

HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UN CONSTITUCIONALISMO INTERORDINAMENTAL

LUIS I. GORDILLO PÉREZ*

SUMARIO

I.—INTRODUCCIÓN. II.—DERECHO DE LA UE VS. CEDH. 1.—El Convenio según el Derecho de la UE. 2.—El Derecho de la UE según el TEDH: los primeros casos. 3.—El Derecho de la UE según el TEDH: el caso *Bosphorus* y la protección equivalente. 4.—Los problemas de la doctrina de la «protección equivalente». 5.—Situación actual: ¿adhesión de facto de la UE al Convenio? 6.—Preparando la adhesión formal al CEDH. III.—EL PODER SANCIONADOR DE LA ONU VS. LA UE. 1.—Poder sancionador internacional y garantías constitucionales. 2.—La lenta asimilación de los principios constitucionales en el ámbito internacional. IV.—LA INESTABILIDAD INTERORDINAMENTAL SUPRANACIONAL: EL CASO *KADI*. 1.—La decisión del Tribunal de Justicia en el caso *Kadi*. 2.—La consagración de la autonomía del Derecho de la UE. 3.—El TJ como último guardián de los derechos fundamentales. V.—EL MODELO PLURALISTA VS. EL MODELO CONSTITUCIONALISTA. 1.—Las concepciones pluralistas del Derecho internacional y del gobierno mundial. 2.—Las concepciones constitucionalistas del Derecho internacional y del gobierno mundial. 3.—La emergencia de un ‘constitucionalismo interordinamental’. VI.—CONCLUSIONES.

RESUMEN

La tesis que el autor defiende en este trabajo consiste en que la solución a la inestabilidad interordinamental y la gestión de los conflictos reales que dicha inestabilidad (producto del solapamiento desordenado de los distintos sistemas jurídicos) produce en el ámbito europeo pasa por la adopción de un modelo «constitucionalista» atenuado. El presente trabajo analizará someramente los distintos modelos que, a la luz de la evolución del Derecho internacional, la doctrina ha ido desarrollando, para centrarse, finalmente, en el modelo propuesto.

Palabras clave: Constitucionalismo atenuado; Pluralismo; Kadi; Sanciones inteligentes.

* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Deusto.

ABSTRACT

The idea that the author defends in this paper is that the solution to interordinal instability and its long-term management need the adoption of the so-called «interordinal constitutionalism». This paper analyses the different models that, according to the evolution of International Law, scholars have been developing and will, ultimately, describe the proposed model.

Key words: Interordinal constitutionalism; Pluralism; Kadi; Smart Sanctions.

I. INTRODUCCIÓN

La inestabilidad de las relaciones entre ordenamientos de naturaleza constitucional, más allá de revestir un interés académico indudable y además de afectar a lo que se ha dado en llamar «gobernanza» o «gobierno mundial» acaba teniendo una incidencia sobre la seguridad jurídica (en términos de predictibilidad) y los derechos fundamentales de los individuos. Las dificultades más importantes a la hora de resolver los conflictos entre ordenamientos jurídicos y, por ende, articular las relaciones interordinamentales han surgido esencialmente en torno al Derecho constitucional nacional, al Derecho de la Unión Europea, al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Carta de las Naciones Unidas. Las soluciones a esta situación que se han propuesto van desde el establecimiento de un sistema jurídico global integrado por el resto de subsistemas, basado en el principio de jerarquía y en el que la Carta de las Naciones Unidas figuraría a modo de cúspide de la pirámide kelseniana (llamadas «constitucionalistas») hasta concepciones llamadas «pluralistas» que, en lo esencial, pretenden extender la concepción de libertad propia de los sistemas anglosajones a las relaciones interordinamentales. Sin embargo, todas estas propuestas tienen sus problemas y ninguna acaba de ser aceptada por los máximos intérpretes de los ordenamientos en liza¹.

La tesis que que el autor viene defendiendo consiste en que la solución a la inestabilidad interordinamental y la gestión de los conflictos reales que dicha inestabilidad (producto del solapamiento desordenado de los distintos sistemas jurídicos) produce en el ámbito europeo pasa por la adopción de un modelo «constitucionalista» atenuado. Es decir, un modelo en el que se asuma la existencia de una comunidad internacional o global de algún tipo, en el que los principios que inspiran los distintos ordenamientos puedan ser universalizables y, finalmente, en el que existan unas normas comunes o

¹ JACQUÉ, J. P., «Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 60, 2007, pp. 3-37.

principios para reconducir los conflictos que puedan producirse. El presente trabajo analizará someramente los distintos modelos que, a la luz de la evolución del Derecho internacional, la doctrina ha ido desarrollando, para centrarse, finalmente, en el modelo propuesto².

II. DERECHO DE LA UE VS. CEDH

1. El Convenio según el Derecho de la UE

En cuanto al valor jurídico del Convenio en el seno del ordenamiento jurídico comunitario, desde que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo lo incorporase a su jurisprudencia³ y antes de que la Unión se adhiriera formalmente a él, en el momento presente, el CEDH ha sido ‘constitucionalizado’ en el artículo 6 TUE-L, es instrumento cualificado de interpretación y concreción de los derechos fundamentales en tanto que principios generales y su importancia es recordada por el Tribunal cada vez que éste tiene ocasión⁴. Así pues, el Tribunal de Justicia considera al CEDH como un elemento de interpretación de indudable valor hermenéutico, pero sin eficacia jurídica directa, sino que *dualiza* el texto del CEDH al aplicarlo de manera indirecta a través de los principios generales del derecho, de los que es el guardián y supremo intérprete, garantizando así, la autonomía y primacía del Derecho comunitario. Por consiguiente, y en tanto no se produzca la adhesión al Convenio, el Tribunal de Luxemburgo es, en

² *Vide, in extenso*, GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales. Las constituciones de entonces ya no son las mismas*, CEPC, Madrid, 2012, donde se desarrolla la tesis del ‘constitucionalismo atenuado’. Igualmente, *vide*, GORDILLO, L. I., *Interlocking Constitutions. Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012, donde se habla del concepto homólogo en inglés ‘interordinal constitutionalism’. Para una lectura crítica de estas posiciones, *vide* las recensiones de BUSTOS GIBBERT, R., *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 665-671, MARTINICO, G., *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* núm. 6, 2012, pp. 1291-1293, MARTINICO, G., *Common Market Law Review*, Vol. 50/1, 2013, pp. 314-316, LIXINSKI, L., *British Yearbook of International Law*, 2012, 518-519, OEHLING DE LOS REYES, A., *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2012, pp. 694-697.

³ STJ, asunto *Roland Rutili vs. Ministre de l'intérieur* (36/75), de 28-10-1975 [Rec. p. 1219]. Un año antes, el TJ ya había asumido la necesidad de recurrir a los «instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos» para concretar los principios generales, pero no mencionó expresamente el CEDH (aunque una de las partes sí lo hacía) dado que un Estado, Francia, estaba aún en trance de ratificarlo. *Vide* la STJ, asunto *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung vs. Commission* (4/73), de 14-5-1974 [Rec., p. 491], especialmente §13.

⁴ STCE, asunto *Parlamento vs. Consejo* (C-540/03), de 27-6-2006 [Rec. p. I-5769], §35. Para un estudio sobre las relaciones entre y las mutuas referencias en las jurisprudencias de los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, *vide* DOUGLAS-SCOTT, S., «A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human rights *acquis*», *Common Market Law Review*, Vol. 43/3, 2006, pp. 629-665.

principio, el máximo intérprete del CEDH en el contexto comunitario. No obstante, de un tiempo a esta parte, parece que la alta instancia de Luxemburgo ha flexibilizado su posición inicial y se muestra dispuesta a aceptar también la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, es decir, la interpretación que del Convenio hace su máximo intérprete ordinario⁵. Por lo demás, esta incorporación de la jurisprudencia de Estrasburgo opera igualmente a través del filtro de los principios generales, lo que le permite al Tribunal de Justicia mantener la autonomía del Derecho comunitario, aunque puede ser igualmente interpretado como muestra de su predisposición a ir aceptando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como jurisdicción especializada (más que ‘suprema’) en materia de derechos fundamentales⁶.

2. El Derecho de la UE según el TEDH: los primeros casos

Cuando se analiza la relación entre el TEDH y la UE, se parte siempre de la jurisprudencia tradicional de Estrasburgo: ni la Comunidad (tradicionalmente) ni la Unión Europea hoy han podido ser directamente demandadas ante el TEDH dado que ni la CE lo fue ni la UE es todavía miembro del Convenio. Esta norma se deriva del principio del efecto relativo de los tratados, esto es, un convenio internacional no vincula más que a aquellos que se han comprometido a respetar sus disposiciones⁷. Por otra parte, además, el CEDH precisa en su articulado (artículos 33 y 34) que el TEDH solo conocerá de los recursos que se planteen contra alguna de las partes contratantes. Además, el artículo 19 del CEDH dispone que el TEDH ha sido instituido «con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos». Y solamente los signatarios del Convenio se han

⁵ Así, entre otros, *vide* la STJ, asunto *Roquette Frères* (C-94/00), de 22-10-2002 [Rec. p. I-9011], especialmente §29; STJ, asunto *Connolly vs. Commission* (C-274/99 P), de 6-3-2001 [Rec. p. I-1611], §§37-65; y STJ, asunto *K. B. vs. National Health Service Pensions Agency* (C-117/01), de 7-1-2004 [Rec. p. I-541], §33.

⁶ *Vide* la STJ, asunto *Roquette Frères* (C-94/00), de 22-10-2002, *op. cit.* Para un comentario sobre esta sentencia, *vide* LIENEMEYER, M., WAELBROECK, D., «Case C-94/00, *Roquette Frères SA v. Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes. Judgment of the Court of Justice (Full Court) of 22 October 2002*», *op. cit.*, pp. 1481-1497.

⁷ *Vide* la Sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, caso *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise* (sentencia sobre el fondo), de 25-5-1925 [*Recueil des Arrêts, Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale*, Série A – N° 7, Sijthoff, Leyden, 1926, pp. 3-83]. La cita aparece en la p. 29 de ambas versiones (francés e inglés) y el artículo 34 de la convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 mayo 1969.

comprometido en los términos de su artículo 1 a garantizar a «toda persona dependiente de su jurisdicción» el disfrute de los derechos y libertades fundamentales estipulados en él. El TJ, además, consideró en 1996 que la Comunidad no tenía «en el estado actual del Derecho comunitario» competencia para adherirse al Convenio⁸.

Por ello, en principio, no habría que extrañarse de la decisión *C.F.D.T.* de 10 de julio de 1978 en el que la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos declaró inadmisibile *ratione personae* el recurso presentado por el sindicato francés contra las Comunidades europeas⁹. En ausencia de la adhesión formal por parte de la Unión, ésta gozaría de total inmunidad jurisdiccional y solamente sus Estados miembros, todos los cuales habían ratificado el Convenio, podían ser citados en Estrasburgo¹⁰.

Veinte años después de la decisión *C.F.D.T.*, un súbdito italiano decidió recurrir ante Estrasburgo, en el marco de un concurso par cubrir unos puestos administrativos, la negativa del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades de proporcionarle asistencia jurídica gratuita. La particularidad es que la demanda iba dirigida contra los Estados miembros de la Unión Europea. La Comisión declarararía la demanda inadmisibile por ser incompatible con el ámbito de aplicación del Convenio, no sin antes reconocer implícitamente la importancia de la cuestión¹¹.

Unos años más tarde, el recurso presentado por la sociedad *Guérin Automobiles* «contra los quince Estados de la Unión Europea» fue rechazado de la misma forma pero esta vez por el TEDH¹². Constatando que los argumentos esgrimidos por la sociedad recurrente escapaban del ámbito de aplicación del Convenio, el Tribunal dejó sentado desde un primer mo-

⁸ Vide el Dictamen del TJ, asunto *Adhesión de la Comunidad al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (2/94), de 28-03-1996 [Rec. p. I-1759]. Para un comentario de este importante Dictamen vide, *inter alia*, DE SCHUTTER, O., LEJEUNE, Y., «L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. A propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés», *Cahiers de droit européen*, Vol. 32/5-6, 1996, pp. 555-606 y ROFES I PUJOL, M. I., «Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 15, 1996, pp. 148-155.

⁹ Vide la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, asunto *C.F.D.T. vs. las Comunidades europeas y subsidiariamente contra la colectividad de sus Estados miembros y sus Estados miembros de forma individual* (rec. núm. 8030/77), de 10-07-1978 [DR 13, p. 231].

¹⁰ La jurisprudencia *C.F.D.T.* sería ulteriormente confirmada en sucesivas decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Así, en la Decisión, caso *Associazione Spirituale per l'Unificazione del Mondo Cristiano vs. Italia* (rec. núm. 11574/85), de 5-10-1985 y caso *Dufay* (rec. núm. 13539/88), de 19-1-1989 [no publicadas], entre otras.

¹¹ Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, asunto *Garzilli vs. los Estados miembros de la Unión Europea* (rec. núm. 32384/96), de 22-10-1998 [no publicada].

¹² Decisión del TEDH, asunto *Sociedad Guérin Automobiles vs. los 15 Estados de la Unión Europea* (rec. núm. 51717/99), de 4-7-2000 [no publicada].

mento que el recurso carecía de fundamento *ratione materiae*¹³. No faltaron las voces autorizadas que sostuvieron, con esta jurisprudencia, la tesis de la responsabilidad colectiva de los Estados miembros por las violaciones del Convenio que tienen como origen actos de Derecho comunitario¹⁴.

3. El Derecho de la UE según el TEDH: el caso *Bosphorus* y la protección equivalente

El caso *Bosphorus* fue el último de una serie de recursos presentados ante el TEDH que ponían en entredicho la compatibilidad del Derecho comunitario con el CEDH¹⁵.

Es preciso recordar que la jurisprudencia de los órganos de control del Convenio se venía asentando sobre dos principios fundamentales. El primero de ellos consiste en que ni la Comunidad ni la Unión pueden ser demandadas ante el TEDH. Ninguna de las dos organizaciones es parte del Convenio y, por tanto, en principio, sus actividades no pueden ser directamente controladas por el citado Tribunal. Por otro lado, algunos autores han señalado que existiría la posibilidad de que el TEDH siguiese la jurisprudencia de la OMC y, así, se podría considerar que, en el sistema comunitario, dado que los Estados miembros tienen la responsabilidad de la ejecución del Derecho comunitario, éstos «actúan de facto como órganos de la Comunidad, por lo cual sería ésta la responsable con arreglo a la normativa de la OMC y al derecho internacional en general»¹⁶. Pero tal solución habría conducido bien a reconocer que la Comunidad había sucedido a los Estados miembros (tesis de la sucesión funcional, *vide supra*),

¹³ Curiosamente, la decisión se funda principalmente en los principios jurisprudenciales relativos a los ordenamientos internos. *Vide* SPIELMANN, D., «Un autre regard : la Cour de Strasbourg et le droit de la Communauté européenne», COHEN-JONATHAN, G. (coord.), *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, pp. 1447-1466, especialmente, p. 1455.

¹⁴ *Vide* KRENC, F., «La décision Senator Lines ou L'ajournement d'une question délicate», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 16, 2005, pp. 121-158, especialmente, p. 133, TULKENS, F., «L'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue Universelle des Droits de L'homme*, Vol. 12/1-2, 2000, pp. 50-57, especialmente, p. 56.

¹⁵ STEDH, asunto *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Birketi v. Ireland* (rec. núm. 45036/98), de 30-6-2005 [Reports 2005-VI]. Entre los anteriores, cabe citar la Decisión del TEDH, asunto *Senator Lines GmbH vs. 15 Estados de la CE/UE* (rec. núm. 56672/00), de 10-3-2004 [Reports 2004-IV]; Decisión del TEDH, asunto *Guérin* (rec. núm. 51717/99), de 4-7-2000 y Decisión del TEDH, asunto *Emesa Sugar vs. Países Bajos* (rec. núm. 62023/00), de 13-1-2005 [no publicada].

¹⁶ *Vide Informe del Grupo Especial*, «Comunidades Europeas - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios», Organización Mundial del Comercio, Doc. WT/DS174/R15 de 15 marzo 2005, versión española (original inglés), p. 193, párr. 7.725.

lo que sería difícil, teniendo en cuenta que el Convenio está reservado a los Estados, o bien a reconocerle inmunidad (al suceder a los Estados y no ser miembro del CEDH, no está vinculado por él), lo que sería contrario al segundo principio. Por otro lado, según el segundo principio sobre el que se sustenta la jurisprudencia de Estrasburgo, los Estados miembros son partes del Convenio y no pueden esgrimir una transferencia de competencias a la Comunidad o a la Unión para exceptuar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Convenio. Ciertamente, según el artículo 1 del Convenio, «[l]as Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio». Por ello, la existencia de la Comunidad (o de la Unión) no puede, en ningún caso, dispensar a las Altas Partes Contratantes de esta obligación¹⁷.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmarí­a en este caso, una vez más, su voluntad de no dejar ninguna laguna en la aplicación del Convenio. En este sentido, el caso *Bosphorus* se enmarca en la línea de la jurisprudencia *Ila^ocu*:

«Del artículo 1 [CEDH] se deriva que los Estados contratantes deben responder de toda violación de derechos y libertades protegidos por el Convenio cometida contra individuos que estén bajo su «jurisdicción». El ejercicio de la jurisdicción es una condición necesaria para que un Estado pueda ser encontrado responsable de los actos u omisiones que le son imputables y que dan lugar a una alegación de violación de derechos y libertades enunciados en el Convenio»¹⁸.

Es decir, si existe un acto u omisión llevado a cabo por una parte contratante en su territorio que viole los derechos fundamentales de un particular, el recurrente dispondrá de una acción y el TEDH tendrá jurisdicción ex artículo 1 del CEDH, a pesar de que el Estado miembro estuviera cumpliendo con sus obligaciones internacionales. Sin embargo, en esta situación, se pueden plantear distintas posibilidades, en función de la naturaleza del acto comunitario. Si un Estado miembro posee margen de apreciación sobre cómo implementar sus obligaciones comunitarias, el TEDH abordará la cuestión examinando el acto como si fuere un acto ordinario del Estado contratante (caso *Cantoni*)¹⁹. Otra situación haría refe-

¹⁷ Vide JACQUÉ, J. P., «Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 60, 2007, pp. 23-24 (3-37). STEDH, asunto *Bosphorus*, de 30-6-2005, *op. cit.*, §154.

¹⁸ Vide STEDH, asunto *Ila^ocu y otros vs. Moldavia y Rusia* (rec. núm. 48787/99), de 8-7-2004 [*Reports* 2004-VII], §311.

¹⁹ Vide, *supra*, la STEDH, asunto *Cantoni vs. Francia*, de 15-11-1996, *op. cit.*, que se refería al desarrollo legislativo de una Directiva comunitaria por parte de Francia.

rencia a los casos de un acto de una institución comunitaria que no requiere de ningún tipo de actuación interna de desarrollo o ejecución (caso *Senator Lines*). La última situación que puede darse sería aquella en la que un Estado miembro no tiene margen de maniobra y, como en el caso *Bosphorus*, simplemente acomete las actuaciones necesarias para cumplir con sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario.

En efecto, en *Bosphorus*, Irlanda había sido demandada porque había aplicado, sin margen de apreciación por su parte, un Reglamento comunitario que, a juicio del demandante, violaba los derechos que le garantizaba el CEDH. Así, el TEDH estableció que:

«A juicio del Tribunal, una medida del Estado adoptada en ejecución de tales obligaciones jurídicas debe ser considerada justificada en tanto en cuanto se considere que la organización en cuestión asegure a los derechos fundamentales (entendiendo que esta categoría incluye a la vez tanto las garantías sustanciales ofrecidas como los mecanismos para controlar su cumplimiento) una protección al menos equivalente a la que garantiza el Convenio (...). Por «equivalente», el Tribunal entiende «comparable»: toda exigencia de protección «idéntica» por parte de la organización implicada podría ir en contra del interés de la cooperación internacional perseguida»²⁰.

El TEDH también dejaría claro que esa consideración de «protección equivalente» no tendría por qué ser definitiva y podría ser susceptible de revisión a la luz de cualquier cambio fundamental en el sistema de protección de los derechos fundamentales²¹. Además, el Tribunal estimó que si se consideraba que, efectivamente, la organización de la que se trate (la CE/UE en este caso) otorgaba la mencionada protección equivalente, se presumiría que un Estado no faltaría a sus obligaciones para con el Convenio si no hacía más que ejecutar las obligaciones derivadas de su pertenencia a la mencionada organización. Sin embargo, argumentaría el TEDH, tal presunción puede ser destruida si «atendiendo a las circunstancias de un caso particular, se considera que la protección de los derechos garantizados por el Convenio fue manifiestamente deficiente». En tal caso, el interés de la cooperación internacional cedería ante el papel del Convenio en tanto que «instrumento constitucional del orden público europeo» en el

²⁰ STEDH, asunto *Bosphorus*, de 30-6-2005, *op. cit.*, §155.

²¹ *Ibidem*.

²² STEDH, asunto *Bosphorus*, de 30-6-2005, *op. cit.*, §156. Este término ya lo empleó el Tribunal en la STEDH, asunto *Loizidou vs. Turquía* (rec. núm. 15318/89), de 23-03-1995 (objeciones preliminares) [Serie A, Vol. 310] §75. Por lo demás, este concepto de «orden público europeo» ya fue consagrado tiempo atrás por la Comisión en su Decisión, asunto *Austria vs. Italia* (rec. núm. 788/60), de 11-1-1961 [Annuaire, Vol. 4 (1961), p. 139]. Para un comentario

ámbito de los derechos humanos²². Por el contrario, los Estados serán plena y estrictamente responsables conforme al Convenio por todos aquellos de sus actos que no se deriven estrictamente de sus obligaciones jurídicas internacionales²³.

Así pues, cuando se conteste la validez de una medida comunitaria ejecutada por un Estado miembro, el TEDH comprobará si existe una «protección equivalente» en el Derecho comunitario²⁴. «En tanto que» dicha protección equivalente exista (frase tomada de las sentencias *Solange* del Tribunal Constitucional alemán) se presumirá que la actuación del Estado miembro es compatible con sus obligaciones derivadas del Convenio. En los casos en los que no exista «protección equivalente», como en *Matthews*, el TEDH analizará la medida y comprobará si es compatible con el Convenio con el horizonte puesto en evitar cualquier laguna en la protección de los derechos fundamentales que garantiza el CEDH²⁵. Por otra parte, esta posición entraña un peligro evidente para la primacía del Derecho comunitario. Es decir, si los Estados miembros saben que su responsabilidad puede ser cuestionada ante las instancias de Estrasburgo por normas comunitarias en cuya aplicación no disponen de ningún margen de maniobra o poder de apreciación, podrían cuestionar la primacía del Derecho comunitario. En efecto, estos Estados podrían ser destinatarios, en un momento dado, de dos prescripciones contradictorias, aquella derivada del Derecho comunitario y la que se deriva del respeto al Convenio. Por ello, para evitar este riesgo potencial, los Estados podrían estar tentados de subordinar la aplicación del Derecho comunitario a la verificación en el nivel nacional de su compatibilidad con el Convenio. Ahora bien, el reconocimiento de una primacía bajo reserva que resultaría de esta práctica no es en absoluto conforme con la jurisprudencia del TJ, tal y como se expresa en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*²⁶.

Esta sentencia del Tribunal de Luxemburgo excluye cualquier tipo de reserva de constitucionalidad. En efecto, el Estado miembro conserva siempre la posibilidad de recurrir al TJ para verificar la conformidad de un acto comunitario con los derechos fundamentales. Sin embargo, este examen se lleva a cabo en relación con los derechos fundamentales reco-

de este concepto, *vide* ANDRIANTSIMBAZOVINA, J. *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* pp. 7-17.

²³ STEDH, asunto *Bosphorus*, de 30-6-2005, *op. cit.*, §157.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, caso *Solange II* (2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339), de 22-10-1986.

²⁵ STEDH, asunto *Matthews vs. Reino Unido* (rec. núm. 24833/94), de 18-2-1999 [Reports 1999-I]. En esta sentencia, el TEDH controló, de hecho, la convencionalidad de una norma de la UE de Derecho primario.

²⁶ STJ, asunto *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70), de 17-12-1970 [Rec. p. 1125], §3.

nocidos en el ámbito de la entonces Comunidad (hoy «Unión»). Pero no existe ninguna garantía de que el Tribunal de Luxemburgo adopte la misma posición que el Tribunal de Estrasburgo. En este sentido, la solución adoptada por el TEDH en *Bosphorus* colocaría a los Estados miembros en una situación similar a aquella en la que se encontraban las autoridades alemanas tras la decisión del Tribunal constitucional alemán *Solange I* que autorizaba al juez alemán a verificar la conformidad del derecho comunitario con los derechos garantizados con la constitución nacional en tanto que no existiera una protección comunitaria de los derechos fundamentales²⁷. Si la decisión *Solange I* creó una situación delicada, hasta tal punto que el Tribunal Constitucional alemán se vio obligado a cambiar su jurisprudencia unos años más tarde en la conocida como *Solange II*, la solución en *Bosphorus* también podría introducir un elemento de inseguridad para los Estados miembros en relación con las obligaciones que se derivan para ellos del ordenamiento comunitario y del Convenio. Incluso si se piensa que los casos de conflictos serían muy marginales, hay que tener en cuenta la dificultad de apreciar en abstracto la posibilidad de conflictos futuros y no hay que menospreciar la pericia de algunos abogados para plantear recursos antes las distintas instancias judiciales²⁸.

La sentencia *Bosphorus* del TEDH muestra gran deferencia hacia el Derecho comunitario y su sistema de protección y parece, incluso, esconder el deseo de mantener una relación de mutuo respeto o, incluso, cooperación entre los Tribunales. Es más, esta última jurisprudencia del TEDH podría estar queriendo indicar que la jurisprudencia *Matthews* (en la que básicamente el TEDH declaró contraria al CEDH una norma de Derecho primario) debería ser interpretada en sentido estricto y circunscrita a los casos en los que no existe posibilidad de recurso ante el TJ (recuérdese que las normas de Derecho primario no pueden ser recurrida ante el Tribunal de Luxemburgo)²⁹. Por tanto, salvo en estos casos excepcionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos evitaría a toda costa «levantar el velo» de la personalidad de la organización (CE entonces, UE ahora) y

²⁷ Vide el Auto del Tribunal Constitucional Federal Alemán, caso *Solange I - Internationale Handelsgesellschaft* (2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271), de 29-5-1974.

²⁸ JACQUÉ, J. P., «Droit Communautaire et Convention européenne des droits de l'homme, L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence «Solange II» de la Cour européenne des droits de l'homme?», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 41/3, 2005, pp. 756-767, especialmente, p. 761.

²⁹ Esta lectura estricta de *Matthews* la propone, entre otros, LENAERTS, K., «Fundamental rights in the European Union», *European Law Review*, Vol. 25/6, 2000, pp. 575-600. Algún otro autor, en cambio, defiende que *Matthews* es un ejemplo de la relación jerárquica entre el TEDH y el TJ, vide CANOR, I., «Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?», *European Law Review*, Vol. 25/1, 2000, pp. 3-21.

hacer responsables a sus Estados miembros por una posible violación de las obligaciones derivadas del Convenio. En este sentido, *Bosphorus* sería una sentencia bastante prudente y cautelosa³⁰.

4. Los problemas de la doctrina de la «protección equivalente»

Una observación que cabe hacer al caso *Bosphorus* es que la sentencia parece en algunos puntos escasamente justificada. Esta «escasez» quedaría ilustrada por el concepto de «manifiestamente deficiente» que el Tribunal de Estrasburgo maneja en su razonamiento. Es decir, la protección de los derechos fundamentales se considerará «equivalente» a la otorgada por el Convenio y, por tanto, inmune al control ejercido por el TEDH a menos que la garantía de estos derechos en el seno comunitario pueda ser calificada de «manifiestamente deficiente», en cuyo caso el Tribunal de Estrasburgo intervendrá esgrimiendo el CEDH como instrumento de garantía del «orden público europeo». La dificultad radica, pues, en concretar qué se entiende por «manifiestamente deficiente» y cómo se interpretará este concepto. El TEDH, a pesar de su minuciosidad en otros aspectos de su argumentación, resolvió en dos páginas de su sentencia esta cuestión, empleando argumentos muy generalistas, y haciendo hincapié en la evolución positiva de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en materia de derechos fundamentales, más que en las circunstancias en las que tuvo lugar el caso *Bosphorus*.

Además, las consideraciones sobre la situación general de los derechos humanos en el ámbito comunitario que realiza esta sentencia podrían resultar poco fundamentadas. Es decir, dada la intención del Tribunal de homologar el sistema comunitario de protección de derechos con el CEDH, pasa por encima de la cuestión de la postulación o *locus standi* de los particulares ante el Tribunal de Justicia ex artículo 230 TCE (actual 263 TFUE). De hecho, en una de los votos particulares de la sentencia, pretendidamente concurrente, se censura indirectamente este nivel de protección alineándose, más bien, con la postura defendida por el Abogado General Jacobs en el caso *Unión de Pequeños Agricultores* ante el TJ³¹. En efecto, el autor del voto, el magistrado Ress, escribió:

«No se debe deducir del parágrafo 162 de la sentencia [que alude

³⁰ DOUGLAS-SCOTT, S., «Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim ʻirketi v. Ireland», *op. cit.*, p. 250.

³¹ *Vide* las conclusiones del Abogado General JACOBS, en las que se pronunciaba por una interpretación menos rígida y más favorable a los particulares del artículo 230 TCE (263 TFUE), en el asunto *Unión de Pequeños Agricultores vs. Consejo* (C-50/00 P), presentadas el 21-3-2002 (STJ de 25-7-2002, Rec. p. I-6677).

al locus standi de los particulares ante el TJJ que el Tribunal acepta que el artículo 6.1 [del Convenio] no apele a un nivel de protección mayor»³².

Finalmente, tal y como resaltaron un grupo de magistrados en un voto particular conjunto y concurrente, el concepto de «manifiestamente deficiente» requeriría un estándar de protección de los derechos fundamentales bastante bajo, «en marcado contraste con el nivel de protección dispensado por el CEDH»³³. Por otra parte, en su voto particular concurrente antes aludido, el magistrado Ress advirtió de que el concepto de «conformidad» con el Convenio por parte de las organizaciones internacionales no debe ser visto como un paso hacia la creación de un doble estándar de protección: el que se exigiría a los Estados miembros (más riguroso) y el que se permitiría a las organizaciones internacionales (menos exigente). En ese mismo voto particular, también se rechazó que la presunción de conformidad fuera absoluta y que, por consiguiente, se descartara la posibilidad de una revisión caso por caso. Al contrario, en cada caso, el Tribunal podrá ser llamado para examinar el nivel de protección ofrecido por el Derecho comunitario antes de pronunciarse sobre la demanda en concreto. Y solo en caso de constatar una «insuficiencia manifiesta» el Tribunal levantará esta inmunidad que parece haber otorgado al Derecho comunitario.

Una cuestión que el TEDH obvia totalmente es el papel de Naciones Unidas en todo este asunto. En efecto, al aprobar el Reglamento controvertido en el caso *Bosphorus*, la Comunidad no habría hecho otra cosa que implementar una sanción del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el ámbito comunitario. Así, al igual que Irlanda no tenía margen de maniobra en la ejecución del Reglamento, la Comunidad bien podría alegar, llegado el caso, que tampoco dispone de margen de apreciación a la hora de poner en práctica las sanciones del Consejo de Seguridad³⁴. Esta sentencia no llegó tan lejos como para establecer también un control del De-

³² Vide el voto concurrente del magistrado Ress, STEDH, asunto *Bosphorus*, de 30-6-2005, *op. cit.*, §2.

³³ Vide el voto conjunto concurrente de los magistrados Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky y Garlicki, STEDH, asunto *Bosphorus*, de 30-6-2005, *op. cit.*, §4.

³⁴ Esta cuestión y sus implicaciones se dilucidarían en la famosa sentencia *Kadi*, STJ, asuntos acumulados *Kadi* y *Al Barakaat International Foundation vs. Consejo* (C 402/05 P y C 415/05 P), de 3-9-2008 [Rec. p. I-6351]. Sobre este caso, vide GRILLER, S., «International Law, Human Rights and the Community's Autonomous Legal Order. Notes on the European Court of Justice Decision in *Kadi*», *European Constitutional Law Review*, Vol. 4/3, 2008, pp. 528-553 y 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», *Common Market Law Review*, Vol. 46/1, 2009, pp. 13-72.

recho emanado de los órganos de Naciones Unidas, pero el asunto, sin duda, se planeó en las salas de deliberación.

5. Situación actual: ¿adhesión de facto de la UE al Convenio?

Las respuestas dadas por los jueces de Estrasburgo y Luxemburgo a las cuestiones planteadas por las relaciones entre el Derecho comunitario y el Convenio a primera vista parecen afortunadas dado permiten una coexistencia pacífica de ambos sistemas. No obstante, un examen más profundo de la cuestión revelaría una serie de dificultades que, por lo demás, tiene mayores implicaciones para el Derecho de la Unión que para el sistema derivado del Convenio.

La jurisprudencia de Estrasburgo supone, en primer lugar, el sometimiento *de facto* del Derecho comunitario a su control a través de la declaración de responsabilidad de un Estado miembro. Y ello en una situación un tanto paradójica; y es que, como se sabe, los Estados miembros no han acordado hasta ahora que la Unión forme parte del Convenio³⁵. Esta situación coloca a la Unión en una posición claramente en desventaja y que rozaría la indefensión. En efecto, la Unión, al no ser parte en el litigio, no puede intervenir directamente, sino, a lo sumo, junto con un Estado, situación en la que no dirige, en absoluto, la defensa³⁶. Además, dado que la Unión no es parte del Convenio, no puede nombrar juez en el Tribunal. El balance de la situación sería que, desde un punto de vista procesal, tiene los inconvenientes sin disfrutar de las ventajas. Ciertamente, podría pensarse que demandas del tipo *Matthews*, *Bosphorus*, incluso, contra actos aplicables sin intervención de los Estados serían excepcionales, pero hay que tener en cuenta, además de intereses particulares, el poderío económico de empresas afectadas convertidas en víctimas ante el TEDH que cuentan con grandes recursos para movilizar a Gobiernos y a expertos juristas en pro de sus intereses.

A pesar de la voluntad proclamada de preservar el fenómeno de integración comunitaria, la jurisprudencia del TEDH opera una «interguberna-

³⁵ Es por ello que cuando no parecía tan plausible la adhesión de la UE al CEDH, algunos autores señalaron que *Bosphorus*, en realidad, supone la adhesión *de facto* de la Unión al Convenio. Vide BENOÎT-ROHMER, F., «A propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention», », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 64, 2005, pp. 827-853. De forma menos tajante, y centrándose en las dificultades de la situación post-*Bosphorus*, vide CONSTANTINESCO, V., «C'est comme ci c'était fait ? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (grande chambre), Bosphorus airlines, du 30 juin 2005», *Cahiers de droit Européen*, Vol. 42/3-4, 2006, pp. 363-378.

³⁶ Además, esta posibilidad de intervención está supeditada a la autorización del presidente del Tribunal (artículo 36.2 del Convenio). No obstante, esta petición sería normalmente concedida en tanto que se realiza «en interés de la buena administración de justicia» (artículo 36.2) y es garantía de un proceso equitativo (artículo 6 del Convenio).

mentalización» de la UE haciendo que sean los Estados miembros quienes han de defender los intereses comunitarios, función que habría de ser desempeñada por sus propias instituciones y, especialmente, por la Comisión. Esta negación de la personalidad de la Comunidad (o, más bien, limitación de la postulación procesal) la debilita ostensiblemente y supone un retroceso en el proceso de integración. La situación, pues, constituye, al menos, una incitación a la adhesión al Convenio, incluso antes de la entrada en vigor de Lisboa, en la que la Unión sucede a las Comunidades, única solución verdaderamente eficaz y apta para devolver a la UE el papel que verdaderamente le corresponde.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo contiene una amenaza, al menos latente, a la primacía del Derecho comunitario. Ésta se produciría en el supuesto de que se constatare una violación del Convenio, en cuyo caso los Estados miembros podrían verse en la difícil tesitura de tener que elegir entre violar el Derecho comunitario o violar el Convenio Europeo³⁷. En esta situación, que recuerda a la padecida por el Reino Unido a resultas del caso *Matthews* (*vide supra*), el Estado miembro estaría obligado a remediar una situación que no depende de él mismo, sino del legislador comunitario o del TJ. Si, finalmente, decide aplicar la sentencia del TEDH, se encontrará en una situación de incumplimiento del Derecho comunitario. Incluso en el remoto supuesto de que el TJ admitiese que el respeto de los derechos fundamentales pudiese constituir una justificación a este incumplimiento, la aplicación uniforme del Derecho comunitario dejaría de estar asegurada³⁸. Por otro lado, los particulares podrían recurrir al Tribunal de Justicia exigiendo la responsabilidad de los Estados por incumplimiento. Pero, además, dado que el TEDH se ha reservado el derecho de determinar caso por caso si el nivel de protección del sistema comunitario resulta comparable al europeo, la seguridad jurídica no aparece plenamente garantizada. En esta situación, y para protegerse contra demandas ante el Tribunal de Estrasburgo, los Estados miembros podrían estar tentados de abstenerse de aplicar el Derecho comunitario en ciertos supuestos³⁹.

³⁷ Una situación similar, aunque referida al dilema Derecho constitucional nacional o Derecho comunitario, se describe en PHELAN, D. R., *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Sweet & Maxwell, Dublin, 1997. El autor, identificando un problema parecido, el del juez nacional que tiene que elegir entre cumplir con su Constitución o con el Derecho comunitario, describe como *Revolt* («rebelión») el caso en el que el juez nacional se decantase por su Constitución, y como *Revolution* el supuesto en el que, finalmente, decide aplicar el Derecho comunitario, en detrimento de su propia Constitución.

³⁸ Conclusiones del Abogado General A. Tizzano, asuntos *España vs. Reino Unido* (C-145/04, STJ de 12-9-2006, Rec., p. I-7917) y *M.G. Eman y O.B. Sevinger* (C-300/04, STJ de 12-9-2006, Rec. p. I-8055), § 128-131.

³⁹ Por ejemplo, en el ámbito del Derecho de la competencia, el Estado en cuestión podría negarse a aplicar sanciones derivadas del Derecho comunitario contra una empresa determina-

Para restablecer a las instituciones comunitarias en su lugar, preservar la primacía y restaurar plenamente la seguridad jurídica (prerrequisito para la existencia de todo Estado de Derecho) existen dos vías, condicionadas ambas a la adopción de una decisión política. Así, por un lado, los Estados miembros podrían colectivamente denunciar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta vía siempre ha sido, cuando menos, políticamente poco probable y, hoy en día, totalmente descartable. Por otro lado, la solución que se revela como más deseable y que, de hecho, ya ha comenzado a implementarse, consistiría en la adhesión al Convenio Europeo por parte de la Unión. Con ello se establecería una relación entre ordenamientos clara que contribuiría a estabilizar la alta densidad normativa existente en el contexto europeo⁴⁰.

6. Preparando la adhesión formal al CEDH

La labor de persuasión ejercida por el *establishment* europeo, unida a los desarrollos jurisprudenciales de ambos tribunales, abocaron a los líderes políticos a tomar una determinación sobre la adhesión o no al CEDH. Finalmente, el artículo 6.2 TUE-L establece que «[l]a Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». Los primeros análisis relativos a las implicaciones de la adhesión de la UE fueron hechas por el Comité Director en materia de Derechos Humanos del Consejo de Europa en 2002 (CDDH, en sus siglas en francés)⁴¹. Posteriormente, tras la entrada en vigor de Lisboa, también los expertos consultados por el Parlamento Europeo en marzo de 2010 aportaron luz sobre la cuestión e incluso el TJ y el propio Parlamento intervinieron en el debate⁴². Aprovechando que existía un amplio acuer-

da porque considerara que no se han respetado las garantías mínimas en el procedimiento contra dicha Sociedad.

⁴⁰ Ésta fue la solución que adoptó el Tratado Constitucional en su artículo I-9, párrafo 2º: «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución». Ésa fue también la solución adoptada el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 que proponía una nueva redacción del actual artículo 6 del Tratado de la Unión Europea con idéntica redacción al precitado artículo I-9 del Tratado Constitucional. El Tratado de Lisboa se publicó en el DOUE C 306, de 17-12-2007. Las versiones consolidadas, tras el Tratado de Lisboa, del Tratado de la Unión Europea y del nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se publicaron en el DOUE C 115, de 9-5-2008.

⁴¹ COMITÉ DIRECTEUR POUR LES DROITS DE L'HOMME, *Étude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, 28-6-2002, DG-II(2002)006, [CDDH(2002)010 Addendum 2].

⁴² Audiencia ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, 18 marzo 2010. De especial interés son las antedichas contribuciones de Jean Paul JACQUÉ y de

do entre las autoridades políticas en que la adhesión habría de operarse lo antes posible, las negociaciones comenzaron en julio de 2010. En julio de 2011 ya existía un borrador del Acuerdo de Adhesión, junto con un informe explicativo y en junio de 2013 se ha publicado el texto final de Acuerdo de adhesión, junto con una serie de anexos de interés, incluyendo un informe explicativo⁴³. El Acuerdo de Adhesión tendrá que ser ratificado por los 47 Estados miembros del CEDH, por una parte, y por la Unión Europea de acuerdo con lo establecido en el artículo 218 TFUE. En este sentido cabe recordar la existencia de, aún, un posible doble veto institucional. En efecto, según el artículo 218.8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE), el acuerdo que permita la adhesión ha de ser adoptado por unanimidad del Consejo (en el caso de la «Constitución» sólo se precisaba de mayoría cualificada). Al igual que en el Tratado Constitucional, se sigue exigiendo igualmente la aprobación previa del Parlamento Europeo (218.6,a,ii), TFUE) por mayoría de los votos emitidos. A partir de ahí, la entrada en vigor del acuerdo de adhesión queda condicionada a la aprobación por parte de todos los Estados según sus reglas constitucionales respectivas. De este modo, los Estados miembros de la UE tendrán que ratificar el tratado doblemente: en tanto que miembros del Consejo de Europa (aplicando las reglas de Derecho de tratados) y en tanto que miembros de la UE (artículo 218 TFUE). Por otra parte, siguiendo lo previsto en el artículo 218.11 TFUE, la Comisión anunció que solicitaría el dictamen del TJUE sobre la compatibilidad del Tratado de adhesión con los tratados de la UE lo que, en el por de los casos, podría abocar a una renegociación del Tratado de adhesión y vuelta a empezar. En el mejor de los casos, sin embargo, el TJUE emitirá el esperado *nihil obstat* y tras las ratificaciones correspondientes entrará en vigor, quizá en unos dos años.

El Acuerdo de Adhesión ha sido ya comentado por la doctrina, si bien en las versiones que circularon entre febrero y julio de 2011⁴⁴. El texto final de

Olivier DE SCHUTTER; *Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, publicado por el TJ el 5 mayo 2010 y disponible en <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64349/>, última consulta: 21.07.2013; y la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (2009/2241(INI)), ref. P7_TA(2010)0184.

⁴³ Vide los especialmente, el *Final report to the CDDH*, 13 junio 2013, ref. 47+1(2013)008, que incluye como anexos todos los documentos finales (acuerdo, informe y otros textos), disponible en <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents_en.asp>, última consulta: 21.07.2013.

⁴⁴ JACQUÉ, J. P., «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *Common Market Law Review*, Vol. 48/4, 2011, pp. 995-1023; LOCK, T., «Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and

junio de 2013, que no varía en exceso de la versión de julio de 2011, incluye además de las previsiones propias de los tratados internacionales (ámbito de aplicación, reservas, firma y entrada en vigor, participación en los gastos del sistema, relaciones con otros acuerdos, etc.), al menos tres cuestiones de gran interés que han sido largamente discutidas por la doctrina: el mecanismo del co-demandado (se entiende a la UE junto con algún o algunos Estados miembros), un sistema que podríamos llamar de ‘cuestión preconventional’ (destinada a proteger la autonomía del Derecho de la UE y donde el TJ usará como parámetro de control los derechos protegidos en el ámbito comunitario coincidentes con los protegidos por el Convenio) y la elección del juez ‘comunitario’. El acuerdo pretende realizar los ajustes necesarios que permitan el control de convencionalidad de los actos de contenido comunitario intentando, a la vez, preservar la autonomía del Derecho de la UE así como no afectar al reparto de competencias interno entre la UE y sus miembros, respetando siempre la naturaleza *sui generis* de la UE. Misión compleja, donde las haya, aunque el balance en general puede decirse que es positivo. Tiempo habrá de analizar esta cuestión con más detenimiento, sobre todo tras el dictamen del TJ sobre la adhesión, donde veremos cómo afronta el adalid de la autonomía y primacía del Derecho de la UE el que otro tribunal le imponga una determinada interpretación en materia de derechos. Esperamos, pues, con impaciencia noticias provenientes del «País de las Hadas».

III. EL PODER SANCIONADOR DE LA ONU VS. LA UE

1. Poder sancionador internacional y garantías constitucionales

Las medidas antiterroristas se han convertido en una de las principales actividades que despliega el Consejo de Seguridad, especialmente desde finales de los años noventa a través de las llamadas sanciones selectivas (*targeted*) o inteligentes (*smart*), dirigidas a determinadas personas, grupos o sectores, evitando así los amplios e ineficaces embargos generales a los Estados que acababan afectando más a la población civil que a los dirigentes contra los que se dirigían⁴⁵.

the autonomy of the EU legal order», *Common Market Law Review*, Vol. 48/4, 2011, pp. 1025-1054; GORDILLO PÉREZ, L. I., «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38, 2011, pp. 173-204; GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, *op. cit.*, especialmente, pp. 161-296; GORDILLO, L. I., *Interlocking Constitutions*, *op. cit.*, pp. 98-188 y GRAGL, P., *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart, 2013.

⁴⁵ GOWLLAND-DEBBAS, V. (2004), «Sanctions Regimes under Article 41 of the Charter», en IDEM, V. (ed.) *National implementation of United Nations sanctions: a comparative study* (Leyden, Martinus Nijhoff Publishers), pp. 3-31, especialmente, pp. 7-17.

El sistema de funcionamiento de este régimen sancionador comienza con una resolución del Consejo de Seguridad en la que se conmina a todos los Estados a congelar los fondos y otros activos financieros o recursos económicos de las personas y entidades designadas en las resoluciones, impedir la entrada en su territorio o el tránsito por él de las personas designadas e impedir el suministro, la venta y la transferencia, directos o indirectos, a las personas y entidades designadas, desde su territorio o por sus nacionales fuera de su territorio o mediante buques o aeronaves de su pabellón, de armas y materiales conexos de todo tipo⁴⁶. Además, se establece un Comité de Sanciones integrado por miembros del Consejo de Seguridad que tiene como misión establecer y revisar periódicamente una lista de nombres y hacer un seguimiento del cumplimiento de las sanciones por parte de los Estados⁴⁷. Cada resolución establece teóricamente un régimen sancionador autónomo, aunque en la práctica casi todos siguen los mismos principios. No obstante, cabría establecer dos tipos de sistemas en función del proceso de listado. Así, por ejemplo, la resolución 1267 (1999) sobre Al-Qaida mantiene una lista centralizada en el Consejo de Seguridad, mientras que la resolución 1373 (2001) no crea una lista centralizada, sino que delega en listas independientes que los Estados o la propia Unión Europea mantienen⁴⁸.

Centrándonos en el régimen más autónomo del Consejo de Seguridad, de acuerdo con las directrices del Comité de sanciones contra Al-Qaida y los talibanes un particular puede presentar a su gobierno o al de su país de residencia una solicitud de revisión (exclusión de la lista) y ese gobierno debe comunicar con el gobierno del Estado proponente (el que solicitó la inclusión de esa persona en la lista). Si tras las oportunas consultas, los dos gobiernos no llegan a un acuerdo, el asunto se elevará al Comité de sanciones que se reunirá en privado y decidirá por consenso. El asunto puede ser, igualmente, referido al Consejo de Seguridad. El Comité tiene la obligación de actualizar la lista cuando reciba nueva información. A modo de excepción, los Estados pueden autorizar el levantamiento parcial de la congelación de fondos para sufragar gastos básicos, incluyendo ali-

⁴⁶ *Vide*, por ejemplo, la Resolución 1267 (1999), relación con el régimen talibán, Osama bin Laden, Al-Qaeda y sus colaboradores.

⁴⁷ *Vide*, en particular, las «Directrices para la realización de su labor» del Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1267 (1999), de 15 de octubre de 1999, también conocido como Comité de sanciones contra Al-Qaida y los talibanes, aprobadas el 7 de noviembre de 2002 y modificadas el 10 de abril de 2003, el 21 de diciembre de 2005, el 29 de noviembre de 2006, el 12 de febrero de 2007 y el 9 de diciembre de 2008 [(Última consulta: 31 enero 2012). Disponible en <http://www.un.org/spanish/sc/committees/1267/1267_guidelines_sp.shtml>].

⁴⁸ *Report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team on the outcome of the review described in paragraph 25 of resolution 1822 (2008)* de 29 septiembre 2010.

mentos, alquileres, hipotecas, medicamentos, tratamientos médicos, honorarios legales y algunos más, pero el Comité debe ser notificado previamente y puede oponerse a ello⁴⁹. En ningún momento se plantea, no obstante, que el sancionado tenga derecho a plantear un recurso, condición imprescindible para la existencia de una auténtica tutela judicial efectiva.

Hasta el año 2006 no existía la posibilidad de que un particular pudiera tener contacto directo con las Naciones Unidas. El individuo dependía totalmente de la (buena) voluntad del gobierno de su Estado para defender su caso en el ejercicio de la protección diplomática. No obstante, en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario un individuo podría demandar a su gobierno ante un tribunal nacional si éste rehúsa ampararlo, recurriendo el acto nacional (o, en su caso, comunitario) de implementación de la sanción. Así, respondiendo a las críticas recaídas sobre el procedimiento de exclusión de la lista negra, el Consejo de Seguridad instó al Secretario General a establecer un «punto focal» en la Secretaría para recibir por primera vez peticiones provenientes de particulares o grupos⁵⁰. Sin embargo, los procedimientos ante el punto focal no permiten al individuo participar ni personalmente ni a través de un representante o asesor legal en el proceso de revisión, ni requieren que la ONU o cualquiera de los gobiernos proporcione al solicitante ningún tipo de información, más allá de la situación en la que se encuentra su solicitud de exclusión de la lista. Así, siguiendo el proceso descrito en el texto de las directrices hecho público, la resolución de cualquier tipo de petición de un particular sigue siendo un proceso esencialmente diplomático en el que el individuo tiene un papel muy secundario⁵¹. Este proceso no comporta ningún tipo de garantía en materia de derechos de defensa para el particular afectado⁵².

⁴⁹ Vide las «Directrices para la realización de su labor» del Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1267 (1999). Igualmente, vide MILLER, E. (2003), «The Use of Targeted Sanctions in the Fight against International Terrorism: What about Human Rights?», *American Society of International Law Proceeding* (Vol. 97), pp. 46-51, especialmente, pp. 49-50 y HEY, E. (2005), «The High-level Summit, International Institutional Reform and International Law», *Journal of International Law & International Relations*, Vol. 2/1, pp. 5-25.

⁵⁰ Vide, por ejemplo, el caso Asunto T-315/01, Kadi vs. Consejo y Comisión, Sentencia del TPI de 21 septiembre 2005, *Recueil de jurisprudence*, 2005, p. II-3649, §270 y la consiguiente Resolución 1730 (2006), de 19 diciembre del Consejo de Seguridad (U.N. Doc. S/RES/1730). El «punto focal» se hizo operativo el 30 de marzo de 2007.

⁵¹ Hasta junio de 2011, de las 25 peticiones para ser excluidos de la lista tramitadas a través del procedimiento del punto focal (relación con el comité de sanciones de Al Qaida) 3 particulares (de un total de 18) y 17 entidades (de un total de 22) fueron excluidos de la lista.

⁵² Entre el 30 de junio de 2008 y el 31 de julio de 2010, el Comité de sanciones examinó 488 nombres de particulares, grupos y entidades sujetos a sanciones del Comité de Al-Qaida y los Talibanes y excluyó de la lista 45 nombres. Vide el informe *Report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team on the outcome of the review described in paragraph 25 of resolution 1822 (2008)* de 29 septiembre 2010, p. 4.

Debido a la falta de transparencia, a los cuestionables niveles de protección de este procedimiento sancionador y a los litigios suscitados ante los tribunales europeos (especialmente el conocido caso *Kadi* ante el Tribunal de Luxemburgo), el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 1904 (2009) a través de la que creó la oficina del Ombudsman del Comité de Sanciones de Al-Qaida⁵³. Así, desde el 4 de junio de 2010 (fecha del nombramiento de la responsable de la oficina), los incluidos en las listas pueden solicitar su exclusión a esta autoridad. Según la resolución que lo crea, la función del Ombudsman consiste en asesorar al Comité de Sanciones a la hora de analizar las peticiones de exclusión de la lista. No obstante, la función de esta autoridad, lejos de asimilarse a la de un órgano judicial, y de acuerdo con su denominación, se asemeja más bien a la de un mediador. Dentro del procedimiento de «des-listado» existe una fase llamada de «diálogo», en la que los interesados, los Estados, el equipo de supervisión y el Comité participan en un diálogo facilitado por el Ombudsman, que es quien traslada las preguntas, peticiones y respuestas de unos a otros. A pesar de haber supuesto un avance, este procedimiento a caballo entre la protección diplomática y una pseudo-tutela judicial, no puede asimilarse ni de lejos a un procedimiento con todas las garantías.

El Tribunal General (antiguo TPI) de la UE ha establecido recientemente que la creación del Ombudsman de la ONU no resuelve la falta de tutela judicial efectiva que observa en el procedimiento sancionador del Comité de sanciones. Así, tal y como el Tribunal europeo ha dejado sentado el Consejo de Seguridad aún no ha establecido un órgano independiente e imparcial encargado de resolver, «de hecho y de Derecho, los recursos interpuestos contra las decisiones individuales adoptadas por el Comité de Sanciones». Además, la desclasificación de los elementos de prueba que pueden revelarse al interesado continúa dependiendo totalmente de la voluntad del Estado que propuso la inclusión de éste en la lista del Comité de Sanciones, y ningún mecanismo garantiza que el interesado disponga de suficientes elementos de información como para gozar de una defensa eficaz (ni siquiera que conozca la identidad del Estado que solicitó su inclusión en la lista del Comité de Sanciones). Es por todo ello que el Tribunal General concluye que «la creación del punto focal y del Ombudsman no puede asimilarse al establecimiento de un recurso jurisdiccional efectivo contra las decisiones del Comité de Sanciones»⁵⁴.

⁵³ WILLIS, G. L. (2011), «Security Council Targeted Sanctions, Due Process And The 1267 Ombudsperson», *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 42/3, pp. 673-745, especialmente, pp. 737-745.

⁵⁴ Asunto T-85/09, *Kadi vs. Comisión*, Sentencia del Tribunal General de 30 septiembre 2010, *Recopilación de jurisprudencia* 2010, §128. Vide SIMON, D. (2010), «Sanctions antiterroristes», *Europe* 2010 (Noviembre, núm. 11), pp. 12-14.

2. La lenta asimilación de los principios constitucionales en el ámbito internacional

Otra posibilidad sujetar el poder del Consejo de Seguridad a normas preestablecidas que respeten un mínimo de derechos fundamentales, especialmente la tutela judicial, dependerá en buena medida de una evolución que apenas ha comenzado. La tesis sería que en la medida en la que los poderes de las Naciones Unidas aumentan —y especialmente en el sentido de asumir competencias que hasta ahora ejercían los Estados— la Organización asimilará ciertos principios propios del Estado de Derecho relativos a la protección de derechos humanos y la forma de ejercer el poder que tomará de las tradiciones constitucionales de sus Estados miembros y de otros instrumentos internacionales que no la vinculan directamente para fortalecer su propia legitimidad y la de los actos que apruebe⁵⁵. Es decir, la ONU elegiría «libremente» el camino de la autolimitación de su poder a través de unos principios de naturaleza constitucional para, al igual que otras organizaciones internacionales hicieron en su momento (por ejemplo la Comunidad Europea, luego UE), legitimar su poder y, de paso, proporcionar argumentos a favor de la validez de sus actos a las instancias jurisdiccionales que eventualmente controlen sus acciones⁵⁶. Pero hay que advertir que este proceso de asimilación de principios constitucionales no es un óbice para la aplicación de las normas internacionales sobre derechos humanos a las Naciones Unidas en virtud de otro tipo de vinculación jurídica. Esto es, no se rechaza la naturaleza obligatoria del Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, en tanto que una fuente suplementaria e independiente de derechos fundamentales, la progresiva asimilación de principios constitucionales diferiría de las fuentes de Derecho internacional tradicionales. La naturaleza jurídica de este proceso sería pues, distinta de la adhesión a tratados internacionales, de la obligatoriedad del Derecho internacional consuetudinario o de los principios generales del Derecho internacional. También sería un caso distinto del que resultaría de la aplicación de la sucesión internacional o de la delegación de poderes condicionada al respeto de unos principios preestablecidos. El proceso que aquí se describe, por el contrario, implicaría la incorporación de principios de protección de derechos fundamentales emanados

⁵⁵ HALBERSTAM, D., STEIN, E. (2009), «The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic sanctions and individual rights in a plural world order», *Common Market Law Review*, Vol. 46/1, p. 24 (13-72). Los autores llaman a esta idea «Constitutional absorption» que bien podría traducirse por «asimilación constitucional».

⁵⁶ Sobre el compromiso unilateral con ciertos principios por parte de la administración territorial de Naciones Unidas, *vide* STAHN, C. (2008), *The Law and Practice of International Territorial Administration Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge University Press, pp. 481-484.

de los instrumentos jurídicos internacionales sobre la materia y, siguiendo la expresión ya utilizada en la jerga comunitaria, las tradiciones constitucionales comunes de sus Estados miembros. Así, estos principios, una vez asumidos por la Organización, tendrían un desarrollo distinto en el contexto de las Naciones Unidas. Es decir, la ONU, tras efectuar un análisis comparativo de los sistemas constitucionales de sus Estados miembros y de los tratados internacionales sobre la materia, extraería unos principios que posteriormente asumirían como propios los órganos que integran su estructura institucional y que constituirían una fuente independiente de legitimidad de sus actos.

La práctica reciente de Naciones Unidas podría sugerir que, efectivamente, la asimilación de ciertos principios está ya en marcha. La fuente de la que se están tomando está, sin embargo, limitada al Derecho internacional. Por ejemplo, en respuesta al requerimiento del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de que la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK, en sus siglas en inglés) proteja los derechos humanos en Kosovo —resolución 1244 (1999)—, el Secretario General estableció en su informe:

«En el cumplimiento de sus responsabilidades, la UNMIK se guiará por las normas internacionalmente reconocidas de derechos humanos y se basará en ellas para ejercer su autoridad en Kosovo. La UNMIK incorporará una «cultura» de derechos humanos en todas sus esferas de actividad y adoptará políticas de derechos humanos a los fines de sus funciones administrativas»⁵⁷.

Poco tiempo después, el primer reglamento aprobado por la UNMIK estableció en su articulado una clara referencia al principio de igualdad, clave para la emergencia del Estado de Derecho:

«Sección 2. Respeto de los estándares reconocidos internacionalmente

Al ejercer sus funciones, todas las personas que desempeñen funciones públicas o ejerzan cargos públicos en Kosovo respetarán los estándares en materia de derechos humanos reconocidos internacionalmente y no discriminarán a nadie por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional, étnico o social, asociación con alguna comunidad nacional, propiedad, racionamiento u otro estatus»⁵⁸.

⁵⁷ Informe del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, 12 julio 1999, §42.

⁵⁸ Reglamento núm. 1999/1, UNMIK/REG/1999/1, de 25 julio 1999, sobre la autoridad de la administración interina en Kosovo.

Esta primera norma fue rápidamente seguida por otra regulación más genérica sobre el Derecho aplicable en Kosovo que incorporaba al ordenamiento del territorio bajo administración de la ONU toda una batería de Convenios internacionales en materia de protección de derechos humanos y que abolió la pena de muerte⁵⁹. De la misma forma, la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (UNTAET, en sus siglas en inglés) promulgó normas prácticamente idénticas sobre la forma en que los funcionarios y agentes públicos debían acometer sus trabajos⁶⁰. Igualmente, el 6 de agosto de 1999, el Secretario General del momento promulgó un boletín «con el objeto de establecer principios y normas fundamentales del derecho internacional humanitario aplicables a las fuerzas de las Naciones Unidas que realizan operaciones bajo el mando y control de las Naciones Unidas»⁶¹. Sin establecer expresamente si las Naciones Unidas están o no directamente vinculadas por el Derecho internacional humanitario, el documento establece normas que reiteran lo esencial de las normas de Derecho internacional humanitario insertas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos de 1977 adicionales a éstos, que son los principales instrumentos de derecho humanitario⁶². También la Asamblea General ha sido activa en este ámbito, por ejemplo, con sus estrategias transversales para promover la igualdad de género en todas sus áreas de trabajo y fiscalizando e, incluso, censurando al Consejo de Seguridad por el impacto de sus programas de sanciones en los derechos humanos⁶³.

Aunque algunos ven en estas acciones una confirmación de que la ONU está sujeta al cumplimiento de las garantías internacionalmente reconocidas en materia de derechos humanos, otros permanecen escépticos sobre si es una cuestión de vinculación jurídica o una aceptación graciosa y voluntaria de responsabilidad que, por tanto, sería reversible y estaría

⁵⁹ Reglamento núm. 1999/24, UNMIK/REG/1999/24, de 12 diciembre 1999, sobre el Derecho aplicable en Kosovo. Esta disposición sería modificada por modificada por el Reglamento núm. 2000/59, UNMIK/REG/2000/59, de 27 octubre 2000. Igualmente, hay que tener en cuenta el Reglamento núm. 2001/9, UNMIK/REG/2001/9, de 15 mayo 2001, por el que se establece el Marco constitucional para el autogobierno provisional, y modificado por el Reglamento núm. 2002/9, UNMIK/REG/2002/9 y por el Reglamento núm. 29/2007, UNMIK/REG/2007/29.

⁶⁰ Reglamento núm. 1999/1, UNTAET/REG/1999/1, de 27 noviembre, sobre la autoridad de la Administración de transición en Timor Oriental.

⁶¹ *Vide* el preámbulo del Boletín del Secretario General. Observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas, de 6 agosto 1999.

⁶² En este sentido, *vide* RATNER, S. R. (2005), «Foreign Occupation and International Territorial Administration: The Challenges of Convergence», *European Journal of International Law*, Vol. 16/4, p. 705 (695-719).

⁶³ ÁLVAREZ, J. E., (2005), *International Organizations As Law-makers*, Oxford, University Press, p. 169.

lejos de ser exigible jurídica o jurisdiccionalmente⁶⁴. A pesar de que muchas de estos documentos incorporen derechos que, ciertamente exceden de las normas tradicionales sobre derechos humanos (por ejemplo, los reglamentos de UNMIK y UNTAET que prohíben la pena de muerte), sin embargo estas declaraciones parecen representar primeros pasos en un proceso de asimilación de principios constitucionales largo y complejo que no habría hecho sino empezar. Si estos primeros pasos son seguidos por nuevas declaraciones (que, en última instancia, podrían ser promulgadas con efectos jurídicos plenos) y referencias específicas a normas internacionales, poco a poco, se podría ir conformando un acervo normativo y unas prácticas tales que serían susceptibles de ir calando en las normas que regulan el funcionamiento de las Naciones Unidas hasta convertirse en plenamente vinculantes⁶⁵.

Esta idea de la progresiva asimilación de principios propios del Estado de Derecho por parte de las Naciones Unidas, evidentemente, está inspirada de forma directa en la evolución de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea⁶⁶. La Comunidad Europea, a través de su Tribunal de Justicia, desarrolló garantías en materia de derechos fundamentales antes de la aprobación del Tratado de Maastricht, cuando la protección de estos derechos quedó finalmente incorporada en el articulado del Tratado fundacional de la Unión Europea (artículo 6 TUE y TUE-L). La Comunidad Europea desarrolló derechos que cuyo alcance iba más allá de las normas consuetudinarias internacionales clásicas o de los principios generales del Derecho internacional. Y lo hizo desarrollando derechos fundamentales de forma autónoma imponiéndose, de esta forma, límites al ejercicio de su propio poder. Finalmente, la Comunidad Europea (luego UE) desarrolló estos principios no simplemente tomándolos tal cual de los distintos ordenamientos de sus Estados miembros, sino que el Tribunal de Justicia interpretó y construyó la categoría de las tradiciones constitucio-

⁶⁴ Entre los que ven una confirmación de que la ONU queda vinculada por los derechos humanos, *vide* DE WET, E. (2004), *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford, Hart, especialmente, p. 320. Para un punto de vista más escéptico, *vide* ÁLVAREZ, J. E., (2005), *International Organizations As Law-makers*, *op. cit.*, especialmente p. 171 y p. 179.

⁶⁵ En este sentido, *vide* RATNER, S. R. (2005), «Foreign Occupation and International Territorial Administration: The Challenges of Convergence», *op. cit.*, pp. 705-706 y ÁLVAREZ, J. E., (2005), *International Organizations As Law-makers*, *op. cit.*, pp. 88-89.

⁶⁶ Sobre esta cuestión, la bibliografía es casi inabarcable. Para una visión completa y exhaustiva del desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en el texto comunitario *vide* WEILER (1991), «The Transformation of Europe», *The Yale Law Journal*, Vol. 100/8, pp. 2403-2483 o, más recientemente, CANEDO ARRILLAGA, J. R. y GORDILLO PÉREZ, L. I. (2008), «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *Cuadernos Europeos de Deusto* (núm. 39), pp. 27-59.

nales comunes que, junto con el Convenio Europeo de Derechos Humanos se incorporaría al ordenamiento constitucional de la Unión Europea a través de los principios generales del Derecho⁶⁷.

IV. LA INESTABILIDAD INTERORDINAMENTAL SUPRANACIONAL: EL CASO *KADI*

1. La decisión del Tribunal de Justicia en el caso *Kadi*

Tras una controvertida decisión por parte del TPI (casos *Yusuf y Kadi*) en la que el Tribunal de instancia, entre otras cosas, se vino a declarar competente para controlar la validez del Derecho internacional usando como parámetro el propio *ius cogens*, el recurso que presentaron los afectados ante el entonces TJ fue visto por la doctrina como una oportunidad de que el alto tribunal clarificara las complejas relaciones entre el Derecho internacional y el comunitario⁶⁸. Las diferencias de fondo entre el TJ y el TPI son evidentes. Allí donde el TPI no dudó en aventurarse en el terreno del Derecho internacional (lo que le valió importantes críticas, especialmente de la doctrina francesa), el entonces TJ se ciñó voluntaria y exclusivamente al ámbito del Derecho comunitario⁶⁹. Es decir, a la sentencia del TJ subyace la máxima de que el Derecho comunitario dispone de suficientes recursos jurídicos para garantizar el respeto de los derechos

⁶⁷ HALBERSTAM, D. (2005), «The Bride of Messina: Constitutionalism and Democracy in Europe», *European Law Review*, Vol. 30/6, pp. 775-801, especialmente, pp. 800-801.

⁶⁸ Asunto T-306/01, *Yusuf y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo y Comisión*, Sentencia del TPI de 21 septiembre 2005, *Recueil de jurisprudence*, 2005, p. II-3533 y Asunto T-315/01, *Kadi vs. Consejo y Comisión*, Sentencia del TPI de 21 septiembre 2005, *Recueil de jurisprudence*, 2005, p. II-3649. Las críticas a esta jurisprudencia son numerosas y generalizadas en la doctrina. Así, entre otros, vide KUNOY, B., DAWES, A., «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», *op. cit.* No obstante, para un comentario que califica esta jurisprudencia de «valiente» y que establece una «construcción equilibrada», vide TOMUSCHAT, C., «Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005; Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005», *Common Market Law Review*, Vol. 43/2, 2006, pp. 537-551, especialmente, p. 551.

⁶⁹ Para unos comentarios críticos a la sentencia del TPI, vide GUILLAUME, G., «*Jus cogens et souveraineté*», PUISSOCHET J. P. *et alii*, *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui - Melanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Pedone, Paris, 2008, pp. 127-136, SIMON, D., MARIATTE, F., «Le Tribunal de première instance des Communautés: Professeur de droit international?», *Europe*, núm. 12, 2005, pp. 6-10, especialmente, pp. 9-10, JACQUE, J. P., «Le Tribunal de première instance face aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. «Merci Monsieur le Professeur'», *L'Europe des libertés*, núm. 19, 2006, pp. 2-6, especialmente, pp. 5-6.

fundamentales y que, en palabras de los autores más críticos, no tiene que «jugar» a ser «profesor de Derecho internacional»⁷⁰.

La sentencia *Kadi* del TJ, mediática como pocas, aborda tres cuestiones de importancia y de distinta complejidad. Así, de menor a mayor dificultad, analiza la base jurídica para adoptar el reglamento controvertido, a continuación, aborda el problema del control del fondo del acto recurrido y, finalmente, el de la competencia de la jurisdicción comunitaria para controlar la legalidad de un reglamento que implementa una decisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas⁷¹.

En lo que respecta a la primera cuestión, la de la base jurídica, baste decir aquí, para no volver sobre el tema en el análisis posterior, que el TJ «tiró de donde pudo»⁷². La sentencia estructura sus consideraciones sobre esta cuestión procedimental en tres puntos. En primer lugar, apunta que los artículos 60 TCE (75 TFUE) y 301 TCE (215 TFUE) no pueden constituir por sí mismos base jurídica suficiente de la medida restrictiva en tanto que dichas disposiciones se refieren, sustancialmente, a los movimientos de capitales o a las relaciones económicas en relación con terceros países, lo que no son ni Usama bin Laden ni la red Al-Qaida⁷³. La sentencia constata, en segundo lugar, que el artículo 308 TCE (352 TFUE), que permite al Consejo adoptar las disposiciones pertinentes «[c]uando una acción de la

⁷⁰ Esta frase la emplearía el título de uno de los comentarios más tempranos y citados de las sentencias del TPI, así *vide* SIMON, D., MARIATTE, F., «Le Tribunal de première instance des Communautés : Professeur de droit international?», *op. cit.*, especialmente, pp. 9-10.

⁷¹ Los comentarios sobre esta sentencia son numerosos y seguirán aumentando, entre otros, *vide* TZANOU, M., «Case-note on Joined Cases C-402/05 P & C-415/05 P Yassin Abdullah Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council of European Union & Commission of European Communities», *German Law Journal*, Vol. 10/2, 2009, pp. 123-154, 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», *op. cit.*, CASSIA, P., DONNAT, F., «Terrorisme international et droits fondamentaux : les leçons du droit communautaire Commentaire sous Cour de justice des Communautés européennes, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation, aff. C-402/05 P et C-415/05 P», *Revue Française de Droit Administratif*, Vol. 24/6, 2008, pp. 1204-1218, TRIDIMAS, T., «Terrorism and the ECJ: Empowerment and democracy in the EC legal order», *European Law Review*, Vol. 34/1, 2009, pp. 103-126, SANFRUTOS CANO, E., «Unión Europea: Comentario a la STJ de 3 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados C-402/2005 P y C-415/2005 P, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión», *op. cit.*, pp. 69-82, GRILLER, S., «International Law, Human Rights and the Community's Autonomous Legal Order. Notes on the European Court of Justice Decision in Kadi», *European Constitutional Law Review*, Vol. 4/3, 2008, pp. 528-553.

⁷² *Vide* CASSIA, P., DONNAT, F., «Terrorisme international et droits fondamentaux (...)», *op. cit.*, p. 1205.

⁷³ Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 3 septiembre 2008, *op. cit.*, §§163-193.

Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto» no puede justificar la adopción de actos comunitarios relativos a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), que es un objetivo de la Unión Europea y no de la Comunidad⁷⁴. Sin embargo, en tercer y último lugar, la base jurídica del Reglamento podría ser hallada en la combinación de los artículos 60 TCE (75 TFUE), 301 TCE (215 TFUE) y 308 TCE (352 TFUE). Para el TJ, la implementación de medidas restrictivas de naturaleza económica decididas en el marco de la PESC a través de la utilización de un instrumento comunitario presenta una conexión con el funcionamiento del mercado común, que es uno de los objetivos de la Comunidad en el sentido del artículo 308 TCE. Este artículo, además, permitiría sobrepasar los límites del ámbito de aplicación *ratione personae* de los artículos 60 TCE (75 TFUE) y 301 TCE (215 TFUE) para hacer posible la imposición de medidas restrictivas a personas que no tengan ningún vínculo con el régimen dirigente de un tercer Estado⁷⁵.

El TJ, a continuación, entró a examinar las otras cuestiones relativas, por una parte, a la competencia de la jurisdicción comunitaria para controlar la legalidad de un reglamento que implementa una decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y, por otra, la relativa a la conformidad de las medidas restrictivas específicas (llamadas «inteligentes» en la jerga de la ONU) con los derechos fundamentales⁷⁶. En este sentido, la Gran Sala, en la línea de lo establecido en sus conclusiones por el Abogado General Poiares Maduro, determinó que el TPI erró al concluir que los tribunales comunitarios no tienen jurisdicción para controlar la plena legalidad de las medidas comunitarias, incluso cuando dichas medidas constituyen la ejecución de obligaciones jurídicas emanadas del Derecho de Naciones Unidas que no concede a la Comunidad ningún «margen de apreciación autónomo» que le permitiera actuar en otro sentido⁷⁷. Así, el TJ reafirmó la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario en relación con todas las categorías del Derecho internacional y consagró a los tribunales comunitarios como los jueces últimos de la compatibilidad de la legislación comunitaria con los derechos fundamentales.

⁷⁴ *Ibidem*, §§194-211, especialmente, §198.

⁷⁵ *Ibidem*, §§212-236, especialmente, §227 y §§229-230.

⁷⁶ Nótese como el TJ se cuida bien de utilizar la expresión «medidas restrictivas» y evita el término «sanción».

⁷⁷ Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 3 septiembre 2008, *op. cit.*, §84.

2. La consagración de la autonomía del Derecho de la UE

Es importante entender los fundamentos de la decisión del TJ de anular las sentencias del TPI. De hecho, ninguno de los Tribunales aceptó, aunque por distintas razones, que el Derecho internacional obligue a que la Carta de las Naciones Unidas prevalezca sobre el Derecho comunitario o imponga límites estructurales al poder de control de legalidad que ostentan los tribunales comunitarios. El TPI, por su parte, basaba su argumentación en que la Comunidad no es miembro de la ONU, ni destinataria de las resoluciones del Consejo de Seguridad, ni el sucesor de los derechos y obligaciones de los Estados miembros con arreglo al Derecho internacional público⁷⁸. Por su parte, el TJ justificó su posición en que:

«(...) la Carta de las Naciones Unidas no obliga a seguir un método determinado para la aplicación de las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de dicha Carta, ya que dicha aplicación debe producirse conforme a la normativa aplicable al respecto en el ordenamiento jurídico interno de cada Miembro de la ONU. En efecto, la Carta de las Naciones Unidas permite en principio que los Miembros de la ONU elijan libremente entre los diferentes métodos posibles de recepción de tales resoluciones en su ordenamiento jurídico interno»⁷⁹.

En cambio, el desacuerdo entre el TJ y el TPI se limita a sus interpretaciones divergentes sobre la relación entre distintas disposiciones normativas clave del TCE. Para el TPI, el ordenamiento jurídico comunitario permite al Derecho de las Naciones Unidas establecer límites a los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento comunitario. Esta conclusión que, en palabras del Abogado General, «esencialmente equivale a una norma de primacía que emana del Tratado CE», se basa en dos argumentos:

En primer lugar, el TPI consideró que a la luz de la teoría de la sucesión desarrollada por el TJ en el caso *International Fruit Company* (*vide supra*) y dado que en las áreas cubiertas por el TCE la Comunidad había asumido las competencias que previamente ejercían los Estados miembros en el ámbito regulado por la Carta, las previsiones de la Carta de Naciones Unidas que regulan esas mismas áreas tenían el efecto de vincular a la Comunidad. Es decir, en palabras del TPI:

«Es evidente por tanto que, en la medida en que la Comunidad haya asumido, con arreglo al Tratado CE, competencias anteriormen-

⁷⁸ Asunto T-306/01, *Yusuf y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo y Comisión*, *op. cit.*, §242 y asunto T-315/01, *Kadi vs. Consejo y Comisión*, *op. cit.*, §192.

⁷⁹ Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 3 septiembre 2008, *op. cit.*, §298.

te ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación de la Carta de las Naciones Unidas, las disposiciones de dicha Carta son vinculantes para la Comunidad [véase por analogía, en lo relativo a la cuestión de si el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947 vincula a la Comunidad, la sentencia *International Fruit*, apartado 18; véase igualmente la sentencia *Dorsch Consult/Consejo y Comisión*, citada en el apartado 158 supra, apartado 74, que reconoce que, al aplicar una medida de embargo comercial establecida por una resolución del Consejo de Seguridad, la Comunidad ejerce una competencia reglada].

Al término de este razonamiento, procede considerar, por una parte, que la Comunidad no puede violar las obligaciones que la Carta de las Naciones Unidas impone a sus Estados miembros ni obstaculizar el cumplimiento de las mismas y, por otra parte, que la Comunidad se encuentra obligada, en virtud del propio Tratado que la creó, a adoptar en el ejercicio de sus competencias todas las disposiciones necesarias para permitir que sus Estados miembros respeten tales obligaciones»⁸⁰.

En segundo lugar, el TPI consideró que la reclamación de que los tribunales comunitarios podían tener jurisdicción para controlar la legalidad de las medidas comunitarias que constituyesen la implementación de obligaciones emanadas de Naciones Unidas que no conceden a la Comunidad ningún «margen de apreciación autónomo» es contraria a varias disposiciones del TCE (particularmente los artículos 5 —5 TUE-L—, 10 —4 TUE-L—, 297 —347 TFUE— y 307,1 —351 TFUE—)⁸¹, contraria al Tratado de la Unión Europea (en concreto, al artículo 5 TUE, 13 TUE-L)⁸² y al principio general

⁸⁰ Asunto T-306/01, *Yusuf y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo y Comisión*, *op. cit.*, §§253-254 y asunto T-315/01, *Kadi vs. Consejo y Comisión*, *op. cit.*, §§203-204. Los mismos argumentos se recogen, con otras palabras, en T-253/02, *Ayadi vs. Consejo*, Sentencia del TPI de 12 julio 2006, *op. cit.*, §116, T-49/04, *Hassan vs. Consejo y Comisión*, Sentencia del TPI de 12 julio 2006, *op. cit.*, §92 y T-362/04, *Minin vs. Comisión*, Sentencia del TPI de 31 enero 2007, *op. cit.*, §67 y §101.

⁸¹ El artículo 5 TCE (5 TUE-L) establece el principio de subsidiariedad. El artículo 10 TCE (4 TUE-L), por su parte, establece el principio de cooperación leal. El artículo 297 TCE (347 TFUE) permite la existencia de obstáculos a las operaciones del mercado común cuando son causadas por medidas adoptadas por los Estados miembros para hacer frente a las obligaciones contraídas por los Estados para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. El artículo 307,1 TCE (351 TFUE) establece que los derechos y obligaciones derivados de los acuerdos internacionales concluidos con terceros Estados antes de la adhesión de cada Estado miembro a la UE no se verá afectado por las previsiones del TCE (TUE-L y TFUE). Sin embargo, en la medida que esos acuerdos no sean compatibles con el TCE (TUE-L y TFUE), cada Estado miembro debe adoptar las medidas necesarias para eliminar las incompatibilidades existentes.

⁸² El artículo 5 TUE (13 TUE-L) establece que las instituciones comunitarias, entre ellas los tribunales comunitarios, ejercerán sus competencias en las condiciones y para los fines previstos en el TCE y en el TUE.

de Derecho comunitario que establece que las competencias de la Comunidad deben ser ejercidas de acuerdo con el Derecho internacional⁸³. El TPI, además, adoptó una perspectiva internacionalista «atrevida», pasando a considerar al ordenamiento comunitario como a cualquier otro ordenamiento interno a los efectos de su relación respecto del ordenamiento jurídico emanado de las Naciones Unidas, estando todos ellos subordinados a la Carta de la ONU que estaría en la cúspide de la pirámide normativa⁸⁴.

Por el contrario, el TJ descartó el argumento según el cual su control sobre el Reglamento recurrido conduciría de hecho a un control indirecto de la resolución del Consejo de Seguridad subyacente. Al hacer esto, el TJ reafirmó la distinción que tradicionalmente ha establecido (no sin críticas) entre el control de la legalidad de un acuerdo internacional, que los tribunales comunitarios no son competentes para efectuar, y el control de legalidad de las medidas comunitarias destinadas a dar efecto al acuerdo internacional en cuestión, actuación que los tribunales comunitarios sí son competentes para acometer, dado que la anulación de una medida comunitario destinada a dar efecto a una norma internacional no supone ninguna amenaza a la primacía de dicha norma en el ordenamiento jurídico internacional⁸⁵. En efecto, en palabras del TJ en el asunto *Kadi*:

«A este respecto es preciso subrayar que, en un contexto como el de los presentes asuntos, el control de legalidad que debe así garantizar el juez comunitario recae en el acto comunitario destinado a aplicar el acuerdo internacional de que se trate, y no en este último como tal.

⁸³ Vide los asuntos T-306/01, *Yusuf y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo y Comisión*, op. cit., §273; T-315/01, *Kadi vs. Consejo y Comisión*, op. cit., §222; T-253/02, *Ayadi vs. Consejo*, Sentencia del TPI de 12 julio 2006, op. cit., §116; T-49/04, *Hassan vs. Consejo y Comisión*, Sentencia del TPI de 12 julio 2006, op. cit., §92 y T-362/04, *Minin vs. Comisión*, Sentencia del TPI de 31 enero 2007, op. cit., §101. Igualmente, vide los asuntos C-286/90, *Anklagemindigheden vs. Poulsen and Diva Navigation*, Sentencia del TJ de 24 noviembre 1992, op. cit., §9 y C-162/96, *Racke vs. Hauptzollamt Mainz*, Sentencia del TJ de 16 junio 1998, *Recopilación de jurisprudencia*, 1998, p. I-03655, §§45-46. Sin embargo, estos dos últimos casos se referían únicamente a la interacción entre el Derecho comunitario derivado y el Derecho internacional, no entre el Derecho primario y el internacional.

⁸⁴ Uno de los primeros comentarios de esta jurisprudencia del TPI que, a diferencia de los posteriores, no sólo no criticó la aproximación realizada por el TPI sino que calificó dicha jurisprudencia de «atrevida» o «valiente» («*courageous*»), vide TOMUSCHAT, C., «Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005; Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005», op. cit., especialmente, p. 551. Para una crítica a la subordinación del ordenamiento comunitario al de la ONU, vide EECKHOUT, P., «Community Terrorism Listings Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit», *European Constitutional Law Review*, Vol. 3/2, 2007, pp. 183-206 y ALMQVIST, J., «A human rights critique of European judicial review: counter-terrorism sanctions», op. cit., pp. 303-332.

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

Por otra parte, una eventual sentencia de un tribunal comunitario en la que se declarase que un acto comunitario destinado a aplicar una resolución de tales características viola una norma superior del ordenamiento jurídico comunitario no implicaría poner en entredicho la primacía de dicha resolución en el ámbito del Derecho internacional»⁸⁶.

Si el Tratado de la Comunidad Europea ha establecido un sistema completo de recursos y procedimientos jurídicos que aseguran que todos los actos de las instituciones están sujetos al control judicial, entonces todas las medidas comunitarias deberían estar sujetas al mismo grado de control, con independencia de la naturaleza jurídica de la medida (v. gr. una resolución del Consejo de Seguridad) que esté en su origen⁸⁷.

El TJ también consideró que mientras que la Comunidad debe respetar el Derecho internacional, y en particular el Derecho emanado de las Naciones Unidas, en el ejercicio de sus competencias, no existe base jurídica en el TCE que justifique el argumento según el cual las medidas adoptadas en desarrollo de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU gozan de inmunidad de jurisdicción, es decir, no están sujetas al control de legalidad por parte de los tribunales comunitarios⁸⁸. Además, a pesar de que los artículos 297 TCE (347 TFUE) y 307 TCE (351 TFUE) pueden justificar ciertas derogaciones del Derecho primario (*vide supra*),

«Sin embargo, no cabe interpretar dichos artículos en el sentido de que permitan establecer excepciones a los principios de libertad,

⁸⁵ Sobre la distinción entre el control de los acuerdos en sí y de las medidas de ejecución de los mismos, *vide* el asunto C-327/91, *Francia vs. Comisión*, Sentencia del TJ de 9 agosto 1994, *op. cit.*, §§21 y 24-25. Igualmente, *vide* HENDRY, I. D., HYETT, S., MACLEOD, I., *The External Relations of the European Communities: A Manual of Law and Practice*, Clarendon, Oxford, 1996, especialmente, pp. 129-132.

⁸⁶ Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 3 septiembre 2008, *op. cit.*, §§286-288.

⁸⁷ En este sentido, *vide* EDITORIAL, «The rule of law as the backbone of the EU», *Common Market Law Review*, Vol. 44/4, 2007, pp. 875-881.

⁸⁸ La obligación de la Comunidad de ejercer sus competencias respetando el Derecho internacional se recuerda en la propia sentencia del caso *Kadi*, *vide* los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 3 septiembre 2008, *op. cit.*, §291.

democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, consagrados como bases de la Unión en el artículo 6 UE, apartado 1»⁸⁹.

El control que ejercen los tribunales comunitarios, en el ámbito del ordenamiento jurídico interno y autónomo de la Comunidad, sobre la validez de una medida comunitaria a la luz de los derechos fundamentales es una garantía constitucional derivada del Tratado de la Comunidad y que no puede ser menoscabada por las provisiones de un acuerdo internacional, ni siquiera por aquellas emanadas de la Carta de las Naciones Unidas⁹⁰. En ese sentido, el hecho de que el TJ trate a la Carta de la ONU, al menos en lo que respecta a su relación con el Derecho comunitario, de la misma manera que a cualquier otro tratado internacional, respondería en el fondo a su posición tradicional según la cual el ordenamiento jurídico comunitario y el internacional operan en planos separados y, para el TJ, sus relaciones están reguladas únicamente por el propio ordenamiento comunitario⁹¹. Por tanto, no hay razón para sostener que la Carta de Naciones Unidas, al igual que las normas constitucionales nacionales, esté en disposición de cuestionar o afectar a la naturaleza, significado o primacía de los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento comunitario⁹².

Finalmente, incluso si el ordenamiento comunitario pudiera otorgar a las resoluciones del Consejo de Seguridad un cierto efecto de primacía sobre el Derecho comunitario, algo que el TJ ciertamente deja abierto, dicha primacía alcanzaría únicamente a los actos de Derecho comunitario derivado y no al Derecho primario u originario ni tampoco a los principios generales del Derecho, entre los que se incluyen los derechos fundamentales. En efecto, como claramente estableció el Tribunal de Luxemburgo:

⁸⁹ *Ibidem*, §303.

⁹⁰ *Ibidem*, §§316-317.

⁹¹ Así, como se ha visto supra, el TJ ha denegado efectos sobre el plano comunitario a acuerdos internacionales adoptados en virtud de una base jurídica equivocada (*vide* los asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04, *Parlamento vs. Consejo y Comisión*, Sentencia del TJ de 30 mayo 2006, *op. cit.*), en violación de la obligación de cooperación leal (C-25/94, *Comisión vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 19 marzo 1996, *Recueil de jurisprudence*, 1996, p. I-1469, especialmente §40-51) o que son contrarios a los principios generales del Derecho comunitario (asunto C-122/95, *Alemania vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 10 marzo 1998, *op. cit.*).

⁹² Sobre este mismo principio aplicado a las normas constitucionales nacionales, *vide, inter alia*, el asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Sentencia del TJ de 17 diciembre 1970, *op. cit.*, §3; el asunto 234/85, *Proceso penal contra Keller*, Sentencia del TJ de 8 octubre 1986, *Recueil de jurisprudence*, 1986, p. 2897, §7 y los asuntos acumulados 97/87, 98/87 y 99/87, *Dow Chemical Ibérica y otros vs. Comisión*, Sentencia del TJ de 17 octubre 1989, *Recueil de jurisprudence*, 1989, p. 3165, §38.

«La tesis de la inmunidad de jurisdicción del Reglamento controvertido en lo que respecta al control de su compatibilidad con los derechos fundamentales, inmunidad resultante de la pretendida primacía absoluta de las resoluciones del Consejo de Seguridad que dicho Reglamento está destinado a aplicar, 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.

En efecto, el artículo 300 CE, apartado 7, dispone que los acuerdos celebrados en las condiciones mencionadas en dicho artículo serán vinculantes para las instituciones de la Comunidad, así como para los Estados miembros.

Así pues, en virtud de dicha disposición, si fuera aplicable a la Carta de las Naciones Unidas, esta última disfrutaría de primacía sobre los actos de Derecho comunitario derivado (...).

Sin embargo, esta primacía en el ámbito del Derecho comunitario no se extendería al Derecho primario ni, en particular, a sus principios generales, entre los que figura el respeto de los derechos fundamentales»⁹³.

Así pues, cabe concluir que el TJ restableció la tradicional jerarquía de normas dentro del ordenamiento jurídico comunitario que el TPI indebidamente había modificado⁹⁴.

3. El TJ como último guardián de los derechos fundamentales

Por distintas razones, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en *Kadi* vuelve a confirmar a los tribunales comunitarios (el TJ, el TPI y también el Tribunal de la Función Pública) como los guardianes últimos de la compatibilidad de la legislación comunitaria con los derechos fundamentales.

En primer lugar, la sentencia establece que el nivel de control por parte de los tribunales comunitarios de las medidas que implementan obli-

⁹³ Vide los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 3 septiembre 2008, *op. cit.*, §§305-308. Igualmente, vide el asunto C-308/06, *Intertanko y otros*, Sentencia del TJ de 3 junio 2008, *Recueil de jurisprudence*, 2008, p. I-4057, §42, donde se recuerda que en virtud del artículo 300.7 TCE (218 TFUE) «las instituciones de la Comunidad están vinculadas por los acuerdos celebrados por ella, y que, por tanto, esos acuerdos disfrutan de primacía sobre las disposiciones del Derecho comunitario derivado».

⁹⁴ En este sentido, vide VITZTHUM, N. G., «Les compétences législatives et juridictionnelles de la Communauté européenne dans la lutte contre le terrorisme – l'affaire «Kadi»», *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, Vol. 11/3, 2008, pp. 375-429, especialmente, pp. 420-426, donde se cuestiona sobre si las resoluciones del Consejo de Seguridad prevalecen sobre el Derecho comunitario.

gaciones derivadas del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario ya no va a depender de si las instituciones comunitarias dispusieron o no de margen de apreciación o discrecionalidad⁹⁵. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia en *Kadi, Yusuf y Al Barakaat, Ayadi, Hassan, Minin, OMPI, Kongra-Gel, PKK, Al-Aqsa y Sison* (*vide supra*), el alcance de la jurisdicción de los tribunales comunitarios para controlar las medidas comunitarias que impongan sanciones a los individuos sospechosos de estar asociados con el terrorismo estaba artificialmente condicionado por el hecho de si las medidas comunitarias que imponían dichas sanciones simplemente reproducían las listas aprobadas en el Consejo de Seguridad de la ONU o si, al contrario, eran adoptadas de forma autónoma por la Comunidad⁹⁶. Así, mientras que la legalidad de las sanciones sobre particulares impuestas por actos comunitarios que se basaban en los listados de los comités de sanciones de Naciones Unidas sólo estaba sometida a un más que improbable control indirecto a la luz del *ius cogens*, los particulares que eran objeto de sanciones autónomas adoptadas por la Comunidad podían, por el contrario, exigir un mayor grado de protección de sus derechos desde un punto de vista procedimental e, incluso, sustantivo⁹⁷. La sentencia *Kadi* del TJ, por su parte, asegurará que todas las sanciones económicas que se impongan a los particulares por la Comunidad Europea estarán sujetas al mismo nivel de control por parte de los tribunales comunitarios, con independencia de si la Comunidad ha ejercido o no cierto margen de discrecionalidad.

En segundo lugar, el TJ rechaza la noción de que existen «cuestiones

⁹⁵ En este sentido, *vide* ECKES, C., «Case T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran v. Council and UK (OMPI)*, Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 12 December 2006», *op. cit.*, pp. 1117-1129, especialmente, p. 1119.

⁹⁶ *Vide* los asuntos T-315/01, *Kadi vs. Consejo y Comisión*, *op. cit.*; T-306/01, *Yusuf y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo y Comisión*, *op. cit.*; T-253/02, *Ayadi vs. Consejo*, *op. cit.*; T-49/04, *Hassan vs. Consejo y Comisión*, *op. cit.*; T-362/04, *Minin vs. Comisión*, *op. cit.*; la saga *OMPI-PMOI*, asuntos T-228/02, *OMPI*, T-256/07, *PMOI I* y T-284/08, *PMOI II*, *op. cit.*; T-253/04, *Kongra-Gel vs. Consejo*, *op. cit.*; T-229/02, *Osman Ocalan en nombre del PKK vs. Consejo*, *op. cit.*; T 47/03, *Jose María Sison vs. Consejo*, *op. cit.* y T-327/03, *Stichting Al-Aqsa vs. Consejo*, *op. cit.*, todos ellos comentados *supra*.

⁹⁷ No obstante, también se podría objetar que en los casos *OMPI, Kongra-Gel, PKK, Al-Aqsa y Sison*, al hacer hincapié en el aspecto procedimental más que en el sustantivo, el TPI fue excesivamente deferente para con el Consejo y su decisión de incluir o no a sujetos en los listados comunitarios y descuidaron, por tanto, la protección sustantiva de los derechos. En este sentido, *vide* ECKES, C., «Case T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran v. Council and UK (OMPI)*, Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 12 December 2006», *op. cit.*, pp. 1117-1129, especialmente, p. 1129 y TRIDIMAS, T., GUTIÉRREZ FONS, J. A., «EU law, International law, and economic sanctions against terrorism: the judiciary in distress?», *Fordham International Law Journal*, Vol. 32/2, 2009, pp. 660-730, especialmente, pp. 697-702.

políticas» sobre las cuales los tribunales comunitarios no tienen jurisdicción⁹⁸.

La expresión «cuestión política» (traducción del inglés «*political question*»), más conocida en la doctrina iuspublicista europea como «acto político o de gobierno» aludiría a aquél ámbito de la actividad gubernamental exento de fiscalización jurisdiccional. Es comúnmente aceptado por la doctrina que fue el Tribunal Supremo de Estados Unidos la instancia que reconoció por vez primera la incompetencia de los tribunales para controlar o decidir sobre toda *political question* en su sentencia del caso *Luther vs. Borden* de 1849⁹⁹. No obstante, el primitivo Consejo de Estado francés ya tuvo que lidiar con una cuestión similar en su célebre sentencia sobre el caso *Laffitte* de 1822¹⁰⁰. Corresponda a quien sea el honor de haber inaugurado esta teoría, lo importante es que en ella se defiende que un sector de la actividad del Gobierno no podrá ser controlada por los órganos judiciales. Evidentemente, la ausencia de control es una cuestión que choca con los principios básicos del Estado de Derecho, por ello la tendencia en el moderno Estado constitucional de Derecho consiste en aceptar un cierto margen de autonomía al Gobierno pero cada vez menor y, en todo caso, siempre será susceptible de control el proceso por el cual se adopta la decisión «política» o «de gobierno»¹⁰¹.

⁹⁸ Vide las conclusiones del Abogado General en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 3 septiembre 2008, *op. cit.* §§33-34 y la nota 39.

⁹⁹ *Luther vs. Borden*, 48 U.S. 1 (1849). No obstante, hay quien sostiene que en el caso *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (Cranch 1) 137 (1803) ya se encontraban algunos de los principios de esta doctrina. Sobre la «*political question*» en general, vide CHEMERISNKY, E., *Constitutional Law. Principles and Policies*, 3rd ed., Aspen, New York, 2006, pp. 129-149 y pp. 284-286. Igualmente, vide STONE, G. R. *et alii*, *Constitutional Law*, 5th ed., Aspen, New York, 2005, pp. 119-158.

¹⁰⁰ Caso *Laffitte*, Decisión del Consejo de Estado francés de 1 mayo 1822, *Recueil Lebon*, 1821-1825 p. 202. Igualmente, vide el caso *Duc d'Aumale et Michel Lévy*, Decisión del Consejo de Estado francés de 9 mayo 1867, *Recueil Lebon*, 1867, p. 472 y el giro jurisprudencial a favor de un mayor control en el caso *Prince Napoléon*, Decisión del Consejo de Estado francés de 19 febrero 1875, *Recueil Lebon*, 1875, p. 155. Sobre este último caso (núm. 3 en la recopilación *Grands arrêts*), vide el comentario en LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15e ed., Dalloz, París, 2005, pp. 16-26. Igualmente, vide LACHAUME, J. F., PAULIAT, H., *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 14e ed., PUF, París, 2007, pp. 665-678. Para un análisis de la evolución histórica de esta categoría en Derecho administrativo francés, vide DUEZ, P., *Les actes de gouvernement*, Dalloz, París, 2006 (reimpresión del original de 1935), especialmente, pp. 30-37.

¹⁰¹ Para un comentario sobre el control judicial de los actos políticos o de gobierno en Derecho español, vide el clásico GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, pp. 159-205. Igualmente, vide

Un argumento a favor del empleo de la teoría de la «cuestión política» en el asunto *Kadi* fue traído a colación por la propia Comisión europea, por el Consejo y por el Reino Unido que sostenían que los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales no eran susceptibles de ser sometidos al control judicial. La sentencia del TPI en el asunto *OMPI* ya sugería que las limitaciones a la competencia de los tribunales comunitarios para controlar la validez de las medidas comunitarias que constituían la implementación de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas estaban basadas únicamente en el hecho de que dicho control no podía conducir en ningún caso a que la institución revisara su posición y no en que el ámbito concreto de las sanciones no fuera en sí mismo susceptible de control judicial¹⁰².

Aunque la sentencia del TJ no entra de lleno en esta cuestión, sí que lo rechazaría implícitamente al establecer que:

«(...) [L]os tribunales comunitarios deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, control que también se extiende a los actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como el Reglamento controvertido»¹⁰³.

Así pues, todos los actos comunitarios, independientemente de su objeto y contenido, están sujetos al mismo estándar de control en relación con los derechos fundamentales por parte los tribunales comunitarios.

El TJ también rechazó correctamente las demandas de la Comisión y del Reino Unido según las cuales el control por parte del Tribunal de Justicia de las medidas sancionadoras de las Naciones Unidas debería limitarse a establecer si «la violación de los derechos humanos resulta parti-

SÁIZ ARNAIZ, A., «Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de administración pública*, núm. 134, 1994, pp. 225-252, EMBID IRUJO, A., CARRERAS SERRA, F., GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E., «Funciones constitucionales y actos del gobierno», PAREJO ALFONSO, L. J. (coord.), *Estudios sobre el gobierno: Seminario sobre el Proyecto de Ley Reguladora del Gobierno*, Universidad Carlos III, Madrid, 1996, pp. 243-262, JORDANO FRAGA, J., «¿Jaque mate al acto político?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 95, 1997, pp. 417-446, NAVAS CASTILLO, F., «Veinticinco años de actos de Gobierno», *Revista de Derecho Político*, núm. 58-59, 2003 2004, pp. 621-640 y CUADRADO ZULOAGA, D., «Los llamados actos políticos», *Actualidad administrativa*, núm. 22, 2007, pp. 2745-2756.

¹⁰² Asuntos T-228/02, *OMPI*, Sentencia del TPI de 12 diciembre 2006, *op. cit.*, §§100 y 112-113.

¹⁰³ Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo*, Sentencia del TJ de 3 septiembre 2008, *op. cit.*, §326.

cularmente flagrante y evidente» o, como apuntó el Abogado General recogiendo las alegaciones del Reino Unido, o simplemente «reducirse “a su grado mínimo”»¹⁰⁴. Es más, cuando una medida comunitaria imponga severas restricciones a los derechos fundamentales de los individuos alegando un peligro extraordinario para la seguridad pública, el empleo de este presupuesto habilitante aumenta, y no disminuye, la necesidad de los tribunales comunitarios de ejercer un control de legalidad total y minucioso sobre dichas medidas.

De hecho, cabe recordar aquí un argumento de legitimidad y es que mucho de se ha discutido sobre la tradicional indiferencia de los ciudadanos de la Unión hacia las instituciones comunitarias¹⁰⁵. Quizá este sentimiento no hubiera hecho sino incrementarse si la protección jurídica dispensada por el Derecho comunitario frente a sanciones de las Naciones Unidas que sobrepasan los límites de los derechos fundamentales hubiera sido la que con tantos límites y excepciones configuró inicialmente el Tribunal de Primera Instancia. Así, parecería que el TJ buscó deliberadamente no profundizar en ese diálogo internacional constructivista que ha sido generalmente presentado como uno de los puntos fuertes de la Unión Europea como actor global y, sin embargo, ha preferido reforzar el diálogo constitucional interno con sus propios ciudadanos¹⁰⁶. Y este paso en la búsqueda de la legitimación dado por el TJ quizá no debería ser criticado sino aplaudido.

Finalmente, al anular las sentencias del TPI en los asuntos *Kadi*, *Yusuf* y *Al Barakaat*, el TJ ha asegurado que la uniformidad del Derecho comunitario no se verá comprometida. Algunos autores han mostrado su preocupación ante el hecho de que si el TJ hubiera defendido las posiciones del TPI y, consecuentemente, hubiera otorgado inmunidad jurisdiccional a las medidas comunitarias que implementaran las sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los tribunales nacionales se habrían visto tentados de intervenir y proporcionar un adecuado control

¹⁰⁴ *Ibidem*, §272 y las conclusiones del Abogado General en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi* y *Al Barakaat International Foundation vs. Consejo*, *op. cit.*, §35.

¹⁰⁵ PETERS, A., «European democracy after the 2003 Convention», *Common Market Law Review*, Vol. 41/1, 2004, pp. 37-85, especialmente, pp. 84-85, MENÉNDEZ, A. J., «Between Laeken and the Deep Blue Sea - An Assessment of the Draft Constitutional Treaty from a Deliberative-Democratic Standpoint», *European Public Law*, Vol. 11/1, 2005, pp. 105-144 y SNELL, J., ««European constitutional settlement» an ever-closer union, and the Treaty of Lisbon: democracy or relevance?», *European Law Review*, Vol. 33/5, 2008, pp. 619-642.

¹⁰⁶ En este sentido, *vide* KUNOY, B., DAWES, A., «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», *op. cit.*, p. 102. Igualmente, *vide* DE BÚRCA, G., «The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*», *op. cit.*, pp. 45-55. Sobre esta cuestión (la concepción pluralista vs. la constitucionalista) se volverá *infra*.

judicial ellos mismos en última instancia, en lugar de los tribunales comunitarios¹⁰⁷. En este sentido, cabría recordar la famosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) en los casos *Solange* y *Bananenmarktordnung*, donde la alta instancia de Karlsruhe se reserva el derecho de controlar la legalidad de los actos comunitarios en relación con la Ley Fundamental si el nivel de protección de los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario cae a un umbral por debajo del estándar mínimo de protección dictado por la Constitución germana¹⁰⁸. Esta inquietud se vería justificada, igualmente, por el hecho de que dado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó en su sentencia sobre el caso *Bosphorus* controlar la convencionalidad del Derecho comunitario a menos que la protección otorgada a los derechos protegidos en el CEDH por la Comunidad fuera «manifiestamente deficiente», no habría un control judicial efectivo de los actos comunitarios que implementasen las sanciones de Naciones Unidas ni en el ámbito comunitario ni en el del Convenio. De hecho esta cuestión se vería agravada por la opinión de algunas voces muy autorizadas que defienden con buenos argumentos que el Comité de Sanciones establecido al amparo de la Resolución 1267 (1999) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas es contraria al Convenio porque no concede protección suficiente contra decisiones arbitrarias y porque no existe un mecanismo de control de la exactitud de las alegaciones que se presentan ante dicho Comité¹⁰⁹.

Al colocar a los tribunales comunitarios de nuevo como los guardianes últimos de los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario, el TJ consigue en su sentencia sobre el caso *Kadi*

¹⁰⁷ Así, *vide, inter alia*, KUNOY, B., «The Jurisdiction of the ECJ to Review the Legality of the Transposition of an International Act in the EC Legal Order», *op. cit.*, pp. 36-37, KARAYIGIT, M. T., «The Yusuf and Kadi Judgments The Scope of the EC Competences in Respect of Restrictive Measures», *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 33/4, 2006, pp. 379-404 y LAVRANOS, N., «Judicial Review of UN Sanctions by the Court of First Instance», *European Foreign Affairs Review*, Vol. 11/4, 2006, pp. 471-490.

¹⁰⁸ *Vide* el Auto del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 29 mayo 1974 (caso *Solange I*), *op. cit.*, la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 22 octubre 1986 (caso *Solange II*), *op. cit.*, el Auto del Tribunal Constitucional Alemán de 7 junio 2000 (caso *Bananenmarktordnung*), *op. cit.* Para un comentario que incluye las dos primeras sentencias, *vide* KUMM, M., «Who is the final arbiter of constitutionality in Europe?: three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice», *Common Market Law Review*, Vol. 36/2, 1999, pp. 351-386. Para un comentario de la jurisprudencia *Bananen*, *vide* HOFFMEISTER, F., «German Bundesverfassungsgericht: Alcan, Decision of 17 February 2000; Constitutional review of EC Regulation on bananas», *Common Market Law Review*, Vol. 38/3, 2001, pp. 791-804.

¹⁰⁹ En este sentido, *vide* CAMERON, I., *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions*, *op. cit.*, especialmente, p. 2.

evitar cualquier tentación por parte de los tribunales nacionales de controlar de forma unilateral la legalidad de las medidas y actos comunitarios a la luz de sus respectivos ordenamientos constitucionales nacionales. En este sentido, todo hace esperar que en los casos relativos a la implementación de sanciones establecidas por las Naciones Unidas y pendientes de recurso ante el TJ (v. gr. *Hassan*) el Tribunal de Luxemburgo mantendrá y confirmará su jurisprudencia en *Kadi*, para evitar cualquier atisbo de duda sobre su compromiso con la protección de los derechos fundamentales y evitar así que los tribunales nacionales puedan albergar alguna tentación de intervenir en el futuro, dado que en esos casos se la ha venido a plantear si el sistema de revisión de los comités de sanciones de la ONU, después de algunas pequeñas innovaciones (*vide supra*), podría establecer un nivel de protección de los derechos fundamentales similar al que dispensa el ordenamiento jurídico comunitario¹¹⁰.

El hecho de que no se levantaran los efectos de la sanción para el Sr. KADI y de que la Comisión volviera a incluirlo en la 'lista negra' tras la reforma del reglamento comunitario que se operó tras la sentencia *Kadi* de 2008, hizo que el interesado volviese a recurrir a los tribunales de la UE. En esencia el demandante volvía a discutir la validez de la sanción, habida cuenta de que no dispuso de la oportunidad de contestar dicha imputación, presentar pruebas en contrario y, en definitiva, disponer de las garantías propias del derecho a un proceso. Además, se añadía la violación del respeto al principio de proporcionalidad. La compatibilidad entre el proceso sancionador de los comités de sanciones de la ONU y el Derecho de la UE ya ha sido analizado con detenimiento en otros trabajos¹¹¹. Baste aquí recordar, que el punto fundamental en el que existe una incompatibilidad manifiesta es en la ausencia de unas garantías mínimas en el procedimiento sancionador de la ONU: el Comité decide las sanciones sobre la base de informes (la mayoría de las veces de las agencias de inteligencia norteamericanas) que no suele compartir con otros países y mucho menos con el interesado. Tras las críticas al procedimiento (y la primera saga *Kadi*), se llevó a cabo una reforma en el procedimiento sancionador mediante la cual se incluía la intervención de un *Ombudsperson*, que mediaba entre el sancionado y el comité. No obstante, el TG en la que algunos

¹¹⁰ Asunto C-399/06 P, *Hassan*, pendiente de resolución (recurso contra la sentencia del asunto T-49/04, *Hassan vs. Consejo y Comisión*, *op. cit.*). Cabe destacar que el Abogado General asignado, Sr. Poiras Maduro, es el mismo que el que actuó en el asunto *Kadi*.

¹¹¹ GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, especialmente, pp. 353-398; GORDILLO, L. I., *Interlocking Constitutions*, Hart, Oxford, 2012, especialmente, 228-257; GORDILLO PÉREZ, L. I., «Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del consejo de Seguridad de la ONU», *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 10, núm. 1, 2012, pp. 201-244.

han llamado *Kadi III* encontró que esta reforma, aunque pudiese ir en el buen camino, no bastaba para conceder un nivel de protección similar ni comparable con el que ha de otorgar la UE¹¹². En *Kadi IV*, el TJ hace suyas las argumentaciones del TG y confirma la necesidad de ‘borrar’ el nombre del Sr. KADI de la ‘lista negra’.

V. EL MODELO PLURALISTA VS. EL MODELO CONSTITUCIONALISTA

1. Las concepciones pluralistas del Derecho internacional y del gobierno mundial

Existe una creciente y activa doctrina que aboga por una concepción pluralista del Derecho internacional y del gobierno mundial¹¹³. Aunque parte de la literatura inicial sobre el pluralismo jurídico era de naturaleza más sociológica que normativa, la doctrina más reciente sobre el pluralismo jurídico internacional y global destaca por su defensa de las ventajas normativas de esta concepción¹¹⁴. Sus defensores sostienen que enfatiza el

¹¹² La segunda parte de la saga, de menor importancia desde el punto de vista jurisprudencial que la primera (aunque vino a confirmar y matizar en parte la sentencia anterior), comienza con *Kadi III* o el asunto T-85/09, *Kadi v. Comisión*, STG 30 septiembre 2010, *Rec.* 2010, p. II-5177; y acaba con la que aquí hemos llamado *Kadi IV* o los asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Comisión v. Kadi*, STJ 18 julio 2013, pendiente de publicación

¹¹³ *Vide, inter alia*, BERMAN, P. S., «Global Legal Pluralism», *Southern California Review*, Vol. 80/6, 2007, pp. 1155-1238, BERMAN, P. S., «A pluralist approach to international law», *The Yale Journal of International Law*, Vol. 32/2, 2007, pp. 301-330, KRISCH, N., «The Pluralism of Global Administrative Law», *European Journal of International Law*, Vol. 17/1, 2006, pp. 247-278, WALKER, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», *The Modern Law Review*, Vol. 65/3, 2002, pp. 317-359, HALBERSTAM, D., «Constitutionalism and Pluralism in *Marbury* and *Van Gend*», MADURO, M. P., AZOULAI, L., *The Past and the Future of EU Law: Revisiting the Classics on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 26-36, TAMANAHA, B. Z., «Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global», *Sydney Law Review*, Vol. 30, 2008, pp. 375-411, y MACCORMICK, N., «Juridicial Pluralism and the Risk of Constitutional Conflict», MACCORMICK, N., *Questioning Sovereignty. Law State and Nation in the European Commonwealth*, OUP, Oxford, 1999, pp. 97-121, especialmente en la p. 120, donde caracteriza al pluralismo como el modelo de relación en la Unión Europea. Igualmente, y relacionando el pluralismo jurídico con el gobierno mundial (*gouvernance*, en francés), *vide* la trilogía: DELMAS-MARTY, M., *Les Forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004, DELMAS-MARTY, M., *Les Forces imaginantes du droit II. Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006 y DELMAS-MARTY, M., *Les Forces imaginantes du droit III. La Refondation des pouvoirs*, Seuil, Paris, 2007.

¹¹⁴ Como muestras de la inclinación sociológica del primer pluralismo jurídico *vide, inter alia*, GALANTER, M., «Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law», *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 19, 1981, pp. 1-47, GRIFFITHS, J., «What is Legal Pluralism?», *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 24, 1986, pp. 1-56 y MERRY, S. E., «Legal Pluralism», *Law & Society Review*, Vol. 22/5, 1988, pp. 869-896. Sobre la doctrina más reciente, *vide* MACCORMICK, N., «Juridicial Pluralism and the Risk of Constitutional Conflict», *op. cit.*, pp. 97-121.

valor de la diversidad y la diferencia entre los distintos sistemas normativos y de gobierno nacionales e internacionales y critican que los enfoques constitucionalistas no son deseables y resultan poco plausibles en tanto persiguen alcanzar la coherencia entre los distintos niveles de los ordenamientos jurídicos y de gobierno. Existen, sin embargo, distintos hilos argumentales dentro de la creciente doctrina sobre el pluralismo jurídico global, algunos de los cuales defienden una posición más ortodoxa y otros, sin embargo, se inclinan por una variante más suave. En este sentido, uno de los autores que defiende estas tesis, aboga por la existencia de un pluralismo jurídico más atenuado en el contexto europeo, resultante de la interacción entre la UE y el sistema del CEDH, que el que propone para el contexto global. Así, en el ámbito europeo hace hincapié en la importancia de la persuasión mutua, incluso al mismo tiempo que se enfatiza la autonomía y la autoridad de cada uno de los ordenamientos¹¹⁵.

La literatura sobre el pluralismo jurídico internacional va acompañada con la de las formas de articular el gobierno mundial (*global governance*). De hecho, los desarrollos más interesantes en la materia, tienen que ver con el problema de la responsabilidad y la rendición de cuentas de actores internacionales como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y su posición en el gobierno mundial, especialmente a través de la imposición directa de sanciones económicas sobre los particulares, como se viene analizando en este trabajo. Así, los representantes del pluralismo jurídico sostienen que los ajustes de tipo pragmático que defiende este pluralismo son preferibles a los enfoques basados en ideales de coherencia y unidad¹¹⁶. De este modo, sostienen que la aproximación pluralista, en comparación con la constitucionalista, llevaría hacia un mayor nivel de responsabilidad transnacional. En general, defienden el «desordenado» (y desconectado) panorama global de responsabilidad internacional y de rendición de cuentas en el plano administrativo esgrimiendo que ello permite la influencia mutua y una aproximación gradual, al tiempo que evita que los distintos niveles o planos jurídicos y de gobierno ejerzan un control los unos sobre los otros¹¹⁷. Las concepciones pluralistas, de este modo, aventajarían a las constitucionalistas, que adoptan la unidad como el ideal de la normatividad y fuerzan al ordenamiento jurídico-político hacia un marco unificado restando importancia a la amplitud de la legítima diversi-

¹¹⁵ KRISCH, N., «The Open Architecture of European Human Rights Law», *The Modern Law Review*, Vol. 71/2, 2008, pp. 183-216.

¹¹⁶ KRISCH, N., «The Pluralism of Global Administrative Law», *op. cit.*, pp. 247-278. Igualmente, *vide* MACCORMICK, N., «Juridicial Pluralism and the Risk of Constitutional Conflict», *op. cit.*, pp. 97-121, especialmente, p. 121, donde concluye que «esta concepción ayudaría a disminuir el riesgo de colisiones normativas».

¹¹⁷ *Ibidem*.

dad de la comunidad global. Entender el ordenamiento internacional desde la concepción pluralista lleva a asumir que las relaciones entre los diferentes sistemas estarían reguladas por la política más que por el Derecho, con distintos actores y normas que compiten en una carrera por la autoridad a través de la política más que la argumentación jurídica¹¹⁸. Los ajustes mutuos operados caso por caso entre los distintos ordenamientos que predica el pluralismo serían, así, preferibles a la imposición de nuevas concepciones soberanistas o esquemas de armonización universales¹¹⁹.

Las aproximaciones pluralistas al ordenamiento jurídico internacional defienden la preservación de un espacio para la discusión, la resistencia y la innovación, fomentando, asimismo, la tolerancia y los reajustes recíprocos entre ordenamientos¹²⁰. Además, hay quien, abogando por un ordenamiento jurídico que asuma el pluralismo jurídico, niega la existencia del concepto de «comunidad internacional»¹²¹. Incluso con el creciente interés que despierta en la doctrina el llamado «pluralismo constitucional», que presenta el ordenamiento global como una pluralidad no solo de sistemas jurídicos sino de sistemas constitucionales nacionales, transnacionales y en red, se hace hincapié en la proliferación de sistemas separados que se relacionan principalmente a través de «agónicos procesos de negociación»¹²². Y a pesar del énfasis normativo que se pone en la tolerancia, la acomodación y la deferencia y aprendizaje mutuos, existe un cierto acuerdo en que la proliferación de sistemas constitucionales autointegrados que buscan establecer sus propia autoridad puede más bien acentuar el conflicto y enrarecer la comunicación o, incluso, «alentar un fundamentalismo estridente, un rechazo al diálogo con otros sistemas y procesos»¹²³.

En suma, lo que une a los enfoques pluralistas del ordenamiento jurídico internacional es el énfasis común (y su interpretación) del significa-

¹¹⁸ Ése es, en efecto, el presupuesto que sustentaría las tesis de DELMAS-MARTY en su trilogía, *op. cit.* *Vide*, especialmente, las conclusiones de su extenso trabajo, DELMAS-MARTY, M., *Les Forces imaginantes du droit III. La Refondation des pouvoirs*, *op. cit.*, pp. 253-279. Igualmente, *vide* KRISCH, N., «The Open Architecture of European Human Rights Law», *op. cit.*, pp. 183-216.

¹¹⁹ BERMAN, P. S., «Global Legal Pluralism», *op. cit.*, pp. 1155-1238, especialmente, p. 1163.

¹²⁰ *Ibidem*, especialmente, p. 1237. En el mismo sentido, *vide* COHEN, J. L., «A Global State of Emergency or the Further Constitutionalization of International Law: A Pluralist Approach», *Constellations*, Vol. 15/4, 2008, pp. 456-484.

¹²¹ KENNEDY, D., «One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream», *New York University Review of Law and Social Change*, Vol. 31/3, 2007, pp. 641-660. En el mismo sentido, KENNEDY, D., «The Mystery of Global Governance», *Ohio Northern University Law Review*, Vol. 34/3, 2008, pp. 827-860, especialmente, pp. 839 y 853.

¹²² WALKER, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», *op. cit.*, pp. 317-359, especialmente, p. 359.

¹²³ *Ibidem*, p. 358.

do de la existencia de una multiplicidad de diversos y distintos sistemas normativos, y la probabilidad de colisiones de reclamaciones de autoridad y legitimidad y la lucha por la primacía en ciertos contextos. Desde el punto de vista de sus defensores, los múltiples y variados puntos de fricción del pluralismo jurídico global y el riesgo constante del rechazo mutuo de reclamaciones de autoridad provenientes de diversos ámbitos territoriales y funcionales, es un caldo de cultivo ideal para la promoción del gobierno mundial sensible y responsable, al contrario que los modelos constitucionalistas o cosmopolitas, que ponen el énfasis en la coherencia o unidad. Los defensores de un pluralismo ortodoxo deniegan la posibilidad de un sistema común de valores de orientación universal y cuestionan la utilidad misma de la idea de una comunidad internacional. No buscan el desarrollo de un marco de comunicación común para reconducir las distintas reclamaciones de autoridad de las distintas entidades políticas o de los diferentes ordenamientos jurídicos. Más que defender la coordinación entre los sistemas jurídicos, el pluralismo más ortodoxo promoverían procesos de interacción *ad hoc*, pragmáticos y de marcado cariz político¹²⁴.

Los enfoques pluralistas abrazan la diversidad, competencia y falta de coordinación entre los ordenamientos por ser, en su opinión, la forma más adecuada de llegar a un grado óptimo de responsabilidad y rendición de cuentas internacionales. Y en su gran mayoría, las concepciones pluralistas de la escena internacional han sido conscientemente defendidas como un medio de corrección al monismo constitucional o a las posiciones soberanistas, que serían así presentadas como posturas ingenua, engañosa e incluso peligrosamente volcadas en la ideas de unidad, universalismo y consenso¹²⁵. Los enfoques constitucionalistas, por su parte, son caracterizados por la doctrina pluralista como intentos mal entendidos o incluso peligrosos de extrapolar el modelo del gobierno nacional, sus soluciones políticas y sus estructuras y modelos políticos a la escena internacional.

¹²⁴ DE BÚRCA, G., «The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*», *Jean Monnet Working Paper* 01/09, disponible en <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/09/090101.html>>, última consulta: junio 2013, p. 48. Este excelente trabajo fue posteriormente publicado como DE BÚRCA, G., «The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi*», *Harvard International Law Journal*, Vol. 51/1, 2010, pp. 1-49.

¹²⁵ KRISCH, N., «The Pluralism of Global Administrative Law», *op. cit.*, pp. 247-278, BERMAN, P. S., «Global Legal Pluralism», *op. cit.*, pp. 1155-1238, KENNEDY, D., «One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream», *op. cit.*, pp. 641-660, KENNEDY, D., «The Mystery of Global Governance», *op. cit.*, pp. 827-860, COHEN, J. L., «A Global State of Emergency or the Further Constitutionalization of International Law: A Pluralist Approach», *op. cit.*, pp. 456-484.

2. Las concepciones constitucionalistas del Derecho internacional y del gobierno mundial

A diferencia de la doctrina en el campo del pluralismo jurídico que, aunque creciente, no es excesiva y relativamente reciente, existe una abundantísima literatura sobre las concepciones constitucionalistas del Derecho internacional¹²⁶. Una parte importante es la doctrina alemana del siglo pasado cuyos orígenes suelen colocarse en el cosmopolitismo kantiano¹²⁷. Y como podría esperarse de tan amplia literatura en un concepto tan sugerente y complejo de acotar como es el constitucionalismo, existe una amplia variedad de argumentaciones y concepciones en este campo¹²⁸. Un riesgo inherente al concepto de «constitucionalismo» consiste en la extensión y el exceso de su uso que se ha hecho, hasta el punto de que no aclara demasiado el describir una determinada aproximación al Derecho internacional y el gobierno mundial como «constitucionalista»¹²⁹. De esta

¹²⁶ Sin ánimo de exhaustividad, *vide, inter alia*, los trabajos recopilatorios de MACDONALD, R. S. J., JOHNSTON, D. M. (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, JOERGES, C., PETERSMANN, E. U. (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Hart, Oxford, 2006, DUNOFF, J. L., TRACHTMAN, J. P., (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, University Press, Cambridge, 2009. En castellano, *vide* el trabajo de BUSTOS GISBERT, R., *La Constitución Red: Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, *op. cit.*, especialmente, pp. 177-205. Igualmente, *vide* las contribuciones de SIMMA, B., «From bilateralism to community interest in International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 250/VI, 1994, pp. 217-384, TOMUSCHAT, C., «Obligations arising for states without or against their will», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 241/IV, 1993, pp. 195-374, FASSBENDER, B., «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36/3, 1998, pp. 529-619 y la actualización de ese trabajo bajo el mismo título, FASSBENDER, B., *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009.

¹²⁷ Concretamente, el pensamiento cosmopolita hundiría sus raíces en el ensayo del filósofo de Königsberg *Sobre la paz perpetua. Un esbozo filosófico*, comúnmente denominada simplemente *Sobre la paz perpetua* escrito por Immanuel Kant en 1795, *vide* KANT, I., *Zum ewigen Frieden: ein philosophischer Entwurf*, Meiner Verlag, Hamburg, 1992 (reimpresión del original de 1795). Para una versión en español, *vide* KANT, I., *Sobre la paz perpetua*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2005. Para una crítica reciente de esta obra *vide* HÖFFE, O. (Hrsg.), *Immanuel Kant: Zum ewigen Frieden*, 2. Auflage, Akademie, Berlin, 2004. Para una panorámica crítica de las teorías cosmopolitas, *vide* ARRIOLA ETXANIZ, N., «El cosmopolitismo como teoría defensora del gobierno mundial», *Estudios de Deusto*, Vol. 56/2, 2008, pp. 11-72.

¹²⁸ Para una presentación de tres de las posibles aproximaciones de la doctrina constitucionalista sobre el ordenamiento internacional, *vide* FASSBENDER, B., «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *op. cit.*, especialmente, pp. 585-593.

¹²⁹ En este sentido, sobre la complejidad del concepto de Constitución, *vide* BUSTOS GISBERT, R., *La Constitución Red: Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, *op. cit.*, especialmente, pp. 19-24 y pp. 75-87. En el mismo sentido, alertando de los peligros de emplear conceptos pro-

forma, no falta quien ha criticado duramente el uso inflacionista de la palabra Constitución equiparándola con un incremento en la regulación o con la evolución de un sistema normativo jerárquico¹³⁰.

Sin embargo existen numerosas variantes de las concepciones «internacional-constitucionalistas» que podrían ser consideradas como tales en el sentido de los términos «internacional» y «constitucionalista». Entre ellas, cabría destacar la influyente escuela germana representada por Verdross, Simma y Tomuschat, que recalcan la idea de un ordenamiento jurídico internacional basado en una comunidad internacional y en la solidaridad internacional como opuesta a la concepción fundada en los intereses separados y distintos de los Estados nacionales individualmente considerados¹³¹. En este último sentido hay quien tajantemente concluye que el objeto esencial del constitucionalismo internacional ha consistido en obligar a los Estados a cumplir con los principios constitucionales de la comunidad internacional¹³².

Otra variante sería la que sigue las tesis de Hayek sobre el papel de la economía en el gobierno mundial, y que vendría a ser una versión del

pios del constitucionalismo estatal al ordenamiento internacional, *vide* WALKER, N., «Making a World of Difference? Habermas, Cosmopolitanism and the Constitutionalization of International Law», PAYROW SHABANI, O. A., (ed.), *Multiculturalism and Law: A Critical Debate*, University of Wales Press, Cardiff, 2007, pp. 219-234.

¹³⁰ Así, *vide* FASSBENDER, B., «The Meaning of International Constitutional Law», MACDONALD, R. S. J., JOHNSTON, D. M. (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 837-851. Sin embargo, este mismo autor también ha defendido que la Carta de la ONU debería ser considerada como la Constitución del ordenamiento jurídico internacional. En este sentido *vide* FASSBENDER, B., «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *op. cit.*, especialmente, pp. 568-584.

¹³¹ VERDROSS, A., *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Mohr, Tübingen, 1923, VERDROSS, A., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Wien-Berlin, 1926, SIMMA, B., «From bilateralism to community interest in International Law», *op. cit.*, pp. 217-384, TOMUSCHAT, C., «Obligations arising for states without or against their will», *op. cit.*, pp. 195-374, TOMUSCHAT, C., «International Law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General Course on Public International Law», *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 281, 1999, pp. 9-438, especialmente, pp. 72-90, donde defiende la existencia de una comunidad internacional (aunque, ciertamente, niega que la comunidad internacional sea equivalente a un superestado en el que los Estados actuales sean meras «provincias») e incluso de una «Constitución de la humanidad». Esta tesis ya la había defendido en su trabajo TOMUSCHAT, C., «International Law as the Constitution of Mankind», UNITED NATIONS (ed.), *International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission / Le droit international à l'aube du XXIe siècle: réflexions de codificateurs*, United Nations, New York, 1997, pp. 37-50.

¹³² BRYDE, B. O., «International Democratic Constitutionalism», MACDONALD, R. S. J., JOHNSTON, D. M. (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 103-125, especialmente, p. 115.

constitucionalismo internacional que postula la limitación del poder político y plantea la necesidad de un Derecho global de la integración que proteja los derechos y libertades económicos, con efecto directo y judicialmente exigible¹³³.

Otra visión del constitucionalismo internacional es la del Derecho de los procesos normativos (*law of lawmaking*), que plantea la necesidad de un Derecho a través del cual los procesos de toma de decisiones transnacionales puedan ser estructurados de forma que quede asegurada su legitimidad y el imperio del Derecho (*rule of law*)¹³⁴. Lo que subyace a estos planteamientos es el deseo de que las variadas formas de gobierno transnacional que, de otra forma, escaparían al control de constitucionalidad nacional deben estar no obstante sometidas al Derecho. Concretamente, dichas concepciones esgrimen la necesidad de trasladar, al contexto transnacional, un conjunto de principios constitucionales análogos a aquellos que se han desarrollado en el contexto constitucional nacional como el imperio del Derecho, la separación de poderes y los controles mutuos entre éstos, la protección de los derechos fundamentales y la democracia¹³⁵. Muchos defensores del enfoque constitucionalista del ordenamiento internacional han querido ver en el desarrollo de la Unión Europea con su extraordinariamente denso ordenamiento jurídico un argumento a favor de que sea posible y plausible un planteamiento constitucionalista más allá del Estado¹³⁶. Lo que las concepciones ortodoxas del constitucionalismo

¹³³ Su principal exponente sería el profesor Petersmann. Así, *vide* PETERSMANN, E. U., «Constitutionalism and the Regulation of International Markets: How to Define the ‘Development Objectives’ of the World Trading System?», *European University Institute Law Working Papers*, No. 23, 2007, PETERSMANN, E. U., «Why Rational Choice Theory Requires a Multilevel Constitutional Approach to International Economic Law – A reponse to *The Case for Reforming the WTO’s Enforcement Mechanism*», *University of Illinois Law Review*, 2008/1, 2008, pp. 359-382, PETERSMANN, E. U., «Justice in International Economic Law? From the ‘International Law among States’ to ‘International Integration Law’ and ‘International Constitutional Law’», *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, Vol. 2006/1, 2007, pp. 105-146 y PETERSMANN, E. U., «State Sovereignty, Popular Sovereignty and Individual Sovereignty: From Constitutional Nationalism to Multilevel Constitutionalism in International Economic Law?», SHAN, W., SIMONS, P., SINGH, D. (eds.), *Redefining Sovereignty in International Economic Law. Studies in International Trade Law*, Hart, Oxford, 2008, pp. 27-60.

¹³⁴ JOERGES, C., «Constitutionalism in Postnational Constellations: Contrasting. Social Regulation in the EU and in the WTO», JOERGES, C., PETERSMANN, E. U. (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Hart, Oxford, 2006, pp. 491-527.

¹³⁵ PETERS, A., «Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19/3, 2006, pp. 579-610.

¹³⁶ *Inter alia, vide*, DE WET, E., «The International Constitutional Order», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55/1, 2006, pp. 51-76, especialmente, pp. 52-53.

internacional tienen en común es su defensa de una suerte de unidad sistémica, que implicaría la existencia de un conjunto de normas y principios básicos previamente aceptados para articular el gobierno mundial. El pensamiento más ortodoxo, por su parte, propone el establecimiento, previamente pactado, de una jerarquía entre estas normas y principios básicos para resolver los conflictos de autoridad entre los distintos niveles y ámbitos de gobierno¹³⁷.

Las aproximaciones constitucionalistas al orden y al ordenamiento internacionales han suscitado críticas y debates, incluso desde la doctrina internacionalista¹³⁸. En efecto, uno de los más activos exponentes de la escuela germana ha concluido que el constitucionalismo internacional, como proyecto jurídico, podría simplemente ser demasiado ambicioso y podría llevar a una sobreproducción normativa excesiva¹³⁹. Otras objeciones se referirían a que el objetivo del constitucionalismo internacional (o mundial) puede ser percibido como una amenaza por razones jurisprudenciales, éticas, culturales, sociales y políticas:

«Las objeciones jurisprudenciales vendrían de la mano de los defensores del realismo jurídico que temen que un exceso de ideología constitucionalista en el Derecho internacional refuerce la corriente de la interpretación estricta de la norma en la comunidad profesional (...) y están reforzadas por reservas de tipo ético sobre la impropia situación en la que se encontrarían los jueces internacionales que estarían obligados a decidir disputas sobre la interpretación de textos constitucionales (...). Quienes critican el constitucionalismo global desde argumentos culturales y éticos tienen muchas posibilidades de encontrar aliados en el sector afín de las actividades sociales, que abanderan la causa de las comunidades locales consideradas vulnerables a la explotación o a prácticas poco sensibles de la autoridad central del Estado y del poder de las grandes multinacionales»¹⁴⁰.

¹³⁷ La teoría más desarrolla en este sentido es, sin duda, la del profesor Christian TOMUSCHAT en TOMUSCHAT, C., «International Law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General Course on Public International Law», *op. cit.*, pp. 9-438, especialmente, pp. 305-434.

¹³⁸ *Vide*, entre otros, DUNOFF, J. L., «Constitutional Concepts: The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law», *European Journal of International Law*, Vol. 17/3, 2006, pp. 647-675.

¹³⁹ VON BOGDANDY, A., «Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany», *Harvard International Law Journal*, Vol 47/1, 2006, pp. 223-242, especialmente, p. 242.

¹⁴⁰ JOHNSTON, D. M., «World Constitutionalism in the Theory of International Law», MACDONALD, R. S. J., JOHNSTON, D. M. (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 3-29. La cita es de la p. 19.

En tanto en cuanto la Unión Europea se emplea como el modelo de base, existirían dificultades evidentes a la hora de extrapolar categorías y estructuras desde este ejemplo, dado que, incluso, el significado de la idea de constitucionalismo en el contexto de la UE ha sido puesto en tela de juicio¹⁴¹.

Sin embargo, y a pesar de las críticas, algunos de los otrora escépticos se están uniendo al club de los defensores del enfoque constitucionalista y, partiendo ciertos postulados kantianos han alabado las ventajas de una visión constitucionalista y cosmopolita del Derecho internacional¹⁴².

De este modo, para Habermas, el principal atractivo del proyecto cosmopolita del filósofo universal sería el procedimiento cognitivo de universalización y de adopción de perspectivas mutuas que Kant asociaría con la razón práctica¹⁴³. Según un intérprete autorizado, para Habermas el constitucionalismo del Derecho internacional parece residir por partes iguales en la calidad sustantiva de las normas generales, en su eficacia institucional y en su capacidad de universalización¹⁴⁴. Habermas perseguiría la reafirmación del cosmopolitismo kantiano como la base del ordenamiento jurídico internacional, en lugar del realismo propio de Schmitt del unilateralismo hegemónico¹⁴⁵. Sin embargo, a pesar de abrazar los ideales de paz de Kant o los objetivos de la garantía de la libertad y seguridad del constitucionalismo, rechaza la idea de una república mundial y apues-

¹⁴¹ Aunque es cierto que esta postura es minoritaria. Vide GRIMM, D., «The Constitution in the process of Denationalization», *Constellations*, Vol. 12/4, 2005, pp. 447-463, especialmente, pp. 458-459. Igualmente, GRIMM, D., «Integration by Constitution», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3/2-3, 2005, pp. 193-208.

¹⁴² Así, por ejemplo nótese el contraste entre KOSKENNIEMI, M., «Global Legal Pluralism: Multiple Legal Regimes and Multiple Modes of Thought», lección impartida en el marco del seminario titulado *The politics of international law and human rights*, Universidad de Helsinki, 18 de noviembre de 2005, disponible en <<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/MKPluralism-Harvard-05d%5B1%5D.pdf>>, última consulta: junio 2013, especialmente, p. 21, con KOSKENNIEMI, M., «Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization», *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 8/1, 2007, pp. 9-36, especialmente, pp. 31-36.

¹⁴³ HABERMAS, J., *El Occidente escindido: pequeños escritos políticos X*, Trotta, Madrid, 2006, (título original: *Der gespaltene Westen: Kleine Politische Schriften X*, traducido por José Luis López de Lizaga), pp. 113-187.

¹⁴⁴ WALKER, N., «Making a World of Difference? Habermas, Cosmopolitanism and the Constitutionalization of International Law», PAYROW SHABANI, O. A. (ed.), *Multiculturalism and Law: A Critical Debate*, University of Wales Press, Cardiff, 2007, pp. 219-234, especialmente, p. 228.

¹⁴⁵ En este sentido abre el último capítulo de su reciente libro con la pregunta: ¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del Derecho internacional? (p. 113), se entiende frente a la primacía que parece venir demostrando la fuerza bruta sobre el Derecho (p. 114). HABERMAS, J., *El Occidente escindido: pequeños escritos políticos X*, op. cit., pp. 113-187.

ta por una vía distinta para constitucionalizar el Derecho internacional¹⁴⁶. Describiendo el proceso de constitucionalización en el desarrollo de los modernos Estados naciones como aquel en el ya no es un mero instrumento del poder que pretende hacer valer hegemónicamente los intereses dominantes, sostiene que las grandes potencias son más propensas a cumplir las expectativas de justicia y cooperación cuanto más se han acostumbrado a verse a sí mismas en el nivel supranacional como miembros de una comunidad global, y «cuanto más se las perciba en esta función desde la perspectiva de sus propias esferas públicas nacionales, ante las que deben legitimarse»¹⁴⁷.

Otros nuevos conversos, releendo el pensamiento kantiano, han defendido una suerte de «idiosincrasia constitucionalista» en relación con el ordenamiento jurídico internacional¹⁴⁸. Así, además de criticar el recurso a una terminología de jerarquías institucionales por parte de la doctrina internacionalista, defiende que el constitucionalismo que inspiraría el pensamiento de Kant sería no tanto un proyecto institucional o estructural, sino más bien un «programa de moral y regeneración política»¹⁴⁹. De esta manera, el filósofo de Königsberg habría pretendido institucionalizar una suerte de pensamiento o, más concretamente, de idiosincrasia constitucionalista desde la que aprehender el mundo de forma que tienda hacia la universalidad y la imparcialidad¹⁵⁰. Siguiendo esta línea argumental, se concluiría que dado que la terminología constitucional no solo estructura el pensamiento interno de los políticos, sino que también informa los debates políticos y es empleada por la burocracia técnica, categorías como los derechos fundamentales, la división de poderes y la responsabilidad de los poderes públicos, con toda su importancia histórica, contestarían las lagunas estructurales de las instituciones actuales y llevarían al debate político lo que de otra forma serían meras rutinas administrativas¹⁵¹.

3. La emergencia de un ‘constitucionalismo interordinamental’

5. En este contexto e inspirada en estos postulados neokantianos, emergería una tercera vía que se ha denominado la «concepción constitucionalista atenuada» (*soft constitutionalist approach*) y que tomaría elemen-

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 121, donde expone la propuesta kantiana de la república mundial y pp. 132-135, especialmente, p. 133, donde la rechaza.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 138-139.

¹⁴⁸ KOSKENNIEMI, M., «Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization», *op. cit.*, pp. 9-36.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 18.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 33.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 34.

tos de las versiones menos ortodoxas del pluralismo constitucional¹⁵². Lo interesante de esta última postura es que ofrecería a Tribunales supranacionales como el TJUE una atractiva alternativa a los planteamientos constitucionalistas y pluralistas más ortodoxos¹⁵³. Los postulados de este «constitucionalismo interordinamental» podrían resumirse en tres. En primer lugar, se asumiría la existencia de una comunidad internacional de algún tipo. En segundo lugar, y derivado de la moral kantiana y de su imperativo categórico, este modelo haría énfasis en la posibilidad de la universalización de los principios que inspiran los distintos ordenamientos que conviven en esa comunidad¹⁵⁴. En tercer lugar, se hace necesaria la existencia de unas normas comunes o principios de comunicación entre estos ordenamientos que permitan reconducir los conflictos reales que puedan producirse. Estas tres características distinguirían este constitucionalismo interordinamental claramente de los enfoques pluralistas, dado que estos asumen la existencia de una pluralidad distinta y separada de entidades desechando la idea de una comunidad global, hacen hincapié en los procesos decisorios autónomos y basados en su propia autoridad y en los valores autóctonos de cada una de las entidades, al tiempo que canalizan la comunicación y la resolución de conflictos a través de procesos políticos «agónicos», negociaciones *ad hoc* y ajustes puntuales y de tipo pragmático. El enfoque constitucionalista interordinamental también se diferenciaría de las concepciones constitucionalistas más ortodoxas en que no insistiría en una clara jerarquía de normas, sino más bien en una serie de principios comúnmente negociados y compartidos para reconducir los conflictos.

Los autores que comparten en mayor o menor medida este enfoque se distinguirían de la doctrina estrictamente monista o la que se basa en una concepción claramente jerárquica del ordenamiento internacional en que se identifican con el pensamiento pluralista (a secas) en la asunción de la diversidad y de los mecanismos de negociación y concertación para ges-

¹⁵² DE BÚRCA, G., «The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*», *op. cit.* También publicado como DE BUIRCA, G., «The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi*», *op. cit.*, pp. 1-49.

¹⁵³ Vide los Asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, *Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo*, Sentencia del TJUE de 3 septiembre 2008, *Recueil de jurisprudence* 2008, p. I-6351 y la crítica a la decisión adoptada en GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, *op. cit.*, pp. 471-484.

¹⁵⁴ Vide KANT, I., *Crítica de la razón práctica*, Espasa-Calpe, Madrid, 1975 (título original: *Kritik der praktischen Vernunft*, publicado por primera vez en 1788, la traducción es del texto de la 4ª ed. de 1797, traducción del alemán por Emilio Miñana y Villagrasa y Manuel García Morente), pp. 39-55. Para un análisis de esta obra, vide COLOMER, E., *El pensamiento alemán de Kant a Heidegger. Vol. I. La Filosofía Trascendental: Kant*, Herder, Barcelona, 1986, especialmente, pp. 203-250.

tionar los conflictos. Así, la doctrina constitucionalista interordinamental viene reclamando el empleo de unos estándares universalizables, la mutua deferencia, la coherencia general y el compromiso con un ordenamiento internacional común¹⁵⁵.

VI. CONCLUSIONES

El establecimiento de un modelo «constitucionalista atenuado» que garantice la seguridad jurídica, que sea viable a largo plazo y que, en definitiva, dé respuesta a los conflictos interordinamentales que se producen y establezca las relaciones entre los ordenamientos de naturaleza constitucional en el ámbito europeo requiere la intervención del poder político, al menos, en dos puntos: por una parte, es necesaria la clarificación de las relaciones entre la UE y el CEDH y, por otra, el establecimiento de un sistema de control de naturaleza jurisdiccional de las sanciones del Consejo de Seguridad de la ONU.

Por otra parte, en aras de reducir la inestabilidad en las relaciones entre ordenamientos (Constitución nacional, Tratados Internacionales —Derecho de la UE, CEDH...—, Derecho de la ONU) y, sobre todo, para garantizar la fuerza vinculante de las sanciones, el Consejo de Seguridad haría bien en irse adecuando paulatinamente y en la medida de lo posible a los estándares de protección de la UE y del CEDH. Si no lo hace, tanto el Tribunal de Justicia como el TEDH (o incluso los tribunales supremos y constitucionales nacionales) se plantearán someter a un control de «constitucionalidad», «comunitariedad» o «convencionalidad» a las sanciones de la ONU, para reafirmar así su propia legitimidad frente a sus ciudadanos. Es decir, si los niveles de protección de los derechos de los sancionados siguen siendo tan bajos, no sería descartable (caso *Kadi*, casos *Solange*)

¹⁵⁵ En este sentido, pueden encontrarse algunos elementos de la versión «atenuada» en WALKER, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», *op. cit.*, pp. 317-359, especialmente, pp. 355-356, VON BOGDANDY, A., «Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6/3-4, 2008, pp. 397-413, BURKE-WHITE, W. W., «International Legal Pluralism», *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25/4, 2004, pp. 963-979, SLAUGHTER, A. M., *A New World Order*, University Press, Princeton, 2004, especialmente, pp. 65-103, donde se refiere específicamente al papel de los jueces y pp. 216-271, donde presenta sus recetas para un «Ordenamiento Mundial Justo». Igualmente, *vide* KUMM, M., «Constitutional Democracy Encounters International Law: Terms of Engagement», CHOUDHRY, S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, CHOUDHRY, S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, University Press, Oxford, 2006, pp. 256-293, HALBERSTAM, D., «Constitutionalism and Pluralism in *Marbury* and *Van Gend*», *op. cit.*, COHEN, J. L., «A Global State of Emergency or the Further Constitutionalization of International Law: A Pluralist Approach», *op. cit.*, pp. 456-484.

que algún tribunal nacional o supranacional esté tentado de reconocerse competente para controlar dichas sanciones y erigirse así en guardián de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, ya que la ONU se muestra incapaz de hacerlo. Al dar ese paso adelante, y dada la falta de institucionalización de las Naciones Unidas, los Estados y las otras organizaciones internacionales pondrían en entredicho el Derecho y la propia existencia de las Naciones Unidas más allá de un mero foro político internacional. Todo ello, sin entrar a valorar el hecho de que la situación actual contribuye a una mayor fragmentación del Derecho Internacional (una suerte de *Wild-West-World*) que pone en duda el carácter jurídico de la propia ONU, la obligatoriedad de su ordenamiento y la seguridad jurídica internacional.

El modelo que aquí se ha defendido para el ámbito europeo y que, en definitiva, resulta universalizable es el denominado «constitucionalismo interordinamental», cuyos postulados podrían resumirse en tres. En primer lugar, se asume la existencia de una comunidad internacional de algún tipo. En segundo lugar, y derivado de la moral kantiana y de su imperativo categórico, este modelo hace énfasis en la posibilidad de la universalización de los principios que inspiran los distintos ordenamientos que conviven en esa comunidad. En tercer lugar, se hace necesaria la existencia de unas normas comunes o principios para reconducir los conflictos reales que puedan producirse.

Hay quien podría defender que, hasta ahora, en los diálogos entre los máximos tribunales, guardianes de sus respectivos ordenamientos, más o menos se han venido siguiendo explícita o implícitamente estos principios. Así, como regla general los tribunales habrían aceptado la existencia de sus homólogos guardianes de los otros ordenamientos jurídicos y habrían intentado construir sus decisiones haciendo hincapié en los principios que son comunes a ambos ordenamientos para facilitar que el otro tribunal aceptase tal decisión. En este sentido, la situación sería comparable con la de una suerte de «guerra fría» entre los máximos tribunales. Esto es, las decisiones de los tribunales están basadas en el juego de la disuasión recíproca fundada en una suerte de destrucción mutua asegurada. Es decir, atravesar el Rubicón de los «contralímites» de un ordenamiento jurídico, ocasionaría un conflicto que conduciría al juez de dicho sistema a cuestionar la legitimidad del otro, negando explícitamente su pretensión de primacía. Sin embargo, en la situación descrita, se echa en falta la existencia de unas normas que permitiesen reconducir los conflictos o antinomias que, en última instancia, sean inevitables.

En este contexto, el poder político puede estar tentado de no intervenir para no alterar los alambicados y frágiles equilibrios que los jueces han ido construyendo, más a través de silencios que de afirmaciones, pero esta actitud huidiza, además de comprometer su responsabilidad, obliga a los

jueces a asumir una competencia que no les corresponde y cuyo completo ejercicio éstos difícilmente van a aceptar. En efecto, las soluciones jurisprudenciales en este ámbito, si bien son indispensables, no son más que transitorias. Pretender que los tribunales den la solución final terminaría por socavar la propia legitimidad de éstos y los haría vulnerables a la crítica fácil de la deriva hacia una politización de la Justicia o un «gobierno de los jueces». La indefinición de los «contralímites» deliberadamente buscada por los altos tribunales para favorecer su aceptación por parte de sus homólogos guardianes de los otros sistemas tiene el inconveniente de poner en entredicho el valor mismo de la seguridad jurídica, tal y como se concibe en el continente, y fundamento del Estado de Derecho y de la organización de la sociedad.

Corresponde, pues, a los responsables políticos definir unas reglas más simples y precisas que, en el mejor y más improbable de los casos, regulen las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y, en el escenario más plausible, al menos, establezcan unas normas mínimas que permitan encauzar los conflictos interordinamentales que se produzcan en el contexto europeo. Así, no sólo la función jurisdiccional quedará clarificada, sino que, además, la seguridad jurídica estará garantizada. Esto no quiere decir que los jueces dejarán de desempeñar un papel esencial, dado que la codificación de ciertas normas no bastará (ni tampoco debería ser así) para dar respuesta a todas las situaciones que puedan plantearse, dada la complejidad de la sociedad transnacional en la era global, pero el ámbito de actuación de los jueces quedará delimitado por el poder político que es el responsable ante los ciudadanos. De este modo, la labor de los jueces y sus límites de actuación se verán respaldados a resultas del debate democrático con lo que, además, sus decisiones gozarán de una mayor legitimidad.

Entre las medidas mínimas para reconducir los conflictos interordinamentales a las que se viene aludiendo, que son las más básicas y las que habría que acometer sin mayor dilación, se encuentran la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el establecimiento de un verdadero sistema de control jurisdiccional de las sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que afectan directamente a los particulares («listas negras» y «targeted sanctions»).

La adhesión de la UE permitirá clarificar las relaciones entre el Derecho de la UE y el CEDH y, más concretamente, a efectos procesales, las relaciones entre el TJ y el TEDH. Así, el TEDH quedará como jurisdicción «especializada» (vocablo más diplomático que «superior») en materia de derechos fundamentales. Es decir, en caso de que TJ desconozca o inaplique alguno de los derechos incluidos en el CEDH, el afectado podrá recurrir en última instancia al TEDH, tal y como pueden hacer actualmente todos aquellos que están bajo la jurisdicción de los Estados signatarios del CEDH.

Además, se hará necesario el establecimiento de un sistema de control de las sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que sea de naturaleza eminentemente jurisdiccional. Bastaría con establecer un órgano diferenciado del Consejo, que tuviese unas garantías suficientes de independencia (léase, «inmidades») y al que los afectados por las sanciones de la ONU pudieran presentar directamente, y sin necesidad de la intervención de sus Gobiernos, un recurso en el que tengan la posibilidad de argumentar tanto excepciones de forma como de fondo. Como documentos básicos en materia de derechos humanos, es decir, como parámetros de referencia del estándar de protección, este órgano debería utilizar los textos internacionales clásicos (Declaración Universal, CEDH, etc.) que la ONU ya ha establecido como normas fundamentales en materia de derechos humanos, por ejemplo, en sus administraciones territoriales (v.gr. la MINUK) y que tanto sus funcionarios como la población en cuestión tienen la obligación de respetar.

Estas dos medidas son necesarias, e incluso cabe decir que indispensables, pero por sí solas no pueden garantizar una articulación de las relaciones interordinamentales que sea viable y exitosa a largo plazo. Es necesario, también, que los máximos guardianes de los distintos ordenamientos cumplan con los otros dos postulados propios del que aquí se ha denominado «constitucionalismo atenuado», es decir, aceptar la existencia de una comunidad internacional y favorecer la universalización de los principios que inspiran los distintos ordenamientos que conviven en esa comunidad.