

EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL TJUE EN MATERIA DE MEDIDAS RESTRICTIVAS ADOPTADAS EN EL ÁMBITO DE LA PESC: EL EQUILIBRIO ENTRE EFECTIVIDAD Y LEGALIDAD

JOSÉ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES¹
jmnanclares@usal.es

Cómo citar/Citation

Martín y Pérez de Nanclares, J. (2023).
El control jurisdiccional del TJUE en materia de medidas restrictivas adoptadas
en el ámbito de la PESC: el equilibrio entre *efectividad y legalidad*.
Revista de Derecho Comunitario Europeo, 75, 91-129.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.75.04>

Resumen

Esta contribución analiza diversas cuestiones derivadas del control judicial ejercido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular del Tribunal General, en relación con las medidas restrictivas adoptadas por la Unión Europea en el marco de su política exterior y de seguridad común. Como consecuencia de las exigencias derivadas de los principios de Estado de derecho (art. 2 TUE) y de tutela judicial efectiva (art. 47 Carta de Derechos Fundamentales de la UE), la jurisprudencia ha aceptado, en primer lugar, que, junto a los instrumentos procesales típicos previstos por los tratados constitutivos (recurso de anulación y excepción de ilegalidad), quepa también la posibilidad de plantear en este ámbito cuestiones prejudiciales y acciones de reclamación de daños. Y ha exigido, en segundo lugar, el mantenimiento de las

¹ Juez del Tribunal General de la Unión Europea y catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca. Las opiniones vertidas en esta contribución son puramente personales y en modo alguno pueden ser atribuidas al Tribunal General de la Unión Europea. El autor agradece a Sarah Lacrampe, Violette Ponche y Mariola Urrea Corres sus valiosos comentarios y sugerencias, si bien cualquier posible error o imprecisión será únicamente imputable al autor.

garantías básicas del procedimiento, en particular la exigencia de prueba suficiente. No obstante, dadas las peculiaridades de la materia y el margen de apreciación en manos del Consejo, la jurisprudencia ha reconocido también la existencia de particularidades materiales y procesales en el control de legalidad ejercido por el Tribunal de Justicia de la UE. En todo caso, los derechos de la defensa (comunicación de los elementos de prueba, acceso al expediente, derecho a ser oído y derecho al reexamen periódico) juegan un papel básico en el control de legalidad de las medidas restrictivas. Se trata, en suma, de una compleja materia en la que la jurisprudencia busca el equilibrio entre la *efectividad* de la política exterior y de seguridad común de la Unión prevista por los tratados constitutivos y la exigencia de *legalidad* de las medidas en cuestión.

Palabras clave

Política exterior y de seguridad común; medidas restrictivas; control judicial; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; tutela judicial efectiva; prueba suficiente; derecho a ser oído; reexamen periódico.

JUDICIAL REVIEW BY THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION OF RESTRICTIVE MEASURES ADOPTED IN THE FIELD OF THE CFSP: THE BALANCE BETWEEN EFFECTIVENESS AND LEGALITY

Abstract

This contribution analyses various issues arising from the judicial review exercised by the Court of Justice of the European Union, in particular the General Court, in relation to restrictive measures adopted by the European Union in the framework of its Common Foreign and Security Policy. As a consequence of the requirements stemming from the principle of the rule of law (Article 2 TEU) and the right to effective judicial protection (Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU), the Court's case law has accepted, firstly, that preliminary rulings and actions for damages are also available in this field, in addition to the main procedural instruments provided for by the founding treaties (actions for annulment and objections of illegality). Secondly, case law has required that the basic procedural guarantees be respected, in particular the requirement of sufficient evidence. However, given the peculiarities of the subject matter and the margin of appreciation enjoyed by the Council, the case law has also recognised the existence of material and procedural particularities in the review of legality exercised by the Court. In any event, the rights of the defence (entitlement to disclosure of evidence, access to the file, the right to be heard and the right to periodic review) play a key role in the review of the legality of restrictive measures. In short, this is a complex matter in which case law seeks to strike a balance between the *effectiveness* of the Union's Common Foreign and Security Policy, as provided for in the founding treaties, and the requirement for *legality* of the measures.

Keywords

Common foreign and security policy; restrictive measures; judicial review; Court of Justice of the European Union; right to effective judicial protection; sufficient evidence; right to be heard; periodic review.

LE CONTRÔLE JURISDICTIONNEL DE LA CJUE SUR LES MESURES RESTRICTIVES ADOPTÉES DANS LE DOMAINE DE LA PESC : L'ÉQUILIBRE ENTRE EFFICACITÉ ET LÉGALITÉ

Résumé

Cette contribution analyse diverses questions liées au contrôle juridictionnel exercé par la Cour de justice de l'Union européenne, en particulier le Tribunal, sur les mesures restrictives adoptées par l'Union européenne dans le cadre de sa politique étrangère et de sécurité commune. En conséquence des exigences découlant des principes de l'État de droit (article du 2 TUE) et de la protection juridictionnelle effective (article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE), la jurisprudence a accepté, en premier lieu, qu'en plus des instruments procéduraux classiques prévus par les traités constitutifs (recours en annulation et exception d'illégalité), la possibilité de poser des questions préjudicielles et d'introduire des recours en indemnité existent également dans ce domaine. En second lieu, la jurisprudence a exigé le maintien de garanties procédurales fondamentales, notamment l'exigence de fournir des preuves suffisantes. Toutefois, compte tenu des particularités de la matière et de la marge d'appréciation dont dispose le Conseil, la jurisprudence a également reconnu l'existence de particularités matérielles et procédurales dans le contrôle de légalité exercé par la Cour de justice de l'UE. En tout état de cause, les droits de la défense (communication des éléments de preuve, accès au dossier, droit d'être entendu et droit à un réexamen périodique) jouent un rôle essentiel dans le contrôle de la légalité des mesures restrictives. En résumé, il s'agit d'une matière complexe dans laquelle la jurisprudence cherche à trouver un équilibre entre l'*efficacité* de la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union prévue dans les traités constitutifs et l'exigence de *légalité* des mesures en question.

Mots clés

Politique étrangère et de sécurité commune; mesures restrictives; contrôle juridictionnel; Cour de justice de l'Union européenne; protection juridictionnelle effective; preuves suffisantes; droit d'être entendu; réexamen périodique.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS Y EL CONTROL DE LEGALIDAD COMO CUESTIÓN DE RENOVADA ACTUALIDAD. II. LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS COMO INSTRUMENTO DE LA PESC: OBJETIVO POLÍTICO, ACTO JURÍDICO: 1. La dimensión *política* de las medidas restrictivas: la ausencia de control judicial de la PESC como principio general. 2. La dimensión *jurídica* de las medidas restrictivas: el control judicial de los actos de la Unión con consecuencias directas en la esfera de los particulares. III. EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS POR EL TJUE: HACIA UNA AMPLIACIÓN VÍA JURISPRUDENCIAL DE LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL JUDICIAL: 1. El mantenimiento de los instrumentos procesales habituales: la paralela configuración jurisprudencial de otros instrumentos procesales no previstos en los tratados: 1.1. *Los supuestos clásicos: recurso de anulación y excepción de ilegalidad*. 1.2. *Otros mecanismos: la cuestión prejudicial y la acción de compensación de daños*. 2. El mantenimiento de las garantías del proceso: tutela judicial efectiva y exigencia de prueba suficiente. IV. ALGUNAS PARTICULARIDADES MATERIALES EN EL CONTROL DE LEGALIDAD EJERCIDO POR EL TJUE: UNA JURISPRUDENCIA *IN FIERI*: 1. El examen del carácter fundado de la medida y de la proporcionalidad: existencia de un margen de apreciación. 2. Amplio abanico de criterios de inscripción: la cuestión de la relación y/o apoyo a regímenes objeto de medidas y la inclusión de familiares directos. V. ALGUNAS PARTICULARIDADES PROCESALES EN EL CONTROL DE LA LEGALIDAD EJERCIDO POR EL TJUE: DERECHOS DE DEFENSA Y PRUEBA: 1. La importancia de los derechos de la defensa: comunicación de los elementos de prueba, acceso al expediente, derecho a ser oído y reexamen periódico. 2. Las dificultades en materia de prueba: criterios para determinar la fiabilidad y suficiencia del elemento de prueba. VI. CONSIDERACIONES FINALES: EN BUSCA DE UN DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LA *EFFECTIVIDAD* DE LA PESC Y LA EXIGENCIA DE *LEGALIDAD* DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN: LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS Y EL CONTROL DE LEGALIDAD COMO CUESTIÓN DE RENOVADA ACTUALIDAD

El abogado general Poiras Maduro expresó con bellas palabras, tomadas del Tribunal Supremo israelí, su opinión a propósito de la importancia de

mantener las reglas del Estado de derecho incluso en las situaciones más extremas: «Cuando truenan los cañones es cuando más necesarias son las leyes [...]. Todo combate del Estado —contra el terrorismo o contra cualquier otro enemigo— se desarrolla con sujeción a las normas y al derecho. Siempre existe un derecho que el Estado debe respetar. No existen “agujeros negros”². Esta máxima, que se escribió en un contexto en el que el terrorismo era la preocupación central de la comunidad internacional, vuelve a cobrar relevancia en la actualidad con ocasión de la invasión de Ucrania por Rusia. Es, en realidad, una consideración de calado que resulta, a nuestro entender, de referencia a la hora de tratar la cuestión más general del control judicial de las medidas restrictivas adoptadas por la Unión Europea (UE) en el marco de su política exterior y de seguridad común (PESC).

Sin embargo, ha pasado mucho tiempo desde la apasionante y rica discusión académica que provocó la vanguardista posición adoptada por el TJUE en el conocido asunto sobre el que escribía el abogado general Poiares Maduro. Sin duda, la adopción de sanciones contra individuos por parte de Naciones Unidas supuso en su momento un verdadero reto para la propia arquitectura de la gobernanza de la Unión y un aldabonazo para adaptar las prácticas de la Unión a las exigencias políticas y jurídicas exigidas por el nuevo sistema (Nettesheim, 2007). Pero en los quince años transcurridos desde el pronunciamiento de la sentencia *Kadi*³, el modo de actuación de las instituciones de la Unión ha evolucionado sustancialmente, en particular del Consejo⁴, para «adaptar los instrumentos de las sanciones a la luz de la experiencia adquirida y para mejorar su aplicación, tanto en el plano interno

² Y añadía, en este mismo sentido, que «la razón que subyace a este enfoque no es únicamente la consecuencia práctica de la realidad política y normativa. Sus raíces son mucho más profundas. Constituye la expresión de la diferencia entre un Estado democrático que combate por su supervivencia y la lucha de los terroristas que se levantan contra él. El Estado combate en nombre del Derecho y de su observancia. Los terroristas luchan contra el Derecho y lo conculcan. La guerra contra el terrorismo es también la guerra del Derecho contra aquellos que se levantan contra él»; conclusiones presentadas el 16 de enero de 2008, *Kadi*, C-402/05 P, EU:C:2008:11, punto 45, con concreción de la referencia en la nota 49.

³ Sentencia del TJ de 3 de septiembre de 2008, C-402/05 P, EU:C:2008:461.

⁴ Para un primer acercamiento a la cuestión sigue resultando muy útil la lectura de las Orientaciones sobre sanciones adoptadas por el Consejo en 2003 (documento 15579/03) y actualizado en 2012, 2017 y 2018 (documentos 11205/12, 15598/17 y 5664/18). Véase, igualmente, el documento de actualización de las prácticas recomendadas de la UE para la aplicación eficaz de las medidas restrictivas (documento 10572/22).

como en las Naciones Unidas»⁵. Y, evidentemente, también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha evolucionado de manera paralela. Se ha configurado, así, un rico cuerpo jurisprudencial del Tribunal General (TG) y del Tribunal de Justicia (TJ), tanto en materia de instrumentos procesales como de garantías materiales del proceso. Las medidas restrictivas representan, de hecho, un volumen muy importante de la actividad del TG⁶, en particular las adoptadas contra Rusia⁷. Merece la pena, pues, visitar la cuestión al hilo de la celebración del III Seminario Rodríguez Iglesias.

⁵ Véase, por ejemplo, *Principios básicos sobre la aplicación de las medidas restrictivas (sanciones)*, Consejo de la UE 10198/1/04 REV 1, de 7 de junio de 2004, en particular apdo. 10.

⁶ En 2022 se iniciaron 904 asuntos ante el TG. De ellos, 103 correspondieron a medidas restrictivas, lo que implica, en términos numéricos, que solo los asuntos en materia de propiedad intelectual (270 asuntos) estuvieron por delante. Así, el número de casos de medidas restrictivas estuvo por encima de los asuntos en materia de derecho institucional (77), de ayudas de Estados (68), política económica y monetaria (49), agricultura (20), salud pública (21) o acceso a documentos (15). Si se consideran únicamente los asuntos cerrados en 2022, para así evitar el incremento de asuntos derivados de las sanciones adoptadas como consecuencia de la invasión de Ucrania por Rusia, los datos son igualmente relevantes (32 asuntos). *Informe anual de actividades del TJUE*, Luxemburgo, 2022, pág. 23.

⁷ En el momento de dar por concluido este trabajo (30 de mayo de 2023), existen 93 asuntos pendientes ante el TG que conciernen a la situación. Destacan, en primer término, las medidas restrictivas adoptadas contra Rusia respecto a las acciones que atentan contra la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania, o que amenazan con menoscabarlas y cuyo objetivo es «desarticular la capacidad del Kremlin para financiar la guerra, imponer costes económicos y políticos a la élite política rusa responsable de la invasión y reducir la base económica de Rusia» (53 asuntos pendientes). Se han adoptado, en realidad, diez paquetes de medidas que se aplican a 1499 personas y 21 entidades que están relacionadas con los servicios financieros y las empresas, los sectores de la energía y el transporte, los productos de doble uso y productos tecnológicos avanzados, prohibiciones a la exportación e importación, exclusión de Rusia de la contratación pública y los fondos europeos, sanciones a los agentes de la desinformación etc.; disponible en: <https://tinyurl.com/yr3b62wd>. Y, al parecer, se está negociando el decimoprimer paquete. En segundo término, hay que incluir también las medidas adoptadas con motivo del desvío de fondos provenientes del Estado ucranio (8 asuntos pendientes) y las medidas adoptadas sobre la base del régimen preexistente relativo a la ocupación de Crimea (12 asuntos pendientes). Finalmente, la implicación de Bielorrusia en la agresión rusa contra Ucrania ha generado su propio régimen de medidas restrictivas (20 asuntos pendientes).

A la hora de hacerlo, existen muchos enfoques posibles, empezando por los relativos a las interrelaciones entre el ámbito de las Naciones Unidas y el subsistema jurídico de derecho internacional que es la UE o el de la oportunidad y efectividad práctica real del mecanismo de las sanciones. En nuestro caso, nos ha parecido pertinente optar por la perspectiva jurisprudencial y, desde este planteamiento, la aproximación que proponemos es la que puede aportar quien asume en la actualidad la función de juez en el TG y ha sido ponente en los últimos tres años en una veintena de asuntos en materia de medidas restrictivas. Por tanto, las opiniones que se viertan a lo largo de las siguientes páginas son el resultado de la experiencia personal indicada y, obviamente, no son atribuibles al Tribunal.

El tratamiento de esta cuestión merece, en nuestra opinión, un acercamiento previo que permita al lector tomar clara conciencia desde el primer momento de la tensión que subyace al carácter mixto de las medidas restrictivas, en cuanto instrumento de la PESC (raíz política) y acto de la Unión con efectos sustantivos en la esfera de los particulares (naturaleza jurídica) (II). Ello facilitará el análisis y valoración de la progresiva ampliación llevada a cabo por el TJUE de los instrumentos de control judicial de dichas medidas restrictivas (III). En este sentido, nos centraremos en el estudio de las particularidades que se constatan en los aspectos materiales (IV) y procesales (V) que caracterizan el control de legalidad ejercido por el TJUE. El trabajo concluirá con unas sucintas consideraciones finales en las que se intentará vislumbrar perspectivas de futuro (VI).

II. LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS COMO INSTRUMENTO DE LA PESC: OBJETIVO POLÍTICO, ACTO JURÍDICO

1. LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS: LA AUSENCIA DE CONTROL JUDICIAL DE LA PESC COMO PRINCIPIO GENERAL

El acercamiento a las medidas restrictivas exige, en efecto, no perder de vista desde un principio dos factores tan elementales como fundamentales. En primer lugar, las decisiones adoptadas en el marco de la PESC son por esencia de naturaleza política. Y, en segundo lugar, los Estados en su condición de *Herren der Verträge* han establecido en los tratados constitutivos un régimen jurídico propio de la PESC y diferente del que rige para las materias sometidas al *método comunitario*. Tanto en relación con la naturaleza de la competencia de la Unión como a los procedimientos decisorios y a los actos jurídicos, la PESC está revestida así de características propias que conectan con su origen extraco-

munitario. El art. 24.1 del TUE deja bien claro en su segundo párr. que la PESC «se regirá por reglas y procedimientos específicos», que su definición y aplicación queda en manos del Consejo Europeo y del Consejo, «que deberán pronunciarse por unanimidad salvo cuando los Tratados dispongan otra cosa» y que «queda excluida la adopción de actos legislativos». En coherencia con ese planteamiento, este mismo precepto establece como principio general la exclusión de competencia del TJUE: el «Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tendrá competencia respecto de estas disposiciones».

De manera paralela, el art. 275, párr. primero, TFUE, precisa en este mismo sentido que el «Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas». Este principio general de exclusión de competencia del TJUE, conocido como la «cláusula *carve out*», deriva, en primer lugar, de la división de poderes y de la atribución tradicional al ejecutivo de esta materia⁸. En segundo lugar, este principio es, además, deudor de la antigua consideración de la PESC, al igual que el llamado espacio de libertad, seguridad y justicia, como un pilar extracomunitario, del que por definición se excluía también el control judicial (antiguo art. 11 TUE).

Ahora bien, este principio general no es en modo alguno de carácter absoluto. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, dicho principio encuentra una importante excepción en materia de medidas restrictivas. Lo propio ha ocurrido en el seno de los Estados con la cláusula de actos de gobierno en materia de política exterior cuando se ven afectados derechos fundamentales⁹.

⁸ Como bien estableció el abogado general Wathelet, «la limitación de la competencia del Tribunal de Justicia en materia de PESC operada por la cláusula «*carve-out*» [del art. 275 TFUE] viene motivada por el hecho de que, en principio, se supone que los actos PESC se limitan a reflejar decisiones de carácter puramente políticas vinculadas al ejercicio de la PESC, cuyo control jurisdiccional es difícilmente conciliable con la separación de poderes»; conclusiones del abogado general Wathelet, de 31 de mayo de 2016, *Rosneft*, C-72/15, EU:C:2016:381, punto 52. En realidad, bien visto, esta limitación de naturaleza general no tiene nada de original. En varios Estados miembros de la Unión, incluido el nuestro (art. 97, Constitución de 1978), rige la denominada «doctrina de los actos de gobierno», conforme a la cual los actos relativos al ejercicio de la política exterior por parte del Gobierno quedan exentos del control jurisdiccional ordinario (cfr., sobre su configuración en Francia, Duez, 1935). En el caso de la ejecución de la PESC, el Consejo goza por tanto de una posición similar a la de los Gobiernos en el seno de los Estados miembros.

⁹ En nuestro país, la entrada en vigor de la Constitución ha ido modulando sustancialmente la virtualidad de esta teoría. Ciertamente fue acogida por nuestro Tribunal

2. LA DIMENSIÓN JURÍDICA DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS: EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE LA UNIÓN CON CONSECUENCIAS DIRECTAS EN LA ESFERA DE LOS PARTICULARES

En efecto, las medidas restrictivas adoptadas por la Unión gozan de una dimensión jurídica propia que deriva tanto del sistema previsto para su adopción como de sus efectos jurídicos en la esfera de los particulares. Se trata de un sistema de adopción de medidas en dos fases: una en el marco de la PESC (capítulo segundo del título V TUE) y otra en el marco puramente comunitario (título IV de la parte dedicada a la acción exterior en el TFUE). En la primera, se adopta una decisión del Consejo, sobre la base del art. 29 TUE, que establece que el «Consejo adoptará decisiones que definirán el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto de carácter geográfico o temático». Y en la segunda, esta decisión se ve acompañada de un reglamento adoptado sobre la base jurídica del art. 215 TFUE y, como prevé su apartado tercero, este tipo de actos habrán de incluir «las disposiciones necesarias en materia de garantías jurídicas»¹⁰.

De hecho, decisión y reglamento, aunque obviamente son actos distintos en los que el primero es condición previa para la aprobación del segundo, suelen adoptarse por el Consejo en la misma fecha con el objetivo de mantener el necesario *efecto sorpresa* y preservar así el efecto útil de la medida. Normalmente, la decisión en cuestión incluye un anexo en el que figura el nombre de las personas, grupos o entidades afectados por las medidas, que es retomado por el reglamento. Resulta igualmente posible que el reglamento adoptado

Constitucional en su sentencia 45/1990, de 15 de marzo, cuando estableció que «no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo», si bien en su jurisprudencia posterior introdujo límites importantes entre los que se sitúa la violación de derechos fundamentales (STC 1996/1990, de 29 de noviembre, FJ6) y la correlativa posibilidad de admitir, por ejemplo, recursos de amparo sin haber agotado previamente la vía judicial interna (STC 220/1991, FJ 2). A partir de ahí, el TC ha ido limitando progresivamente la virtualidad de la antigua «doctrina de los actos de gobierno».

¹⁰ El art. 215 TFUE prevé que «cuando una decisión adoptada de conformidad con el capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea prevea la interrupción o la reducción, total o parcial, de las relaciones económicas y financieras con uno o varios terceros países, el Consejo adoptará por mayoría cualificada, a propuesta del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y de la Comisión, las medidas necesarias» (art. 215. 1 TFUE), además de poder adoptar igualmente por el mismo procedimiento «medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales» (art. 215.2 TFUE).

por el Consejo sobre la base del art. 215 TFUE atribuya competencias de ejecución (a la Comisión o al propio Consejo) en los términos que establece el art. 291, párr. segundo, TFUE¹¹. Y, por supuesto, la ejecución de algunas medidas restrictivas también requiere la intervención de las autoridades nacionales, por ejemplo, en el caso de la ejecución de medidas de congelación (o descongelación) de fondos.

En realidad, sobre esta base, se ha conformado todo un enjambre de decisiones y reglamentos de enorme complejidad. En concreto, estas atribuciones de competencia en materia de medidas restrictivas (arts. 29 TUE y 215 TFUE) han dado lugar a una amplia variedad de regímenes de medidas restrictivas —sean en aplicación de medidas restrictivas de las Naciones Unidas, sean autónomos de la Unión o sean mixtas— (Beaucillon, 2014) que alcanzan en la actualidad la treintena de regímenes geográficos¹², cuatro regímenes temáticos y algún otro régimen particular¹³, si bien su contenido y alcance son bien diversos¹⁴.

En todo caso, por lo que se refiere al control judicial, en la medida en la que estas decisiones y reglamentos son susceptibles de incidir de manera importante en la esfera jurídica de los particulares y el control judicial es, por ende, la esencia del principio de Estado de derecho (Cremona, 2017), los tratados no podían permanecer ajenos a la necesidad de mantener las garantías que derivan del citado principio (art. 2 TUE) y de la exigencia de tutela judicial efectiva (art. 47 Carta)¹⁵. Así, el aludido principio general de exclusión del control judicial por parte del TJUE para la PESC admite una importante

¹¹ Véase, por ejemplo, la sentencia del TJ de 1 de marzo de 2016, *National Iranian Oil Company/Consejo*, C-440/14 P, EU:C:2016:128, apdos. 33 a 36.

¹² Los países concernidos han sido hasta el momento Afganistán, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Burundi, Corea del Norte, Guinea, Guinea Bissau, Haití, Irán, Irak, Líbano, Libia, Mali, Moldavia, Myanmar, Nicaragua, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Rusia, Somalia, Sudán del Sur, Sudán, Siria, Túnez, Turquía, Ucrania, Venezuela, Yemen y Zimbabue.

¹³ Los regímenes aplicables a la totalidad de países terceros según la materia son los relativos a la lucha contra la utilización y proliferación de las armas químicas, la lucha contra los ciberataques, la lucha contra las violaciones y abusos graves de los derechos humanos, la lucha contra el terrorismo y la lucha contra Daesh y Al-Qaida.

¹⁴ Un listado actualizado y detallado de cada uno de los regímenes se encuentra en el sitio internet de la Comisión Europea: <https://tinyurl.com/yfvsdhfk>.

¹⁵ De hecho, la Conferencia Intergubernamental de 2007 dejó clara su intención de prestar «la debida atención a la protección y al respeto del derecho de las personas físicas o entidades de que se trate a disfrutar de las garantías previstas en la ley»; Declaración relativa a los arts. 75 y 215 del TFUE.

excepción cuyo alcance se establece en el párr. segundo del mencionado art. 275 TFUE:

No obstante, el Tribunal de Justicia será competente para controlar el respeto del art. 40¹⁶ del Tratado de la Unión Europea y para pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del art. 263 del presente Tratado y relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas.

En suma, dado que el TG goza de competencia para conocer, con base en el art. 263, párr. cuarto, TFUE de los recursos de anulación interpuestos por personas físicas o jurídicas contra decisiones adoptadas por el Consejo en virtud de la atribución de competencia que le atribuye el TFUE en materia PESC de las «que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente», así como «contra los actos reglamentarios que le afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución», es claro que podrá ejercerla sobre el ámbito de las medidas restrictivas.

Así las cosas, sobre esta base constitucional establecida por los tratados constitutivos, el TJUE ha ido tejiendo con el paso del tiempo una ya rica jurisprudencia que ha dado lugar a lo que la doctrina ha denominado una progresiva «legalización» de la PESC (Cardwell, 2015: 297). El TJUE se ha enfrentado, de manera audaz, al reto de paliar el «déficit judicial» existente en esta materia con el objetivo de reforzar el principio de tutela judicial efectiva previsto en el art. 47 de la Carta (Jiménez García, 2008: 92-93). Aunque la jurisprudencia es ya amplia, cabe señalar que hasta el momento el TJUE no ha tenido (todavía) ocasión de pronunciarse sobre trece de los regímenes geográficos (Afganistán, Burundi, Guinea-Bissau, Haití, Líbano, Mali, Moldavia, Nicaragua, Somalia, Sudán, Sudán del Sur, Turquía y Yemen) y dos de los regímenes temáticos (proliferación de armas químicas y ciberataques).

¹⁶ Este precepto prevé lo siguiente: «La ejecución de la política exterior y de seguridad común no afectará a la aplicación de los procedimientos y al alcance respectivo de las atribuciones de las instituciones establecidos en los Tratados para el ejercicio de las competencias de la Unión mencionadas en los artículos 3 a 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Asimismo, la ejecución de las políticas mencionadas en dichos artículos no afectará a la aplicación de los procedimientos y al alcance respectivo de las atribuciones de las instituciones establecidos en los Tratados para el ejercicio de las competencias de la Unión en virtud del presente capítulo».

III. EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS POR EL TJUE: HACIA UNA APLICACIÓN VÍA JURISPRUDENCIAL DE LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL JUDICIAL

1. EL MANTENIMIENTO DE LOS INSTRUMENTOS PROCESALES HABITUALES: LA PARALELA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE OTROS INSTRUMENTOS PROCESALES NO PREVISTOS EN LOS TRATADOS

1.1. Los supuestos clásicos: recurso de anulación y excepción de ilegalidad

La vía judicial del control de legalidad de las medidas es doble. En primer lugar, el mecanismo judicial usual es, como establece expresamente el precepto central en la materia (art. 275, párr. segundo, TFUE), el del recurso de anulación, cuyo alcance fue establecido por el TJ en los asuntos *Elitaliana/Eulex Kosovo*¹⁷ y *H/Consejo y Comisión*¹⁸. El supuesto tipo sería, pues, un recurso de anulación interpuesto contra actos (decisión PESC y/o reglamento ex art. 215 TFUE) en los que el nombre de una persona física o jurídica, grupo o entidad aparezca inscrito en la lista de destinatarios de una medida restrictiva individual. Caben también, empero, recursos de anulación dirigidos contra un reglamento ex art. 215 TFUE que recoja una medida de carácter general, pero respecto de la que concurren los requisitos de *ius standi* fijados por el art. 263 TFUE. Y, por último, resulta igualmente posible la interposición de una excepción de ilegalidad frente a una decisión PESC o un reglamento ex art. 215 TFUE que incluya una atribución de competencia para adoptar medidas restrictivas *individuales* —no si son generales— de las que pueda ser destinatario el recurrente¹⁹.

¹⁷ Sentencia del TJ de 12 de noviembre de 2015, C-439/13 P, EU:C:2015:753.

¹⁸ Sentencia del TJ de 19 de julio de 2016, C-455/14 P, EU:C:2016:569.

¹⁹ El TG ha establecido que el art. 275 TFUE no excluye la posibilidad de impugnar por esta vía incidental «una disposición de carácter general, en apoyo de un recurso de anulación interpuesto contra una medida restrictiva individual»; véase, por ejemplo, sentencia del TG de 16 de julio de 2014, *National Iranian Oil Company/Consejo*, T-578/12, EU:C:2014:678, apdo. 93; jurisprudencia reiterada posteriormente, por ejemplo, en la sentencia de 4 de septiembre de 2015, *National Iranian Oil Company y otros/Consejo*, T-577/12, EU:T:2015:596, apdo. 94. Menos evidente y también menos pragmática es la posibilidad de que prospere una excepción de ilegalidad interpuesta en el marco de una acción por daños, a las que nos referiremos más adelante (*vid infra*, III.1.1.2: no creemos que haya prosperado

En este orden de cosas, cabe reseñar que en la sentencia recaída en el asunto *Venezuela/Consejo* el TJ consideró, en contra del criterio mantenido por el TG²⁰, que un Estado tercero contra el que va dirigida una medida restrictiva²¹ debe considerarse «persona jurídica» y, por tanto, goza también de legitimidad para interponer un recurso de anulación siempre que reúna el resto de requisitos de admisibilidad (Gundel, 2021; Gundel, 2023)²². Se trata, en cierta forma, de una prolongación de la jurisprudencia previa que había considerado que la noción de persona jurídica recogida en el párr. cuarto del art. 263 abarca también a Estados terceros no miembros de la Unión²³, aunque dicho enfoque no concernía la materia de medidas restrictivas, o incluso a una entidad sin personalidad jurídica propia como era el Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK)²⁴ o el Frente Polisario²⁵. No obstante, sin ignorar el alcance del planteamiento que hace el TJ, creemos que no conviene exagerar sus efectos, ya que el caso en cuestión no concernía a medidas restrictivas personalizadas y, en todo caso, el Estado tercero afectado no queda eximido de cumplir el resto de requisitos de admisibilidad exigidos a las personas jurídicas por el art. 263 TFUE (Vázquez Rodríguez, 2021: 1059-1060). Eso sí, se ha afirmado, a nuestro juicio con acierto, que «what the decisions *Rosneft*, *Bank Refah Kargaran* and *Venezuela* have in common is a reliance on teleological reasoning based on effective judicial protection, on the value of the rule of law, and on the consistency of the system of judicial protection in the EU» (Lonardo y Ruiz Cairó, 2022: 130).

ninguna hasta el momento y, de hacerlo, tampoco bastaría por sí sola para reconocer la demanda de daños.

²⁰ Sentencia del TG de 20 de septiembre de 2019, T-65/18, EU:T:2019:649, apdos. 44 y 48 («las disposiciones impugnadas no afectan directamente la situación jurídica de la República Bolivariana de Venezuela»).

²¹ En este caso se trataba de la Decisión (PESC) 2017/2074 del Consejo de 13 de noviembre de 2017, relativa a medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Venezuela, DO L 295, de 14 de noviembre de 2017, p. 60; y del Reglamento 2017/2063, de idéntica fecha e idéntico DO, p. 21.

²² Sentencia del TJ de 22 de junio de 2021, *Venezuela/Consejo* (Afectación de un Estado tercero), C-872/19 P, EU:C:2021:507.

²³ Cfr. auto del TG de 10 de septiembre de 2020, *Camboya* y *CRF/Comisión*, T-246/19, EU:T:2020:415, apdo. 51.

²⁴ Sentencia del TJ de 18 de enero de 2007, *PKK* y *KNK/Consejo*, C-229/05 P, EU:C:2007:32, apdo. 112.

²⁵ El TG reconoció al Frente Polisario tal legitimidad, si bien lo hizo con posterioridad a la sentencia del TJ que nos está ocupando; sentencia del TG de 29 de septiembre de 2021, *Frente Polisario/Consejo*, T-279/19, EU:T:2021:639, apdos. 86 y 87.

1.2. Otros mecanismos: la cuestión prejudicial y la acción de compensación de daños

Ahora bien, lo cierto es que, al margen de estos supuesto clásicos, en la práctica el TJ se ha desvinculado de una interpretación puramente literal del art. 275 TFUE en el control de legalidad de las medidas restrictivas y ha abierto también la vía de la cuestión prejudicial de validez como opción. La importante sentencia recaída en el asunto *Rosneft* resolvió definitivamente la duda en torno a la competencia del TJ para conocer de cuestiones prejudiciales de validez en los ámbitos de la PESC respecto de los que los tratados constitutivos prevean la posibilidad de control jurisdiccional²⁶. La respuesta a la pregunta clara y directa que la había planteado el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales en relación con las medidas restrictivas adoptadas contra Rusia en julio de 2014²⁷ fue contundente:

Los artículos 19 TUE, 24 TUE y 40 TUE, el art. 275 TFUE y el artículo 47 de la Carta deben interpretarse en el sentido de que el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial con arreglo al art. 267 TFUE sobre la validez de actos que, como la Decisión 2014/512, hayan sido adoptados sobre la base de las disposiciones relativas a la PESC, siempre que las peticiones de decisión prejudicial correspondientes versen bien sobre el control de si dichas decisiones respeta el art. 40 TUE bien sobre el control de legalidad de medidas restrictivas adoptadas frente a personas físicas o jurídicas²⁸.

Y la argumentación para llegar a esa conclusión fue, en esencia, relativamente simple. Utilizó tres argumentos fundamentales. En primer lugar, «la remisión prejudicial para que se aprecie la validez de un acto constituye, de la misma manera que el recurso de anulación, una modalidad del control de legalidad de los actos de la Unión»²⁹ y, así, «[esa] característica esencial del sistema de tutela judicial de la Unión alcanza al control de legalidad de las decisiones por las que se establecen medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas en el marco de la PESC»³⁰. En segundo lugar, «dado que la

²⁶ Sentencia del TJ de 28 de marzo de 2017, *Rosneft*, C-72/15, EU:C:2017:236, apdo. 60.

²⁷ Decisión 2014/512/PESC del Consejo, de 31 de julio de 2014, *DO L* 229, de 31 de julio de 2014, p. 13; Reglamento (UE) n.º 833/2014 del Consejo, de 31 de julio de 2014, *DO L* 229, de 31 de julio de 2014, p. 1, y corrección de errores en *DO L* 246, de 21 de agosto de 2014, p. 59.

²⁸ *Ibid.*, apdo. 81.

²⁹ *Ibid.*, apdo. 68.

³⁰ *Ibid.*, apdo. 69.

aplicación de una decisión por la que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas es en parte responsabilidad de los Estados miembros, la remisión prejudicial para que se aprecie la validez de un acto cumple una función esencial a la hora de garantizar la tutela judicial efectiva»³¹. Y, en tercer lugar, la doctrina *Foto-Frost*, conforme a la que la competencia para declarar la nulidad de un acto de las instituciones de la Unión se reserva al Tribunal de Justicia³², también se aplica, pese a las dudas existentes, «a las decisiones adoptadas en materia PESC y respecto de las que los Tratados confieren al Tribunal de Justicia competencia para el control de legalidad»³³.

Las consecuencias de este pronunciamiento eran, *a priori*, muy relevantes. Rompía, en primer lugar, con la incertidumbre que habían generado los pronunciamientos anteriores. Por un lado, en asuntos como los del Acuerdo de la Unión con Mauricio³⁴, el del Acuerdo de la Unión con Tanzania³⁵ o incluso en los asuntos relativos a *Eulex Kosovo*³⁶ o la *Misión de Policía de la UE en Bosnia y Herzegovina*³⁷, donde el TJ parecía eludir un pronunciamiento rotundo sobre la conexión entre el art. 275, párr. segundo, TFUE y el art. 40 TUE, a pesar de que los abogados generales hubieran desbrozado en sus argumentaciones esa vía³⁸. Por otro lado, por lo que se refiere a la doctrina *Foto-Frost*, el TJ también había eludido pronunciarse expresamente sobre la aplicación de esa doctrina en el ámbito del (otro) pilar extracomunitario, el relativo al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia³⁹, y pese a que también algún abogado general había hecho ya una propuesta bien explícita⁴⁰.

³¹ *Ibid.*, apdo. 71.

³² Sentencia del TJ de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, C-314/85, EU:C:1987:452.

³³ *Ibid.*, apdo. 78.

³⁴ Sentencia del TJ de 24 de junio de 2014, Parlamento/Consejo, C-658/11, EU:C:2014:2025.

³⁵ Sentencia del TJ de 14 de junio de 2016, Parlamento/Consejo, C-263/14, EU:C:2016:435.

³⁶ Sentencia del TJ de 12 de noviembre de 2015, Elitaliana/Eulex Kosovo, C-439/13 P, *cit.*

³⁷ Sentencia del TJ de 19 de julio de 2016, H/Consejo y Comisión, C-455/14 P, *cit.*

³⁸ Véanse, por ejemplo, conclusiones del abogado general Bot, de 30 de enero de 2014, C-658/11, Parlamento/Consejo, EU:C:2014:41, puntos 134 a 138; conclusiones de la abogada general Kokott, de 28 de octubre de 2015, Parlamento/Consejo, C-263/14, EU:C:2015:729, punto 47.

³⁹ Sentencias del TJ de 27 de febrero de 2007, Gestoras pro Amnistía y otros c. Consejo y Segi y otros c. Consejo, C-354/04 P y C-355/04 P, EU:C:2007:115 y EU:C:2007:116.

⁴⁰ Conclusiones generales del abogado general Mengozzi de 26 de octubre de 2006, Gestoras pro Amnistía y otros c. Consejo y Segi y otros c. Consejo, C-354/04 P y C-355/04 P, EU:C:2006:667, puntos 118 y ss. Existían pronunciamientos de algunos

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia opta por una interpretación sistemática que supera una interpretación restrictiva de su competencia apoyada en una posible interpretación literal de los arts. 24 TUE y 275 TFUE. Es una posición que conecta con la tendencia constatada en los últimos años en relación con la interpretación del valor del Estado de derecho en otros ámbitos del derecho de la Unión.

Esta innovadora visión jurisprudencial ha sido recibida por la doctrina de manera dispar. Así, por ejemplo, Paz Andrés Sáenz de Santa María ha

abogados generales que parecían indicar la dirección contraria. Véanse, por ejemplo, las conclusiones generales de la abogada general Kokott, de 13 de junio de 2014, en el dictamen 2/2013, EU:C:2014:2475, punto 100. En ellas, la posición contraria a una aplicación de la doctrina *Foto-Frost* parecía clara: «Cuando los tribunales nacionales conocen, en el contexto de la PESC, de controversias como las mencionadas, están obligados a aplicar el Derecho de la Unión. Al hacerlo, deben analizar, cuando corresponde, la compatibilidad con las normas superiores del Derecho de la Unión de los actos adoptados en el contexto de la PESC por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y, en caso de que sean incompatibles, dejarlos inaplicados en el litigio de que se trate. Y ello porque, como ya se ha dicho, a diferencia de lo que sucede con las políticas comunes, en la PESC los Tratados *no* otorgan al Tribunal de Justicia la potestad de pronunciarse prejudicialmente, tal como indican el art. 24 TUE, apartado 1, concretamente en la frase sexta de su párrafo segundo, y el art. 275 TFUE, párrafo primero. Por ello, en el contexto de la PESC el Tribunal de Justicia no puede hacer uso del monopolio del control de legalidad de las actividades de las instituciones, órganos y organismos de la Unión que se le reconoce en los demás ámbitos. Por consiguiente, en mi opinión, la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que tiene su origen en la sentencia *Foto-Frost* no es trasladable a la PESC. A diferencia de lo que sucede en los ámbitos supranacionales del Derecho de la Unión, en la PESC no existe principio alguno que obligue a que el examen de legalidad de los actos adoptados por las instituciones de la Unión lo realicen solo los tribunales de la Unión». Y, en realidad, no era una posición aislada; al menos seis Gobiernos, incluidos el francés, el alemán y el británico, además del Consejo, se expresaron en ese mismo sentido en el asunto *Rosneft*. Ciertamente, por ejemplo, el abogado general Wahl en sus conclusiones de 7 de abril de 2016, H/Consejo y Comisión, EU:C:2016:212, punto 102, se había pronunciado en sentido contrario: «Este principio [Foto-Frost], a mi parecer, es también aplicable en el ámbito de la PESC, pese a que ningún órgano jurisdiccional de la Unión dispone de esa competencia. Es posible que los procedimientos nacionales —con sus propias normas sobre legitimación, admisibilidad, representación legal, prescripción, pruebas o confidencialidad, entre otras— no resulten adecuados para decidir sobre la validez de actos de la Unión. Tales procedimientos están concebidos para otros fines y es posible que en ellos no se pueda garantizar a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros unos derechos procesales comparables a aquellos de que gozan ante el TJUE».

considerado en las páginas de esta misma revista que «desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, es una buena noticia» (2017: 903) y habla del «triunfo de la coherencia del sistema sobre la literalidad de los preceptos» (*ibid.*: 902).

Sin embargo, para otro sector doctrinal, la sentencia *Rosneft* ha merecido una crítica severa (Bosse-Platière, 2017), en particular en términos de coherencia con la posición mantenida por el TJUE en otras ocasiones, por ejemplo, en la sentencia recaída en el asunto *Unión de Pequeños Agricultores*⁴¹, acerca de la legitimación activa de los particulares con base en el art. 263 TFUE. De hecho, se ha llegado a afirmar que la citada sentencia *Rosneft* «no está a la altura, pues su argumentación es tan endeble como sorprendente a la vista de la sentencia *UPA*» (Martínez Capdevila, 2018: 110).

En este sentido, aunque pueda quedar aún alguna cuestión pendiente de clarificación (Poli, 2017: 1832-1833)⁴², parece claro que también la cuestión prejudicial de interpretación resulta posible⁴³. Cabe llamar la atención en este momento sobre una cuestión prejudicial, pendiente de resolución por el TJ, en la que un órgano jurisdiccional rumano plantea la interpretación de la Decisión PESC que adoptó en 2014 medidas restrictivas por acciones de Rusia que desestabilizaban la situación en Ucrania en caso incautación de los importes resultantes de una operación de intermediación en la venta de estaciones de radio rusas⁴⁴.

⁴¹ Sentencia del TJ de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Consejo*, C-50/00 P, EU:C:2002:452.

⁴² A juicio de esta autora, «it is possible that national courts provide a different answer to the question of whether or not international human rights standards are violated in the instance of an operation carried by the EU».

⁴³ En realidad, en opinión del abogado general Wathelet, no existe ya tal duda, ya que, a su juicio, «si los órganos jurisdiccionales de la Unión pueden lo más, esto es, controlar la legalidad de una decisión que establezca medidas frente a personas físicas o jurídicas adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título del TUE, no cabe duda de que pueden lo menos, en este caso, interpretar los términos de estas decisiones, concretamente, para evitar que el Tribunal de Justicia anule o declare inválido un acto PESC que podría preservar imponiendo otra interpretación»; conclusiones de 31 de mayo de 2016, C-72/15, EU:C:2016:381, punto 75.

⁴⁴ Asunto C-351/22 *Neves 77 Solutions*, DO C 368 de 26 de septiembre de 2022, pág. 14. Conciene, en concreto, la interpretación de los arts. 2, 5 y 7 de la Decisión 2014/512/PESC, de 31 de julio de 2014 (DO L 229 de 31 de julio de 2014, p. 13). El interés de esta cuestión prejudicial radica, de entrada, en su novedad, ya que se trata de una cuestión prejudicial de interpretación en relación con una decisión PESC. Y añade, además, la situación material del supuesto en cuestión, ya que se plantea la

Sea como fuere, a nuestro entender, no convendría sobredimensionar el posible efecto de esta jurisprudencia. De entrada, toda esta discusión no debería hacernos olvidar que la vía del recurso de anulación sigue siendo la vía ordinaria y usual de control de la legalidad de las medidas restrictivas. Además, si el recurrente goza de *ius standi* ex art. 263 TFUE habrá de priorizarse esta vía⁴⁵, de manera que la opción *Rosneft* queda como solución residual para quienes carezcan de la vía del acceso directo. De hecho, la práctica muestra que el uso de la posibilidad abierta por el TJ ha sido testimonial⁴⁶.

Por otro lado, junto al recurso de anulación y a la cuestión prejudicial, existe también la posibilidad de la acción de compensación de daños (Thanou, 2019). La sentencia dictada por el TJ en el asunto *Bank Refah Kargaran*⁴⁷ marcó un importante hito. El Alto Tribunal estableció que el TG había cometido un error de derecho al considerar que una acción de compensación de daños tendente a reparar el perjuicio producido a una persona física o moral por una medida restrictiva prevista en una decisión PESCE escapa de su competencia y que, por tanto, el Tribunal General, o en caso de recurso de casación el Tribunal de Justicia, son competentes «para conocer de un recurso de indemnización en la medida en que este tenga por objeto obtener la reparación de los perjuicios supuestamente sufridos como consecuencia de medidas restrictivas adoptadas contra personas físicas o jurídicas y establecidas en decisiones PESCE»⁴⁸. El TJ vino a decir que la mera declaración de nulidad

posibilidad misma de la incautación automática de cualquier importe resultante del incumplimiento de la obligación de notificar una operación prohibida por la decisión, aunque se trate de una intermediación (los equipos militares en cuestión nunca fueron físicamente importados en el territorio de un Estado miembro).

⁴⁵ *Ibid.*, apdo. 104.

⁴⁶ En realidad, salvo error por mi parte, de las cuestiones prejudiciales planteadas en la materia con posterioridad a la sentencia *Rosneft* ninguna concierne la validez. Véase sentencia del TJ de 11 de noviembre de 2021, *Bank Sepah*, C-340/20, EU:C:2021:903 (Irán). Con anterioridad a la sentencia *Rosneft*, véase sentencias del TJ de 14 de marzo de 2017, *A* y otros, C-158/14, EU:C:2017202 (lucha contra terrorismo); de 12 de junio de 2014, *Peftiev*, C-314/13, EU:C:2014:1645 (Bielorrusia).

⁴⁷ Sentencia del TG de 10 de diciembre de 2018, T-552/15, EU:C:2018:897.

⁴⁸ Sentencia del TJ de 6 de octubre de 2020, *Bank Refah Kargaran/Consejo*, C-134/19 P, EU:C:2020:793, apdo. 44. Por tanto, a juicio del TJ, «el Tribunal General incurrió en error de Derecho al considerar, en el apartado 30 de la sentencia recurrida, que un recurso de indemnización que tenía por objeto obtener la reparación de los perjuicios supuestamente sufridos por una persona física o jurídica como consecuencia de medidas restrictivas establecidas en decisiones PESCE quedaba fuera de su competencia» (apdo. 49).

de las medidas restrictivas adoptadas en el marco de la PESC no es suficiente para satisfacer las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el art. 47 de la Carta⁴⁹. La acción de daños constituye, por tanto, una *vía autónoma* con un papel propio y distintivo cuyo objetivo es también dotar al sistema de la coherencia necesaria y garantizar una tutela judicial efectiva⁵⁰.

Como también ocurrió con el asunto *Rosneft*, la valoración doctrinal de esta posición jurisprudencial está lejos de ser coincidente. Un sector de la doctrina la recibió con beneplácito por considerar que se trata de «un avance revolucionario» y que esta sentencia «va a contribuir significativamente a reforzar la protección jurídica de los particulares en relación las medidas restrictivas adoptadas por la UE», además de animar al Consejo a ser más cauteloso al imponer medidas restrictivas cuya duración se prolongue en el tiempo (Santos Vara, 2021: 172, 178)⁵¹. Sin embargo, ha habido también voces muy críticas en relación con esta supuesta *autoampliación* de competencias hecha por el TJ. Se ha llegado, por ejemplo, a afirmar que «cet argument peut donner l'impression que le juge est en mesure, par son entremise, de faire absolument tout ce qu'il entend et, partant, d'écarter un obstacle issu du droit primaire s'il le souhaite. Ainsi pourquoi ne pas valoriser encore davantage l'article 47 de la Charte pour neutraliser le principe de l'incompétence de la Cour en matière de PESC?» (Coutron, 2021). Como ocurría con la cuestión prejudicial de validez, también aquí creemos que no conviene sobredimensionar la virtualidad práctica de esta vía jurisprudencial. Por un lado, la petición de daños no es en realidad tan novedosa como a veces se aduce, ya que antes de esta sentencia existían ya no pocos asuntos en los que en el marco de un recurso de anulación se incluía una petición expresa de reparación de daños⁵². Por otro lado, el número de acciones planteadas hasta el momento

⁴⁹ *Ibid.*, apdos. 39 y 43.

⁵⁰ *Ibid.*, apdos. 33 a 43. Cfr., igualmente, conclusiones del abogado general Hogan, de 28 de mayo de 2020, *Bank Refah Kargaran/ Consejo*, C-134/19 P, EU:C:2020:793, en particular punto 63.

⁵¹ También se ha dicho que resulta «innegable que el sistema de control jurisdiccional en la PESC ha avanzado de manera notable a results de la posición que, de manera militante, ha asumido el Tribunal de Justicia en la última década. En este sentido la regulación de la PESC es ahora menos imperfecta» (Martínez Capdevilla, 2021: 226). Cfr. también Butler (2020).

⁵² Véase, a mero título de ejemplo, sentencias del TG de 2 de julio de 2019, *Fulmen/ Consejo*, T-405/15, EU:T:2019:469; de 11 de julio de 2007, *Sison/Consejo*, T-47/03, EU:T:2007:207, apdos. 232 a 251; de 25 de noviembre de 2014, *Safa Nicu/Consejo*, T-384/11, EU:T:2014:986, apdos. 45 y ss.

de manera autónoma, en el sentido abierto por la sentencia *Bank Refah Kargaran*, no puede calificarse exactamente como elevado⁵³.

En este sentido, salvando todas las diferencias, me permito llamar la atención sobre dos asuntos pendientes ante el TJ en los que se plantea un recurso de casación contra el auto del TG por el que se declaró manifiestamente incompetente para conocer de un recurso de indemnización por el perjuicio supuestamente sufrido por las demandantes como consecuencia de diversos actos y omisiones del Consejo, de la Comisión y del Servicio Europeo de Acción Exterior en el marco de la ejecución de la Acción Común sobre la misión de la UE por el Estado de derecho en Kosovo (Eulex Kosovo)⁵⁴, en particular con ocasión de las investigaciones efectuadas durante dicha misión sobre la desaparición y el asesinato de miembros de la familia de los demandantes en 1999 en Pristina⁵⁵.

Finalmente, cabe plantearse la posible virtualidad práctica, de momento más académica que real, de utilizar las vías del recurso por incumplimiento o incluso el recurso por omisión⁵⁶. Por el momento, no existe jurisprudencia sobre ello, si bien el marco de los tratados constitutivos ofrece base como para, al menos, albergar dudas sobre la viabilidad de tal posibilidad.

⁵³ Ciertamente existen al menos tres sentencias en las que se ha hecho mención a esta posibilidad: sentencias del TG de 22 de septiembre de 2021, *Al-Iman/Consejo*, T-203/20, EU:T:2021:605; de 10 de noviembre de 2021, *Alkattan/Consejo*, T-218/20, EU:T:2021:765; y de 22 de junio de 2022, *Haswani/Consejo*, T-479/21, EU:T:2022:383. Pero, que sepamos, una única sentencia ha tenido por objeto una demanda de daños fundada sobre la jurisprudencia *Bank Refah Kargaran*; sentencia del TG de 7 de julio de 2021, *Bateni/Consejo*, T-455/17, EU:T:2021:411. En este asunto, que ha sido criticado por un sector de la doctrina (Coutron, 627), es rechazada la demanda y el TG recuerda que el requisito de la ilegalidad no es suficiente (apdos. 95 a 139).

⁵⁴ Acción Común 2008/124/PESC, del Consejo, de 4 de febrero de 2008, sobre la misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo, *DO L* 42 de 16 de febrero de 2008, p. 92.

⁵⁵ Se trata de los asuntos C-29/22 P y C-44/22 P, *KS y otros/Consejo*, en los que se recurre el auto del TG de 10 de noviembre de 2021, *KS y KD/Consejo y otros*, T-771/20, EU:T:2021:798. El TG se declaró manifiestamente incompetente para conocer del recurso.

⁵⁶ Véase, en todo caso, la sentencia del TG de 21 de marzo de 2014, *Hani El Sayyed Elsebai Yusef/Comisión*, T-306/10, EU:T:2014:141. Se trata de un recurso de omisión en el que el demandante solicitó al TG que la Comisión había obrado ilegalmente al abstenerse de retirarle del Reglamento de la Unión relativo al *Al-Aaida* y a los talibanes.

2. EL MANTENIMIENTO DE LAS GARANTÍAS DEL PROCESO: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EXIGENCIA DE PRUEBA SUFICIENTE

Una vez aclaradas las vías de acceso al juez comunitario, va de suyo que el principio de Estado de derecho reclama el mantenimiento de las garantías clásicas en el procedimiento, en particular en el caso de los recursos de anulación. Así, el principio de tutela judicial efectiva, en los términos previstos por el art. 47 de la Carta, aflora con un papel protagonista en este tipo de procedimientos. En la práctica, rara es la demanda en la que no se alegue, de una forma u otra, este principio. Los derechos de la defensa hacen aparición en este contexto de manera preponderante. Entre ellos cabe hacer mención particular a la motivación y a la exigencia de prueba suficiente, teniendo en cuenta que la correcta identificación constituye una suerte de prerequisite para el éxito de la pretensión.

En este contexto, el papel del juez de la Unión consiste básicamente en verificar los hechos alegados en los motivos en que se basa la decisión y en examinar si tales motivos están suficientemente respaldados por dichos hechos⁵⁷. Y, por supuesto, es la autoridad competente de la Unión que presente los datos o las pruebas quien debe acreditar que los motivos invocados contra la persona o entidad afectada son fundados⁵⁸.

En este punto, conviene clarificar que la necesidad de que el Consejo identifique a los destinatarios de los actos de modo suficiente constituye un requisito previo a su inclusión en una lista y al examen concreto de los hechos controvertidos⁵⁹. Por eso, en caso de error cabe corrección por el Consejo, incluso retroactivamente⁶⁰. Pero, como ha establecido el TG en el reciente asunto *Nizar Assaad*, esa posibilidad de corrección tiene límites, en particular el respeto del principio de protección de la confianza legítima⁶¹. Este principio se vio conculcado en el caso en cuestión porque el Consejo había confirmado al demandante durante diez años que no se trataba de la persona incluida en las listas. El TG dejó además claro que la aplicación del principio de confianza

⁵⁷ Sentencia del TJ de 18 de julio de 2013, Comisión y otros/Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, EU:C:2013:518, apdo. 119.

⁵⁸ *Ibid.*, apdo. 121.

⁵⁹ Sentencia del TG de 16 de diciembre de 2020, Haikal/Consejo, T-189/19, EU:C:2020:607, apdo. 102.

⁶⁰ Sentencia del TG de 9 de septiembre de 2016, Tri Ocean Energy/Consejo, T-719/14, EU:T:2016:418, apdo. 30. Cfr. igualmente sentencia del TG de 8 de marzo de 2023, Nizar Assaad/Consejo, T-426/21, EU:C:2023:114, apdo. 249.

⁶¹ *Ibid.*, apdo.246.

legítima no siempre ha de requerir forzosamente la adopción de actos constitutivos de derechos subjetivos⁶².

En relación con la exigencia de motivación, la jurisprudencia ha establecido que los motivos de inscripción deben resultar claros y precisos. Quiere ello decir que deben ser suficientemente *claros* como para permitir identificar el criterio de inscripción que justificó la inclusión del nombre de la persona, grupo o entidad en las listas⁶³; y deben ser también lo suficientemente *precisos* como para justificar adecuadamente las razones que causan la inscripción⁶⁴. En la práctica, en ocasiones, los motivos de inscripción son redactados de manera que pueden reconducirse a varios criterios de inscripción y no siempre es tarea sencilla discernir nítidamente a qué criterio se reconduce cada motivo⁶⁵.

Por otro lado, si bien la motivación de la inscripción no tiene por qué ser exhaustiva en relación con las actividades de la persona, grupo o entidad en cuestión, sí debe permitir saber, sin duda razonable, lo que en concreto se reprocha a la persona inscrita; en relación con los detalles basta con que estos puedan encontrarse en el dossier de pruebas. No conviene, sin embargo, confundir la exigencia de motivación suficiente con el examen del carácter fundado de las decisiones adoptadas por el Consejo en materia de medidas restrictivas. Esto entraña examinar con todo detalle los elementos de prueba en los que el Consejo se apoya para justificar la medida en cuestión, así como constatar la proporcionalidad de la misma y su compatibilidad con los derechos fundamentales establecidos en la Carta (Triart, 2020).

Como derivación del principio de tutela judicial efectiva, se deduce claramente la exigencia de prueba suficiente, cuyo peso recae lógicamente en el Consejo⁶⁶. Es el aspecto nuclear sobre el que se articula el control judicial de las medidas restrictivas. Ello implica que, en caso de recurso, el Consejo habrá de justificar ante el juez de la Unión el carácter fundado de los motivos aducidos para la inscripción a través de elementos de prueba suficientes, sin que quepa en modo alguno la exigencia al demandante de prueba negativa o prueba diabólica⁶⁷.

⁶² *Ibid.*, apdo. 233.

⁶³ Sentencia del TG de 25 de marzo de 2015, Central Bank of Iran/Consejo, T-563/12, EU:T:2015:187, apdo. 68.

⁶⁴ Sentencia del TG de 22 de junio de 2022, Haswani/Consejo, T-479/21, *cit.*, apdo. 72.

⁶⁵ Esta problemática ha sido tratada, por ejemplo, en la sentencia del TG de 23 de septiembre de 2020, Kahled Kaddour/Consejo, T-510/18, EU:T:2020:436, apdos. 70 a 82.

⁶⁶ Sentencia del TJ de 18 de julio de 2013, Comisión/Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *cit.*, apdo. 121 y reiterada jurisprudencia posterior.

⁶⁷ *Ibid.*, apdos. 121 y 122.

Por último, la prueba ha de ser además suficientemente reciente. Como ha dejado constatado el TG, cuanto más antiguas sean las pruebas en relación con la fecha de adopción de los actos que imponen medidas restrictivas contra una persona o entidad, menos podrán constituir por sí mismas base suficiente para fundamentar los actos controvertidos. En este sentido, si bien el Consejo las puede utilizar, el intervalo de tiempo considerable transcurrido entre, por una parte, su publicación y, por otra parte, la adopción de los actos controvertidos exige que el Consejo las corrobore con otras pruebas más recientes⁶⁸.

IV. ALGUNAS PARTICULARIDADES MATERIALES EN EL CONTROL DE LEGALIDAD EJERCIDO POR EL TJUE: UNA JURISPRUDENCIA *IN FIERI*

En lo que afecta al concreto ejercicio del control de legalidad, hay dos elementos principales que requieren nuestra atención. Nos referimos, de una parte, al margen de apreciación del Consejo a la hora de fijar los criterios de inscripción (1) y, de otra, a las dificultades que plantean algunos de ellos (2).

1. EL EXAMEN DEL CARÁCTER FUNDADO DE LA MEDIDA Y DE LA PROPORCIONALIDAD: EXISTENCIA DE UN MARGEN DE APRECIACIÓN

El Consejo dispone, sin duda, de un amplio margen de maniobra a la hora de fijar los criterios de inscripción, en particular en relación con los elementos que le invitan a la adopción de una medida restrictiva y a la inscripción de una persona. El juez de la Unión no puede, por tanto, sustituir al Consejo en la apreciación de los criterios de oportunidad y las circunstancias que justifican la medida adoptada, ya que su motivación es de naturaleza eminentemente política. El control judicial se limita a verificar el respeto de las reglas de procedimiento y de la motivación, de la exactitud material de los hechos, así como de la ausencia de un error manifiesto en la apreciación de los hechos o la presencia de una situación de abuso de poder. Se trata, por tanto, de un control limitado⁶⁹. No parece, pues, extraño que las apreciaciones del TJUE al respecto no sean abundantes⁷⁰ y que, de momento,

⁶⁸ Sentencia del TG de 8 de marzo de 2023, Nizar Assad/Consejo, T-426/21, *cit.*, apdo. 88.

⁶⁹ Sentencia del TG de 14 de octubre de 2009, Bank Melli Iran/Consejo, T-390/08, EU:T:209:401, apdo. 36.

⁷⁰ No quiere ello decir que resulten inexistentes. Véase, por ejemplo, sentencia del TG de 15 de septiembre de 2016, Yanukovych/Consejo, T-348/14, EU:T:2016:497.

no exista, que sepamos, ningún caso de anulación de un criterio de inscripción. A nuestro entender, la formulación de los criterios de inscripción ha de ser en todo caso suficientemente precisa y concreta, si bien en la práctica se constatan algunas diferencias entre los distintos regímenes.

Por el contrario, el TG realiza un control completo en lo que se refiere a la compatibilidad del acto adoptado con las exigencias de cumplimiento de los derechos fundamentales⁷¹. El Tribunal goza igualmente de un control completo respecto de la decisión de aplicación del criterio general en relación con una concreta persona, grupo o entidad para verificar que la decisión se funda en una base factual suficientemente sólida⁷². Por tanto, a diferencia de lo dicho en relación con los criterios de inscripción, es muy nutrida la jurisprudencia en la que el TG se pronuncia sobre el carácter fundado de la medida, es decir, la adecuación de la motivación aportada por el Consejo a los criterios de inscripción.

Por otro lado, la proporcionalidad juega un papel fundamental en el control de la legalidad de las medidas restrictivas (Filpo, 2020: 635). En la sentencia recaída en el importante asunto *RT Francia/Consejo*, en la que la Gran Sala del TG declaró compatible con el derecho de la Unión la decisión de prohibir la emisión en Francia del programa de RT Francia⁷³, se ha recordado que el principio de proporcionalidad exige que las limitaciones de derechos que comporten los actos de la Unión «no excedan los límites de lo que sea adecuado y necesario para satisfacer los objetivos legítimamente perseguidos o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas por esta no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos»⁷⁴. En la práctica, y aplicado en el concreto ámbito de las medidas restrictivas, lo indicado por la Gran Sala del TG implica en particular que «si las pruebas aportadas por el Consejo permiten justificar la conclusión que extrajo a propósito, esencialmente, del control de la demandante y del tenor de los contenidos difundidos por ella y, a continuación, si las medidas restrictivas en cuestión son adecuadas y necesarias para lograr los objetivos de interés general perseguidos por la

⁷¹ Sentencia del TJ de 18 de julio de 2013, Comisión/Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *cit.*, apdo. 119.

⁷² *Ibid.*, apdo. 119. Resulta curioso observar cómo también en otros sectores del derecho de la Unión en los que las instituciones gozan de un amplio margen de apreciación, por ejemplo, en materia de derecho de la competencia, se debate igualmente sobre el alcance del control ejercido por el juez de la Unión.

⁷³ Sentencia del TG (Gran Sala) de 27 de julio de 2022, T-125/22, RT France/Consejo, EU:T:2022:483. Entre los comentarios ya publicados, véase (Gundel, 2023).

⁷⁴ *Ibid.*, apdo. 168.

Unión»⁷⁵. En realidad, como es ya jurisprudencia bien establecida, la apreciación de la importancia de los intereses en juego, forma parte muy relevante de este control de la proporcionalidad y, por tanto, se pueden tener en cuenta en el contexto en el que estas se integran⁷⁶. Todo ello, lógicamente, exige siempre un minucioso análisis por parte del juez de la Unión, que en el caso concreto recién mencionado fue particularmente detallado⁷⁷.

2. AMPLIO ABANICO DE CRITERIOS DE INSCRIPCIÓN: LA CUESTIÓN DE LA RELACIÓN Y/O APOYO A RÉGIMENES OBJETO DE MEDIDAS Y LA INCLUSIÓN DE FAMILIARES DIRECTOS

El abanico de los posibles criterios de inscripción es amplio. Sin ánimo exhaustivo, pueden concernir a la amenaza de la paz y la seguridad internacionales, la represión de la población civil y la violación de derechos humanos, el apoyo a la proliferación nuclear, la vinculación o el apoyo al régimen en cuestión, la condición de entidad vinculada al régimen o ser dirigente o propietario de la misma. Su naturaleza puede ser igualmente variada y oscilar entre la participación directa e individual en la actividad perseguida por la acción de la Unión (p. ej., ser responsable de una concreta actuación) a referencias más genéricas de vinculación con el objeto de la medida (p. ej., apoyar al régimen en cuestión).

Sin embargo, la jurisprudencia reciente ha ido fijando límites, a la vez que ha velado por que la aplicación de las mismas se haga con pleno respeto al derecho de tutela judicial efectiva.

El TG ha aceptado, por ejemplo, que para una persona determinada se utilicen diversos criterios de inscripción y que los motivos de inclusión se solapen, si bien en todo caso «hay que determinar previamente los elementos fácticos de los motivos de inclusión que guardan relación con cada uno de los criterios»⁷⁸.

⁷⁵ *Ibid.*, apdo. 169.

⁷⁶ Sentencia del TJ de 21 de abril de 2015, Anboubá/Consejo, C-605/13 P, EU:C:2015:248, apdo. 46.

⁷⁷ En este asunto, donde la proporcionalidad jugaba un papel importante en la discusión entre las partes, el TG dedicó buena parte de la sentencia a analizar, a este respecto, la pertinencia y suficiencia de las pruebas aportadas (apdos. 170 a 191), el carácter adecuado de las limitaciones (apdos. 192 a 195), el carácter necesario de las limitaciones (apdos. 196 a 200) y la ponderación de los intereses en juego (apdos. 201 a 215).

⁷⁸ Sentencia del TG de 18 de mayo de 2022, Amer Foz, T-296/20, EU:T:2022:298, apdo. 81. En un supuesto en el que se constataron tres criterios de inscripción (el de ser un destacado empresario que opera en Siria, el de la asociación con el régimen sirio y el del vínculo con una persona o entidad sometida a las medidas restrictivas). El TG

Existen, no obstante, dos criterios que, a nuestro juicio, resultan particularmente delicados; a saber, el fundado en los vínculos familiares y el fundado en el hecho de ser un destacado hombre o mujer de negocios que opera en el país concernido por las medidas en cuestión. En efecto, por lo que respecta al primero, la pertenencia a una determinada familia puede ser en ocasiones un criterio autónomo previsto por los actos del Consejo (decisión PESC y Reglamento). Es el caso de la pertenencia a las familias Assad o Makhoulf en el caso sirio⁷⁹. Tal criterio es, por tanto, suficiente para justificar la en el régimen sirio la inscripción⁸⁰. No lo es, sin embargo, en el caso ruso, ya que las decisiones en cuestión no lo configuran como tal. Por ello, a diferencia de los asuntos del régimen sirio, el TG ha anulado la decisión del Consejo de inscribir a la madre del fundador del grupo Wagner por el mero hecho de existir tal lazo familiar⁸¹, y acaso haya influido (indirectamente) también en el reciente auto del presidente del Tribunal por el que adopta la medida cautelar de suspender la medida adoptada sobre la base de ser el hijo de una «leading bussinesperson» inscrita en las listas (Julié, Beauchemin, Gosson, 2023: 5-7)⁸². En el caso ruso se basa en la presunción de vínculo con el régimen, por lo cual se trata de una presunción que puede ser revertida⁸³, mientras que en el régimen sirio basta con la constatación de una circunstancia objetiva. Por otro lado, en estos momentos se está dilucidando en el seno del TG si en el ámbito de las medidas sirias, tras el fallecimiento del inscrito por pertenecer a la familia Makloulf, sus

consideró que «no cabe excluir que, para una persona determinada, varios motivos de inclusión se solapen en cierta medida, en el sentido de que una persona pueda ser calificada de estacado empresario que opera en Siria y pueda considerarse que se beneficia, en el marco de sus actividades, del régimen sirio o que lo apoya a través de esas mismas actividades» (apdo. 82).

⁷⁹ Así lo prevé la Decisión 2013/255/PESC, de 31 de mayo de 2013, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra Siria, *DO L* 147, de 1 de junio de 2013, p. 14 (art. 27, apdo. 2, letra b, y 28, apdo. 2, letra b) y el Reglamento n.º 36/2012, de 18 de enero de 2012 (*DO L* 16, de 19 de enero de 2012, p. 1) (art. 15, apdo. 1 *bis*, letra b).

⁸⁰ Confirmado por el TJ en su sentencia de 1 de octubre de 2020, Ehab Makhoulf, C-157/19 P, EU:C:2020:777, apdo. 83; igualmente sentencia de del TJ de 9 de julio de 2020, Haswani/ Consejo, C-241/19 P, EU:C:2020:545, apdos. 66 y 71.

⁸¹ Sentencia del TG de 8 de marzo de 2023, Violeta Prigozhina/Consejo, T-212/22. EU:T:2023:104, apdos. 104 y 105.

⁸² Auto del TG de 1 de marzo de 2023, T-743/22 R, *Nikita Dmitrievich Mazepin/ Consejo*, T-743/22, apdo. 96

⁸³ Sentencia del TG de 8 de marzo de 2023, Violeta Prigozhina/Consejo, T-212/22, *cit.*, apdo. 95. Cfr. también, por ejemplo, sentencia del TJ de 13 de marzo de 2012, Tay Za/Consejo, C-376/10 P, EU:C:2012:138, apdos. 63 a 66.

herederos se ven también afectados por la medida⁸⁴. En otras ocasiones puede solaparse con otros criterios, por ejemplo, el de tener «vínculo con una persona o entidad sometida a las medidas restrictivas»⁸⁵.

Por lo que concierne al segundo criterio, el hecho de ser un destacado hombre de negocios que opera en el país concernido ha justificado en el régimen sirio que se constituya una presunción de vinculación y apoyo al régimen. La jurisprudencia ha considerado que se trata de un criterio de inclusión objetivo, autónomo y suficiente⁸⁶. Ahora bien, nos encontramos ante una presunción *iuris tantum* que, como veremos a continuación, puede ser revertida mediante prueba en contrario.

V. ALGUNAS PARTICULARIDADES PROCESALES EN EL CONTROL DE LEGALIDAD EJERCIDO POR EL TJUE: DERECHOS DE DEFENSA Y PRUEBA

Las características singulares del contexto en el que se adoptan y aplican las medidas restrictivas acarrearán también algunas particularidades procesales que han tenido incidencia sobre todo en la modulación de los derechos de defensa (1) y en materia de prueba (2).

1. LA IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS DE DEFENSA: COMUNICACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA, ACCESO AL EXPEDIENTE, DERECHO A SER OÍDO Y REEXAMEN PERIÓDICO

La garantía de los derechos de la defensa constituye, como es bien sabido, un principio básico que debe ser respetado frente a cualquier acto lesivo, incluso en ausencia de una reglamentación específica en el caso en cuestión (Triart, 2020: 647), y su violación entraña la anulación del acto si, en ausencia de la irregularidad en cuestión, el procedimiento hubiera podido llegar a un resultado diferente⁸⁷.

⁸⁴ Se trata de los asuntos T-206/22, T-207/22, T-208/22 y T-209/22 *Makhlouf/Consejo*, que conciernen a la viuda y a las hijas del (fallecido) Makhlouf. Aún pendientes de resolución.

⁸⁵ Por ejemplo, en el asunto *Amer Foz* el demandante tenía vínculo familiar directo con una relevante persona sometida a medidas restrictivas (era su hermano Samer Foz), pero se acreditan también importantes vínculos comerciales; sentencia del TG de 18 de mayo de 2022, *Amer Foz/Consejo*, T-296/20, *cit.*, apdos. 81 y 85 a 177.

⁸⁶ Sentencia del TG de 23 de septiembre de 2020, T-510/18, *Khaled Kaddour/Consejo*, *cit.*, apdo. 78.

⁸⁷ Sentencias del TG de 18 de septiembre de 2014, *Georgias/Consejo* y *Comisión*, T-168/12, EU:T:2014:781, apdo. 106; de 15 de junio de 2017, *Kiselev/Consejo*,

Así, el principio de la buena administración, previsto en el art. 41.2 de la Carta, exige que todo destinatario de una sanción pueda ser oído en tiempo útil para expresar su parecer en relación con los elementos que van a fundamentar la decisión, así como el derecho a que se le comuniquen los cargos concretos y tenga acceso al expediente que le concierne. Sin embargo, estos derechos encuentran una cierta modulación en materia de medidas restrictivas como consecuencia de las singularidades de la materia, en particular la exigencia de preservar tanto la eficacia de la medida (efecto sorpresa) como la seguridad de los implicados (confidencialidad de determinados elementos).

Igualmente, como consecuencia de la exigencia de preservar un *efecto sorpresa* y su efecto útil, el derecho a ser oído no existe antes de la adopción de los actos *iniciales* de inscripción en las listas; no existe, pues, obligación del Consejo de comunicar los motivos de la inscripción inicial antes de la adopción del acto en cuestión⁸⁸. Basta, por tanto, que el Consejo abra la posibilidad de que la persona concernida sea oída en el mismo momento o inmediatamente después de la adopción de la medida⁸⁹. Ahora bien, una vez desaparecida la exigencia de preservar el efecto sorpresa para garantizar la eficacia de la medida, el derecho a ser oído recobra toda su vigencia. Así, en relación con los actos de mantenimiento de la inscripción, el Consejo sí está, en principio, obligado a comunicar los elementos de prueba y ofrecer al afectado la posibilidad de ser oído *antes* de la adopción del acto de mantenimiento⁹⁰.

Por el contrario, el Consejo no está obligado a dar a todas las personas, grupos o entidades inscritos acceso automático de oficio a los elementos del dossier. Basta con que le comunique una información suficientemente clara y precisa para que tenga conocimiento de los elementos de prueba existentes en su contra. Además, solo bajo petición expresa del afectado se le ofrecerá acceso a todos los elementos contenidos en el dossier que no sean confidenciales⁹¹. De existir elementos confidenciales, el Consejo podrá limitar el acceso al particular concernido. Por añadidura, ello entraña indirectamente una modulación del principio de contradicción, ya que puede haber elementos

T-262/15, EU:T:2017:392, apdo. 153; de 24 de noviembre de 2021, Aman Dimashq/Consejo, T-259/19, EU:T:2021:821, apdo. 76.

⁸⁸ Por ejemplo, sentencia del TG de 24 de noviembre de 2021, Aman Dismashq c. Consejo, T-259/19, *cit.*, apdos. 60 a 62.

⁸⁹ Sentencia del TJ de 21 de diciembre de 2011, People's Mojahedin Organization of Iran, C-27/09P, EU:C:2011:853, apdo. 61.

⁹⁰ *Ibid.*, apdo. 62.

⁹¹ Sentencia del TJ de 14 de octubre de 2009, Bank Melli Iran/Consejo, T-390/08, *cit.*, apdo. 97.

concretos del dossier que el afectado no conoce plenamente. Sin embargo, la jurisprudencia ha dejado claro desde el asunto *Kadi IP*⁹² que el Tribunal sí ha de poder tener acceso a los elementos de prueba de naturaleza confidencial y que estos han de limitarse al mínimo imprescindible, con lo cual se logra un equilibrio entre la exigencia de preservar la confidencialidad en este materia (efectividad y seguridad) y la correlativa exigencia de garantizar el adecuado control judicial (legalidad)⁹³.

En relación con el plazo que fije el Consejo para que la persona inscrita pueda ser oída, cuya fecha límite se publica en el *Diario Oficial*, conviene tener presente que es puramente indicativo, ya que la persona concernida conserva el derecho de solicitar al Consejo un reexamen o de solicitar la aceptación de observaciones en cualquier momento, también después de la fecha inicialmente fijada para ello⁹⁴. Bien puede decirse que, en la práctica, una vez publicado el acto inicial de inscripción, se entabla un diálogo informal (*de facto*) entre el Consejo y las personas inscritas. Cuestión diferente es que, en todo caso, el plazo fijado debe resultar suficiente. Así, el TG ha tenido que dilucidar recientemente si en una situación extrema de agresión militar cabe aceptar que al Consejo le resulte «imposible conceder a la demandante un plazo realmente suficiente para que pudiera presentar observaciones antes de que se adoptaran los actos impugnados *sin comprometer la eficacia de las medidas restrictivas* en cuestión»⁹⁵. Al final, el TG consideró que en este caso sí

⁹² Sentencia del TJ de 18 de julio de 2013 Comisión/Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *cit.*, apdo. 125. Igualmente, sentencia del TJ de 28 de noviembre de 2013, Consejo/Fulmen y Ferydoun Mahmoudian, C-280/12 P, EU:C:2013:775, apdo. 70; sentencia del TG de 3 de julio de 2014, Sharif/Consejo, T-181/13, EU:T:607, apdo. 64.

⁹³ El art. 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General, introducido en 2016, prevé un mecanismo *ad hoc* para el tratamiento de la información o de los documentos relacionados con la seguridad de la Unión o de uno o varios de sus Estados miembros. El apdo. 3 prevé la posibilidad de que determinados documentos aportados al litigio no se comuniquen a la otra parte principal si presentan carácter confidencial, mientras que el apartado 5 encomienda al Tribunal la tarea de «ponderar las exigencias derivadas del derecho a una tutela judicial efectiva y, en particular, el respeto del principio de contradicción y las exigencias que se desprenden de la seguridad de la Unión o de uno o varios de sus Estados miembros o de la gestión de las relaciones internacionales».

⁹⁴ Sentencia del TG de 22 de septiembre de 2021, Al-Iman/Consejo, T-203/20, *cit.*, apdo. 95.

⁹⁵ Sentencia del TG de 27 de julio de 2022, RT France/Consejo, T-125/22, *cit.*, apdo. 87; la cursiva es nuestra.

resultaba compatible con el derecho de la demandante a ser oída, como parte del derecho de defensa, en aras de garantizar el pleno efecto útil de la medida en cuestión. Aunque este elemento fue uno de los aspectos que atacaba el recurso de casación interpuesto por RT France ante el TJ, el demandante ha desistido del mismo y, en consecuencia, la sentencia del TG ha devenido firme.

Por lo que se refiere a la obligación de reexamen periódico, el Consejo está obligado a comprobar si la situación fáctica ha cambiado desde la inclusión inicial de tal manera que la nueva inclusión ya no esté justificada⁹⁶. Ello comporta que la persona afectada pueda cada vez presentar argumentos y ofrecer elementos de prueba que corroboren sus alegaciones⁹⁷. El plazo fijado por cada régimen es diferente, mientras que, por ejemplo, en el caso sirio es anual, en el ruso es de seis meses. Así, el TG anula las decisiones de mantenimiento si considera que la situación personal de la persona incluida en las listas había evolucionado desde el momento de la inscripción inicial sin que el Consejo hubiese aportado suficientes elementos de prueba como para considerar que pervivía el vínculo del demandante con la situación que provocó la inscripción⁹⁸. Por otro lado, el TJ ha clarificado que la eliminación del nombre de la lista no le hace perder el interés en ejercitar la acción de anulación⁹⁹.

2. LAS DIFICULTADES EN MATERIA DE PRUEBA: CRITERIOS PARA DETERMINAR LA FIABILIDAD Y SUFICIENCIA DEL ELEMENTO DE PRUEBA

En relación con la prueba, se plantean diversas cuestiones que modulan el principio general de carga de la prueba del Consejo. Destacan tres, a saber: la propia noción de elemento de prueba en este ámbito, el estándar de la misma fijado por la jurisprudencia y el concreto proceso de análisis de la prueba en los litigios sobre medidas restrictivas ante el TG.

⁹⁶ Cfr. sentencia del TJ de 26 de julio de 2017, Consejo/LTTE, C-599/14 P, EU:C:2017:583, apdo. 46; sentencia del TG de 23 de septiembre de 2020, Kaddour/Consejo, T-510/18, *cit.*, apdo. 91.

⁹⁷ Sentencia del TJ de 9 de julio de 2020, Haswani/Consejo, C-241/19 P, *cit.*, apdo. 106.

⁹⁸ Véase, por ejemplo, en relación con el régimen de la República Democrática del Congo, la sentencia del TG de 27 de abril de 2022, Ilunga Luyoyo/Consejo, T-108/21, EU:T:2022:253. Véase, igualmente, en el marco de la lucha contra el terrorismo, la sentencia del TG de 30 de noviembre de 2022, Kurdistan Workers' Party (PKK)/Consejo, T-316/14 RENV y T-148/19, EU:T:2022:727.

⁹⁹ Sentencia del TJ de 28 de mayo de 2013, Abdulrahim/Consejo y Comisión, C-239/12 P, EU:C:2013:824, apdos. 62 y 63.

En primer lugar, de entrada, surgen ya ciertas dificultades a la hora de definir la noción de elementos de prueba, ya que no existe una reglamentación explícita *ad hoc*¹⁰⁰. En tal contexto, el juez de la Unión ha establecido, por un lado, el principio de libertad de medios de prueba y, por otro, el principio de libre apreciación de la misma. Así, cabe utilizar elementos de prueba de cualquier naturaleza (testimonios, pruebas documentales, etc.), mientras que el juez de la Unión tiene plena potestad para determinar su fiabilidad y pertinencia¹⁰¹. Ciertamente es, en todo caso, que la situación existente en algunos de los países concernidos por las medidas —la situación de guerra en el caso de Siria o la existencia de un régimen autoritario en Zimbabue son dos buenos ejemplos— dificultan notablemente la práctica de la prueba¹⁰². Valga como dato la imposibilidad de obtener testimonios por parte de terceros que acepten ser identificados para testificar sobre personas que apoyan al régimen por el riesgo cierto que acarrea para sus vidas; o la imposibilidad de conseguir elementos de prueba (procedentes de registros o autoridades nacionales) que puedan acreditar documentalmente, v. gr., la existencia y estado de empresas que ejercen en Siria con apoyo al régimen¹⁰³. Todo lo expuesto ha conducido a que se permita que el Consejo pueda fundarse válidamente sobre artículos de prensa o sobre noticias recabadas en internet para fundamentar los motivos de inscripción (p. ej., en los regímenes sirio¹⁰⁴ o ruso¹⁰⁵), de la misma manera que los demandantes pueden aportar declaraciones.

¹⁰⁰ Cfr. art. 2 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, *DO L* 1, de 4 de enero de 2003, p 1, en materia de acuerdos colusorios de derecho de la competencia y de abuso de posición dominante.

¹⁰¹ Sentencia del TG de 13 de diciembre de 2018, *Iran Insurance/Consejo*, T-558/15, EU:T:2018:945, apdo. 153.

¹⁰² Véase, por ejemplo, las sentencias del TG de 8 de julio de 2020, *Zubedi/Consejo*, T-186/19, EU:T:2020:317 (Siria); de 21 de julio de 2016, *Bredenkamp y otros/Consejo y Comisión*, T-66/14, EU:T:2016:430, apdo. 72 (Zimbabue).

¹⁰³ Véanse, por ejemplo, las conclusiones generales del abogado general Bot, de 8 de enero de 2015, en los asuntos *Anbouba/Consejo*, C-605/13P y C-630/13P, *cit.*, apdo. 204. Seguido por el TJ en su sentencia de 21 de abril de 2015, C-605/13 P, *cit.*, apdo. 46 y C-630/13 P, *cit.*, apdo. 47.

¹⁰⁴ Véase, a este respecto, sobre todo la sentencia del TG de 24 de noviembre de 2021, *Foz/Consejo*, T-258/19, EU:T:2021:820, apdo. 107. De hecho, en alguna ocasión el TG se ha fundamentado tan solo en tales artículos de prensa para examinar el carácter fundado de la inscripción; véase, por ejemplo, la sentencia del TG de 18 de mayo de 2017, *Makhlouf/Consejo*, T-410/16, EU:T:2017:349, apdo. 81.

¹⁰⁵ Sentencia del TG del 11 de septiembre de 2019, *Topor-Gilka/Consejo*, T-721/17 y T-722/17, EU:T:2019:719, apdo. 137.

En segundo lugar, por idénticos motivos, a la hora de fijar el estándar de prueba se constatan también algunas singularidades importantes. Por un lado, en relación con los elementos de prueba propiamente dichos, parece claro que han de resultar suficientes tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo para probar el carácter fundado de la inscripción (Filpo, 2020: 619). Empero, a la hora de valorar la pertinencia de estos elementos de prueba, parece claro que si el paradigma de comparación es el fijado en otros ámbitos del derecho de la Unión —por ejemplo, en materia de competencia (Castillo de la Torre y Gipini Fournier, 2017; Kalindri, 2019)—, se llegará a la conclusión de que en materia de medidas restrictivas el estándar es sensiblemente inferior. No es, pues, de extrañar que esta cuestión haya sido objeto de escrutinio por la doctrina (Chachko, 2019; Filpo, 2020). A nadie se le oculta, no obstante, que los estándares entre uno y otro caso no pueden resultar simétricos.

Por otro lado, en materia de prueba se ha aceptado por el TJUE el juego de determinadas presunciones. Así, por ejemplo, en el régimen sirio rige una presunción *iuris tantum* conforme a la que se presume la existencia de un vínculo con el régimen si se acredita que la persona física o jurídica inscrita se trata de un «destacado empresario que opera en Siria»¹⁰⁶. Al tratarse, como hemos visto, de un motivo autónomo, el Consejo no está obligado a precisar en los motivos de inclusión que la persona inscrita se beneficie del régimen sirio o lo apoye¹⁰⁷. Se presume, por tanto, que si ejerce negocios de cierta entidad en Siria es porque cuenta con el apoyo del régimen. Lógicamente, se trata de una presunción susceptible de ser revertida por la persona inscrita por los medios de prueba pertinentes. A este respecto, el TG ha establecido en reiteradas ocasiones que no cabe imponer al demandante un nivel de prueba excesivo para refutar la presunción; basta, en realidad, con que aporte un conjunto de indicios suficientes sobre la inexistencia o la desaparición del vínculo con el régimen sirio, la nula influencia sobre dicho régimen o la imposibilidad de que plantee un riesgo real de elusión de las medidas restrictivas¹⁰⁸. Somos plenamente conscientes de que este mecanismo de las presunciones ha merecido cierta crítica de la doctrina (Clausen, 2015). No creemos, empero, que pueda sostenerse, por ejemplo, que la reversión de la presunción aludida resulte imposible. Sin ir más lejos, en la reciente sentencia del TG recaída en el asunto *Sabra* se anuló la decisión de inscripción del

¹⁰⁶ Por ejemplo, sentencia del TG de 4 de abril de 2019, Sharif/Consejo, T-5/17, EU:T:2019:216, apdo. 106.

¹⁰⁷ Sentencia del TG de 8 de julio de 2020, Zubedi/Consejo, T-186/19, *cit.*, apdo. 68.

¹⁰⁸ *Ibid.*, apdo. 71.

Consejo con base en testimonios de terceros, concretamente de un exembajador de Francia en Siria y de tres personas que trabajaban en organizaciones humanitarias. A la hora de calibrar el valor de estos testimonios, el TG aplica los criterios generales, de manera que su fiabilidad y credibilidad ha de quedar en todo caso acreditadas por su coherencia general y tienen tanto más peso cuando son corroboradas, en sus elementos esenciales, por los demás elementos objetivos de los autos¹⁰⁹. En el caso en cuestión, las cartas mencionadas dejaban constancia de las actividades humanitarias realizadas por el demandante a favor de refugiados sirios en Líbano, así como de las frecuentes críticas que realizaba el demandante al régimen, sin que el Consejo pudiera rebatir su fiabilidad¹¹⁰.

En tercer lugar, el proceso de análisis de prueba seguido por el juez de la Unión es singular. A la luz de la jurisprudencia¹¹¹, podría inferirse que se siguen tres pasos sucesivos. Así, se ha de responder, en el fondo, a tres preguntas sucesivas en una suerte de *juego dialéctico (ping-pong)* entre las partes. En primer lugar, dado que la carga de la prueba incumbe al Consejo, se trata de responder a la pregunta de si el dossier de pruebas presentado por el Consejo ofrece un haz de indicios suficientemente concreto, preciso y concordante como para justificar los motivos de inscripción¹¹². Es decir, se trata de verificar la suficiencia y la fiabilidad de las pruebas presentadas. Si la respuesta a la primera pregunta es positiva, se trataría de saber a continuación si el demandante ha aportado argumentos o elementos de prueba que permitan poner en cuestión las conclusiones derivadas del examen de las presentadas por el Consejo. Dicho de otro modo, se verifica si las pruebas presentadas por la demandante son susceptibles de demostrar que la realidad es diferente a la descrita por los elementos de prueba aportados por el Consejo¹¹³. Lógicamente, en esta segunda fase el Consejo puede, por su parte, contestar la fiabilidad o la pertinencia de dichos elementos de prueba, por ejemplo, en relación con los autores de un documento, las condiciones en las que se elaboró el elemento de prueba en cuestión o la

¹⁰⁹ Sentencia del TG 16 de marzo de 2022, Sabra/Consejo, T-249/20, EU:T:2022:140, apdo. 157.

¹¹⁰ *Ibid.*, apdo. 163.

¹¹¹ Véase, por ejemplo, sentencia del TG de 9 de junio de 2021, Borborudi/Consejo, T-580/19, EU:T:2021:330.

¹¹² Sentencia del TJ de 21 de abril de 2015, Anbouba/ Consejo, C-630/13 P, *cit.*, apdos. 52 y 53.

¹¹³ Sentencias del TG de 14 de abril de 2021, Mazen Al-Tarazi/Consejo, T-260/19, EU:T:2021:187, apdos. 111-116; de 24 de noviembre de 2021, Al Zoubi/Consejo, T-257/19, EU:T:2021:819, apdos. 97 a 99.

fecha (anterior o posterior a la fecha de adopción de los actos de inscripción)¹¹⁴. Finalmente, si el demandante muestra elementos suficientes para responder afirmativamente a la segunda cuestión planteada, será necesario, por último, verificar si los elementos aportados por el Consejo son de entidad suficiente como para contradecir a los aportados por el demandante.

A la luz del resultado de este análisis mayéutico, el Tribunal adopta su decisión. A este respecto, cabe constatar, por último, que la legalidad del acto debe ser apreciada en función de los elementos de prueba existentes en la fecha de su adopción¹¹⁵. El Consejo no puede prevalecerse, por tanto, ante el Tribunal de elementos de prueba que no fueron considerados en el momento de la adopción del acto¹¹⁶; en consecuencia, el documento de prueba que aporta el Consejo (el llamado documento WK) es capital para dicho control de legalidad por el TG. En relación con los elementos de prueba aportados por el demandante durante el procedimiento ante el juez de la Unión, el Consejo tampoco podrá prevalecerse de ellos para paliar las insuficiencias de su documento de pruebas¹¹⁷. Sí podrá, sin embargo, utilizarlos para confirmar elementos de prueba de los que ya disponía en el momento de la inscripción¹¹⁸. Y, desde luego, siempre podrían ser utilizados en descargo del demandante¹¹⁹. Para ser más precisos, en el sentido fijado por el asunto *Sabra*¹²⁰, el Tribunal no prohíbe al Consejo utilizar los elementos de prueba presentados por el demandante para confirmar lo que él ya sabía en el momento de adoptar los actos de inscripción, pero que no le permite utilizarlos para establecer una situación de hecho cuya existencia ignoraba en el momento de adopción del acto.

¹¹⁴ Sentencia del TG de 8 de marzo de 2023, *Assaad/Consejo*, T-426/21, *cit.*, apdos. 59 a 67.

¹¹⁵ Sentencia del TJ de 3 de septiembre de 2015, *Inuit Tapirit Kanatami y otros/Comisión*, C-398/13 P, EU:C:2015:535, apdo. 22 y numerosa jurisprudencia posterior.

¹¹⁶ Sentencia del TG de 14 de abril de 2021, *Mazen Al Tarazi/Consejo*, T-260/19, *cit.*, apdos. 68 y 69.

¹¹⁷ Sentencia del TG de 16 de marzo de 2022, *Sabra/Consejo*, T-249/20, *cit.*, apdo. 56.

¹¹⁸ Sentencias del TG de 24 de noviembre de 2021, *Foz/Consejo*, T-258/19, *cit.*, apdos. 121 y 124; de 18 de mayo de 2022, *Foz/Consejo*, T-296/20, *cit.*, apdo. 139; de 12 de febrero de 2020, *Ilunga Luyoyo/Consejo*, T-166/18, EU:C:2020:50, apdo. 124.

¹¹⁹ Sentencias del TG de 8 de marzo de 2023, *NIzar Assaad/Consejo*, *cit.*, apdos. 120-121; de 10 de noviembre de 2021, *Alkattan/Consejo*, T-218/20, *cit.*, apdo. 165; de 24 de noviembre de 2021, *Al Zoubi/Consejo*, T-257/19, *cit.*, puntos 89 a 91; de 18 de mayo de 2022, *Foz/Consejo*, T-296/20, *cit.*, apdo. 154.

¹²⁰ Sentencia del TG de 16 de marzo de 2022, *Sabra/Consejo*, T-249/20, *cit.*, en particular apdo. 56.

VI. CONSIDERACIONES FINALES: EN BUSCA DE UN DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LA EFECTIVIDAD DE LA PESC Y LA EXIGENCIA DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS

En el libro homenaje a Gil Carlos Rodríguez Iglesias, publicado en 2003, el profesor Liñán Nogueras consideraba que «siempre [había] participado de la impresión de que, para bien o para mal, la PESC estaba llamada a implicarse en una inevitable “lógica de sistema” que acabará por poner en cuestión todas las salvaguardas jurídicas inventadas para su aislamiento y confinamiento en un limbo jurídico» (2003: 595). Veinte años después no puede decirse con rotundidad que *todas* las salvaguardas jurídicas hayan sido ya puestas en cuestión, pero no cabe duda que la jurisprudencia del TJUE ha contribuido a modular de manera sustancial algunas de ellas, en particular en materia de medidas restrictivas.

De hecho, la jurisprudencia del TJUE sobre medidas restrictivas es ya bastante rica pese a la relativa novedad de la materia. Perviven, quizás, dudas en relación con algunas cuestiones procedimentales y materiales que han sido señaladas por la doctrina (Poli, 2017: 1832-1833). Con todo, creemos que se ha establecido un régimen de control de legalidad de las medidas restrictivas muy robusto y, en todo caso, acorde con las particularidades previstas por los tratados constitutivos, tanto en relación con el carácter híbrido de dichas medidas (político y jurídico) como del control limitado por parte del TJUE.

El reto primordial al que se enfrenta ahora la jurisprudencia del TJUE probablemente radique en buscar un adecuado equilibrio final entre la exigencia de efectividad de la PESC, concebida en términos generales como un ámbito de naturaleza política inmune al control judicial, y la correlativa exigencia ineludible de legalidad, derivada del principio del Estado de derecho, de unas medidas que acarreen consecuencias directas para la esfera jurídica de los particulares. Bien podría decirse que esa *imperfección* que se atribuía a la PESC¹²¹ va camino de ser superada.

Ahora bien, en nuestra personal opinión, existe un límite ineludible al intento del TJUE, del TJ y también del TG, de realizar una interpretación sistemática y teleológica de las disposiciones de los tratados constitutivos tendente a hacer efectivo en el ámbito de las medidas restrictivas el contenido del art. 47 de

¹²¹ Ha hecho fortuna la expresión de *lex imperfecta* para definir al conjunto de normas que conforman en los tratados constitutivos la regulación de la PESC. El término fue acuñado por el abogado general Wahl en sus conclusiones al ya citado asunto H/Consejo y Comisión, C-455/14 P, *cit.*, apdo. 45, y seguido después por la doctrina, por ejemplo, (Andrés Sáenz de Santa María, 2017).

la Carta. El TJUE no puede, como se ha dicho en más de una ocasión, «reescribir los tratados» o ignorar la voluntad de los *Herren der Verträge* en materia PESC. No puede, por loable que sea el objetivo, hacer *como si* el art. 275 TFUE no existiera. El citado precepto existe y fija un régimen específico que no puede ser desnaturalizado sin incurrir en un riesgo de actuación *ultra vires*. Ciertamente, tampoco pueden ignorarse los postulados derivados del Estado de derecho, en cuanto valor esencial de la Unión (art. 2 TUE), ni tampoco obviarse los mandatos de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. El desafío está en lograr de nuevo un equilibrio entre, por un lado, la línea fijada por la jurisprudencia *Los verdes* en el sentido de construir un «sistema completo de vías de recurso y de procedimientos» que permita al TJUE garantizar de manera suficiente la legalidad de los actos de la Unión¹²² y, por otro, aceptar los límites expresados de manera explícita por los tratados constitutivos. La tarea destila complejidad, como ocurre siempre que se transita por *territorio fronterizo*.

A la vez, a nadie se le escapa que pueda existir a la vez una conexión entre las limitaciones del control judicial de la PESC ejercido por el TJUE y las exigencias de adaptación necesarias para lograr finalmente la adhesión de la UE al CEDH, a la luz de lo establecido en el dictamen 2/13. Y, como se ha afirmado por la doctrina más reputada, para desenmarañar este embrollo las soluciones extremas no tienen muchas opciones de lograr el consenso necesario, sea excluir la PESC del acuerdo de adhesión (difícilmente aceptable para los Estados no miembros de la Unión) o sea la reforma de los tratados constitutivos para conceder al TJUE competencia completa para el control judicial de la PESC (poco probable para los Estados miembros de la Unión) (Jacqué, 2021: 546-547). La solución es, en efecto, compleja y, de momento, está en manos del TJUE. A juicio de este autor, en el fondo el dilema del TJUE radica en saber si acepta que primen las exigencias del Estado de derecho sobre una visión que limita su competencia en tanto el control afecte a un ámbito que queda fuera de su competencia o si, por el contrario, acepta que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en su calidad de jueces de la Unión, pueden sustituirle en el control de determinados actos de la Unión (*ibid.*: 549). Esta reflexión deja margen para continuar la discusión.

Bibliografía

Andrés Sáenz de Santa María, P. (2017). Mejorando la *lex imperfecta*: tutela judicial efectiva y cuestión prejudicial en la política exterior y de seguridad común (a

¹²² Sentencia del TJ de 23 de abril de 1986, C-294/83, Los Verdes/Parlamento, EU:C:1986:166, apdo. 23.

- propósito del asunto Rosneft). *Revista de derecho Comunitario Europeo*, 21 (58), 871-903. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rcdce.58.02>.
- Beaucillon, Ch. (2014). *Les mesures restrictives de l'Union européenne*. Bruxelles: Bruylant, 2014.
- Bosse-Platière, I. (2017). Le juge de l'Union, artisan de la cohérence du système de contrôle juridictionnel au sein de l'Union européenne, y compris en matière de Politique Étrangère et de Sécurité Commune. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 3, 555-563.
- Butler, G. (2020). Non contractual liability and actions for damages regarding restrictive measures through Common Foreign and Security Policy decisions: jurisdiction of the Court of Justice of the European Union confirmed. *European Union Law Live*, 7.
- Cardwell, P. J. (2015). The legalization of the European Union foreign policy and the use of sanctions. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 17, 289-310. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/cel.2015.11>.
- Castillo de la Torre, F. y Gippini Fournier, E. (2017). *Evidence, proof and judicial review in European Union Competition Law*. Cheltenham: Elgar. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781782548904>.
- Chachko, E. (2019). Foreign Affairs in Court: lessons from Court of Justice of the European Union targeted sanctions jurisprudence. *Yale Journal of International Law*, 44, 1-52.
- Clausen, F. (2015). Présomptions et contrôle des motifs dans le contentieux des mesures restrictives: développement et (in)certitudes jurisprudentiels. *Revue des Affaires Européennes*, 2, 409-417.
- Coutron, L. (2021). La consécration de la possibilité de demander réparation du préjudice causé par des MR prévues par des décisions Politique Étrangère et de Sécurité Commune: un gain de protection juridictionnelle en trompe l'œil? *Revue trimestrielle de Droit Européen*, 57 (3), 627-636.
- Cremona, M. (2017). The effective judicial review is of the essence of the rule of law: Challenging Common Foreign and Security Policy measures before the Court of Justice. *European Papers. A Journal on Law and Integration*, 2, 671-697.
- Duez, P. (1935). *Les actes de gouvernement*. Paris: Sirey.
- Filpo, F. (2020). Evidence standards in the judicial review of restrictive measures. *ERA Forum*, 20 (4), 615-635. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s12027-019-00583-9>.
- Gundel, J. (2021). Die Anerkennung der Klageberechtigung von Drittstaaten gegen Rechtsakte der Union gemäß art. 263 abs. 4 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union-Anmerkung zum Urteil des EuGHs (GK) v. 22.6.2021, Rs. C-872/19P. *Europarecht*, 56 (6), 720-732. Disponible en: <https://doi.org/10.5771/0531-2485-2021-6-720>.
- (2023). Europäischer Grundrechtsschutz für dritt-staatliche propagandaa-sender?: anmerkung zum Urteil des EuG v. 27.7.2022, Rs T-125/22 /RT France/Rat. *Europarecht*, 58 (1), 110-119. Disponible en: <https://doi.org/10.5771/0531-2485-2023-1-110>.

- Jacqué, J. P. (2021). La réouverture des négociations sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme: clap final ou tapisserie de Pénélope? *Revue Trimestrielle des Droits Humains*, 3, 525-549. Disponible en: <https://doi.org/10.3917/rtdh.127.0525>.
- Jiménez García, F. (2008). El control de legalidad en la ejecución de las sanciones internacionales antiterroristas por parte de la Unión Europea. ¿Tutela judicial efectiva o vuelta a la doctrina de los actos políticos? *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 15, 81-126.
- Julié, W., Beauchemin, A. y Gosson, C. (2023). Are we seeing the limits of the Council's discretionary power in the field of sanctions law: The case of *Mazepin v. Council*. *European Union Law Live*, 143, 1-10.
- Lián Noguera, D. J. (2003). Jurisdicción y política exterior y de seguridad común. En AAVV. *Une Communauté de droit Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, (pp. 591-600). Madrid: Civitas.
- Lonardo, L. y Ruiz Cairó, E. (2022). The European Court of Justice allows third countries to challenge European Union restrictive measures. Case C-872/19 P, *Venezuela v Council*. *European Constitutional Law Review*, 18 (1), 114-131. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019622000025>.
- Martínez Capdevilla, C. (2021). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea proclama su competencia para conocer de los recursos de indemnización vinculados con medidas restrictivas política exterior y de seguridad común. Sentencia de 6.10.2020, as. Bank Refak Kargaran, C-134/19 P. ¿Maximización o extralimitación de su jurisdicción? *Revista General de Derecho Europeo*, 53, 109-226.
- (2018). La sentencia en el asunto *Rosneft*: análisis crítico de un pronunciamiento que maximiza la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la política exterior y de seguridad común, a costa de la coherencia con su propia jurisprudencia. *Revista Española de Derecho Europeo*, 67, 95-110. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2017.269.62457>.
- Nettesheim, M. (2007). United Nations sanctions against individuals: A challenge to the architecture of European Union governance. *Common Market Law Review*, 44 (3), 567-600. Disponible en: <https://doi.org/10.54648/COLA2007063>.
- Poli, S. (2017). The Common Foreign Security Policy after Rosneft: still imperfect but gradually subject to the rule of law. *Common Market Law Review*, 54, 1799-1834. Disponible en: <https://doi.org/10.54648/COLA2017150>.
- Santos Vara, J. (2021). El control judicial de la política exterior: hacia la normalización de la política exterior y de seguridad común en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, a propósito del asunto *Bank Refah Kargaran*. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 68, 159-184. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.68.05>.
- Thanou, S. (2019). Individual restrictive measures and actions for damages before the General Court of the European Union. *ERA-Forum*, 20 (4), 599-614. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s12027-019-00592-8>.

- Triart, N. (2020). Portée et intensité du contrôle de légalité des mesures restrictives de l'Union européenne par le juge de l'Union. *ERA Forum*, 20 (04), 637-658. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s12027-019-00594-6>.
- Vázquez Rodríguez, B. (2021). El *locus standi* de terceros Estados para interponer recurso de anulación contra medidas restrictivas de la Unión Europea: el asunto C-872/19 P, «Venezuela/Consejo». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 25 (70), 1037-1060. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.70.07>.