



Las listas negras del terrorismo y el respeto de los derechos fundamentales: reacciones judiciales europeas y respuesta de Naciones Unidas*

Blacklists terrorism and respect for fundamental rights: European judicial reactions and response of the UN

ROSMERLIN ESTUPIÑAN SILVA**

Universidad de Valencia (España)

RESUMEN

Esta investigación estudia la evolución de la jurisprudencia europea en materia de garantías y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción y que han sido incluidas en las listas internacionales y cobijadas con medidas de lucha contra el terrorismo. El análisis incluye la descripción de las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, consistentes en la adopción de una lista consolidada así como las reacciones del Consejo de Europa y de la Unión Europea que sirvieron como punto de partida a las reformas en el seno del sistema onusiano. La investigación finaliza con una conclusión general de la autora.

PALABRAS CLAVE: seguridad internacional, listas negras, Comité de Sanciones 1267, jurisprudencia europea, derechos fundamentales.

Fecha de recepción: 15/02/2011

Fecha de aceptación: 14/03/2011

ABSTRACT

This research studies the evolution of European case law on guarantees and the exercise of fundamental rights of persons under their jurisdiction that have been included in the international lists and that have been affected with measures to combat terrorism. The analysis includes a description of the measures taken by the Security Council of the United Nations involving the adoption of a consolidated list and the reactions of the Council of Europe and the European Union that served as a starting point for reforms in the within UN system. The research concludes with a general conclusion of the author.

KEY WORDS: international security, blacklists, the Sanctions Committee 1267, European case law, fundamental rights.

* Este artículo presenta los resultados de la investigación inédita realizada por la autora en el marco de los cursos de Droit de la sécurité internationale, en el seno de la Université Catholique de Lyon (Francia, 2009). Las actualizaciones posteriores han sido debidamente efectuadas y se ha hecho una traducción libre de las fuentes que se encuentran en francés y en inglés.

** Abogada de la Universidad Industrial de Santander (Colombia, 2000), DEA en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia (España, 2008), Máster Oficial en Cooperación al Desarrollo con especialidad en Movimientos Migratorios de la Universidad de Valencia (España, 2008), Máster 1 Libre en Droit International des Droits de l'Homme de l'Université Catholique de Lyon (Francia, 2009), Máster 2 d'État en Droit Public spécialité Histoire, théorie et pratique des droits de l'homme de l'Université Pierre Mendès France (Francia, 2010) y doctora en Derecho Internacional de la Universidad de Valencia (España, 2011).



Introducción

Los derechos humanos son considerados como fundamentales por las Naciones Unidas (en adelante: ONU) y el preámbulo de su tratado constitutivo (en adelante: “la Carta”) señala sin ambigüedad como uno de sus propósitos: “crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del Derecho Internacional”.

Los derechos humanos son internacionales en cuanto que, siendo universales, se aplican a todas las personas. Sin embargo, el Derecho Internacional relativo a los Derechos Humanos se refiere principalmente a las obligaciones de los Estados con respecto a los habitantes que se encuentran en el seno de su jurisdicción y hace énfasis en el hecho de que tales obligaciones son de naturaleza “internacional” aunque su aplicación sea principalmente interna. Así, las obligaciones internacionales se activan cuando los Estados no alcanzan a garantizar el disfrute de los derechos humanos en el seno de su jurisdicción, debido a que éstas no se limitan a las fronteras nacionales¹.

1. KENT, GEORGES. Les obligations des organisations intergouvernementales dans le domaine des droits de l’homme. *Chronique*, édition en ligne de Nations Unies, 2005, pág. 11. En: <http://www.un.org/french/pubs/chronique/2005/numero3/0305p32.html>, consultado 10/02/2011.



Esta relación subraya las interacciones entre los derechos nacionales y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante: DUDH), los derechos humanos se han extendido al plano internacional y se han integrado en el ordenamiento jurídico de los Estados a través de la constitución y la ley.

En Europa, la protección de derechos humanos fue adoptada a través del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante: CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. En este sentido, el CEDH ejerce una influencia que sobrepasa la mera protección básica y contribuye al refuerzo del ordenamiento internacional. Este Convenio reduce la hipótesis de lagunas y las prohibiciones de denegación de justicia participando de este modo en las decisiones judiciales internas, las cuales deben respetar el marco internacional convencional y consuetudinario en la materia².

Sin embargo, este marco de obligaciones convencionales no puede hacer abstracción del hecho de que, después de 2001, el Derecho Internacional viene asistiendo a un re-examen del equilibrio entre la seguridad nacional y las libertades individuales.

Es así que, el artículo 15 CEDH³, prevé una posibilidad de derogación de ciertas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos cuando un daño público excepcional amenace la vida de la nación “en la estricta medida en que la situación lo exige” y bajo “reserva de otras obligaciones derivadas del Derecho Internacional”.

Haciendo alusión a la fragilidad de este equilibrio, la resolución A/60/158 (16-12-2005) de la ONU recuerda la obligación de los Estados de velar porque toda medida tomada para luchar contra el terrorismo respete las obligaciones de Derecho Internacional, en particular aquellas relativas a los Derechos Humanos, el Derecho de los refugiados y el Derecho Internacional Humanitario y “ruega a los Estados sensibilizar a las autoridades nacionales encargadas de la lucha contra el terrorismo acerca de la importancia de tales obligaciones”.

De esta manera, sin desconocer a los Estados un gran poder discrecional en la adopción de medidas antiterroristas, la mayor parte de los instrumentos de Derecho Internacional relativos a los derechos humanos prevén igualmente que ciertos derechos no pueden ser derogados ni siquiera en situación de urgencia (estados de excepción).

2. MARCHALDIER, FABIEN. *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, Bruylant, Strasbourg, 2007, p. 228.

3. El mismo principio está consagrado en el artículo 4 del Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos de 23 de marzo de 1976. Por su parte, en el artículo 30 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos consagra la excepción de restricción de ciertos derechos (e. gr. artículos 16, 17 y 22 CADH), conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.



La lista de derechos que no admiten derogación se encuentra en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos (en adelante: PIDCP). Se trata esencialmente del derecho a la vida (art. 6); la prohibición de la tortura o de los tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7); de la interdicción de la esclavitud, de la trata de esclavos y de la servidumbre (par. 1 et 2 de l'article 8); de la prohibición de la prisión por deudas (art. 11); de la prohibición de leyes penales retroactivas (art. 15); del derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 16); y de la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18).

En Europa, en numerosos casos ante jurisdicciones estatales y ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante: TJCE), la cuestión sobre la aplicabilidad y el lugar que ocupa el Derecho Internacional en el ordenamiento jurídico interno ha sido ampliamente desarrollada, subrayando los debates que siguen vigentes sobre el alcance de los límites que el Derecho nacional puede oponer al Derecho internacional. Encontrar el equilibrio entre la seguridad nacional, la seguridad humana y las libertades individuales bajo amenaza del terrorismo, es la cuestión que ocupa esta investigación y que busca respuesta en las prácticas de la ONU así como en la acción de las jurisdicciones nacionales y regionales europeas.

Por lo tanto, el marco jurídico de la ONU en materia de listas negras del terrorismo será examinado y confrontado con las primeras reacciones desde la visión europea (I). Este análisis se revelará como un antecedente de extrema importancia en la evolución de la jurisprudencia de la Unión Europea (en adelante: UE) y en la evolución de los procedimientos aplicados por la ONU en materia de expulsión de nombres de la lista de personas vinculadas al terrorismo (II).

Las listas negras del terrorismo: el marco onusiano de la relación "seguridad y derechos fundamentales"

Para comprender el delicado equilibrio entre la seguridad internacional y el Estado de Derecho es fundamental estudiar el papel del Consejo de Seguridad de la ONU (en adelante: "Consejo de Seguridad") en la elaboración de las listas negras del terrorismo (A) y las primeras reacciones europeas con respecto a la protección de los derechos fundamentales (B).

El papel del Consejo de Seguridad en la lucha contra el terrorismo

El 15 de octubre de 1999, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución S/RES/1267/1999 (15 octubre) (en adelante: resolución 1267/1999), en la que, en particular, condena el terrorismo y pide la persecución de Osama bin Laden y los talibanes en el territorio de Afganistán. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el párrafo 4, b) de la resolución 1267/1999 estableció que todos los



Estados, en particular,

b) Congelarán los fondos y otros recursos financieros, incluidos los fondos producidos o generados por bienes de propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto, o de cualquier empresa de propiedad de los talibanes o bajo su control, que designe el Comité establecido en virtud del párrafo 6 infra, y velarán porque ni dichos fondos ni ningún otro fondo o recurso financiero así designado sea facilitado por sus nacionales o cualquier otra persona dentro de su territorio a los talibanes o en beneficio de ellos o cualquier empresa de propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto, excepto los que pueda autorizar el Comité en cada caso, por razones de necesidad humanitaria.

En el párrafo 6 de la resolución 1267/1999, el Consejo de Seguridad decidió establecer, de conformidad con el artículo 28 de su reglamento provisional, un Comité de Sanciones (en adelante: “Comité de Sanciones 1267”), encargado en particular de velar por la aplicación por parte de los Estados de las medidas impuestas por el párrafo 4, designar los fondos u otros recursos financieros a que se refiere el apartado 4 y examinar las solicitudes de exención de las medidas impuestas por el párrafo 4.

Esta resolución 1267/1999 ha sido desarrollada y actualizada por las resoluciones S/RES/1333/2000 (19 diciembre), S/RES 1390/2002 (16 enero), S/RES 1455/2003 (17 enero), S/RES 1822/2008 (30 junio), S/RES/1904/2009 (17 diciembre) y S/RES/1989/2011 (17 junio).

Resulta un lugar común afirmar que desde el año 2001, la legislación nacional contra el terrorismo se ha multiplicado y el alcance de la protección de las libertades y los derechos humanos se ha limitado en nombre de los intereses nacionales de seguridad pública.

En nombre de dicha seguridad llevada a escala internacional, la ONU adoptó un sistema de listas de personas naturales y jurídicas sospechosas de tener vínculos con el terrorismo (en adelante: “listas negras”), en principio con respecto a Al-Qaida y los talibanes, contra las cuales los Estados deben imponer sanciones financieras y restricciones a los viajes en el extranjero.

El Consejo de Seguridad adoptó la resolución 1373/2001 (28 septiembre), después de los ataques contra los Estados Unidos, para dar un marco general a la lucha contra el terrorismo, en la misma dirección que la resolución contra los talibanes, pero con un ámbito más amplio. Esta resolución menciona una sola vez los derechos fundamentales, en relación con los refugiados.

En la práctica, las resoluciones del Consejo de Seguridad han sido la base de numerosos desarrollos jurídicos estatales e internacionales de la lucha contra el terrorismo. La adopción de listas negras del Consejo de Seguridad ha impulsado en algunos casos, como en el Reino Unido, la adopción de listas negras nacionales, o como en la UE, la adopción de listas negras subregionales.

En el marco de la lucha contra el terrorismo, el Consejo de Seguridad abordó por primera vez la cuestión de los derechos fundamentales de las personas inscritas en las listas negras en la resolución



S/RES/1452/2002 (20 diciembre). El límite de esta alusión es el establecimiento (en el párrafo 1 de la resolución), de una lista de exenciones y excepciones a la congelación de fondos y recursos económicos (impuestas por las resoluciones 1267/1999 y 1390/2002), por motivos humanitarios: pago de alojamiento, comida, medicamentos, gastos de defensa, pago de hipotecas, entre otros. Estas excepciones y exenciones están llamadas a ser aplicadas por parte de los Estados, con sujeción a la aprobación del Comité de Sanciones 1267.

En la práctica, la aplicación de estas resoluciones produjo como resultado un gran vacío jurídico en materia de respeto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las grandes controversias se vieron reflejadas en las primeras propuestas interestatales de reforma, encabezadas por Suiza, presentadas al Consejo de Seguridad en julio de 2008, destinadas a mejorar los procedimientos de sanciones para tomar en cuenta los derechos fundamentales de los afectados.

Desde luego, las reacciones de los Estados sobre el plano internacional tienen su origen en profundos debates internos y, en el caso de Europa, regionales.

En efecto, en Europa existen dos organizaciones que pueden ser llamadas a pronunciarse en la materia. De una parte, el Consejo de Europa como organización europea de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales⁴ y, de otra parte, la UE como organización subregional⁵.

Estas instituciones implicadas en la doble protección: seguridad y derechos humanos, han realizado aproximaciones diferentes del sujeto según sus competencias y limitaciones (B).

El alcance de las reacciones jurídicas de las instituciones del Consejo de Europa

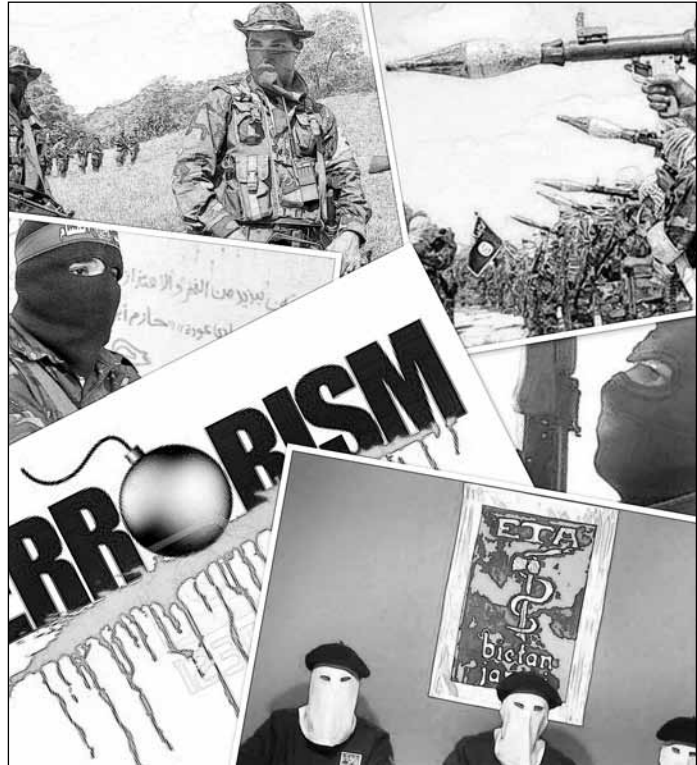
Ante las continuas demandas de justicia por violación de derechos fundamentales recibidas por la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante: "Corte EDH"), en 2007, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa nombró a un relator especial (el senador suizo Dick Marty), para examinar si los grupos e individuos inscritos en las listas negras de la ONU y de la UE, en razón de sus vínculos

4. Creado el 5 de mayo de 1949, está compuesto por 47 Estados miembros y organizado en torno al CEDH y otros textos de referencia. Entre sus órganos más importantes se encuentran el Consejo de Ministros, la Asamblea Parlamentaria y la Corte Europea de Derechos Humanos. www.coe.int consultado 19/02/2011.

5. Creada a partir del Tratado de Maastricht, firmado el 7/2/1992, que entró en vigor el 1/10/1993. Tras su reforma, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1/12/2009, la UE fue dotada de personalidad jurídica propia y retomó las competencias conferidas a las antiguas Comunidades Europeas. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) pasó a llamarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Derecho comunitario se convirtió en el Derecho de la Unión. En 2011, el TJUE (antiguo TJCE) es el órgano judicial que garantiza el respeto de la legislación y es el órgano creador de Derecho de la UE. www.eu.int consultado 19/02/2011.



En la práctica, las resoluciones del Consejo de Seguridad han sido la base de numerosos desarrollos jurídicos estatales e internacionales de la lucha contra el terrorismo. La adopción de listas negras del Consejo de Seguridad ha impulsado en algunos casos, como en el Reino Unido, la adopción de listas negras nacionales, o como en la UE, la adopción de listas negras subregionales.



presuntos con el terrorismo, son tratados de acuerdo con las normas del Consejo de Europa en materia de derechos humanos.

Según el Informe, publicado en abril de 2007, las listas negras de la ONU se establecen en absoluto secreto por el Comité de Sanciones 1267, a petición de los miembros del Consejo de Seguridad. Para 2007 las personas que figuran en esta lista no eran informadas, no tenían la oportunidad de ser escuchadas y no disponían de ningún recurso jurídico⁶.

Marty afirmó en su Informe de 2007 que estas prácticas ilustran la “peligrosa erosión de los derechos y las libertades fundamentales en progreso, incluso en el seno de las instituciones que tienen por mandato su protección y promoción” y, por lo tanto, dichas prácticas desacreditan la lucha internacional contra el terrorismo.

Sobre esta base, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa pidió el re-examen de los procedimientos de inscripción de las listas negras por considerar que estos violan los derechos humanos individuales y son “totalmente arbitrarios”⁷. En el debate, el ponente Dick Marty (Suiza), subrayó que:

6. Véase: http://www.coe.int/t/dc/files/events/2006_cia/default_fr.asp consultado 13/02/2011.

7. El debate en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa tuvo lugar el 23 de enero de 2008.



“(...) la injusticia es el mejor aliado del terrorismo. Debemos luchar contra ella también”⁸.

(...) Estas listas han creado un sistema donde no hay derecho a ser oído, ni a disponer de un recurso judicial, ni a saber las verdaderas razones de su inclusión en estas listas negras (...).

(...) Se trata de un sistema —es un punto que nos debe preocupar—, que se desarrolló fuera de cualquier procedimiento, cualquier garantía y de cualquier legitimidad democrática, y sin ningún tipo de Parlamento para discutir y decidir (...) Es cierto que a raíz de las reacciones absolutamente negativas, algunas mejoras, en su mayoría “cosméticas” se hicieron. Sin embargo, estas listas negras siguen estando muy por debajo de los estándares de un Estado de Derecho y de un Estado democrático (...).

Hay casos donde las personas están en una lista desde hace más de seis años, y han sido objeto de procedimientos penales en los que los fiscales de diferentes países han investigado el caso y aun cuando el proceso penal se ha cerrado porque no se ha encontrado nada en su contra, sin embargo, estas personas siguen figurando en la lista negra, que es una especie de “muerte civil”, ya que no pueden ejercer ninguna actividad económica ni cruzar una frontera⁹.

A pesar de la disposición del Consejo de Europa, el poder de su Asamblea se mostró reducido. De hecho, los parlamentarios quedaron limitados a actuar desde el seno de sus parlamentos nacionales, donde cada Estado es signatario de la Carta de la ONU y se halla sometido a su jurisdicción. Es decir, las personas que forman parte de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa pueden concentrarse en este tema a nivel estatal, pero no a nivel internacional dado que el Consejo de Europa no es, en él mismo, miembro de la ONU.

Esta limitación del Consejo de Europa pudo constatarse en la jurisprudencia de la Corte EDH. Los asuntos *Behrami y Behrami v. Francia y Saramati v. Francia, Alemania y Noruega*, ante la Gran Sala de la Corte EDH, plantearon la cuestión de las relaciones entre el CEDH y las acciones de la ONU en el ámbito del Capítulo VII de la Carta, con el objetivo de demostrar la existencia de violaciones de las disposiciones del CEDH cometidas por los Estados miembros del CEDH, a quienes podría imputarse una responsabilidad internacional.

La Corte EDH constató una diferencia fundamental entre la naturaleza de las acciones internacionales y regionales, en el marco del CEDH.

Por una parte, la Corte EDH se declaró incompetente para ejercer el control sobre el cumplimiento del CEDH, en las acciones directamente atribuibles a la ONU como organización de vocación universal que cumple un objetivo imperativo de seguridad colectiva y, en particular, sobre las acciones de sus

8. Véase: http://www.coe.int/t/dc/files/events/2008_liste_noire/default_fr.asp consultado 13/02/2011.

9. Assemblée Parlementaire du Conseil de L'Europe. *Rapport a l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe*. CR 05, Edition provisoire, Session de 2008, Première partie, de la cinquième séance, mercredi 23 janvier 2008 à 10 heures, p. 3 y ss.



órganos subsidiarios. En efecto, ni la ONU ni sus órganos subsidiarios se encuentran atados al CEDH. Por otro lado, la Corte EDH identificó otros actos para los cuales su competencia es incuestionable por cuanto se trata de acciones imputables a los Estados parte del CEDH, incluso frente a acciones que no se han llevado a cabo en el territorio de los Estados y no derivan de una decisión de las autoridades de los mismos. Sin embargo, la Corte EDH dedujo su incompetencia *ratione personae*, sobre la base de la atribución de la responsabilidad en cabeza de los órganos de la ONU:

En todo caso, hay una diferencia fundamental entre la naturaleza de la organización internacional y de la cooperación internacional que sirvió como base al asunto *Bosphorus*¹⁰ y la naturaleza de que se trata en este caso. De hecho, la MINUK es un órgano subsidiario de la ONU creado en virtud del Capítulo VII de la Carta y las facultades que la KFOR ha ejercido en este caso le habían sido legalmente delegadas por el Consejo de Seguridad en aplicación del mismo Capítulo VII. En consecuencia, sus acciones eran directamente atribuibles a la ONU como una organización para cumplir un objetivo imperativo universal de seguridad colectiva¹¹.

Tales limitaciones en el alcance de las reacciones jurídicas de las instituciones del Consejo de Europa, impulsaron la búsqueda de alternativas en el seno de la UE que, a la postre, han estimulado la evolución del sistema internacional en materia de equilibrio entre seguridad y respeto de los derechos fundamentales en el tema (II).

La evolución de la cuestión del respeto de los derechos fundamentales en los procedimientos de listas negras del terrorismo

El precedente de la Unión Europea (UE) a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

La lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos no son antitéticas, sino más bien son responsabilidades complementarias de los Estados. En este sentido, con respecto a los derechos fundamentales y para evitar su violación, la UE ha creado su propio sistema jurídico en virtud de resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU en materia de lucha contra el terrorismo y en el marco del Tratado constitutivo de la UE (en adelante: CE).

En 2002, en el marco de la lucha internacional contra el terrorismo y como parte del segundo pilar de la “Política Exterior y de Seguridad Común” (en adelante: PESC), la UE estableció medidas restrictivas contra las personas y entidades asociadas con Osama bin Laden, Al-Qaida, los talibanes y las

10. Corte EDH, Grande Chambre, *Affaire Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim irketi c. Irlande* (no 45036/98), Arrêt, 30 juin 2005.

11. Corte EDH, Grande Chambre, *Affaire Behrami et Behrami c. France* (no 71412/01) et *Affaire Saramati c. France, Allemagne et Norvège* (n° 78166/01), décision sur la recevabilité du 31 mai 2007, pâr. 151.



Con respecto a los derechos fundamentales y para evitar su violación, la UE ha creado su propio sistema jurídico en virtud de resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU en materia de lucha contra el terrorismo y en el marco del Tratado constitutivo de la UE.

actividades de terrorismo, en consonancia con las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta, entre ellas: el Comité de Sanciones 1267 y los Comités de Seguridad derivados de la resolución 1373/2001.

En este sentido fue adoptada la Posición Común 2001/931/PESC y la Posición Común 2002/402/PESC incorporada en el Reglamento (CE) n° 881/2002, como un conjunto de medidas contra personas y entidades inscritas en una lista elaborada por un organismo de la ONU. Tales medidas incluyeron la congelación de fondos y recursos económicos, la prohibición del movimiento y la inclusión de esas personas y entidades en la lista negra europea, es decir, en el anexo I del Reglamento (CE) n° 881/2002¹².

Sin embargo, numerosos asuntos judiciales atacaron, en su momento, la ausencia de equilibrio entre tales medidas de seguridad en el seno de la UE y el respeto de los derechos fundamentales.

Bajo la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante: TJCE)¹³, los asuntos acumulados C-402/05P, C-415/05P Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation, presentados respectivamente el 17 y el 21 de noviembre de 2005, plantearon la cuestión de la conformidad legal de la transposición comunitaria de listas negras elaboradas por el Comité de Sanciones 1267, a la luz de los artículos 60 CE, 301 CE y 308 CE y de las reglas generales de Derecho comunitario.

12. Estos reglamentos se encuentran disponibles en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*: CE L 139, p. 9.

13. Cabe recordar que, en 2009, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) pasó a llamarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Derecho comunitario se convirtió en el Derecho de la Unión. Para efectos de este análisis se hará alusión al antiguo TJCE y al Derecho comunitario, cuando sus pronunciamientos daten de fechas anteriores a 1/12/2009 y se hará alusión al



Dos cuestiones fundamentales se debatieron en estos casos: la competencia de los tribunales comunitarios para pronunciarse sobre la ilegalidad comunitaria del Reglamento (CE) n° 881/2002 (en adelante: “el Reglamento”) que traspone las listas del Comité de Sanciones 1267 y, en caso tal, la violación potencial de derechos fundamentales en el proceso de transposición de las listas negras del terrorismo.

El Tribunal de Primera Instancia identificó una regla primaria, derivada del Tratado CE, según la cual las resoluciones del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU prevalecen sobre las normas de Derecho comunitario, de conformidad con el artículo 103 de la Carta de la ONU¹⁴.

En Primera instancia se sostuvo que, por lo tanto, el TJCE no tenía jurisdicción para revisar, aunque sea indirectamente, las resoluciones del Consejo de Seguridad y para evaluar su conformidad con los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario porque las resoluciones en cuestión no dejan espacio para la discrecionalidad y porque no es posible apreciar el Reglamento impugnado sin efectuar un control indirecto de la resolución¹⁵. No obstante, el Tribunal consideró que dicho control es posible con respecto a las obligaciones de *jus cogens*.

Esta tesis de incompetencia del Tribunal fue repetida en el asunto Chafiq Ayad (T-253/02), donde el TJCE consideró que:

(...) a pesar de que no es miembro de las Naciones Unidas, la UE debe ser considerada como atada por las obligaciones resultantes de la Carta de la ONU, de la misma manera como lo son sus Estados miembros (...)

(...) La Comunidad no puede violar las obligaciones de los Estados miembros de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas o impedir su ejecución (...)¹⁶.

Sin embargo, en 2008, el TJCE evolucionó su jurisprudencia y en la apelación de los asuntos Kadi y Al Barakaat et al., se defendió la tesis según la cual los tribunales comunitarios son los únicos facultados para determinar los efectos de los compromisos internacionales en el ordenamiento jurídico comunitario y, esto, bajo las condiciones establecidas por el Derecho Comunitario.

TJCE y al Derecho de la Unión, para los pronunciamientos emitidos a partir de 2010. En este sentido, es importante recordar que el órgano del TJUE se halla dividido en tres estructuras: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (propriadamente dicho), el Tribunal General y el Tribunal de la Función Pública. Para efectos de este análisis se hará alusión general al TJUE y se precisará el órgano competente cuando esta información se considere relevante.

14. TJCE, Tribunal Général, Affaire Kadi c. Conseil et Commission, (T 315/01, Rec. p. II 3649) Arrêt, 21 septembre 2005, párs. 217-225; TJCE, Tribunal Général, Affaire Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission (T 306/01, Rec. p. II 3533), Arrêt, 21 septembre 2005, párs. 268-276.

15. *Ibid.*, párs. 189, 190 y 214; *Ibid.*, párs. 239, 240 y 265.

16. TJCE, Deuxième Chambre, Affaire Chafiq Ayad, c. Conseil de l'Union européenne (T-253/02 P), Arrêt, 12 juillet 2006, p. 116.



Se señala de esta manera que la relación entre el Derecho internacional y el Derecho comunitario se rige por el propio ordenamiento jurídico comunitario y que el Derecho internacional sólo puede aplicarse de conformidad con los principios fundadores de la Comunidad, donde el primer lugar de estos principios corresponde al respeto a los derechos humanos y al imperio de la ley¹⁷.

Siguiendo este razonamiento el TJCE afirmó que cuando la Comunidad decide actuar por vía legislativa para aplicar una resolución del Consejo de Seguridad debe garantizar, como premisa de legalidad de la legislación que se propone establecer, que dicha resolución cumple con los criterios mínimos en materia de derechos humanos, porque no existe ningún fundamento jurídico que permita afirmar que podría aplicarse un tratamiento en particular o una excepción, en el sentido de que un reglamento de la UE destinado a la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad no deba estar de acuerdo con la normativa comunitaria sobre la adopción de los reglamentos¹⁸.

Así, la Gran Sala del TJCE adoptó este argumento al afirmar que:

(...) la Comunidad es una comunidad de derecho, ya que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden evitar una revisión de la conformidad de sus actos a la carta constitucional fundamental, que es el Tratado CE (...) [y] que un acuerdo internacional no puede afectar al orden jurisdiccional establecido en los Tratados y, en consecuencia, a la autonomía del sistema jurídico comunitario, por cuyo cumplimiento vela este Tribunal de Justicia, en virtud de la jurisdicción exclusiva que le confiere el artículo 220 CE (...)¹⁹

El TJCE precisó los términos de dicha revisión, afirmando que el control de legalidad que debía estar a cargo del juez comunitario se centra en el acto comunitario destinado a aplicar el acuerdo internacional en cuestión y no en el acuerdo internacional como tal. En efecto, no incumbe al juez comunitario, en el marco de su competencia exclusiva del artículo 220 CE, controlar la legalidad de una resolución adoptada por un organismo internacional y tal control se limita a examinar la compatibilidad de dicha resolución con las reglas de *jus cogens*²⁰.

Así, el TJCE afirmó, en primer lugar, que las competencias de la UE deben ejercerse con respeto por el Derecho Internacional y con respeto por los compromisos en el marco de la ONU, como cuando se adoptan resoluciones del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta, a través de actos comunitarios y sobre la base de los artículos 60 CE y 301 CE.

17. La sentencia de la Corte EDH en el asunto Bosphorus (op. cit.), es citada en múltiples pasajes.

18. TJCE, Cour de justice, Affaires jointes Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat et International Foundation, contre le Conseil de l'Union européenne, (C-402/05P et C-415/05P), Appel, 3 septembre 2008 (en adelante: "TJCE, Kadi et Al Barakaat et al., Appel"), párs. 258 y 261.

19. *Ibid.*, párs. 281 y 282.

20. *Ibid.*, párs. 286 y 287.



Entre las mejoras introducidas a partir de 2008, los Estados no pueden negarse a revelar toda la información de que disponen acerca de personas y entidades, cuyos nombres han sugerido inscribir en la lista negra. Además, el Comité de Sanciones 1267 se ve obligado a incluir una nota explicativa con indicaciones relativas a los motivos de la inscripción de las personas o grupos en las listas negras.

Es más, en el asunto discutido, de acuerdo con el Tratado CE y el artículo 24 de la Carta de la ONU, la adopción del acto que incorpora una resolución del Consejo de Seguridad en el derecho de la UE, exige la adopción de una Posición Común (PC) o una Acción Común (AC), en virtud de las disposiciones del Tratado CE sobre la PESC, que prevé la acción comunitaria previa y esta obligación supone, cuando se trata de la implementación de la resolución adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU, que en el desarrollo de estas medidas la UE tenga debidamente en cuenta los términos y objetivos de la resolución en cuestión así como las obligaciones pertinentes en virtud de la Carta de la ONU en relación con dicha aplicación.

Esto significa que la interpretación del Reglamento que permitió la transposición directa de las listas negras del terrorismo elaboradas por la ONU a las listas de la UE, requiere un estudio del texto de la resolución que se pretende aplicar. En este sentido, el TJCE puso el acento sobre el hecho de que la Carta de la ONU no tiene un método definido para la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad, por lo que esta implementación debe hacerse de conformidad con las modalidades aplicables en el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro de la ONU, de acuerdo con los diferentes modelos posibles de recepción de tales resoluciones.

Por lo tanto, para el TJCE se desprende que:

(...) los principios que rigen el ordenamiento jurídico internacional de las Naciones Unidas, no suponen que la revisión judicial de la legalidad interna del Reglamento impugnado en lo que respecta a los derechos fundamentales, quede excluida por el hecho de que este acto busque aplicar una resolución del Consejo de Seguridad adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU²¹.

A partir de este planteamiento jurisprudencial, el TJCE consideró que no es aceptable pretender que las regulaciones que aplican resoluciones del Consejo de Seguridad emitidas en virtud del Capítulo VII de la Carta, están excluidas de la revisión judicial en relación con el Tratado CE, dado que los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos son derecho primario y base de la existencia de la UE (CE, sección 6.1).

21. *Ibíd.*, pág. 299.



Esta aproximación jurisprudencial permite clarificar el hecho de que las normas que están poniendo en práctica las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU en el seno de la UE deben ser sometidas a una revisión judicial y confrontadas al Tratado CE, que es la expresión, en una comunidad de Derecho, de una garantía constitucional, pues el Tratado CE es la base de un sistema jurídico autónomo que no puede ser afectado por ningún acuerdo internacional.

En el fondo de los casos *Kadi y Al Barakaat et al.*, el TJCE, estimó como evidente la violación de los derechos fundamentales derivados de los procedimientos establecidos por el Consejo de Seguridad, en particular en lo que respecta al derecho de defensa, pues la adopción y reforma de las listas negras de la ONU se enmarca en un procedimiento esencialmente diplomático e inter-estatal, donde las personas o entidades afectadas no tienen una verdadera oportunidad de defender sus derechos, incluso porque el Gobierno del Estado de residencia o nacionalidad del afectado sólo cuenta con el poder de transmitir comentarios al Comité de Sanciones²². En este sentido el TJCE llamó la atención sobre el hecho de que:

(...) esas directivas no imponen al Comité de Sanciones el deber de comunicar al solicitante las razones y las pruebas que justifican la inclusión del mismo en la lista consolidada ni le dan acceso, incluso limitado, a estos datos. Por último, en caso de rechazo de la solicitud de anulación de su nombre en la lista, el Comité no tiene ninguna obligación de motivar su decisión²³.

El estudio de la desproporción de los medios empleados y el respeto por los derechos fundamentales en los asuntos tratados²⁴, no supone que el TJCE descarte la restricción impuesta a los individuos en materia de acceso a la información por motivos de seguridad nacional pues, de hecho, el TJCE ha planteado anteriormente que:

(...) la denegación de acceso interviene cuando la divulgación de un documento podría poner en riesgo “significativo” la seguridad pública o un “interés vital” en las relaciones internacionales de la Unión²⁵.

En general, el TJCE efectuó un control de legalidad a partir de un estudio del procedimiento aplicado y concluyó la violación de los derechos fundamentales de los solicitantes, sin excluir la importancia de la protección de la UE contra las amenazas del terrorismo y, por lo tanto, instó a la UE a poner remedio a las violaciones encontradas, habida cuenta de la alta incidencia de las medidas restrictivas impuestas sobre derechos y libertades fundamentales de los individuos.

En el mismo sentido, la jurisprudencia del TJCE ha indicado que la protección jurisdiccional otorgada por la UE es de la mayor importancia si se tiene en cuenta que las medidas restrictivas adoptadas contra

22. *Ibíd.*, párs. 323-324.

23. *Ibíd.*, pár. 325.

24. *Ibíd.*, párs. 363, 369-371.

25. TJCE, Première Chambre, *Affaire Jose Maria Sison c. le Conseil de l'Union européenne*, C-266/05P, Arrêt, 1 février 2007, par. 38.



las personas que se encuentran en las listas negras del terrorismo tienen las más graves consecuencias. De hecho, la persona, grupo o entidad cubierta por esta medida ve impedidas todas las transacciones financieras y servicios financieros, además de que su reputación y su acción política son altamente lesionadas cuando se les llama terroristas²⁶.

Esta jurisprudencia se ha venido consolidando en Europa, como pudo apreciarse en el 2010 en las sentencias de apelación de los asuntos Ahmed and others ante la Corte Suprema de Justicia de Inglaterra (en adelante: UK-SC)²⁷ y en la segunda decisión relativa al asunto Kadi, ante el Tribunal General del TJUE en septiembre de 2010, actualmente bajo apelación²⁸. Estas sentencias remarcaron que sólo cuando los tribunales nacionales se encuentran en la posibilidad de ofrecer garantías judiciales al interesado, las autoridades de la UE podrían hallarse dispensadas de otorgarla y que esta hipótesis no se cumple en el caso del procedimiento de la ONU que se caracteriza por una falta de garantías del derecho de la defensa bajo un control jurisdiccional efectivo y en el marco de un procedimiento previamente establecido²⁹.

La consolidación de la jurisprudencia del TJCE (actual TJUE) ha permitido avances significativos no sólo al interior de la UE³⁰ sino más allá, en la jurisprudencia de la Gran Sala de la Corte EDH del Consejo de Europa que, en 2010, abordó de nuevo la cuestión en el asunto Nada v. Switzerland³¹. Hasta 2011, otros casos se encuentran pendientes ante las altas Cortes nacionales y regionales incluidos los asuntos Abdelrazik et altera v. Attorney General of Canada and Kadi v. US treasury.

A partir de estas importantes posiciones jurisprudenciales que obligaron a la UE a replantear todo su entramado jurídico en materia de transposición de resoluciones del Consejo de Seguridad, en particular, ligadas a la lucha contra el terrorismo, la transformación de las instituciones de la ONU, aunque lenta, ha sido evidente. En efecto, la ONU ha puesto en práctica una serie de reformas del procedimiento de listas negras del terrorismo en varios aspectos relativos al respeto de derechos fundamentales (B).

26. TJCE, Première Chambre, Affaire Osman Ocalan, au nom du Kurdistan Workers' Party (PKK), et Serif Vanly, au nom du Kurdistan National Congress (KNK), c. le Conseil de l'Union européenne C-229/05P, Arrêt, 18 janvier 2007, p. 110.

27. UK-SC, Mohammed Jabar Ahmed and Others, Mohammed al-Ghabra v. Her Majesty's Treasury, and Her Majesty's Treasury, v. R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef), Sentence, 27 January 2010.

28. TJUE, Tribunal General, Sala séptima, Asunto Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea, T-85/09, Sentencia, 30 de septiembre de 2010, párs. 125-127, 132-138.

29. *Ibid.*, p. 186-187.

30. Las sentencias del TJCE, Kadi et Al Barakaat et al., Appel (op. cit.), impulsaron la adopción del Reglamento (UE) n° 1286/2009 del Consejo, de 22 de diciembre de 2009, que modifica el Reglamento (CE) n° 881/2002, acusado en este caso. Véase: *El Diario Oficial* de la UE: DO L 346, p. 42.

31. Corte EDH, Grande Chambre, Affaire Youssef Moustafa Nada c. Suisse, requête no 10593/08, présentée: 19/2/2008, trasladada a la Gran Sala: 20/10/2010, en proceso de enjuiciamiento.

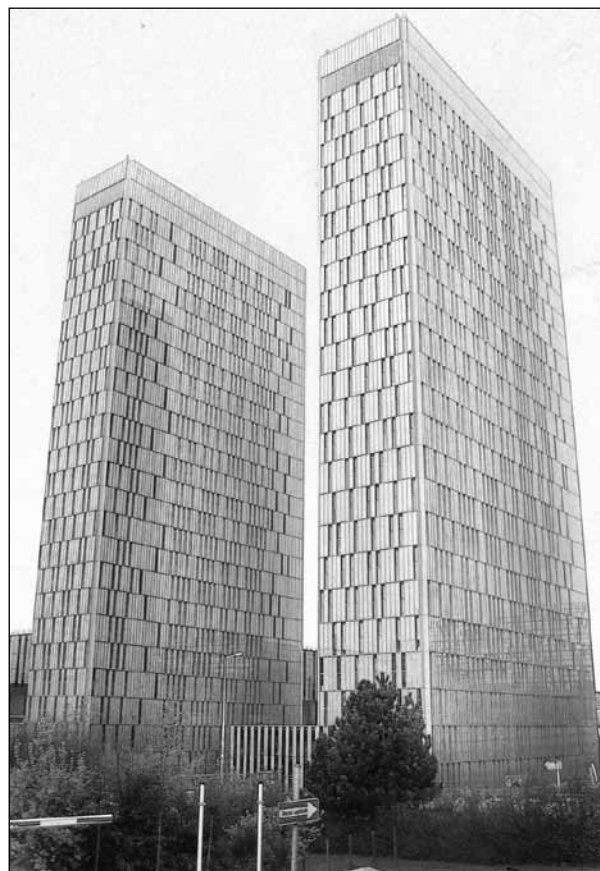


La evolución de la lucha contra el terrorismo desde el respeto a los derechos fundamentales en el seno del Consejo de Seguridad

La evolución del sistema de la ONU en materia de listas negras del terrorismo ha sido el producto de numerosas presiones hacia el establecimiento de un conjunto de garantías de respeto de los derechos de los interesados, especialmente debido a que la práctica de la aplicación de estas resoluciones ha producido toda una serie de violaciones de los procedimientos mínimos en materia de Derecho internacional de los Derechos Humanos y ha puesto en riesgo los principios de Derechos y Libertades más importantes de la democracia³².

Ya en 2004, la resolución S/RES/1526/2004, conminó a la obtención de informaciones detalladas de los vínculos entre las personas sospechosas y los talibanes o Al-Qaida. Sin embargo, sólo hasta 2005 y tras las conclusiones del Equipo de Vigilancia del Comité contra Al-Qaida, en el informe de 15 de febrero de 2005, S/2005/83, se reconoció por primera vez la necesidad de mejorar la transparencia de procedimientos de registro y eliminación de nombres de la “lista consolidada”, así como los relativos a excepciones de carácter humanitario.

En efecto, la resolución S/RES/1617/2005, ordenó la adopción de una descripción más precisa de los grupos y las personas concernidas por las sanciones, la presentación de los motivos exactos de la sanción y la información debida a la persona concernida acerca de las sanciones y de los procedimientos de inscripción y de retiro de la lista consolidada.



El Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó, en primer lugar, que las competencias de la UE deben ejercerse con respeto por el Derecho internacional y con respeto por los compromisos en el marco de la ONU, como cuando se adoptan resoluciones del Consejo de Seguridad.

32. Véase, por ejemplo: ONU, doc. S/2006/331-A/60887 (14-6-2006): Identical letters dated 19 May 2006 from the Permanent Representatives of Germany, Sweden and Switzerland to the United Nations addressed to the President of the General Assembly and the President of the Security Council, 62 pp.



En 2006, siguiendo la evolución de respeto a derechos y garantías de las personas concernidas por las listas negras del terrorismo, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 1730/2006 (19 diciembre), en la que pidió al Secretario General de la ONU establecer dentro de la Secretaría un “punto focal”, encargado de la recepción de solicitudes de exclusión de las listas negras y responsable de dar tratamiento a dichas demandas.

Sin embargo, sólo hasta el 26 de octubre de 2008, el Consejo de Seguridad efectuó un profundo examen del procedimiento aplicado en el trabajo de tres comités contra el terrorismo³³. En este proceso de evaluación, los informes estatales fueron mencionados con frecuencia y, en particular, se hizo sentir la necesidad de adaptar los regímenes de sanciones dirigidas contra personas, a las exigencias de los Estados en materia de Derecho y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En 2008, la resolución 1822/2008 (30 junio) dio cuenta de las dificultades prácticas para la aplicación del mecanismo de sanciones y anunció la intención de trabajar en la mejora de la protección de los derechos de las personas y entidades concernidas. En consecuencia, en 2008 fue aprobada la resolución 1822/2008 que ofreció garantías de publicidad de la información, obligación de información y control general (posteriormente trianual) de la validez de los nombres inscritos en la lista.

Las decisiones tomadas en 2008 tuvieron por objeto principal corregir una serie de deficiencias detectadas en el procedimiento establecido por las resoluciones anteriores (en particular, la resolución (1267 de 1999)). En este sentido, la información disponible con respecto a las personas y entidades relacionadas en la lista negra (alrededor de 550 nombres, en 2011) se mantiene fragmentaria, a pesar de los avances en materia de cooperación entre el Consejo de Seguridad y la Interpol.

Entre las mejoras introducidas a partir de 2008, los Estados no pueden negarse a revelar toda la información de que disponen acerca de personas y entidades, cuyos nombres han sugerido inscribir en la lista negra. Además, el Comité de Sanciones 1267 se ve obligado a incluir una nota explicativa con indicaciones relativas a los motivos de la inscripción de las personas o grupos en las listas negras. Adicionalmente, los Estados de residencia de las personas mencionadas y los Estados cuya nacionalidad detentan, están ahora obligados a adoptar las medidas de publicidad necesarias para que las personas concernidas tengan acceso a estas informaciones.

En 2008, el Consejo de Seguridad estableció igualmente un mecanismo para la revisión periódica de la lista consolidada. En principio se previó que el Comité de Sanciones 1267 procediera a una revisión detallada de los nombres inscritos en las listas negras hasta antes del 30 de junio de 2010 y, a partir

33. El Comité creado por la resolución 1267/1999, relativo a Al-Qaida, los talibanes y las personas y entidades asociadas (Comité 1267), el Comité creado por la resolución 1373/2001 relativo a la lucha contra el terrorismo (CCT) y el Comité creado por la resolución 1540/2004 relativo al acceso de actores no estatales al uso de armas nucleares.



de entonces, el Comité de Sanciones deberá efectuar una revisión anual de la situación de “todos los nombres de la lista consolidada, que no han sido examinados en los últimos tres años”.

En 2009, la resolución S/RES/1904/2009 dio un nuevo impulso a la reforma de los procedimientos en materia de listas negras del terrorismo. En este sentido, se ratificó el control periódico trianual en materia de inscripción y se reforzó el procedimiento de remoción de los nombres inscritos a través de la creación de una oficina de mediación o defensoría (Ombudsperson) para servir como intermediaria entre el Comité de Sanciones 1267 y los solicitantes de su remoción de las listas negras.

A partir de 2009, el Ombudsperson, cuenta con competencia para requerir información directamente de los Estados, intermediar ante el Comité de Sanciones y el Comité de Sanciones tiene la obligación de responder de manera motivada, en un plazo de 6 meses, a su petición de remoción de nombres de las listas negras.

En 2011, la resolución S/RES/1989/2011 (17 junio) decidió dividir las listas relativas a personas y grupos vinculados con las actividades de Al-Qaida, de aquellas relativas a los talibanes. Igualmente, se prolongó el mandato del Equipo de apoyo analítico y del Ombudsperson por 18 meses.

Pese a las mejoras, este proceso se encuentra lejos de otorgar una garantía de imparcialidad y la decidida oposición de un Estado en el seno del Comité de Sanciones 1267 continúa siendo suficiente como para bloquear la expulsión de un nombre de la lista. De otra parte la oficina del Ombudsperson sólo se hizo operativa a partir del 14 de julio de 2010 y su impacto continúa siendo muy reducido (6 casos tratados hasta enero 2011)³⁴.

En este sentido, en 2011, algunos Estados encabezados por Suiza siguen haciendo esfuerzos por presionar la democratización de los procedimientos, haciendo eco al llamado de las Cortes nacionales y regionales que se siguen pronunciando en cuanto a la ausencia de respeto al debido proceso en los procedimientos de la ONU y la falta de acceso a la información³⁵. Constantemente, nuevas declaraciones informales de los Estados se suman al debate al interior del Consejo de Seguridad acerca de la necesidad de ofrecer mecanismos judiciales nacionales y regionales de defensa y contradicción a las personas afectadas por las medidas tomadas³⁶.

34. ONU, doc. S/2011/29 (21-1-2011): Letter dated 21 January 2011 from the Ombudsperson addressed to the President of the Security Council, 17 pp., párs. 49 y ss.

35. ONU, doc. s/n. Statement (4-2011): Improving fair and clear procedures, Document submitted to the Security Council by Switzerland and the Like-Minded States, 6 pp., p. 2.

36. COSTA RICA et al., Joint Statement of the like-minded States in connection with agenda item: “Subsidiary bodies of the Security Council”, New York, May 16 2011, 4 pp.



Aunque la discusión de los métodos empleados para luchar contra el terrorismo a nivel internacional escapa de los propósitos de esta investigación, es importante concluir que, dadas las graves consecuencias que puede entrañar la inclusión de personas naturales o jurídicas en las listas negras del terrorismo, la mayor prudencia se hace necesaria para asegurar que ninguna persona o grupo ha sido puesto por error en esas listas y para garantizar que, dado el caso, todas las personas concernidas puedan tener acceso a la justicia y ejercer su derecho a la defensa en buena y debida forma.

En el estado actual de la evolución de las prácticas de la ONU, la fragilidad del equilibrio entre la seguridad y el respeto por los derechos fundamentales todavía es evidente. En efecto, el Consejo de Seguridad no propone un verdadero recurso individual de defensa contra la inscripción en las listas negras y ofrece únicamente un re-examen sumario automático de cada caso, al que los Estados no pueden oponerse. En el contexto internacional actual y en el marco de las obligaciones de Derecho Internacional, cabe preguntarse si esta garantía alcanza los mínimos establecidos en una sociedad democrática y de una comunidad internacional de Derecho frente a las exigencias en materia de respeto y protección de los derechos fundamentales.

Conclusión general

Este artículo pretende ilustrar el difícil equilibrio entre el respeto de la legalidad y la búsqueda de la paz y la seguridad internacionales, en el marco de las decisiones en materia de listas negras del terrorismo del sistema de la ONU. A lo largo del análisis se ha mostrado cómo las dificultades también son evidentes en el seno de la UE, donde los funcionarios responsables de la política de paz y seguridad en ocasiones no ocultan su descontento frente a las decisiones judiciales, como ocurriera en 2008 con el Alto Representante para la Política Exterior de la UE, Javier Solana, frente a la decisión del TJCE, al señalar que “esta no es la posición del Consejo, es la posición del Tribunal”³⁷.

Además de los asuntos ya mencionados, otros casos judiciales pueden servir para ilustrar este difícil equilibrio. Es el caso de la Organización Muyahidines del Pueblo Iraní (en adelante: OMPI). En 2003, esta organización fue incluida en la lista negra del Consejo de Seguridad, sobre la base de la decisión del gobierno del Reino Unido de incluirla en su lista negra nacional. La OMPI solicitó a la autoridad competente en el Reino Unido su retiro de la lista y el 24 de junio 2008 la Corte de Apelaciones ordenó el retiro de la organización de la lista nacional de terroristas.

37. Véase: http://www.euractiv.com/fr/BreakingNews?GUID=PAE50P086&_xsl=Article consultado 22/02/2011.



A pesar de la intervención del Ejecutivo Inglés ante el Consejo de Seguridad en 2008 y de la exclusión de esta organización de la lista negra de la UE el 26 de enero de 2009³⁸, hasta septiembre de 2011 la OMPI no ha sido retirada de la lista negra de la ONU. El análisis de los miembros del Consejo de Seguridad se mantiene confidencial y no es posible conocer las razones fundamentales de su decisión.

Aunque la discusión de los métodos empleados para luchar contra el terrorismo a nivel internacional escapa de los propósitos de esta investigación, es importante concluir que, dadas las graves consecuencias que puede entrañar la inclusión de personas naturales o jurídicas en las listas negras del terrorismo, la mayor prudencia se hace necesaria para asegurar que ninguna persona o grupo ha sido puesto por error en esas listas y para garantizar que, dado el caso, todas las personas concernidas puedan tener acceso a la justicia y ejercer su derecho a la defensa en buena y debida forma.

Esta cuestión resulta de extrema importancia y de difícil aplicación. En la práctica, los Estados han adoptado medidas sobre la base de definiciones divergentes de delitos de “terrorismo” y de conceptos diferentes de lo que es un “terrorista”, por lo tanto, por lo general no se establece un recurso judicial para apelar el fondo de la cuestión (la noción misma de “terrorismo” utilizada por el Estado) y no existe en el plano internacional, hasta el presente, un mecanismo judicial o administrativo que garantice los derechos de la defensa y el debido proceso para contestar las decisiones iniciales de inclusión en estas listas que, por regla general, han sido tomadas sobre la base de solicitudes emanadas de los Estados. Como ha podido ilustrarse, las consecuencias de este procedimiento no se hacen esperar. En la UE, el hecho de aparecer en una lista nacional de un Estado miembro supone para los demás estados de la UE la obligación de congelar los fondos y prohibir la circulación del interesado. En el caso de los Estados Unidos de América, este Estado identificó cerca de 400 individuos y grupos como “terroristas internacionales”, congelando sus propiedades con órdenes de incautación o embargo preventivo. Los abogados de algunas de estas personas han atacado las medidas, que están basadas en criterios vagos y generales y que tienen una duración indefinida. No obstante, la nueva dificultad que se puede agregar deriva precisamente de la vaguedad de las acusaciones que hace, en términos jurídicos, imposible ejercer la defensa en buena y debida forma.

En efecto, la fiabilidad y exactitud de la información en la que se basan los Estados para establecer dichas listas, a menudo es cuestionable. Los Estados que han adoptado estas medidas rara vez revelan información confidencial en su poder. Las personas sujetas a órdenes de restricción de congelación de activos y otras decisiones similares tienen pocas oportunidades para contestar la acción del Estado,

38. TJCE, General Court, *People's Mojahedin Organization of Iran v. Council*, T-284/08, Rec. p. II-3487, Sentence, 4 December 2008, párs. 74-75.



ya que ignoran las razones que motivaron las decisiones y se encuentran en una franca desventaja cuando ejercen su defensa³⁹.

La duración de las medidas “temporales” también merece una profunda reflexión. Aunque las medidas están anunciadas como cautelares sin afectación sobre los derechos sustantivos a la propiedad, y como medidas de carácter preventivo que no se basan en criterios penales establecidos en el derecho interno (resolución S/RES/1822/2008), la duración de facto de estas medidas ya sobrepasa los diez años para por lo menos 300 personas de las listas actuales. Como lo han manifestado numerosas autoridades, en una vida humana diez años representan una duración considerable y la calificación de las medidas temporales, preventivas y de carácter meramente civil, parece, en lo sucesivo, abierta a debate⁴⁰.

Estas preocupaciones acerca del debido proceso muestran la necesidad urgente de someter estas decisiones del Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad a la tutela judicial efectiva.

Por el momento la única solución temporal sigue estando en manos de los tribunales nacionales y regionales. Tal como lo señaló el TJCE en su momento, una eventual sentencia judicial indicando que un acto destinado a poner en práctica una resolución de la ONU, adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta, es contrario a una norma imperativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no desafía la primacía de la resolución en el Derecho internacional y, por el contrario, confirma la vigencia de la sociedad democrática y de la comunidad internacional de Derecho⁴¹.

39. ONU, doc. E/CN.4/2005/103 (7-2-2005): Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism. Note by the United Nations High Commissioner for Human Rights. report of the independent expert on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Robert K. Goldman, appointed pursuant to Commission resolution 2004/87, 42 pp., par. 64.

40. Véanse, por ejemplo: ONU, S/2009/245 (13-5-2009): Letter dated 11 May 2009 from the Chairman of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities addressed to the President of the Security Council containing the NINTH REPORT of the MONITORING TEAM pursuant to resolution 1526 (2004) and extended by resolution 1822 (2008), 40 pp., pár. 34; ONU, doc. A/HRC/12/22 (2-9-2009): Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, 19 pp., pár. 42.

41. Antes de la sentencia TJCE, Kadi et Al Barakaat et al., Appel (op. cit.), eL TJCE ya había anulado en una ocasión anterior una decisión del Consejo de la UE aprobatoria de un acuerdo internacional, luego de examinar la legalidad interna de dicho acuerdo y de haber constatado la violación de un principio general de Derecho Comunitario, en la ocurrencia, el principio general de no discriminación. Véase: TJCE, *Allemagne c. Conseil*, C-122/95, Arrêt, 10 mars 1998, Rec. p. I-973.

DOCUMENTACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA

Documentos oficiales

ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE. Rapport a l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, CR 05, Edition provisoire, Session de 2008, Première partie, de la cinquième séance, mercredi 23 janvier 2008 à 10 heures, p. 3 y ss.

COSTA RICA et al. Joint Statement of the like-minded States in connection with agenda item: "Subsidiary bodies of the Security Council", New York, May 16 2011, 4 pp.

ONU. Doc. A/HRC/12/22 (2-9-2009): Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, 19 pp.

ONU. Doc. E/CN.4/2005/103 (7-2-2005): Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism. Note by the United Nations High Commissioner for Human Rights. report of the independent expert on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Robert K. Goldman, appointed pursuant to Commission resolution 2004/87, 42 pp.

ONU. Doc. S/2006/331-A/60887 (14-6-2006): Identical letters dated 19 May 2006 from the Permanent Representatives of Germany, Sweden and Switzerland to the United Nations addressed to the President of the General Assembly and the President of the Security Council, 62 pp.

ONU. Doc. S/2011/29 (21-1-2011): Letter dated 21 January 2011 from the Ombudsperson addressed to the President of the Security Council, 17 pp.

ONU. Doc. s/n. Statement (4-2011): Improving fair and clear procedures, Document submitted to the Security Council by Switzerland and the Like-Minded States, 6 pp.

ONU. S/2009/245 (13-5-2009): Letter dated 11 May 2009 from the Chairman of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities addressed to the President of the Security Council containing the NINTH REPORT of the MONITORING TEAM pursuant to resolution 1526 (2004) and extended by resolution 1822 (2008), 40 pp.

Jurisprudencia

CORTE EDH, Grande Chambre. Affaire Behrami et Behrami c. France (no 71412/01) et Affaire Saramati c. France, Alemage et Norvège (nº 78166/01), décision sur la recevabilité du 31 mai 2007.

CORTE EDH, Grande Chambre. Affaire Bosphorus Hava Yollari TurizmVe Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande (no 45036/98), Arrêt, 30 juin 2005.

CORTE EDH, Grande Chambre. Affaire Youssef Moustafa Nada c. Suisse, requête no 10593/08, presentada: 19/2/2008, trasladada a la Gran Sala: 20/10/2010, en proceso de enjuiciamiento.

TJCE. General Court. People's Mojahedin Organization of Iran v. Council, T-284/08, Rec. p. II-3487, Sentence, 4 December 2008.



- TJCE. Allemagne c. Conseil, C-122/95, Arrêt, 10 mars 1998.
- TJCE, Cour de justice. Affaires jointes Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat et International Foundation, contre le Conseil de l'Union européenne, (C-402/05P et C-415/05P), Appel, 3 septembre 2008.
- TJCE, Deuxième Chambre. Affaire Chafiq Ayad, c. Conseil de l'Union européenne (T-253/02 P), 12 juillet 2006, Arrêt.
- TJCE, Première Chambre. Affaire Jose Maria Sison c. le Conseil de l'Union européenne, C-266/05P, Arrêt, 1 février 2007.
- TJCE, Première Chambre. Affaire Osman Ocalan, au nom du Kurdistan Workers' Party (PKK), et Serif Vanly, au nom du Kurdistan National Congress (KNK), c. le Conseil de l'Union européenne C-229/05P, Arrêt, 18 janvier 2007.
- TJCE, Tribunal Général. Affaire Kadi c. Conseil et Commission, (T 315/01, Rec. p. II 3649) Arrêt, 21 septembre 2005.
- TJCE, Tribunal Général. Affaire Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission (T 306/01, Rec. p. II 3533), Arrêt, 21 septembre 2005.
- TJCE, Tribunal General. Sala séptima, Asunto Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea, T-85/09, Sentencia, 30 de septiembre de 2010.
- UK-SC. Mohammed Jabar Ahmed and Others, Mohammed al-Ghabra v. Her Majesty's Treasury, and Her Majesty's Treasury, v. R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef), Sentence, 27 January 2010.

Libros

- KENT, GEORGES. *Les obligations des organisations intergouvernementales dans le domaine des droits de l'homme* (Chronique). Édition en ligne de Nations Unies, 2005.
- MARCHALDIER, FABIEN. *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (Thèse). Bruylant, Strasbourg, 2007. ☺