aps. 138-151).

⁸ Sentencia del TG de 11.6.2009, *Othman* (T-318/01), ap. 86.

información puede llevar aparejada automáticamente una conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva⁹. Paralelamente, el derecho a ser oído por el Tribunal, en igualdad de armas con las demás partes en un procedimiento judicial, forma parte del contenido esencial del derecho a un juicio justo¹⁰.

En la perspectiva de este estudio, sólo haremos referencia al derecho a ser informado y al derecho de audiencia en la medida en que su violación conlleve la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva.

5.- Las referencias normativas más relevantes para determinar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva son, en el plano europeo, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) y los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), mientras que, en el ámbito internacional, debemos hacer referencia al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (PIDCP). Todas estas disposiciones cuentan con numerosos elementos comunes, aunque admiten algunos matices distintos en el estándar de protección.

Tenemos que diferenciar aquí entre el artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) y el artículo 13 del mismo texto (derecho a un recurso efectivo). Mientras el primero garantiza el derecho a que un tribunal independiente y establecido por ley decida sobre las controversias de naturaleza civil o las acusaciones penales en las que se vean envueltos los particulares, el segundo no implica necesariamente el acceso a los tribunales, sino que simplemente requiere que exista una «instancia nacional» (que puede tener naturaleza administrativa) ante la que pueda reclamarse de manera efectiva cuando se hayan lesionado derechos fundamentales. El artículo 6 del CEDH establece obligaciones más exigentes para los poderes públicos. Cuando la obligación de respetar un derecho fundamental es susceptible de control judicial, el artículo 6 del CEDH se aplica con carácter preferente sobre el artículo 13 del CEDH, que sólo tendría relevancia para evaluar el comportamiento de los poderes públicos en los ámbitos sustraídos al control judicial. En la medida en que la legalidad de las sanciones contra Al Qaeda y los talibanes es susceptible de control judicial¹¹, el artículo

⁹ Sentencia del TG de 30.9.2010, *Kadi III* (T-85/09), ap. 181.

¹⁰ Sentencia del TJ de 2.5.2006, *Eurofood* (C-341/04), aps. 65-66.

¹¹ En principio, en los asuntos que se han sustanciado ante la jurisdicción europea, no se cuestiona que las personas designadas en la lista del Comité de Sanciones de las Naciones Unidas tengan derecho a la tutela judicial efectiva, sino que el debate se plantea sobre el alcance de dicho derecho (Sentencia del TG de 30.9.2010, *Kadi III* [T-85/09], aps. 112-126). Véase, al respecto, el artículo XIV de las «Líneas directrices

6 del CEDH es *lex specialis* en relación con el artículo 13 del CEDH, y subsume todas sus garantías¹².

Por su parte, los artículos 47 y 48 de la CDFUE reproducen, incluso con un enunciado más lacónico, los contenidos esenciales de los artículos 6 y 13 del CEDH¹³. En consecuencia, los principales referentes jurisprudenciales para la determinación del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en la UE deben encontrarse en la jurisprudencia de TEDH sobre el mencionado artículo 6 del CEDH, y en las sentencias de los tribunales de la UE relativas al control judicial sobre el sistema de sanciones anti-terroristas de la UE¹⁴.

III. Las sanciones contra Al Qaeda en el Derecho de la Unión Europea

6.- Existen en la UE dos regímenes sancionatorios que persiguen la congelación de fondos y demás haberes financieros de las personas físicas y jurídicas relacionadas con el terrorismo. En primer lugar, nos encontramos con un listado autónomo, elaborado por la propia UE, que se relaciona con la obligación general de luchar contra el terrorismo establecida en la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹⁵. En segundo lugar, la Unión ha articulado un régimen jurídico diferenciado para dar cumplimiento a las sanciones que el Consejo de Seguridad ha impuesto específicamente a un grupo de personas físicas y jurídicas, que considera relacionadas con Al Qaeda, y cuyo listado es actualizado periódicamente por el Comité de Sanciones creado al efecto por el Consejo de Seguridad (Comité 1267)¹⁶. Hasta la

sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo», adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11.7.2002.

¹² Sentencia del TEDH de 16.4.2004, Decisión parcial sobre admisibilidad, *EH. c. Finlandia* (60966/00), ap. 4.

¹³ Para un comentario de los arts. 47 y 48 de la CDFUE, puede consultarse M. López Escudero, «Título VI: Justicia», en A. Mangas Martín (Dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, 2008, pp. 739-758, disponible en www.fbbva.es/TLFU/dat/09_carta_mangas_titVI_justicia_art47-50.pdf.

¹⁴ En general, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la UE y la aplicación de la correspondiente jurisprudencia del TEDH por los tribunales de la Unión, véase Arnulf A., «The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law: An Unruly Horse?», en *E.L.Rev.*, vol. 36, n.º 1, 2011, p. 51; Clément-Wilz, L., «Accord et faux-semblant entre les cours de Strasbourg et de Luxembourg: le respect des exigences du procès équitable», en *Revue des affaires européennes*, n.º. 1, 2009-2010, p. 115.

¹⁵ Posición Común del 2001/931/PESC del Consejo, de 27.12.2001, relativa a la aplicación de medidas específicas con el fin de luchar contra el terrorismo (*DO L 344*, de 28.12.2001, p. 93), y Reglamento (CE) n.º 2580/2001 del Consejo, de 27.12.2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo (*DO L 344*, de 28.12. 2001, p. 70), y sus sucesivas modificaciones.

¹⁶ Reglamento (CE) n.º 881/2002 del Consejo, de 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, la red Al-Qaeda y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento

famosa sentencia *Kadi* del TJ en 2008, el TG había distinguido claramente ambos regímenes a la hora de concretar el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva.

7.- En el procedimiento sancionatorio autónomo, el Consejo de la UE decide por unanimidad sobre la inclusión de las personas en la lista, cuando una «autoridad nacional competente» ha adoptado una decisión en relación con ellas basada en pruebas o indicios serios y creíbles sobre su participación en actividades terroristas. Este régimen consta, por tanto, de dos fases: una nacional y otra comunitaria. En virtud del principio de cooperación leal (artículo 4.3 del TUE), el TG entiende que la garantía del derecho de defensa en la fase nacional corresponde a los órganos nacionales, y por ende, la tutela judicial de esos derechos es responsabilidad de los jueces nacionales. En el plano comunitario, el alcance del derecho de defensa, y de su control judicial, sería relativamente limitado, ya que su respeto se circunscribiría esencialmente a la comunicación al interesado de la decisión nacional que ha servido de base para su inclusión en la lista y a la valoración que de ésta ha hecho el Consejo de la UE¹⁷. En principio, los elementos de prueba manejados para aprobar esa decisión nacional o la legitimidad de la misma sólo pueden impugnarse ante la autoridad estatal que adoptó el acto o ante los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁸. En definitiva, el derecho de defensa, y su tutela judicial, pueden tener un contenido diferente en función de que nos hallemos en la parte nacional o en la parte europea del procedimiento.

8.- En el régimen para la implementación de las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes, las instituciones comunitarias se han limitado hasta ahora a trasladar a la legislación europea el listado gestionado por el Comité de Sanciones de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta el carácter vinculante de las Resoluciones del Consejo de Seguridad.

En los primeros años, el Comité de Sanciones incluía a las personas en la lista en un procedimiento presidido por la celeridad y el secretismo, sobre la base de los

(CE) n° 467/2001 del Consejo (*DO L* 139 de 29.5.2002, p. 9). Las Resoluciones del Consejo de Seguridad que han articulado este régimen de sanciones son las siguientes: 1267 (1999), 1333 (2000), 1390 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006), 1822 (2008), 1904 (2009) y 1989 (2011).

¹⁷ Sentencia del TG de 23.10.2008, *PMOII* (T-256/07), aps. 133-134; *OMPII* (T-228/02), aps. 121-126.

¹⁸ No obstante, el TG ha reservado a la jurisdicción europea la competencia para “verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, (y) también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar la situación y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos” (sentencia de 4.12.2008, *PMOII* [T-284/08], ap. 55).

informes facilitados por los servicios de inteligencia del Estado proponente¹⁹. En la actualidad, tras las reformas realizadas en el procedimiento de designación²⁰, el Estado proponente debe acompañar su solicitud de una «justificación detallada», que podrá hacerse pública si así se solicita, con excepción de «las partes que el Estado proponente indique al Comité que son confidenciales»²¹, y que sirve de base al resumen que se publica en la página web del Comité. Éste adopta su decisión por consenso²² (cualquier miembro pueda vetar la designación), sin que el particular tenga ninguna opción de defenderse antes de la adopción de la medida.

9.- El procedimiento para la supresión de una persona de la lista también ha sido reformado en varias ocasiones con objeto de introducir mejoras. Podemos distinguir tres fases. En un primer momento, las Directrices del Comité 1267 incluyeron un procedimiento de exclusión de la lista que, hasta finales de 2006, únicamente los Estados podían poner en marcha. De esta forma, las personas o entidades afectadas no tenían más opción que la de pedir al gobierno del país de su nacionalidad o residencia que solicitase la revisión de su caso ante el Comité de Sanciones²³. A esta estricta legitimación activa estatal se une que, al decidir el Comité por consenso, cualquier Estado miembro de éste podía vetar la salida de una persona o entidad de la lista

¹⁹ Aunque el Comité 1267 está asistido por un «Equipo de Vigilancia» compuesto por expertos, en realidad no dispone de medios autónomos para el desarrollo de investigaciones sistemáticas e independientes sobre la información que recibe de los Estados Miembros. De ahí que, en los primeros años de elaboración de la lista, se utilizasen casi exclusivamente revelaciones procedentes de los servicios de inteligencia, que en muchos casos ni siquiera podían compartirse con el resto de los miembros del Comité, con objeto de no poner en peligro la fuente de información. En los meses posteriores a los atentados del 11 de septiembre de 2001 se buscaba la máxima efectividad para las medidas de bloqueo de fondos y activos financieros. En tales circunstancias, lo normal era que los representantes estatales que componían el Comité aceptasen las propuestas de los demás, salvo que alguno de ellos tuviese un interés particular en una determinada persona o entidad. En la práctica, por tanto, la mayoría de las designaciones se aprobaron, en un primer momento, automáticamente y sin discusión (Hinojosa Martínez, L. M., «Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?», en *R.E.D.I.*, vol. LVIII, n.º 2, 2006, pp. 742-746; Cameron, I., *Targeted Sanctions and Legal Safeguards*, Report to the Swedish Foreign Office, October 2002, disponible en www.jur.uu.se; Miller, E., «The Use of Targeted Sanctions in the Fight Against International Terrorism-What About Human Rights?», en *ASIL Proceedings of the 97th Annual Meeting*, 2003, p. 47).

²⁰ Véanse, fundamentalmente, las Resoluciones 1617 (2005), 1735 (2006), 1822 (2008) y 1904 (2009) del Consejo de Seguridad.

²¹ Apartado 6 de las Directrices del Comité 1267 para realizar su labor, actualizadas el 26.1.2011, y disponibles en:

www.un.org/es/comun/docs/?path=/spanish/sc/committees/1267/1267GuidelinesSpanish.pdf

²² Apartado 4(a) de las Directrices del Comité 1267, ya citadas.

²³ En el supuesto de que el Estado de su nacionalidad o residencia aceptara, éste podía dirigirse al Estado que propuso la designación para iniciar consultas e intercambiar información. En caso de que el diálogo bilateral tuviera como fruto un acuerdo entre ambos, podían presentar conjuntamente una solicitud de exclusión de la lista del Comité 1267 o bien, si no se ponían de acuerdo, esto lo podía hacer unilateralmente el Estado de nacionalidad o residencia, a través del procedimiento de no objeción (Art. 8.a de las Directrices del Comité para la realización de su labor, aprobadas el 7 de noviembre de 2002, en su redacción anterior a 2006).

consolidada²⁴. De lo dicho anteriormente se deduce que la confianza entre los gobiernos implicados resultaba clave para que el procedimiento prosperara. El proceso de exclusión descrito era claramente susceptible de lesionar derechos individuales fundamentales debido, por ejemplo, a la discrecionalidad del Estado de nacionalidad o residencia de la persona para iniciar el procedimiento de exclusión de la lista (dicho Estado podía negarse a ello por motivos políticos o por falta de interés) o también porque, en las consultas bilaterales, el Estado que propuso la designación de esa persona no estuviese dispuesto a revelar la información que le llevó a proponer su inclusión en la lista.

Esta indefensión suscitó numerosas críticas que llevaron a la reforma del procedimiento en una segunda fase, en la que el CSNU creó un órgano subsidiario (llamado *punto focal*), con objeto de permitir que los particulares, grupos o entidades incluidos en las listas elaboradas por los Comités de Sanciones pudiesen presentar solicitudes por sí mismos²⁵ para suprimir su nombre de ellas²⁶. Este punto focal, no obstante, no se configuró como un órgano que analizase la solicitud con independencia del Comité de Sanciones, sino que actuaba como mero transmisor de la petición. El procedimiento para la salida de la lista seguía adoleciendo de las mismas limitaciones: una naturaleza esencialmente interestatal, secretismo²⁷ y posibilidad de veto de cualquiera de los miembros del Comité.

10.- En una tercera fase, y como consecuencia de la presión ejercida para establecer mecanismos que garanticen el respeto de los derechos fundamentales de las personas incluidas en la lista²⁸, el CSNU ha creado la figura del *Ombudsman*, a través

²⁴ En última instancia, en caso de persistir la falta de consenso, la cuestión podía elevarse al CSNU, donde ya sólo gozan de derecho de veto los cinco miembros permanentes.

²⁵ Además, la solicitud de salida de la lista la podían presentar el Estado de su nacionalidad o residencia, el Estado proponente o incluso cualquier otro miembro del Comité de Sanciones.

²⁶ El nuevo procedimiento establecido para suprimir nombres en las listas de particulares a los que se aplican sanciones inteligentes se recogía en S/RES/1730 (2006).

²⁷ El acceso a la información seguía estando limitado en esta fase, al igual que en la actualidad. Si bien, por un lado, para incluir un nombre en la lista, el Estado proponente debía proporcionar: i) “información concreta” que respaldara la designación, ii) “el carácter de la información”, y iii) “la información o los documentos justificativos” que pudieran adjuntarse; por otro lado, en el momento de presentar la propuesta de designación, dicho Estado debía señalar las partes de la justificación que podían hacerse públicas “a los efectos de notificar a la persona o entidad interesada” y “a los Estados interesados que lo soliciten”. Consecuentemente, en la notificación a las personas designadas se pueden ocultar determinadas partes del informe (S/RES/1735 [2006], aps. 5-11).

²⁸ Dichas presiones han provenido de distintas instancias, por ejemplo, de varios gobiernos, expresadas ante el CSNU, como Dinamarca que, en su entonces condición de miembro del CSNU, propuso la creación de un Ombudsman en el año 2006 (Doc. S/2006/154, de 10.3.2006, ap. 46), competente para examinar las peticiones de revisión de las personas incluidas en la lista y recomendar medidas para su aprobación por el Comité 1267 (véase el debate entre ésta y otras propuestas alternativas de reforma, también estudiadas, en el Doc. S/2009/502, de 2 de octubre de 2009, en particular los aps. 39 y 46). Las

de su Resolución 1904 (2009), y ha reforzado posteriormente su poder en la Resolución 1989 (2011)²⁹. Se trata de un órgano independiente del Comité 1267, que tiene por misión recibir las demandas de las personas físicas o jurídicas que solicitan su exclusión de la lista y asistir al Comité en el correspondiente proceso de revisión. La Oficina del Ombudsman ha sustituido al punto focal³⁰ en las sanciones contra Al Qaeda, desarrollando una labor de intermediación entre el particular y el Comité 1267³¹. En cualquier caso, el particular sigue sin tener acceso directo al Comité, que es el órgano que continúa siendo competente en última instancia para mantener o retirar el nombre de la lista, salvo que esta decisión se difiera al CSNU. No obstante, si el Ombudsman recomienda la supresión del nombre de la lista, será necesario que exista consenso en contrario en el Comité 1267 para mantener a dicha persona en la lista, o si no existe ese consenso, que el propio CSNU confirme dicha inscripción mediante una decisión adoptada en los sesenta días siguientes desde que se le haya sometido la cuestión. De no mediar una de estas dos desautorizaciones, la recomendación del Ombudsman supone la salida de la lista de ese particular³².

críticas de la jurisdicción europea en las sentencias *Kadi II* y *Kadi III* han constituido otra fuente relevante de presión. Incluso el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las medidas de aplicación del régimen de sanciones selectivas por parte, por ejemplo, de Bélgica, destacando las vulneraciones de ciertos derechos humanos como consecuencia del procedimiento existente (véase el Dictamen de 22.10.2008 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el asunto *Sayadi y Vinck c. Bélgica* [1427/2006], Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006). En el ámbito regional europeo, en el seno del Consejo de Europa, también se ha denunciado la vulneración de derechos fundamentales, por ejemplo, en la Resolución 1597 de su Asamblea Parlamentaria (PACE), “United Nations Security Council and European Union Blacklist”, de 23.1.2008, y en el Documento 11454 presentado por el ponente Dick Marty ante el Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la PACE, de 16.11.2007.

²⁹ A pesar de los avances que suponía, los limitados poderes otorgados al Ombudsman fueron objeto de crítica desde un primer momento, *inter alia*, porque no tenía el mandato de realizar recomendaciones al final del procedimiento y porque seguía siendo necesario el consenso en el Comité 1267 para poder retirar a una persona de la lista (véase el *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Consejo de Derechos Humanos, de 15.12.2010, A/HRC/16/50, ap. 21).

³⁰ Sección 7 inciso d) de las Directrices del Comité 1267, en su versión de junio de 2011. La primera titular en ocupar el cargo de Ombudsman fue la jueza canadiense Kimberly Prost, nombrada por el Secretario General de las Naciones Unidas en junio de 2010.

³¹ El Ombudsman examina las solicitudes de exclusión, informa al autor de los procedimientos que se seguirán, responde a sus preguntas, y le orienta si su solicitud no responde a los criterios de designación. Tras recopilar información de diversas fuentes, el Ombudsman inicia un periodo de diálogo, en el que hace de intermediario entre el Comité 1267 y el solicitante, transmitiendo a este último las preguntas del Comité y trasladando a éste las correspondientes respuestas. Una vez culminado este proceso de diálogo, el Ombudsman resume toda la información obtenida en un informe que remite al Comité 1267, junto con una recomendación para mantener o suprimir el nombre de la lista (S/RES/1989 [2011], Anexo II, aps. 11-12).

³² Si el Ombudsman recomienda mantener el nombre en la lista, éste permanecerá en ella, salvo que el Comité decida por consenso eliminarlo. En el caso de que recomiende la supresión del nombre de la lista, una vez examinado el informe, la solicitud de supresión se incluye en el orden del día del Comité 1267, ante el que el Ombudsman presenta personalmente dicho informe y responde a las preguntas que se le

11.- En la medida en que las instituciones europeas carecen de margen de apreciación para incluir o borrar de la lista a las personas designadas en Naciones Unidas, y a la vista del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y de los artículos 297 del TCE (art. 347 del TFUE) y 307 del TCE (art. 351 del TFUE), en el asunto *Kadi I* el TG concluyó que la eficacia de las Resoluciones del Consejo de Seguridad en territorio europeo no se podía condicionar al respeto del derecho a ser oído o del derecho a un control jurisdiccional efectivo, con el contenido que dichos derechos tienen en el ordenamiento europeo³³. No obstante, el TG se declaró competente para controlar de modo incidental la legalidad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad en relación con el *ius cogens*³⁴. Al hacerlo, el TG consideró (sorprendentemente y sin una justificación sólida) que el procedimiento previsto en las Naciones Unidas no violaba el derecho a ser oído ni el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo, tal y como estos derechos son regulados por el *ius cogens*³⁵.

Sin embargo, el TJ casó la sentencia del TG, al interpretar que el ordenamiento de la Unión es autónomo, y que la legalidad del Reglamento 881/2002 del Consejo debía dilucidarse dentro del sistema interno de garantía de los derechos fundamentales existente en la UE, con independencia del origen internacional de las obligaciones implementadas. Aplicando este criterio, el TJ no podía sino constatar que el sistema de sanciones contra Al Qaeda conculcaba el derecho de defensa de los recurrentes, en particular su derecho a ser oídos, así como su derecho a un recurso jurisdiccional efectivo³⁶.

12.- En tales circunstancias, se reformó el procedimiento europeo para la renovación de la lista de las personas designadas por el Comité 1267. Éstas tienen la oportunidad de presentar sus alegaciones ante la Comisión Europea, y dicha institución

formulen. Entonces el Comité adopta la decisión. Puesto que el Ombudsman ha recomendado la supresión del nombre de la lista, esto será lo que ocurra, salvo que el Comité 1267 decida por consenso lo contrario en el plazo de sesenta días, o en el caso de que eleve la cuestión al propio CSNU, salvo que este último órgano decida que la persona debe permanecer en la lista en el plazo de sesenta días desde que recibió la solicitud (S/RES/1989 [2011], Anexo II, aps. 11-12).

³³ Sentencia del TG de 21.9.2005, *Kadi I* (T-315/01), ap. 221.

³⁴ *Ibid.*, ap. 226.

³⁵ *Ibid.*, aps. 233-291. En primer lugar, el TG no realizó un esfuerzo argumentativo para identificar los contenidos del Derecho internacional imperativo en relación con esos derechos y, en segundo lugar, su razonamiento para justificar que éstos no se habían violado resultó muy poco convincente.

³⁶ Sentencia del TJ de 3.9.2008, *Kadi II* (C-402/05 P), aps. 348-349. En el procedimiento en vigor en el momento en que se dictó esta sentencia, no se proporcionaba a las personas cuyos nombres eran incluidos en la lista ninguna información sobre los motivos de su inclusión en ésta, ni se les daba la oportunidad de dar a conocer su punto de vista sobre esos datos, por lo que el TJ entendió que se violaban sus derechos de defensa. Como consecuencia de ello, tampoco podían defender adecuadamente sus derechos ante el juez comunitario y se violaba también su derecho a un recurso jurisdiccional efectivo.

debe revisar su decisión después de valorarlas, al tiempo que debe también transmitir dichas alegaciones al Comité 1267³⁷. A pesar de ello, en el asunto *Kadi III*, el TG interpretó que la jurisprudencia del TJ en *Kadi II* le obligaba a aplicar, sin matices, el estándar europeo de protección de los derechos fundamentales al procedimiento por el que se implementan en la Unión las sanciones contra Al Qaeda³⁸. En esa línea, el TG constató que las acusaciones contra el recurrente tenían un carácter demasiado general y que no se le habían proporcionado las pruebas que les servían de fundamento. En consecuencia, el recurrente no había podido articular eficazmente su defensa, ni podía preparar adecuadamente un recurso ante la jurisdicción europea³⁹.

En las páginas que siguen pretendemos responder a dos cuestiones polémicas que se derivan de la jurisprudencia que acabamos de resumir: ¿Ha igualado realmente el TJ los parámetros de legalidad del régimen de sanciones autónomo y del régimen de sanciones contra Al Qaeda? ¿Qué garantías debe ofrecer un procedimiento que implementa sanciones individualizadas impuestas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho de la Unión?

IV. La relación entre el régimen de sanciones antiterroristas autónomo y las sanciones contra Al Qaeda

13.- La sentencia del TG en el asunto *Kadi III* desprende un cierto resquemor hacia la sentencia *Kadi II* del TJ. El TG, en su primera jurisprudencia sobre el asunto *Kadi*, realizó un considerable esfuerzo por intentar conciliar las obligaciones internacionales de la UE y sus Estados miembros con el respeto de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales afectados por las sanciones. Ese trabajo fue completamente desautorizado por el TJ, con el aplauso de gran parte de la doctrina europea, en una jurisprudencia (*Kadi II*) que le colocaba como el último bastión en la salvaguarda de los derechos humanos, frente a la tibieza mostrada por otros tribunales europeos como el TG o el propio TEDH⁴⁰. Con estos antecedentes, en la sentencia *Kadi*

³⁷ Artículos 7 bis y 7 quater del Reglamento (CE) n.º 881/2002.

³⁸ Sentencia del TG de 30.9.2010, *Kadi III* (T-85/09), aps. 138-139.

³⁹ *Kadi III* (T-85/09), aps. 174-180.

⁴⁰ Véase el tono positivo hacia la sentencia *Kadi II* del TJ en Eeckhout, P., *EU External Relations Law*, Oxford, 2011, pp. 401-421; Dawes, A./ Kunoy, B., «Plate Tectonics in Luxembourg: The *ménage à trois* between EC Law, International Law and the European Convention on Human Rights following the UN Sanctions Cases», en *C.M.L.Rev.*, vol. 46, n.º 1, 2009, p. 73; 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?», en *R.D.C.E.*, n.º 32, enero/abril, 2009, p. 91; Curtin, D./ Eckes, C., «The Kadi Case: Mapping

III, el TG no tiene reparos en exponer las principales debilidades jurídicas del razonamiento del TJ en *Kadi II*, en particular por lo que se refiere a su desdén de la jerarquía normativa existente en Derecho internacional y de las obligaciones de los Estados Miembros en el sistema onusiano⁴¹, para lavarse las manos antes de derivar de esa jurisprudencia todas sus consecuencias.

En este contexto, el TG llega a la conclusión de que para el TJ no existe diferencia entre el estándar de legalidad aplicable al régimen de sanciones autónomo de la UE y al régimen de sanciones contra Al Qaeda. Puesto que el TJ construyó su discurso sobre la validez interna del procedimiento comunitario para la inclusión de las personas vinculadas a Al Qaeda en la lista, a ellas debería aplicarse igualmente el estándar europeo de protección de los derechos fundamentales, excluyendo cualquier consideración sobre el origen internacional de la obligación implementada. En consecuencia, el TG valoró el procedimiento europeo de aplicación de las sanciones contra Al Qaeda de acuerdo con los principios establecidos en su jurisprudencia *OMPI*⁴².

14.- Es cierto que, en su sentencia *Kadi II*, el TJ sigue un sendero similar al del TG en el asunto *OMPI*: no se ha proporcionado información al particular sobre los motivos de su inclusión en la lista, ni se le ha permitido dar su punto de vista sobre ellos, por lo que se ha violado su derecho de defensa. Paralelamente, esa falta de información le ha impedido defender adecuadamente sus derechos ante el juez europeo, y éste último no se encuentra en condiciones de controlar la legalidad del acto comunitario, por lo que también se viola el derecho a la tutela judicial efectiva.

No obstante, existen varios motivos que podrían justificar la aplicación de estándares diferentes en el control de legalidad de las sanciones contra Al Qaeda:

- a) El TJ no cita en ningún momento la jurisprudencia *OMPI* como referencia en los apartados 336 a 352 de su sentencia *Kadi II*, a pesar de las evidentes similitudes.
- b) Cuando se trate de justificar que se oculten determinados datos al interesado, la alusión a las “razones imperiosas relacionadas con la seguridad o con la gestión de las relaciones internacionales” puede tener un significado muy diferente según nos refiramos a la “decisión de una autoridad nacional competente” de un Estado miembro,

the Boundaries between the Executive and the Judiciary in Europe», en *I.O.L.R.*, n.º 5, 2008, p. 365; Tridimas, T./ Gutiérrez-Fons, J. A., «EU Law, International Law, and Economic Sanctions against Terrorism: The Judiciary in Distress?», en *F.I.L.J.*, vol. 32, 2008, p. 660.

⁴¹ *Kadi III* (T-85/09), aps. 114-126, y en particular el ap. 121.

⁴² *Ibid.*, aps. 138-139.

o a la información proporcionada por un país tercero al Comité de Sanciones del CSNU de las Naciones Unidas.

c) El procedimiento cuasi-judicial establecido en Naciones Unidas para revisar las decisiones del Comité 1267 del Consejo de Seguridad se sitúa en un contexto internacional, en el que no puede reproducirse de manera idéntica el papel que juegan los jueces nacionales cuando ejercen su control jurisdiccional sobre las decisiones tomadas la fase estatal del régimen de sanciones autónomo.

Veamos ahora en qué medida estas diferencias pueden afectar a la interpretación del TJ sobre el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en el contexto de la implementación de las sanciones contra Al Qaeda.

V. El derecho a la tutela judicial efectiva en la UE en las sanciones anti-terroristas

V.1. El derecho a la tutela judicial efectiva en las sanciones autónomas

15.- El TG confirmó desde un primer momento que, en el marco de las sanciones autónomas contra el terrorismo, la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho de la Unión implicaba el control judicial de la valoración de los hechos realizada por las instituciones comunitarias, así como “la comprobación de los elementos de prueba y de información sobre los que se fundamenta dicha valoración”⁴³. Este exigente estándar de protección se vería precisado en la sentencia *PMOI I*, en la que se afirma que el órgano jurisdiccional europeo “no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar la situación y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos”⁴⁴.

Este amplio enunciado del derecho a la tutela judicial, leído fuera de contexto, podría hacer pensar que el Tribunal comunitario está pensando en una revisión en profundidad del juicio de oportunidad realizado por las instituciones europeas a la hora de identificar a una persona como una amenaza terrorista. Sin embargo, el TG no pretende llegar tan lejos, y se cuida de matizar que ese control judicial no perjudica el reconocimiento y respeto del amplio margen de apreciación del que goza el Consejo en

⁴³ *OMPI I* (T-228/02), ap. 154.

⁴⁴ *PMOI I* (T-256/07), ap. 138.

un terreno tan delicado como el de la seguridad⁴⁵. En ese contexto, el Tribunal no pretende reexaminar las pruebas y sustituir su valoración por la del Consejo, sino simplemente asegurarse de que se han respetado las normas procesales, de la exactitud de los hechos tenidos en cuenta, y de que no se ha producido un error manifiesto de apreciación o una desviación de poder⁴⁶.

16.- Lógicamente, una condición indispensable para el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva es que esas pruebas existan y sean puestas a disposición de la autoridad judicial. Si el Consejo no dispusiese de dichos elementos materiales, o disponiendo de ellos se negase a ponerlos a disposición del tribunal europeo por razones de seguridad, se estaría haciendo imposible la labor de control de dicho órgano judicial⁴⁷. Por tanto, a la autoridad judicial europea no se le pueden oponer el secreto o la confidencialidad de los elementos esenciales sobre la base de los cuales se toma la decisión sancionatoria sin incurrir en una violación del derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁸.

Si bien el TG está dispuesto a admitir que, por razones de seguridad, no se comuniquen al particular sancionado todos los elementos de prueba que existen contra él⁴⁹, el órgano judicial debe tener acceso, al menos, a los documentos utilizados por el Consejo para tomar su decisión⁵⁰.

⁴⁵ En esta línea, el TG señaló que, para cumplir con la obligación de motivar sus actos, al Consejo de la UE le bastaba con mencionar los principales elementos de hecho y los fundamentos de derecho en los que basaba su decisión, y que esta institución no estaba obligada a examinar y contestar todos los elementos de hecho y de derecho alegados por los particulares (*PMOI I* [T-256/07], ap. 101).

⁴⁶ *OMPI I* (T-228/02), ap. 159; *PMOI I* (T-256/07), aps. 141-143.

⁴⁷ El TG ha explicado con una lógica aplastante, y en coherencia con la jurisprudencia del TEDH (sentencia del TEDH de 15.11.1996, *Chahal c. Reino Unido* [22414/93], ap. 131), que si los gobiernos de los Estados Miembros o el Consejo pudiesen negarse a suministrarle la información sobre la que fundamentan su decisión, se frustraría cualquier control judicial de su comportamiento. De hecho, el TG reprochó con cierta sorna al Consejo que no le permitiese el acceso a una información procedente del gobierno francés, con la excusa de que su difusión estaría castigada por el código penal en Francia (así lo alegó el Consejo), cuando dicha información había sido previamente distribuida a las delegaciones de todos los Estados Miembros (*PMOI II* [T-284/08], ap. 72).

⁴⁸ El TG dejó abierta la posibilidad de que se trasladasen al órgano jurisdiccional datos que sin embargo no pudiesen comunicarse al particular, con objeto de proteger “los intereses públicos afectados al tiempo que se proporcione al interesado un grado suficiente de protección jurisdiccional” (*OMPI I* [T-228/02], ap. 158), aunque no realizó indicaciones para determinar en qué circunstancias ello sería posible. El artículo IX.4 de las «Líneas directrices sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo», adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11.7.2002 señalan que, en el marco de un proceso jurisdiccional, es posible limitar, por motivos de seguridad, el acceso al expediente a una persona acusada de realizar actividades terroristas; no obstante, esa limitación tiene que ser proporcionada y debe paliarse con medidas compensatorias para mantener la equidad del procedimiento y no vaciar de contenido los derechos procesales del acusado.

⁴⁹ Efectivamente, la jurisprudencia europea ha aceptado, *ratione materiae*, ciertas limitaciones del derecho de información. Más concretamente, se ha indicado que debe distinguirse entre lo que se publica en el DOUE –una motivación general, que incluya los elementos de hecho y de derecho de los que depende la justificación legal de la decisión, y las consideraciones que llevaron a adoptarla- y la

17.- En definitiva, puede concluirse que, una vez constatada la existencia de una decisión en vigor de una «autoridad nacional competente» en la que se vincula a una persona con el ejercicio de actividades terroristas⁵¹, y siempre que se respeten una serie de requisitos procedimentales elementales, resultará relativamente fácil para el Consejo justificar la inclusión de dicha persona en el listado anexo al Reglamento n.º 2580/2001 y que, paralelamente, el control ejercido por la jurisdicción europea sobre dicho acto tendrá un alcance relativamente limitado. Ahora bien, en los supuestos en los que el Consejo adopte su decisión sobre la base de informaciones adicionales, proporcionadas por los Estados Miembros, que no se han sometido a dicha autoridad nacional, el control judicial europeo sobre el respeto al derecho de defensa será más estricto⁵².

V.2 El derecho a la tutela judicial efectiva en las sanciones contra Al Qaeda

18.- Curiosamente, en el asunto *Kadi II*, el TJ trata de forma más detallada la cuestión de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva cuando evalúa si el Reglamento n.º 881/2002 goza de inmunidad de jurisdicción, que en la parte de la sentencia relativa a analizar las violaciones sustantivas de los derechos del recurrente⁵³. La Comisión solicitaba al Tribunal que mostrase deferencia hacia las decisiones del CSNU, y se abstudiese de ejercer su control judicial sobre las alegaciones de violación de derechos fundamentales, en la medida en que ya existía un procedimiento onusiano que garantizaba dicha protección. De esta manera, la Comisión intentaba trazar un paralelismo con la actitud mostrada por la jurisdicción comunitaria en la fase nacional

explicación detallada de las imputaciones realizadas, que se notifica al interesado, y que debe contener una información más concreta y específica. No obstante, en ocasiones, la comunicación con precisión a los interesados de los motivos de la decisión sancionatoria podría entrar en conflicto con intereses generales que afectan a la seguridad de la Unión y de sus Estados Miembros o al mantenimiento de sus relaciones internacionales. En tales circunstancias, puede limitarse el contenido concreto de la comunicación enviada a los interesados y, en particular, los datos sobre determinadas pruebas de cargo (*OMPI I* [T-228/02], aps. 135, 143, 147 y 148). *Ratione temporis*, también se aceptan limitaciones, al no exigirse que se le comuniquen al particular los elementos de hecho con carácter previo a la adopción de la decisión de congelación de fondos, debido al necesario efecto sorpresa que ésta persigue, ya que se podría poner en peligro su efectividad. Ahora bien, esta información debe ponerse en su conocimiento inmediatamente después de que el acto sancionatorio sea adoptado (*Sison* [T-47/03], aps. 175-176).

⁵⁰ *PMOI II* (T-284/08), ap. 73.

⁵¹ Conviene aclarar, no obstante, que la mera constatación de una decisión nacional no es suficiente para motivar el acto de congelación de fondos, sino que es necesario que el Consejo explique «las razones específicas y concretas» por las que es preciso aplicar al interesado esa medida (*PMOI I* [T-256/07], ap. 81).

⁵² *OMPI I* (T-228/02), aps. 125-126; *PMOI I* (T-256/07), aps. 183-184.

⁵³ En esa parte de la sentencia (*Kadi II* [C-402/05 P], aps. 331-351), el TJ se limita a señalar que no se ha proporcionado información al recurrente ni al propio Tribunal sobre los motivos de su inclusión en la lista, por lo que el primero no ha podido decidir con pleno conocimiento de causa sobre su recurso jurisdiccional, ni el TJ ejercer adecuadamente su control. Es decir, la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva se presenta como una consecuencia directa de la violación del derecho a la información.

del procedimiento en el sistema autónomo de sanciones, en el que se confía en los jueces nacionales para la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, el TJ respondió que esa inmunidad de jurisdicción “carece de justificación desde el momento en que resulta evidente que el mencionado procedimiento de revisión [en Naciones Unidas] no ofrece las garantías de una tutela judicial”⁵⁴.

A continuación, el TJ enumera los defectos del procedimiento onusiano, que le impiden aceptar esa limitación (tipo *Solange*⁵⁵) de su jurisdicción: a) La naturaleza diplomática e interestatal del órgano decisorio (el Comité 1267); b) la conculcación del derecho de audiencia ante dicho órgano, c) el abuso de poder que puede derivarse del derecho de veto en el Comité; d) la violación del derecho de información del particular;

⁵⁴ *Kadi II* (C-402/05 P), ap. 322.

⁵⁵ En su sentencia de 1974 *Internationale Handelsgesellschaft* (C.M.L.R., vol. 2, p. 540), conocida como *Solange I*, el Tribunal constitucional alemán consideró que, en caso de conflicto entre una norma europea y un derecho fundamental protegido por la Constitución alemana, debía hacer prevalecer éste último. El Tribunal realizó esta afirmación en la medida en que no existía un sistema claro y contrastado de protección de dichos derechos en el ordenamiento europeo y partiendo de la base de que los derechos fundamentales se configuraban como un elemento esencial e inalienable de la Constitución alemana. No obstante, el Tribunal Constitucional alemán calificó esa jurisprudencia como provisional, e indicó que esta interpretación (una excepción al principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno) sólo se mantendría hasta que las instituciones comunitarias eliminasen ese conflicto normativo. En una sentencia posterior de 1986, conocida como *Solange II* (*Re Wünsche Handelsgesellschaft* [C.M.L.R., vol. 3, p. 225]) el mismo Tribunal matizó en gran medida esta jurisprudencia, al entender que el perfeccionamiento del mecanismo de protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario aseguraba un nivel de protección esencialmente similar al proporcionado por la Constitución de la República Federal de Alemania. En tales circunstancias, este Tribunal consideró que ya no era necesario que siguiese controlando el respeto de los derechos fundamentales por parte del derecho derivado europeo que se aplicaba en Alemania, mientras dicho respeto fuese garantizado por el TJ. En definitiva, aunque el Tribunal constitucional alemán se reserva hipotéticamente la última palabra si una norma comunitaria viola derechos fundamentales protegidos por la Constitución, y el TJ no remedia la situación, en principio, dicho Tribunal desestimaré cualquier petición de declarar que una norma europea viola derechos fundamentales protegidos por su Constitución, si no se prueba que el nivel de protección de ese derecho fundamental en el ordenamiento y la jurisprudencia europeos es claramente inferior al previsto en la Constitución alemana (véase, por ejemplo, Craig, P. P./ De Búrca, G., *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2008, pp. 358-363). El TEDH ha establecido una presunción similar en relación con el sistema de protección de los derechos fundamentales en la UE (sentencia del TEDH de 30.6.2005, *Bosphorus c. Irlanda* [45036/98], aps. 155-156). Tras la sentencia *Kadi II*, se ha desatado un vivo debate doctrinal sobre si la actitud del TJ es del tipo *Solange I* (lo que dejaría abierta la puerta a un futuro *Solange II*), o si el planteamiento exclusivamente basado en el control de la legalidad interna (en el estricto marco del ordenamiento europeo) del Reglamento 881/2002 excluye cualquier tipo de deferencia al sistema onusiano, es decir, a aceptar la presunción de respeto de los derechos fundamentales por parte de un sistema de garantías que pudiera articularse en el CSNU. Véanse, al respecto, De Búrca, G., «The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi», en *Harv. Int'l. L. J.*, vol. 51, n.º 1, 2010, pp. 42-44; Canor, I., «The European Courts and the Security Council: Between *Dédoublement Fonctionnel* and Balancing of Values: Three Replies to P. De Sena and M. C. Vitucci», en *EJIL*, vol. 20, n.º 3, 2009, pp. 881-883; Novic, E., «La Cour de Justice des Communautés européennes face aux carences de l'ordre juridique international», en *C.D.E.*, vol. 45, n.º 3-4, 2009, pp. 395-399; Halberstam, D./ Stein E., «The United Nations, The European Union and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order», en *C.M.L.Rev.*, vol. 46, 2009, pp. 60-64.

y e) la ausencia de obligaciones de motivación de la decisión⁵⁶. Es por esta acumulación de circunstancias, que el TJ considera que debe ser él quien garantice el control jurisdiccional, “en principio completo”, del respeto a los derechos fundamentales por parte del acto comunitario de implementación de las sanciones⁵⁷. *A contrario sensu*, podría deducirse que de articularse un procedimiento onusiano más garantista, que no adoleciese de estos defectos, el TJ estaría dispuesto a asumir una cierta limitación de su jurisdicción, en el sentido anteriormente indicado.

19.- En una afirmación posterior, el TJ parece incluso abrir la puerta a que se hubiese remediado la violación del derecho a un recurso judicial efectivo durante el proceso jurisdiccional comunitario. En efecto, el Tribunal se mostró abierto a considerar técnicas que permitiesen a los jueces europeos valorar datos que no se transmitiesen al particular por razones legítimas de seguridad, y le reprochó al Consejo que se hubiera negado a ello como cuestión de principio⁵⁸.

Esta posibilidad de subsanación parece difícilmente compatible con la afirmación en la sentencia *OMPI* de que la falta de motivación de un acto no puede remediarse con posterioridad al planteamiento de un recurso jurisdiccional, ya que ello perjudicaría «el principio de igualdad de las partes ante el juez comunitario»⁵⁹. Resulta revelador que el TG reiterase esta última afirmación en la sentencia *PMOI I*⁶⁰, dictada poco después de la sentencia *Kadi II* del TJ. En consecuencia, a la vista de las dificultades que el tratamiento de la información puede plantear en un contexto internacional, en el que se encuentran involucrados los servicios secretos de países terceros, el TJ parece aceptar un estándar de protección del derecho a la tutela judicial efectiva más flexible en el caso de las sanciones contra Al Qaeda que en el régimen autónomo de sanciones antiterroristas.

20.- El TG, en la sentencia *Kadi III*, retomó los criterios establecidos por el TJ para determinar si se respetaba el derecho a un procedimiento judicial efectivo, y

⁵⁶ En este sentido, el TG, en su sentencia recaída en el asunto *Fahas*, indica el doble propósito de la obligación de motivación de los actos, vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva: a) que el particular conozca si el acto se encuentra bien o mal fundamentado y pueda, en su caso, recurrirlo ante el juez europeo y, b) permitir a dicho juez ejercer su control sobre la legalidad de dicho acto (sentencia del TG de 7.12.2010, *Fahas* [T-49/07], ap. 51).

⁵⁷ *Kadi II* (C-402/05 P), aps. 323-326.

⁵⁸ *Ibid.*, aps. 344 y 350.

⁵⁹ «En efecto, la posibilidad de subsanar la total falta de motivación posteriormente a la presentación de un recurso perjudicaría el derecho de defensa del demandante puesto que a éste le quedaría tan sólo la réplica para formular sus alegaciones en contra de la motivación que conocería una vez presentado el escrito inicial de interposición del recurso. De este modo, se resentiría el principio de igualdad de las partes ante el juez comunitario» (*OMPI I* [T-228/02], ap. 139).

⁶⁰ *PMOI I* (T-256/07), ap. 182.

concluyó que los mismos defectos seguían presentes, incluso tras la creación del Ombudsman, en su versión anterior a la reforma de junio de 2011⁶¹: a) no existía un órgano imparcial e independiente ante el que se pudiesen recurrir las decisiones sobre las cuestiones de hecho y de derecho adoptadas por el Comité 1267; b) no se respetaba el derecho de audiencia; c) el derecho de veto derivado de la adopción de decisiones por consenso podía engendrar abuso de poder; y d) no se garantizaba el derecho a la información del particular⁶².

En tales circunstancias, el TG consideró que sólo la jurisdicción comunitaria podía garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, y que para ello debía ejercer su control “en principio completo (...) [sobre] los hechos, las pruebas y los datos invocados en apoyo” de la decisión adoptada⁶³. Por tanto, a la vista del carácter general e insustancial de las alegaciones contenidas en el resumen de motivos entregado por la Comisión al recurrente⁶⁴, y de que el procedimiento de audiencia ante dicha institución había resultado baldío (ya que ésta confesó sentirse vinculada por la decisión del Comité 1267), el Tribunal consideró que se había conculcado el derecho de defensa del Sr. Kadi y que ello conllevaba una violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Esto era así puesto que el recurrente no había podido defenderse satisfactoriamente ante la jurisdicción europea de las pruebas presentadas contra él por la falta de información sobre las mismas⁶⁵.

21.- En un reflejo de la jurisprudencia *Kadi II*, el TG también parece aceptar que, en el contexto de las sanciones contra Al Qaeda, hubiese sido posible remediar la violación del derecho a la tutela judicial efectiva durante el procedimiento jurisdiccional si se hubiese permitido al órgano judicial europeo verificar los elementos de prueba existentes contra el recurrente⁶⁶. Se consolida así la diferencia de criterio entre el régimen autónomo de sanciones y el régimen contra Al Qaeda.

Este estándar distinto resulta más llamativo si se tiene en cuenta que en el régimen autónomo se trataría, en esencia, de subsanar la falta de información sobre qué

⁶¹ Para un análisis más detallado de los defectos de los que adolecía la Oficina del Ombudsman para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su versión inicial (la prevista en S/RES/1904 [2009]), véase Kirschner, A. J., «Security Council Resolution 1904 (2009): A Significant Step in the Evolution of the Al-Qaida and Taliban Sanctions Regime?», en *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 70, nº 3, 2010, pp. 594-605.

⁶² *Kadi III* (T-85/09), ap. 128.

⁶³ *Kadi III* (T-85/09), aps. 135 y 137; sentencia del TJ de 29.6.2010, *E y F* (C-550/09), ap. 57.

⁶⁴ Este resumen de motivos fue la única información que el Comité 1267 consideró oportuno desvelar sobre las razones que le habían llevado a incluir al Sr. Kadi en la lista de sancionados.

⁶⁵ *Kadi III* (T-85/09), aps. 174 y 181.

⁶⁶ *Ibid.*, ap. 182.

decisión de una autoridad nacional competente ha servido de base para la inclusión en la lista, mientras que en el caso de las sanciones contra Al Qaeda, el juez europeo tendría que revisar pruebas materiales mucho más complejas que vinculasen al particular con las actividades de una organización terrorista de estructura irregular y muy compleja.

V.3. El nuevo sistema de sanciones contra Al Qaeda ante la jurisprudencia europea

22.- Aunque no es posible adivinar la respuesta que dará el TJ a los recursos planteados por la Comisión (C-584/10 P), el Consejo (C-593/10 P) y el Reino Unido (C-595/10 P) en lo que será la sentencia *Kadi IV*⁶⁷, cabe plantearse si el nuevo sistema de reclamación instaurado en las Naciones Unidas tras la Resolución 1989 (2011), y articulado alrededor del Ombudsman, podría reunir los criterios exigidos por el TJ para considerar que se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva.

23.- El primero de ellos exige que las *decisiones sobre el listado las adopte un órgano independiente*, que no tenga una naturaleza diplomática, a lo que el TG añadió: «encargado de resolver, de hecho y de derecho, los recursos interpuestos contra las decisiones individuales adoptadas por el Comité de Sanciones»⁶⁸. El CSNU ha dado respuesta a esta exigencia estableciendo que el órgano independiente⁶⁹ que se ha creado (la Oficina del Ombudsman, a cuyo frente se ha elegido una juez canadiense de amplia experiencia internacional) formule una «recomendación motivada» sobre las peticiones presentadas de supresión de la lista. En principio, dicha recomendación debería resultar la decisión definitivamente adoptada en la inmensa mayoría de los casos, ya que para revertir la propuesta del Ombudsman es necesario el consenso en contrario en el seno del Comité 1267⁷⁰ (al igual que ocurre en la OMC para la adopción de los informes de los Grupos Especiales o del Órgano de Apelación por parte del Órgano de Solución de

⁶⁷ Aunque, en principio, las modificaciones en las reglas para la supresión de nombres en la lista de las Naciones Unidas, posteriores a la entrada en vigor del Reglamento europeo cuya validez es impugnada, no pueden ser tenidas en cuenta en el procedimiento de casación, el TJ evaluó las consecuencias de dichas reformas para el asunto que debía resolver en *Kadi II* (C-402/05 P, aps. 320-325), evitando así la necesidad de iniciar nuevos procedimientos en relación con los mismos hechos, lo que dificultaría de manera evidente la salvaguardia de los derechos del particular. Es de esperar que el TJ actúe de la misma manera en el asunto *Kadi IV*.

⁶⁸ *Kadi III* (T-85/09), ap. 128.

⁶⁹ El Ombudsman se configura como un órgano «independiente e imparcial», que no puede «pedir ni recibir instrucciones de ningún gobierno», y que es nombrado por el Secretario General de las Naciones Unidas, tras consultar al Comité 1267 (S/RES/1904 [2009], ap. 20).

⁷⁰ Como se ha indicado anteriormente, la recomendación del Ombudsman también puede ser rechazada por el propio CSNU. En el caso de las recomendaciones de supresión de la lista que le sean remitidas, este órgano cuenta con un plazo máximo de sesenta días para oponerse a esa propuesta (S/RES/1989 [2011], Anexo II, aps. 11-12).

Diferencias, compuesto por representantes de los gobiernos de los Estados Miembros⁷¹). Adicionalmente, si el Comité 1267 decide rechazar la solicitud de supresión del nombre de la lista, debe motivar su decisión, y esta información será transmitida al peticionario⁷².

A la vista de lo anterior, no puede afirmarse, en sentido estricto, que el Ombudsman “resuelva” los recursos interpuestos contra las decisiones del Comité 1267, ya que éste sigue teniendo la última palabra sobre la decisión final. Sin embargo, en un contexto internacional, parece claro que puede afirmarse que nos hallamos ante un procedimiento de revisión de las decisiones adoptadas por dicho Comité de una naturaleza cuasi-jurisdiccional, cercana al mecanismo de solución de diferencias existente en la OMC⁷³. La práctica, en cualquier caso, arrojará luz sobre las incertidumbres que ahora plantea este nuevo procedimiento, cuando se vea si el Comité desautoriza las recomendaciones del Ombudsman.

24.- A todo esto debe añadirse que el segundo requisito establecido por el TJ para un proceso jurisdiccional efectivo, el *derecho de audiencia*, se garantiza sobradamente en relación con el Ombudsman. Si bien es cierto que el peticionario continúa sin gozar de acceso directo al Comité 1267, la reforma de junio de 2011 obliga al Ombudsman a «reunirse con el autor de la solicitud» en la medida en que sea posible⁷⁴. Esto se une al fluido diálogo que el peticionario y la oficina del Ombudsman están llamados a mantener durante el procedimiento⁷⁵.

⁷¹ Artículos 16.4 y 17.14 del Entendimiento que rige la solución de diferencias en la OMC.

⁷² S/RES/1989 (2011), Anexo II, ap. 13. En su primer informe, la Ombudsman ha solicitado que también se motiven las decisiones de supresión de un nombre de la lista por parte del Comité, ya que «La información sobre el fundamento de la supresión de un nombre de la Lista en un caso puede ser importante para evaluar otros casos», al generarse una suerte de jurisprudencia que objetivaría el procedimiento (Doc. S/2011/29, ap. 50).

⁷³ En el asunto *Demicoli*, el TEDH debía dilucidar si el Parlamento maltés podía considerarse un tribunal independiente e imparcial en el sentido del art. 6 del CEDH. En ese marco, el TEDH indicó que un tribunal se define en términos sustantivos por el ejercicio de la función judicial, es decir, por decidir los asuntos de su competencia sobre la base del derecho y después de seguir un procedimiento reglado, con independencia e imparcialidad (sentencia de del TEDH de 27.8.1991, *Demicoli c. Malta* (13057/87), ap. 39). En este sentido, podría decirse que el Ombudsman está muy cerca de esa noción de tribunal, por su carácter imparcial e independiente, y por desarrollar un procedimiento reglado por el derecho en el que debe determinarse si, a la luz de las pruebas presentadas, una persona se encuentra vinculada a Al Qaeda, de acuerdo con los criterios establecidos en la Resolución 1989 (2011), aps. 4 y 5, del CSNU.

⁷⁴ S/RES/1989 (2011), Anexo II, ap. 5c).

⁷⁵ El Ombudsman no sólo responde a las preguntas del solicitante sobre el procedimiento, sino que debe informarle de los elementos en los que su solicitud no responden adecuadamente a cuestionar los motivos por los que fue designado. Además, el Ombudsman transmite al solicitante preguntas propias o procedentes de los Estados involucrados, de los miembros del Comité 1267 o del Equipo de Vigilancia, traslada a éstos sus respuestas, y realiza un seguimiento con el solicitante en cuanto a sus respuestas incompletas (véase S/RES/1989 [2011], Anexo II, aps. 1 y 6).

A pesar de que el Ombudsman juega un activo papel de intermediario entre el peticionario y el Comité 1267, el TG consideró que no se respetaba el derecho de audiencia, referido a un supuesto órgano independiente de apelación, cuya existencia negaba. No obstante, en la medida en que se considere que la mayor capacidad actual de influencia del Ombudsman en la decisión final otorga a este procedimiento una naturaleza cuasi-jurisdiccional, no parece que entonces pudiera alegarse la conculcación del derecho de audiencia en dicho proceso cuasi-jurisdiccional.

No sería descartable, en cualquier caso, que en un asunto en el que el Ombudsman recomendase la supresión de un nombre de la lista, y el Comité 1267 rechazase esa recomendación por consenso, los jueces europeos constatasen una violación del derecho de audiencia⁷⁶, que quizás podría ser subsanable en el procedimiento judicial europeo.

25.- El tercero de los requisitos establecidos por el TJ, y reproducido por el TG, se satisface plenamente en el nuevo procedimiento. Ya no es necesario el *consenso en el Comité* para aprobar la supresión de un nombre de la lista⁷⁷, sino que bien al contrario, es necesario que exista de nuevo consenso en el Comité 1267 para mantenerlo, o una decisión a tal efecto del propio CSNU. Este cambio sustancial en el sistema de sanciones otorga una fuerza casi definitiva a la recomendación del Ombudsman y aleja las posibilidades de arbitrariedad.

26.- El cuarto motivo al que hizo referencia el TJ para negar la existencia de un control equivalente a la garantía judicial en Naciones Unidas, se refería a la ausencia de *mecanismos de información* que permitiesen al particular conocer los motivos que justificaban su inclusión en la lista⁷⁸. El TG reprodujo el mismo argumento⁷⁹, añadiendo que el particular ni tan siquiera tenía derecho a que se le indicase qué Estado propuso su designación.

⁷⁶ No obstante, la Ombudsman ha señalado que, a través de su intensa labor de intermediación, «los solicitantes tienen la oportunidad de hacerse oír por el Comité» (Doc. S/2011/29, ap. 23).

⁷⁷ Salvo en los casos en los que el órgano independiente ha recomendado que se mantenga en la lista.

⁷⁸ *Kadi II* (C-402/05 P), ap. 325.

⁷⁹ El TG reproduce este argumento de manera algo displicente, ya que atribuye este defecto también al procedimiento ante el Ombudsman, en su versión anterior a junio de 2011, sin ninguna explicación. El hecho de que esta alusión del TG se produzca en un párrafo en el que simplemente enumera los defectos del procedimiento onusiano, y de que, por razones temporales, el procedimiento ante el Ombudsman no fuese relevante para dilucidar la legalidad del Reglamento comunitario objeto del litigio, pueden explicar este desliz del TG. No obstante, a la vista de las mejoras que introducía la comunicación entre el Ombudsman y el particular tanto en la fase de recogida de información como en la fase de diálogo, se echa de menos una mayor argumentación del TG al respecto (*Kadi III* [T-85/09], ap. 128).

Nos hallamos aquí, sin duda, con el requisito más difícil de garantizar para el CSNU y con el escollo más relevante para afirmar que el procedimiento onusiano ofrece unas garantías mínimas equivalentes a un control judicial. En las Naciones Unidas nos encontramos con muchos Estados no democráticos, ajenos a la cultura garantista de un Estado de Derecho. Además, en un terreno tan delicado como el de la lucha contra el terrorismo, los servicios secretos juegan un papel fundamental, y la protección de las fuentes de información puede resultar esencial en ese contexto. En ese marco universal, el CSNU ha estimulado la participación y la confianza de los Estados mediante la confidencialidad de la información y las deliberaciones en el seno del Comité 1267. Quebrar esa confianza podría dar al traste con el sistema.

En tales circunstancias, y tras la reforma de junio de 2011, el CSNU «alienta encarecidamente» a los Estados proponentes a que acepten que se divulgue su identidad⁸⁰. Sin embargo, esos Estados proponentes pueden seguir negándose a que se les identifique⁸¹. Además, cuando propongan la inclusión de un nombre en la lista, tienen la potestad de señalar qué partes de su informe deben permanecer confidenciales. En consecuencia, el particular sólo tendrá acceso a la «parte publicable» de las pruebas reunidas en su contra. Para reforzar esa confidencialidad, el CSNU establece expresamente que el Ombudsman «no podrá divulgar ninguna información compartida por un Estado con carácter confidencial, sin el consentimiento expreso y por escrito de dicho Estado»⁸².

Es cierto que el Ombudsman debe informar al autor de la solicitud «en caso de que ésta no responda adecuadamente a los criterios originales de designación». En la misma línea, también resulta lógico pensar que, a través de las preguntas que dirija al autor de la solicitud, o en sus peticiones de información adicional, el Ombudsman oriente a éste sobre los motivos de su inclusión en la lista⁸³. No obstante, debe reconocerse que si un Estado designante declara confidencial una parte sustancial de la

⁸⁰ Véanse, en este mismo sentido, las peticiones de la Ombudsman en su primer informe (S/2011/29, aps. 51-52).

⁸¹ No obstante, el hecho de que no se identifique al Estado proponente, por sí solo, no constituye una violación del derecho de defensa. El TG admitió en *OMPI I* que los intereses que afectan a la seguridad nacional podían justificar que no se notificase al interesado la identidad de la autoridad nacional que había adoptado la decisión que justificaba su ingreso en el listado autónomo de sanciones antiterroristas de la UE (*OMPI I* [T-228/02], ap. 136).

⁸² S/RES/1989 (2011), ap. 6.g).

⁸³ Lógicamente, esta afirmación presupone que el Ombudsman tenga acceso a la información confidencial, lo que hoy por hoy no está garantizado. Si bien el CSNU ha «instado encarecidamente» a los Estados Miembros a que proporcionen toda la información confidencial al Ombudsman, éstos pueden negarse a hacerlo (S/RES/1989 [2011], ap. 25).

información sobre la que basa sus acusaciones, y consigue convencer al Comité 1267, el particular no goza de ningún mecanismo de reclamación que le permita acceder a esa información.

No obstante, de esta constatación no puede deducirse directamente una violación del derecho de información que implique una conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva. Tanto el TJ, como el TG y el TEDH, han aceptado que razones imperiosas relacionadas con la seguridad pueden oponerse a que se dé traslado al particular de ciertos datos, siempre que se permita al juez acceder en grado suficiente a los mismos, con objeto de que se concilien «las preocupaciones legítimas de seguridad» y el «disfrute en grado suficiente de la protección que ofrecen las normas de procedimiento» por parte del justiciable⁸⁴. En ese contexto, si tras estudiar el material clasificado, y después de mantener un proceso de diálogo con el particular, el Ombudsman reconoce la necesidad de respetar la confidencialidad de ciertas pruebas⁸⁵ y recomienda el mantenimiento del nombre en la lista, existen argumentos para defender que se ha respetado el estándar de equilibrio exigido por el TJ. Por el contrario, si el Ombudsman considera que ese secretismo carece de sentido y recomienda la salida de la lista del solicitante, siendo el Comité 1267 quien impide dicha salida, los argumentos para denunciar la inequidad del procedimiento serían mucho más fuertes.

27.- En cualquier caso, si la jurisdicción europea estimase que esa falta de información impide considerar que el procedimiento onusiano equivale a una protección judicial efectiva, y que es la propia jurisdicción europea la que debe asegurar ese control judicial en la fase de aplicación de las sanciones, siempre se podría intentar remediar esa violación del derecho de defensa ante la jurisdicción europea. En esa línea, el CSNU «exhorta» al Comité 1267 a que, cuando se oponga a la salida de una persona de la lista, «comunique sus motivos a los Estados Miembros y a los tribunales y órganos nacionales y regionales pertinentes»⁸⁶. Se trataría de facilitar así que dichos tribunales pudiesen conciliar los intereses de la seguridad con el mínimo de garantías debidas al justiciable. En última instancia, no obstante, todo este instrumental no evita que, en

⁸⁴ *Kadi II* (C-402/05 P), ap. 344. Véanse, también, la sentencia del TEDH de 15.11.1996, *Chahal c. Reino Unido* (22414/93), ap. 131, y *Kadi III* (T-85/09), ap. 173.

⁸⁵ Como ha puesto de manifiesto la Ombudsman en su primer informe de actividad, su acceso a la información confidencial es crucial para hablar de un proceso equitativo. En este sentido, la Ombudsman deja entrever que ha tenido dificultades para consultar esta información y solicita la creación de un protocolo que le permita el acceso a la misma cuando sea pertinente (Doc. S/2011/29, aps. 33-35).

⁸⁶ S/RES/1989 (2011), ap. 33.

algún caso concreto en el que las decisiones se hayan adoptado sobre la base de evidencias declaradas confidenciales por el Estado proponente, el Comité 1267 no pueda proporcionar una información suficiente a esos órganos jurisdiccionales, con el resultado de que éstos declaren la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva, al no disponer de elementos de juicio suficientes para poder ejercer su labor de control.

28.- Merece un comentario aparte el que en *Kadi III* el TG cite la sentencia *A. y otros c. Reino Unido*⁸⁷ del TEDH como referente para determinar el grado de precisión que debe tener la información proporcionada al particular para permitirle defenderse adecuadamente⁸⁸. Conviene destacar que en ese asunto el TEDH debía dilucidar si se había violado el artículo 5.4 del CEDH, que regula el derecho a presentar un recurso judicial por parte de las personas que han sido detenidas bajo la acusación de realizar actividades terroristas. En este asunto se establecen exigentes requisitos de información al detenido, en el marco de un proceso penal⁸⁹, ya que se trata nada menos que de salvaguardar los derechos de personas que han sido privadas de libertad.

En el asunto *A. y otros c. Reino Unido* el Tribunal británico nombraba un “abogado especial” que tenía acceso al material clasificado, con la misión de defender los intereses del acusado frente al Tribunal (con independencia del representante legal del detenido, que actuaba únicamente con acceso a la parte pública del sumario). A pesar de todo, el TEDH entendió que se violaba el artículo 5.4 del CEDH en los casos en los que las evidencias que se habían trasladado al detenido tenían un carácter general y el tribunal había basado su decisión fundamentalmente sobre la base de pruebas secretas⁹⁰.

Este grado de exigencia en cuanto a la precisión de las acusaciones, de ser avalado por el TJ, impondría una presión adicional sobre el Comité 1267 y el Ombudsman para que el procedimiento onusiano sea considerado como equivalente a la tutela judicial, o en su defecto, que ésta pueda ser ejercida por la jurisdicción europea.

⁸⁷ Sentencia del TEDH de 19.2.2009, *A. y otros c. Reino Unido* (3455/05), aps. 202-211.

⁸⁸ *Kadi III* (T-85/09), ap. 176.

⁸⁹ De hecho, el TG adopta esta postura tras indicar de que ya no está seguro de que las sanciones contra Al Qaeda constituyan una medida preventiva y no una sanción penal (*Kadi III* [T-85/09], ap. 150).

⁹⁰ El criterio determinante para determinar si se han vulnerado los derechos procesales del particular se centra en que éste haya tenido una oportunidad real de cuestionar las acusaciones contra él. Para el TEDH «even where all or most of the underlying evidence remained undisclosed, if the allegations contained in the open material were sufficiently specific, it should have been possible for the applicant to provide his representatives (...) with information with which to refute them. (...) Where, however, the open material consisted purely of general assertions and SIAC's decision to (...) maintain the detention was based solely or to a decisive degree on closed material, the procedural requirements of Article 5 § 4 would not be satisfied» (*A. y otros c. Reino Unido* [3455/05], ap. 220).

En cualquier caso, nos parece acertada esta posición del TG, que deriva de la consideración de que las sanciones impuestas son de tal gravedad, y sobre todo de tal duración, que pueden considerarse como equivalentes a una sanción penal. A pesar de que el CSNU no se cansa de reiterar que estas sanciones «tienen un carácter preventivo y no se basan en criterios penales establecidos en Derecho interno», la privación sustancial del acceso a sus bienes (y del derecho a viajar) por un periodo de más de diez años⁹¹ (con independencia de la estigmatización que suponen) tiene tal severidad que parece proporcionado considerarla como similar a una sanción penal⁹².

29.- Una cuestión relacionada con la anterior es la determinación del estándar de prueba que debe considerarse aceptable a los efectos de incluir a una persona en el listado de sanciones⁹³. ¿Cabe presumir que, en el procedimiento ante el Comité 1267 y en las recomendaciones del Ombudsman, el TJ requerirá un estándar de prueba similar

⁹¹ Resulta más fácil aceptar el carácter preventivo y temporal de las sanciones para las personas que llevan mucho menos tiempo en la lista. Además, el Comité 1267 debe realizar de oficio cada tres años una revisión de todos los nombres incluidos en la lista para determinar si su inclusión sigue siendo apropiada [véanse las Resoluciones 1822 (2008), ap. 25; 1904 (2009), aps. 29-30 y 1989 (2011), ap. 40]. No obstante, el Equipo de Vigilancia que asiste al Comité 1267 ha reconocido que la necesidad de consenso en dicho órgano para aprobar la supresión de una persona de la lista había tenido como resultado que varios nombres siguiesen figurando en ella «por inercia» (Doc. S/2011/245, ap. 41).

⁹² La congelación de los fondos y activos financieros de un individuo sería considerada probablemente como equivalente a una sanción penal, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH. Así, en su sentencia de 21.2.1984, *Oztürk c. Alemania* (8544/79), aps. 54-55, el TEDH consideró que el procedimiento de sanción por una multa de tráfico debía asimilarse a una infracción de carácter penal por las repercusiones importantes que tenía sobre la persona afectada (véase, en la misma línea, la sentencia de 27.8.1991, *Demicoli c. Malta* [13057/87], ap. 34). No obstante, no parece posible trasladar un criterio tan exigente y garantista al núcleo esencial del derecho a un juicio justo en un ámbito universal, que es donde debe contextualizarse el análisis de las sanciones contra Al Qaeda. De hecho, en el asunto *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló que «aunque el régimen de sanciones tenga consecuencias severas para los interesados, lo que podría indicar que ese régimen tiene carácter punitivo, el Comité considera que no se refiere a una acusación de carácter penal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14» del PIDCP (CCPR/C/94/D/1472/2006, ap. 10.11). En sentido contrario, véase la opinión de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su reciente *Informe sobre la protección de los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo* (Doc. A/HRC/16/50, de 15.12.2010, ap. 42), o la postura del Relator Especial de NNUU para la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, en su informe A/61/267 (2006), ap. 35. Para una revisión de este debate en la doctrina, pueden consultarse Eckes, C., *EU Counter-Terrorist Policies and Fundamental Rights. The Case of Individual Sanctions*, Oxford, 2009, pp. 150-165; Scheinin, M., «Is the ECJ Ruling in Kadi Incompatible with International Law», en M. Cremona/ F. Francioni/ S. Poli (Eds.): *Challenging the EU Counter-Terrorism Measures through the Courts*, *EUI Working Papers*, AEL 2009/10, pp. 62-63; Wessel, R., «Debating the ‘Smartness’ of Anti-Terrorism Sanctions: The UN Security Council and the Individual Citizen», en C. Fijnaut/ J. Wouters/ F. Naert (Eds.): *Legal Instruments in the Fight against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue*, Leiden, 2004, pp. 654-655; Cameron, I., *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions*, Atenas, 13-14.9.2006, p. 10 (disponible en www.coe.int); Van Herik L./ Schrijver, N., «Problemas relativos a los derechos humanos en los regímenes actuales de sanciones selectivas desde el punto de vista del Derecho internacional y europeo», en el Doc. A/60/887-S/2006/331, de 14.6.2006, pp. 16-19.

⁹³ En su primer informe, la Ombudsman señalaba que estaba trabajando en la elaboración de una norma que establezca criterios uniformes que garanticen la homogeneidad del análisis en todos los casos (Doc. S/2011/29, ap. 25).

al exigible en un proceso penal para considerar que una persona se encuentra vinculada a Al Qaeda?

Conviene recordar que, en el régimen de sanciones autónomo, la jurisdicción europea renuncia al control de la garantía del derecho de defensa en relación con las evidencias presentadas en el procedimiento nacional en la medida en que confía en el criterio de los jueces estatales para el ejercicio de esa labor, sobre la base del principio de cooperación leal (artículo 4.3 del TUE). De hecho, el TG llegó a afirmar que el Consejo tiene «la obligación de ajustarse tanto como sea posible a la apreciación de la autoridad nacional competente, al menos cuando se trata de una autoridad judicial, en particular en lo que se refiere a la existencia de “pruebas o indicios serios y creíbles” en los cuales se basa su decisión»⁹⁴.

También es necesario señalar que, siete años después de la adopción de las sanciones contra el Sr. Kadi, el TJ seguía considerando que nos hallábamos ante «una medida cautelar». Por tanto, no parece lógico pensar que el TJ pueda exigir el mismo estándar de prueba que el previsto para los procesos penales en el ámbito interno de los Estados Miembros en el momento de la inscripción en la lista o en los primeros años posteriores a éste⁹⁵. No obstante, en la medida en que dicha inscripción se mantenga durante un número considerable de años, no es descartable que la aplicación del principio de proporcionalidad requiera un estándar de prueba similar al previsto para un proceso penal⁹⁶, por las razones expuestas en el párrafo anterior.

30.- Puede añadirse, para completar este análisis, que el procedimiento ante el Ombudsman no ofrece mecanismos para proporcionar una reparación adecuada en los casos en los que se constate que una persona ha sido injustamente incluida en la lista⁹⁷. De todas formas, aunque la capacidad para ofrecer una compensación adecuada suele formar parte de las competencias ordinarias de los órganos judiciales, esto no siempre es así en el ámbito internacional y, en cualquier caso, esta posibilidad no fue identificada

⁹⁴ *PMOI II* (T-284/08), ap. 53.

⁹⁵ Conviene recordar que el TEDH ha declarado que el art. 6 del CEDH «does not apply to proceedings in which only interim or provisional measures are taken prior to the decision on the merits» (Decisión sobre admisibilidad de 10.7.2007, *Dassa Foundation y otros c. Liechtenstein* [696/05], apartado b) de los fundamentos de derecho).

⁹⁶ *Kadi III* (T-85/09), aps. 190 y 194.

⁹⁷ El Equipo de Vigilancia que asiste al Comité 1267 ha sugerido al CSNU que desarrolle un procedimiento al efecto de cara al futuro (Doc. S/2011/245, ap. 36).

por el TJ (o por el TG) en el asunto *Kadi* como uno de los requisitos imprescindibles para considerar que se respetaba el derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁸.

VI. Conclusiones

31.- Las modificaciones que introduce la Resolución 1989 (2011) del Consejo de Seguridad en el sistema de sanciones contra Al Qaeda constituyen sin duda un punto y aparte en la articulación de las llamadas sanciones inteligentes en las Naciones Unidas. Con esta revolucionaria reforma, el CSNU pretende dar respuesta a las numerosas críticas que este régimen había suscitado desde su creación, ya que implicaba patentes conculcaciones de varios derechos fundamentales.

Por primera vez, un Comité de Sanciones del CSNU no necesitará del consenso para eliminar a una persona de la lista consolidada que gestiona. De esta manera, el sistema de sanciones contra Al Qaeda se emancipa de otros regímenes sancionatorios gestionados por el CSNU, en los que siempre existe una «conexión territorial» en relación con un conflicto concreto⁹⁹. Las sanciones individuales contra el terrorismo, en la medida en que afectan a particulares, con independencia de cualquier conflicto localizable geográficamente, exigen un sistema de garantía de los derechos individuales fundamentales que respete los contenidos esenciales de esos derechos en el ámbito universal. El nuevo sistema de sanciones responde, en general, a esa necesidad, aunque sólo la práctica nos permitirá confirmar que, en su funcionamiento, se respetan efectivamente dichos derechos.

32.- A pesar de lo que se acaba de decir, el régimen de sanciones contra Al Qaeda todavía admite mejoras sustanciales, que resultan imprescindibles para asegurar el respeto a los derechos fundamentales en todos los casos¹⁰⁰. En particular, el acceso a la información confidencial por parte del Ombudsman se revela como una condición

⁹⁸ *Kadi III* (T-85/09), ap. 128; *Kadi II* (C-402/05 P), aps. 323-325. Puede añadirse aquí que esa cuestión está lejos de haber sido bien resuelta incluso en sede europea. Véase, al respecto, Liñán Noguerras, D. J./ Martín Rodríguez, P., «Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la UE a la luz del Tratado de Lisboa», en *La Unión ante los retos de nuestro tiempo, Homenaje a la Profa. V. Abellán*, Madrid, 2009, pp. 1069-1071.

⁹⁹ En este sentido, debe saludarse positivamente que el régimen de sanciones aplicables a los talibanes se haya separado definitivamente del régimen de sanciones contra Al Qaeda (S/RES/1988 [2011]).

¹⁰⁰ Como fórmulas para incrementar la tutela judicial de los derechos de los individuos en la lista, el Equipo de Vigilancia que asiste al Comité 1267 ha propuesto incluir en el formulario para la propuesta de designación que los Estados proponentes indiquen si «un tribunal nacional u otras autoridades competentes en asuntos jurídicos han examinado la cuestión y si ya está en curso una investigación penal o civil» (esto debería constituir un elemento fundamental en la decisión del Comité 1267) o, paralelamente, que en el examen trienal (S/RES/1989 [2011], ap. 40) los Estados proponentes sólo pudieran reafirmar la inclusión de un nombre en la lista tras consultar con un órgano judicial nacional (Doc. S/2011/245, aps. 45-46).

sine qua non para la equidad del proceso, sobre todo en los asuntos en los que la decisión del Comité 1267 se base en datos clasificados¹⁰¹. La publicación de los informes del Ombudsman también resultaría de gran utilidad para la preparación de los casos ante el Comité, al tiempo que proporcionaría al procedimiento onusiano una transparencia tranquilizadora. Estas y otras iniciativas, tendentes a incorporar los principios propios de un Estado de Derecho en el sistema onusiano de sanciones individuales, reforzarían su legitimidad y, lejos de debilitarlo, impulsarían su eficacia, ya que lo librarían de numerosos obstáculos legales que en la actualidad cuestionan su aplicación uniforme en el plano universal¹⁰².

33.- Tras la interpretación laxa del artículo 14 del PIDCP que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas realizó en el asunto *Sayadi y Vinck c. Bélgica*¹⁰³, puede afirmarse que el nuevo procedimiento onusiano de sanciones contra Al Qaeda respetará los contenidos esenciales del derecho a un juicio justo, tal y como éste se define en un plano universal.

Este procedimiento también parece, en principio, compatible con los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como se desprende de la

¹⁰¹ En los casos en los que se ha alegado una violación del art. 6 del CEDH por la utilización de materiales clasificados, el TEDH ha considerado que no ha habido violación siempre que un juez nacional ha tenido ocasión de examinar dichos materiales para confirmar que podían no revelarse al particular, al tiempo que se adoptaban medidas que evitasen la indefensión de éste, es decir, que se le proporcionaba la información necesaria para realizar alegaciones contra las acusaciones basadas en las pruebas clasificadas como secretas (sentencia del TEDH de 7.6.2007, *Botmeh y Alami c. Reino Unido* [15187/03], aps. 43-44). Como parece lógico, en el procedimiento ante las Naciones Unidas, esta función correspondería al Ombudsman.

¹⁰² Véase el listado de decisiones judiciales desfavorables y pleitos pendientes ante distintas jurisdicciones europeas y nacionales, cuestionando la aplicación de las sanciones contra Al Qaeda en relación con distintos individuos incluidos en la lista consolidada del Comité 1267, en el Doc. S/2011/245, Anexo.

¹⁰³ En este Dictamen, en el que se trataba de determinar si Bélgica había violado, entre otros, el art. 14 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos entendió que el hecho de que los solicitantes hubieran podido interponer un recurso ante los tribunales nacionales y de que, a resultas de ello, un órgano judicial hubiera obligado al Estado a presentar al Comité 1267, con carácter urgente, una solicitud de supresión de sus nombres de la lista, demostraba que no se había violado su derecho a un recurso jurisdiccional efectivo. Esta constatación resulta más llamativa si se tiene en cuenta que se estaban juzgando hechos ocurridos en el momento en el que el procedimiento de salida de la lista en Naciones Unidas era rigurosamente interestatal y no se proporcionaba información a los particulares involucrados. En cualquier caso, el Comité matizó que sólo juzgaba «los actos del Estado» en el marco de sus competencias (asunto *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, Dictamen de 22.10.2008 [1427/2006], Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006, aps. 10.9-10.11). Cuestión distinta, y susceptible de debate, sería la determinación de si el PIDCP vincula al CSNU, y en qué medida establece límites a su actuación. Así, en el asunto *Tadic*, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia reconoció que las obligaciones asumidas en este Pacto vinculaban a los Estados firmantes en relación con su sistema interno de justicia penal, pero no a los tribunales penales internacionales. Más concretamente, este Tribunal señaló que el sistema de división de poderes en Naciones Unidas es completamente distinto al existente en el interior de los Estados, por lo que no resultan de aplicación a los actos del Consejo de Seguridad determinados contenidos del art. 14 del Pacto (sentencia sobre jurisdicción de la Sala de Apelaciones del TPIY, de 2.10.1995, asunto *Tadic* [IT-94-1], aps. 41-43).

jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH, y de los requisitos establecidos por el TJ en la sentencia *Kadi II*¹⁰⁴. Sin embargo, es posible que este régimen de sanciones no respete, en algún caso, el estándar europeo de protección de los derechos fundamentales, en particular si la decisión se toma sobre la base de pruebas secretas sobre las que el particular no ha tenido la oportunidad de pronunciarse¹⁰⁵, o si el Comité 1267 desautoriza una recomendación de salida de la lista del Ombudsman¹⁰⁶. Es de esperar que con el nuevo sistema de revisión estas situaciones no se produzcan o tengan un carácter realmente excepcional.

34.- Desde la perspectiva del Derecho de la Unión, la determinación de si el nuevo procedimiento de sanciones contra Al Qaeda respeta el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra con el problema derivado del planteamiento de base del TJ en el asunto *Kadi II*. En esa sentencia, el Tribunal decidió que debía ejercer el control de la legalidad del Reglamento impugnado desde una perspectiva interna, utilizando exclusivamente los parámetros jurídicos del Derecho de la Unión, con independencia del origen internacional de las obligaciones implementadas y de su jerarquía en el contexto del Derecho internacional¹⁰⁷. Esta jurisprudencia merece justificadas críticas por su aislacionismo jurídico¹⁰⁸. No obstante, lo que aquí interesa determinar es si esta sentencia exige para la aplicación de las sanciones contra Al Qaeda el mismo estándar europeo de control genuinamente judicial que ejercen los jueces nacionales sobre las actuaciones de los ejecutivos en el sistema autónomo de sanciones antiterroristas.

¹⁰⁴ Véase *supra* nuestro análisis en el epígrafe V.3.

¹⁰⁵ Sentencia del TEDH de 19.2.2009, *A. y otros c. Reino Unido* (3455/05), aps. 207-210.

¹⁰⁶ Uno de los requisitos exigidos por el TEDH, en el marco de un proceso penal, para constatar la existencia de un tribunal independiente, que garantice un recurso jurisdiccional efectivo, es que sus decisiones no sean consultivas, sino que tenga competencia para decidir sobre la legalidad de la actuación del ejecutivo (sentencia del TEDH de 2.3.1987, *Weeks c. Reino Unido* [9787/82], ap. 61).

¹⁰⁷ Más concretamente, el TJ señaló 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» y que «el control de la validez de todo acto comunitario desde el punto de vista de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia debe considerarse la expresión, en una comunidad de Derecho, de una garantía constitucional derivada del Tratado CE como sistema jurídico autónomo y que no puede ser menoscabada por un acuerdo internacional» (*Kadi II* [C-402/05 P], aps. 282 y 316).

¹⁰⁸ En la sentencia *Kadi II*, el TJ utiliza sistemáticamente el eufemismo “acuerdo internacional” para referirse a la Carta de las Naciones Unidas y, sorprendentemente, no menciona el art. 103 de dicha Carta (que establece que en caso de conflicto entre las obligaciones establecidas por la Carta y las asumidas en cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las impuestas por dicha Carta), ni analiza sus repercusiones, cuando afirma, en un lenguaje elusivo, que «la inmunidad de jurisdicción del Reglamento controvertido (...) tampoco puede basarse en el puesto que las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas ocuparían en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico comunitario, si tales obligaciones se clasificaran en esa jerarquía» (*Kadi II* [C-402/05 P], ap. 305). Véanse, al respecto, los comentarios críticos de Hinojosa Martínez, L. M., «Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment», en *I.O.L.R.*, n.º 5, 2008, pp. 343-346.

Desde nuestro punto de vista, no es así. En la sentencia *Kadi II*, el TJ no encontró otra solución para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas inscritas en la lista que articular un discurso soberanista y pluralista¹⁰⁹, que partía de una indisimulada desconfianza hacia los instrumentos del Derecho internacional para salvaguardar esos derechos. A pesar de ello, el Tribunal identificó los elementos mínimos que debía incorporar el sistema onusiano de revisión para considerarlo respetuoso con el derecho a la tutela judicial¹¹⁰; paralelamente, el TJ se reservó la posibilidad de remediar las violaciones que hubieran podido producirse en relación con este derecho en el marco de un recurso ante la jurisdicción europea¹¹¹.

La reforma del sistema onusiano de sanciones contra Al Qaeda, derivada en gran medida de la presión ejercida por las sentencias de los órganos judiciales de la UE, ofrece al TJ la oportunidad de reconciliarse con el Derecho internacional¹¹². En nuestra opinión, tras el desafío para la coherencia del Derecho internacional que supuso la sentencia *Kadi II*, este Tribunal debería trasladar el mensaje de que no existe un abismo entre la concepción europea de los derechos fundamentales y la noción universal de esos mismos derechos, sino una clara sintonía en cuanto a sus contenidos esenciales¹¹³. De hecho, sus argumentos serían mucho más sólidos si se apoyasen en los instrumentos universales de protección de los derechos fundamentales, que el procedimiento onusiano está obligado a respetar¹¹⁴.

En este nuevo contexto, creemos que el TJ haría bien en adoptar a partir de ahora una postura de deferencia hacia los órganos de las Naciones Unidas encargados

¹⁰⁹ De Búrca, G., «The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi», en *Harv. Int'l. L. J.*, vol. 51, nº. 1, 2010, pp. 26-40.

¹¹⁰ *Kadi II* (C-402/05 P), aps. 322-325.

¹¹¹ *Kadi II* (C-402/05 P), ap. 350. Por supuesto, esto presupone que las instituciones europeas hayan recibido información suficiente del Comité 1267 para justificar el mantenimiento en la lista de la persona, y que transmitan dicha información al juez europeo para que éste pueda ejercer su control. Aunque el CSNU ha «exhortado» al Comité 1267 que comunique los motivos de sus decisiones a los tribunales y órganos regionales cuando proceda [S/RES/1989 (2011), ap. 33], no está garantizado que esa información sea suficiente en todos los casos.

¹¹² Con independencia de que se deba otorgar a la protección de los derechos fundamentales una importancia capital, se puede comprender que, desde el punto de vista de las amenazas sistémicas, al TJ le preocupase más que la aplicación de una norma sancionatoria europea fuese bloqueada en un tribunal nacional por una violación de derechos fundamentales no remediada por él (resulta ilustrativa, en este sentido, la sentencia de 27.1.2010 de la *Supreme Court* británica, en el asunto *Her Majesty Treasury v. Mohammed Jabar and Others*, [2010] UKSC 2), que contribuir a generar una grieta en el fragmentado edificio del Derecho internacional.

¹¹³ Véase, en este sentido, Eeckhout, P., *EU External Relations Law*, Oxford, 2011, pp. 420-421; Scheinin, M., «Is the ECJ Ruling in Kadi Incompatible with International Law», en M. Cremona/ F. Francioni/ S. Poli (Eds.): *Challenging the EU Counter-Terrorism Measures through the Courts*, *EUI Working Papers*, AEL 2009/10, pp. 63-65.

¹¹⁴ Hilpold, P., «UN Sanctions before the ECJ: the Kadi Case», en A. Reinisch: *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, Oxford, 2010, pp. 51-52.

de gestionar la lista, al menos en los asuntos en que el Comité 1267 siga las recomendaciones del Ombudsman, aunque se reserve el derecho a «remediar» la conculcación del derecho a la tutela judicial en los casos muy excepcionales en los que siga constatándose su patente violación¹¹⁵ (si es que ello se produce). Se evitaría así la colisión con el sistema de seguridad colectiva establecido en la Carta de las Naciones Unidas, que cuenta a los Estados europeos entre sus principales valedores, y se impediría que otros países, con objetivos mucho menos nobles, utilicen el ejemplo europeo para cuestionar la autoridad del CSNU en la salvaguarda de la paz y la seguridad internacionales.

¹¹⁵ En consecuencia, en la fase comunitaria de aplicación de las sanciones, el TJ se limitaría a constatar que las instituciones europeas gozan de indicios racionales de la vinculación de esa persona con Al Qaeda, que han recibido y examinado las observaciones de dicha persona, que se han respetado las normas procesales, que los hechos tenidos en cuenta son suficientemente precisos, y que no se ha producido un error manifiesto de apreciación o una desviación de poder. En particular, el TJ reconocería y respetaría el margen de apreciación del que gozan los órganos de las Naciones Unidas, y en particular el Ombudsman, para identificar a las personas que constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales (véase, por analogía, *PMOI I* [T-256/07], aps. 141-143). También podría exigir que, con carácter general, la persona haya recurrido infructuosamente ante el Ombudsman su mantenimiento en la lista como requisito previo para la constatación de la violación de su derecho a la tutela judicial efectiva.