

HEGEMONÍA PERIFÉRICA EN LA BÚSQUDA PARA ASEGURAR LA RESPONSABILIDAD DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN EL RÉGIMEN DE SANCIONES INDIVIDUALES DE NACIONES UNIDAS

LARISSA VAN DEN HERIK¹

RESUMEN: Este artículo trata de acercarse a una problemática global que se da en el campo del Derecho, a la responsabilidad que tienen distintos organismos internacionales sobre el mismo asunto. En este caso específico se analiza la responsabilidad del Consejo de Seguridad en sanciones individuales que la ONU emite, esto desde la perspectiva de las sentencias Kadi I y II.

PALABRAS CLAVE: *Organización de las Naciones Unidas (ONU), Consejo de Seguridad, Corte Europea de Justicia (CEJ), Unión Europea (UE), Sentencias Kadi I y II, Derecho Internacional, Ombudsperson.*

ABSTRACT: This article makes an approach to a global problem, which exists in Law, to the accountability of different International Law bodies about the very same issue. In this specific case it is analyzed the responsibility of Security Council in individual sanctions, which are given by UN, this is seen from the view of Kadi I and II.

KEY WORDS: *United Nations (UN), Security Council, European Court of Justice (ECJ), European Union (EU), Kadi I and II, International Law, Ombudsperson.*

SUMARIO: I. El cambio de sanciones globales a sanciones focalizadas y sus implicaciones para las formas y estructuras de responsabilidad; II. El poder de kadi I: reformas a nivel de la ONU y la creación del *ombudsperson*; III. La aproximación hegemónica de la CEJ en kadi II; IV. Las implicaciones de kadi II. V. Algunas reflexiones posteriores.

¹ La Dra. Larissa van den Herik es profesora de derecho internacional Público en el Centro Grocio para los Estudios Jurídicos Internacionales de la Universidad de Leiden. La autora agradece a Hilde Roskam por su excelente apoyo para la investigación que sustenta este artículo. [Traducción de Patricia Uribe].

De manera vigorosa se han impulsado las demandas para fortalecer la responsabilidad del Consejo de Seguridad en el contexto del régimen de sanciones individualizadas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).² Durante los últimos años, múltiples actores han externado su preocupación o condenado el déficit de responsabilidad que existe en el régimen de sanciones que tiene como objetivo a individuos.³ Esta laguna de responsabilidad fue creada de manera efectiva cuando la muy criticada política del Consejo de Seguridad para imponer sanciones globales, cambió por completo hacia el diseño de sanciones focalizadas en los años 90.⁴ Los procedimientos tradicionales y los mecanismos de responsabilidad que controlaban las sanciones globales en contra de los Estados, tenían una naturaleza política y diplomática, y no se consideraban apropiados para el nuevo paradigma de sanciones que tiene al individuo, y no al Estado, como punto central de acción. Por tanto el cambio hacia las sanciones focalizadas requiere una visión más fresca y nuevas aproximaciones sobre la responsabilidad del Consejo de Seguridad. Los actores externos, inclu-

² Los reportes Watson han sido significativamente educativos para otorgar una guía en el proceso hacia una mayor responsabilidad. *Vid. v. g.*, Strengthening Targeted Sanctions Through Fair and Clear Procedures, 2006, UN Doc. A/60/87 – S/2006/331; Addressing Challenges to Targeted Sanctions: An Update of the Watson Report, 2009; y Due Process and Targeted Sanctions: An Update of the “Watson Report”, 2012.

³ Esas voces se unieron en la formulación de inquietudes incluido en el documento del World Summit Outcome de la Asamblea General de Naciones Unidas: “llamamos también al Consejo de Seguridad[...] a asegurar que existan procedimientos claros y justos para establecer a los individuos y a las entidades en las listas de sanciones y para removerlos, así como para otorgar excepciones humanitarias”. UN Doc. A/RES/60/1, 24 Octubre 2005, párr. 109.

⁴ La evolución de las sanciones fue promovida por las iniciativas de sanciones de reforma de Suiza, Alemania y Suecia en los llamados Procesos Interkalen de Sanciones Financieras Focalizadas (1998 y 1999), el Proceso Bonn-Berlin de Sanciones Relaciones con el Embargo de Armas y relacionadas a Vuelos y Aviación (1999 y 2000), y el Proceso Estocolmo en la Implementación de Sanciones Focalizadas (2001).

yendo los Estados, y particularmente sus Cortes,⁵ y Poderes Legislativos,⁶ pero también las Cortes⁷ y Parlamentos Regionales,⁸ los Organismos de Derechos Humanos de la ONU,⁹ y los Relatores Especiales,¹⁰ la academia,¹¹ y la sociedad civil,¹² tomaron la delantera al exponer el

⁵ United Kingdom, High Court of Justice (Administrative Court), *Hay v. HM Treasury*, [2009] EWHC 1677 (Admin), 10 July 2009; United Kingdom, High Court of Justice (Administrative Court, A, K, M, Q & G v. H.M. Treasury, [2007] EWHC 869 (Admin), 24 April 2008; y Federal Court of Canada, *Abdelrazik v. Canada*, 2009 FC 580, 4 June 2009.

⁶ *V.g.*, los Parlamentos Holandeses y Suizos (ver la actualización del Reporte Watson de 2009, *supra* nota at 41, 42).

⁷ *Nada v. Switzerland*, Appl. No. 10593/08, ECtHR (Judgment), 12 September 2012; *Al Dulimi and Montana v. Switzerland*, Appl. No. 5809/08, ECtHR (Judgment), 6 November 2013.

⁸ Parliamentary Assembly, Council of Europe, Resolution 1597 (2008), 23 January 2008.

⁹ HRC, *Nabil Sayadi and Patricia Vinck v. Belgium*, View, Communication No. 1472/2006, 29 December 2008.

¹⁰ Pronunciamientos del Relator Especial para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo al Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General de Naciones Unidas en: <<http://www2.ohchr.org/english/issues/terrorism/rapporteur/statements.htm>>, (por ejemplo la Asamblea General de Naciones Unidas, Reporte del Relator Especial A/61/27, 16 de agosto de 2006 (Scheinin) y el reporte del Relator especial A/67/396, 26 de septiembre de 2012 (Emmerson).

¹¹ Existe una amplia doctrina que hace referencia al caso Kadi. Entre los prominentes académicos que han analizado el caso Kadi, en particular desde la perspectiva de la responsabilidad, se incluye a ERICA, DE WET, “From Kadi to Nada: Judicial Techniques Favouring Human Rights over United Nations Security Council Sanctions”, en *12 Chinese Journal of International Law*, 787, 807 (2013); y IAN CAMERON, “UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights”, en *72 Nordic Journal of International Law*, 159, 214 (2003).

¹² Comisión Internacional de Juristas (ICJ), *Addressing Damage, Urging Action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter Terrorism and Human Rights*, February 2009, disponible en: <<http://www.refworld.org/docid/499e76822.html>>.

déficit de responsabilidad, y mediante esfuerzos concertados, motivaron un ímpetu de cambio. El protagonista en esta historia es sin duda alguna la Corte Europea de Justicia (CEJ), con su legendaria sentencia Kadi.¹³

A la luz del panorama antes descrito, este artículo examina temas de la responsabilidad del Consejo de Seguridad con relación al régimen de sanciones individuales de la ONU. Particularmente observa y analiza el rol de fuerzas externas para generar cambios en el sistema de la ONU, con atención en la CEJ y su sentencia Kadi.

De forma general, la jurisprudencia de Kadi ha tenido un impacto de transformación en la relación entre la Unión Europea (UE) y el orden legal internacional, y en este contexto también ha promovido algunas reflexiones sobre si las teorías constitucionales o pluralistas ofrecen el mejor modelo de procesos de responsabilidad.¹⁴ En vez de analizar cómo la recepción o indiferencia hacia el

¹³ CFI EU, *Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, Case T 306/01, Judgment, 21 September 2005; CFI EU, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Case T 315/01, Judgment, 21 September 2005; CJ EU, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Joined Cases C 402/05 P and C 415/05 P, Grand Chamber, Judgment, 3 September 2008; CJ EU, *Yassin Abdullah Kadi v. Commission*, Case T 85/09, General Court, Judgment, 30 September 2010; CJ EU, *European Commission and Others v. Yassin Abdullah Kadi*, Joined cases C 584/10 P, C-593/10 P and C 595/10 P, Grand Chamber, Judgment, 18 July 2013. See also the opinions of the Advocate General (who presents a public and impartial opinion to the case before the Court), Opinion of Advocate General Poiares Maduro, Case C 415/05 (infra), 23 January 2008; Opinion of Mr Advocate General Bot, Joined cases C 584/10 P, C-593/10 P y C 595/10 P (infra), 19 March 2013.

¹⁴ S. BESSON, "European Legal Pluralism after Kadi", en *5 European Constitutional Law Review*, 237 264 (2009); G. DE BURCA, "The European Court of Justice and the International Legal Order", en *51 Harvard International Law Journal*, 1 49 (2010), y J. D'ASPREMONT y F. DOPAGNE, KADI, "The ECJ's Reminder of the Elementary Divide between Legal Orders", en *5 International Organizations Law Review*, (2008), pp. 371, 379.

derecho internacional en la Unión Europea (UE), moldea la potencial responsabilidad dentro del orden legal europeo, este artículo examina el lado exterior, es decir, el sello de la CEJ fuera de la UE. El artículo parte de la instrumentación de la CEJ para fortalecer el sistema de responsabilidad en la ONU. Al hacer esto, el artículo ofrece una mirada mucho más general acerca del potencial de litigio descentralizado como un mecanismo estratégico para efectuar un cambio sistemático dentro de un orden legal diferente, universal.

Al reconocer los múltiples efectos positivos que el caso Kadi ha tenido en términos de ser el detonante de innovaciones a nivel de la ONU, el artículo también presenta el argumento del litigio periférico que no siempre resulta suficientemente sensible hacia las complejidades y límites de una organización mucho más global y centralizada, y que puede desconocer las implicaciones sistemáticas de la sentencia más allá de los confines concretos del caso que está en consideración. De manera más concreta en relación a los efectos externos de la sentencia Kadi II, se determina que tal vez la honesta valoración de la CEJ, o tal vez de manera hegemónica, y su compromiso no negociable con altos estándares de revisión judicial, pudieran tener repercusiones negativas en los esfuerzos mucho más amplios para fomentar los procesos de responsabilidad a lo largo de los regímenes de sanciones de la ONU. A manera de conclusión, se presentan algunas reflexiones posteriores en relación a la atención que debe darse a las discusiones presentes y futuras sobre la responsabilidad, las cuales van más allá de Kadi y el régimen de sanciones contra el terrorismo 1267/1989 de Al Qaeda.

El artículo inicia con la premisa de que la CEJ es mucho más influyente que otras cortes nacionales y regionales. Si bien se ha argumentado que la Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH), goza de la misma influencia toda vez que su jurisprudencia se expande hacia un amplio número de Estados y que goza de una

reputación mundial,¹⁵ la implementación a nivel de la UE es fundamental para un exitoso régimen colectivo de sanciones. Por tanto, la amenaza de una sentencia adversa proveniente de la CEJ, y la posible consecuencia de una anulación directa en las medidas de implementación, representa una herramienta mucho más poderosa que sentencias por Cortes y Comités de Derechos Humanos, que tienen menos efectos inmediatos. Desde luego, las denuncias de otras cortes y organismos han multiplicado y diversificado la amenaza de falta de implementación y cooperación, pero el punto central en este artículo recae en la CEJ como un agente de cambio.

I. EL CAMBIO DE SANCIONES GLOBALES A SANCIONES FOCALIZADAS Y SUS IMPLICACIONES PARA LAS FORMAS Y ESTRUCTURAS DE RESPONSABILIDAD

La búsqueda de responsabilidad es lógicamente, pero también, hasta cierto punto paradójicamente, un resultado del incremento de la actividad por parte del Consejo de Seguridad.¹⁶ De hecho, la década-

¹⁵ Erica de Wet, *supra* nota 11, en 790: “Mientras que la CtEDH informa sobre su jurisprudencia a los 47 estados que constituyen los miembros del Consejo de Europa, la CEJ tiene un impacto en los desarrollos legales de 27 Estados que constituyen la Unión Europea. Además, de los 27 Estados Miembros de la UE (dos de los cuales son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas) son también miembros del Consejo de Europa y por tanto deben tomar en consideración tanto la jurisprudencia de la CtEDH como de la CEJ. Además, en el pasado ambas cortes han tenido una amplia influencia en la jurisprudencia de otras cortes domésticas alrededor del mundo. Por tanto es evidente la importancia de su razonamiento en las decisiones Kadi y Nada para la eficacia de los regímenes de sanciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, y justifica un escrutinio mucho más cercano”; *vid.* el Reporte del Relator Especial, A/67/396, *supra* nota 10, párr. 21: “Sin embargo, el principio en el caso Nada tiene ramificaciones geográficas mucho más amplias que el litigio Kadi debido a su aplicación en los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, incluyendo los tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad”.

¹⁶ Varios académicos han señalado que dicha búsqueda de responsabilidad podría afectar negativamente la largamente esperada reacción vigorosa del

da de los 90 ha sido caracterizada como la década de las sanciones, toda vez que ha sido testigo de un incremento significativo del uso de medidas coercitivas no militares por el Consejo de Seguridad.¹⁷

De manera conjunta con el aumento del número de regímenes de sanciones, vino una verdadera metamorfosis de este instrumento cuando los esquemas de sanciones fueron reemplazados por el de sanciones focalizadas. Mientras que el incremento cuantitativo en la actividad del Consejo de Seguridad por sí mismo trajo aparejadas mayores demandas de responsabilidad, fue la transición cualitativa la que ha tenido mayores implicaciones directas sobre las formas y estructuras de responsabilidad. Esta sección describe brevemente la transformación de las sanciones de la ONU en décadas pasadas, y establece las ramificaciones para esquemas de responsabilidad apropiados.

Originalmente, y a pesar de la connotación legal de su nombre, las sanciones de Naciones Unidas fueron concebidas como medidas políticas encaminadas hacia una determinada amenaza a la paz, en vez de respuestas legales hacia determinadas violaciones de derecho

Consejo de Seguridad, lo cual probablemente no es algo deseable tras décadas de parálisis durante la Guerra Fría. *Vid., v. g.*, BARDO FASSBENDER, “Review Essay Quis judicabit? The Security Council, Its Powers and Its Legal Control”, en *11 European Journal of International Law*, 219, 232 (2000), comparando el Consejo de Seguridad con un “deplorable débil Gulliver, recostado en el piso no por decisión propia, a quien [los abogados con sed de responsabilidad] quieren atar con sus cuerdas legales” (pp. 220, 221); y SIMON CHESTERMAN de manera más articulada en, “Globalisation and public law: A global administrative law?”, en FARRAL y RUBENSTEIN (eds.), *Sanctions, Accountability and Governance in a Globalised World* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), argumentando que el costo de mayor responsabilidad podría reducir la habilidad de responder a situaciones de crisis, p. 83.

¹⁷ D. CORTRIGHT, G.A. LOPEZ y L. GERBER-STELLINGWERF, “The Sanctions Era: Themes and Trends in UN Security Council Sanctions since 1990”, en V. LOWE *et al.*, (eds.), *The United Nations Security Council and War; The Evolution of Thought and Practice since 1945* (Oxford: Oxford University Press, 2008), en 205, 225.

internacional.¹⁸ Los procesos tradicionales y los mecanismos implementados para las sanciones globales impuestas para los Estados fueron políticas y diplomáticas en sustancia. Por ejemplo, la Regla 37 de las Reglas de Procedimiento del Consejo aseguran que los Estados cuyos intereses sean afectados por una cuestión discutida en el Consejo serán invitados a presentar su opinión.¹⁹ De manera similar, el artículo 50 de la Carta de las Naciones Unidas le otorga a terceros Estados que se enfrentan con problemas económicos especiales, como resultado de las sanciones económicas impuestas, el derecho de consulta con el Consejo.²⁰ Este marco institucional orientado hacia el Estado, no estaba preparado arquitectónicamente para dar atención a los individuos como un nuevo objeto de sanciones. Los individuos simplemente no tenían acceso al Consejo de Seguridad y transcurrió tiempo antes de que se comprendiera el hecho de que los individuos también pueden ser objeto de sanciones, presupone también una amplia reconfiguración de los procedimientos y de mecanismos de responsabilidad. Inicialmente, el desarrollo del concepto de las sanciones focalizadas estaba principalmente enfocado a mitigar los extensos daños colaterales de las sanciones globales en poblaciones ‘inocentes’, y en otorgar mucha mayor efectividad a las sanciones. La protección del individuo que ha sido objeto de

¹⁸ HANS KELSEN, “Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations”, en *42 American Journal of International Law*, 783-796 (1948), p. 788.

¹⁹ La Regla 37 de las Reglas Provisionales de Procedimiento establece: “Cualquier Miembro de las Naciones Unidas que no sea miembro del Consejo de Seguridad puede ser invitado, como resultado de una decisión del Consejo de Seguridad, a participar, sin voto, en la discusión de cualquier asunto sometido ante el Consejo de Seguridad cuando el Consejo de Seguridad considere que los intereses del Consejo se encuentren especialmente afectados, o cuando el Miembro se encuentre especialmente afectado, o cuando un Miembro someta un asunto al Consejo de conformidad con el artículo 35 (1) de la Carta”. UN Doc. S/96/Rev.7, 1983.

²⁰ Vid. SIMMA, KHAN, NOLTE y PAULUS (eds.), *The Charter of the United Nations, a commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2012), comentario al Artículo 50.

sanciones no era la preocupación principal, de hecho el punto de vista de los individuos cuyos intereses se encontraban directamente afectados, y a quienes debía ofrecerles nuevos mecanismos para la protección de dichos intereses, se presentó después.²¹

Conjuntamente con la reconfiguración del instrumento, la década de los 90 así como en los años siguientes, se produjo una expansión del tipo de emergencia que debían ser motivo de sanciones. Debido a la versalidad de la noción de ‘amenaza a la paz’,²² el régimen de sanciones se estableció para un amplio espectro de situaciones diferentes. Establecidas de manera amplia como medidas no militares bajo Capítulo VII (de la Carta de la ONU), las sanciones se impusieron en identidades más específicas como instrumentos para la no proliferación nuclear en el contexto de Corea del Norte e Irán,²³ mecanismos de implementación de derechos humanos y herramientas pro-democráticas, así como herramientas para manejo de conflictos en un buen número de países,²⁴ tales como Repú-

²¹ T.J. Biersteker, Targeted sanctions and individual human rights, 65 *International Journal* 99 (2009-2010), p. 101.

²² Vid. SIMMA, KHAN, NOLTE y PAULUS (eds.), *The Charter of the United Nations, a commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2012), comentario al Artículo 39.

²³ En respuesta a los ensayos nucleares de Corea del Norte (DPRK), el Consejo de Seguridad impuso sanciones en sus resoluciones 1718 (2006), 1874 (2009), 2087 (2013) y 2094 (2013). Las medidas incluían un embargo de armas, un embargo a los programas relacionados con las armas de destrucción masiva, y una prohibición en la exportación de los artículos de lujo, así como sanciones individuales focalizadas, ver: <<http://www.un.org/sc/committees/1718/>>.

Con respecto al programa nuclear de Irán, las sanciones se impusieron el 23 de diciembre de 2006 por la resolución 1737. El mandato del Comité de Sanciones fue expandido en las resoluciones 1747 (2007), 1803 (2008) y 1929 (2010). Las medidas incluían un embargo a los programas relacionados con la proliferación nuclear y misiles balísticos; un embargo de armas, y una restricción de viaje y la congelación de cuentas de determinadas personas y entidades. *vid.*: <<http://www.un.org/sc/committees/1737/>>. *vid.* S. E. ECKERT, “United Nations and nonproliferation sanctions”, en 65 *International Journal*, 69 (2009-2010).

²⁴ Las sanciones relacionadas con el manejo de crisis, la paz, democracia y el cumplimiento a derechos humanos, fueron impuestas, *inter alia*: Angola (1993-

blica Democrática del Congo,²⁵ la República Central Africana,²⁶ y Yemen,²⁷ y como parte de las estrategias contra el terrorismo en particular en el régimen de sanciones 1267 de Al Qaeda/Taliban.²⁸ En el contexto de sanciones autónomas de la UE,²⁹ ha emergido un cuarto tipo en respuesta a los desarrollos de la Primavera Árabe que busca asistir a los nuevos regímenes a atacar la apropiación indebida de los fondos del Estado por sus predecesores.³⁰ Efectivamente,

2002), UN Doc. S/RES/864, 15 September 1993, Somalia (1992- al presente), UN Doc. S/RES/751, 24 April 1992 [su mandato fue expandido y el comité fue renombrado para incluir las sanciones en Eritrea, S/RES/1907, 23 diciembre 2009], Iraq (2003-al presente), UN Doc. S/RES/1518, 24 noviembre 2003, Liberia (1992-al presente), los posteriores regímenes de sanciones fueron establecidos entre 1997 y 2001. Las sanciones actuales de Liberia están sustentadas en UN Doc. S/RES/1521, 22 diciembre 2003, Cote d'Ivoire (2004-al presente), UN Doc. S/RES/1572, 15 noviembre 2004. *vid.*: <http://www.un.org/sc/committees/list_compend.shtml> y el Consortium de las Sanaciones Focalizadas "Sanctions App".

²⁵ UN Docs. S/RES/1493, 28 julio 2003 y S/RES/1533, 12 marzo 2004.

²⁶ UN Doc. S/RES/2127, 5 diciembre 2013.

²⁷ UN Doc. S/RES/2140, 26 febrero 2014.

²⁸ UN Doc. S/RES/1267, 15 octubre 1999 y posteriormente desarrollada en resoluciones posteriores. Otro régimen de sanciones fue establecido en el contexto de Líbano después del bombardeo terrorista de Hariri, UN Doc. S/RES/1636, 31 octubre 2005.

²⁹ En adición al regimen de sanciones de la ONU, la UE también ha creado sus propios regímenes como parte de su política exterior y de seguridad por ejemplo para Zimbabwe, Birmania y Bielorrusia, o extiende los regímenes de sanciones con su propio listado tal y como fue en el caso de Irán. Las sanciones autónomas de la UE pueden subdividirse en sanciones que están dirigidas directamente a individuos sospechosos de apoyar actos terroristas y sanciones dirigidas en contra de Estados que también incluyen individuos estrechamente vinculados al Estado. Las sanciones autónomas anti-terroristas de la UE están diseñadas para cumplir efectivamente con las obligaciones de los Estados miembros de la Unión Europea bajo la resolución 1373 (2001) de Naciones Unidas.

³⁰ *V.g.* en Túnez y Egipto, Council Decision 2011/72/CFSP, 2 febrero 2011, con la última modificación y renovación por Council Decision 2014/49/CFSP, 30 enero 2014, y Council Decision 2011/172/CFSP, 22 March 2011 con la última

estos regímenes, debido a que fueron impuestos en contra de anteriores líderes egipcios y tunesinos, son utilizados para desviar procesos regulares mucho más complejos de asistencia legal mutua.³¹

Los propósitos concretos del régimen de sanciones son contingentes de la identidad del régimen como tal, y pueden variar y fluctuar a lo largo del tiempo, dependiendo del desarrollo de la emergencia a la cual están dirigidos, así como a su relación con otras medidas. Generalmente, se pueden distinguir tres propósitos de las sanciones de Naciones Unidas: (i) para coercer o cambiar el comportamiento, (ii) para limitar el acceso a determinados recursos que son necesarios para llevar a cabo determinadas actividades, o (iii) para señalar y estigmatizar.³² En la práctica, constantemente se han presentado argumentos relacionados al carácter punitivo de las sanciones, o que por lo menos tienen un impacto que pudiera equipararse a medidas punitivas.³³ La discusión sobre la potencial naturaleza punitiva de las sanciones fue particularmente llamativa en el establecimiento de sanciones contra el terrorismo debido a las connotaciones del terrorismo como un acto criminal, lo cual fue reforzado por las consecuencias que se percibieron, de que di-

modificación y renovación de la Decisión del Consejo 2014/153/CFSP, 20 marzo 2014.

³¹ MAYA LESTER, “First Arab Spring Sanctions Judgments – 3 Annulments of Tunisian Listings by the European Court”, disponible en <<http://europeansanctions.com/2013/05/30/first-arab-spring-sanctions-judgments-3-annulments-of-tunisian-listings-by-the-european-court/>>, 30 May 2013.

³² T.J. BIERSTEKER *et al.*, (eds.), *Designing United Nations Sanctions, Initial Findings of the Targeted Sanctions Consortium* (New York, 27 April 2012), posteriormente desarrollando y adaptando la tipología de F. Giumelli, *Coercing, constraining and signaling: explaining UN and EU sanctions after the Cold War* (Colchester: ECPR Press, 2011).

³³ Sobre el impacto de las sanciones *vid.* EUCLID A. ROSE, “From a Punitive to a Bargaining Model of Sanctions: Lessons from Iraq”, en *49 International Studies Quarterly*, 459-470 (2005); y DAVID CORTRIGHT y GEORGE A. LOPEZ, “Learning from the Sanctions Decade”, en *2 Grotius Dialogue* (3) (2000), disponible en <<http://www.worlddialogue.org/print.php?id=90>>.

cha calificación debía relacionarse con la naturaleza de la solución (*remedy*) que debía otorgarse.³⁴ Sin embargo, en muchas ocasiones, se enfatizó –inclusive por la CEJ– que las sanciones de la ONU son intrínsecamente preventivas en naturaleza.³⁵

La cuestión sobre cómo las sanciones focalizadas pueden ser comparadas a las sanciones globales en términos de efectividad, es materia de debate y no puede responderse en abstracto. Estudios recientes han desarrollado y corregido teorías y metodologías para determinar la política de resultado del régimen de sanciones focalizadas de forma específica.³⁶ Estos estudios sugieren que un número de factores determina y moldea el impacto de las sanciones focalizadas, incluyendo su diseño, el conjunto de políticas en donde el régimen de sanciones se establezca, las interacciones entre quienes las imponen y quienes las reciben, las reglas y percepciones en el proceso de decisión.³⁷ Además, ha sido enfatizado que el régimen de sanciones debe ser evaluado por episodios que tomen en cuenta los cambios sustantivos, temporales y contextuales.³⁸ Las sanciones focalizadas pueden jugar roles diferentes en contextos diferentes, o en diferentes momentos dentro de la misma situación, y diferentes

³⁴ ANDREA BIANCHI, “Assessing the Effectiveness of the UN Security Council’s Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion”, en *17 European Journal of International Law*, 881-919 (2006); 2009 Update of the Watson report, supra note 2, Section 3 (por Larissa van den Herik y Nico Schrijver).

³⁵ *Vid., v. g.*, UN Doc. S/RES/2083, 17 December 2012, 14 párrafo preámbular y CEJ Kadi II Sentencia del 18 julio 2013, párr. 130.

³⁶ GARY CLYDE HUFBAUER *et al.*, *Economic Sanctions Reconsidered*, 3rd edition (Washington: Peter G. Peterson Institute for International Economics, 2007), M. ERIKSSON, *Targeting Peace; Understanding UN and EU targeted sanctions* (Burlington: Ashgate, 2011), F. GIUMELLI, *Coercing, constraining and signaling: explaining UN and EU sanctions after the Cold War* (Colchester: ECPR Press, 2011). y para las sanciones de la UE: C. PORTELA, *European Union sanctions and foreign policy: when and why do they work?* (Abingdon: Routledge, 2010).

³⁷ M. ERIKSSON, *Targeting Peace; Understanding UN and EU targeted sanctions* (Burlington: Ashgate, 2011), p. 6.

³⁸ *Ibidem*

paradigmas estratégicos pueden sustentar las políticas de las sanciones, que vayan desde tener un efecto disuasivo o de contención, coerción, diplomacia y prevención.³⁹ Debido a que cada régimen de sanciones es único en muchos aspectos y dimensiones,⁴⁰ y debido a que las sanciones nunca son impuestas de manera aislada,⁴¹ sino como parte de un esquema mucho más amplio de políticas e iniciativas legales, estudios más recientes, así como proyectos en curso, tienden a identificar factores que los correlacionan con resultados efectivos en vez de hacer inferencias directas causales.⁴²

Dejando a un lado su relativa baja efectividad, ha habido un incremento en el uso de sanciones colectivas de la ONU. Lo cual ha resultado en un mayor grado de sofisticación y diversificación de la herramienta antes descrita. Por tanto, el creciente recurso de la herramienta de sanciones como tal, culminó en una transformación que concierne tanto a los últimos destinatarios de las sanciones, así como a su funcionalidad y la lógica que las sustenta. Conjuntamente, estos cambios paradigmáticos dan lugar a solicitudes mucho más firmes de responsabilidad como nunca antes. La presión para mayores sanciones basadas en reglas no se dio en una antesala aislada, sino fue parte de un movimiento mucho más amplio. De hecho, la demanda mucho más global sobre la creciente densidad de la gobernanza mundial y el consecuente cambio en la actividad, al pasar de ser puramente regulatoria a acompañar una dimensión ejecutiva con un impacto directo en los derechos y los intereses de los individuos, necesita el replanteamiento de los procesos de responsabilidad, lo cual es el punto medular del proyecto de Derecho Administrativo Global (GAL por sus siglas en inglés). En el contexto de este proyecto, se han identificado elementos cardinales de la responsabilidad:

³⁹ *Ibidem*, at 53-54.

⁴⁰ T.J. BIERSTEKER *et al.*, (eds.), *Designing United Nations Sanctions, Initial Findings of the Targeted Sanctions Consortium* (New York, 27 April 2012), p. 13.

⁴¹ *Ibidem*, p.13

⁴² *Ibidem*, p.17.

transparencia, participación, decisión razonada, legalidad y reparaciones efectivas.⁴³ Aún cuando el concepto de responsabilidad se manifiesta de diversas formas y existe en diferentes niveles, y se encuentra en continuo estado de evolución en estos respectos,⁴⁴ hay un acuerdo global de que la responsabilidad va más allá de los mecanismos de reacción exclusivamente.⁴⁵ En una reflexión sobre las sanciones y la responsabilidad es importante enfatizar lo anterior, toda vez que las discusiones inspiradas en Kadi –en particular en los círculos europeos– se han enfocado en los procesos para remover del listado únicamente negando la importancia de un proceso adecuado de listado, las mejoras que ya existen en dichos procesos, y otras cuestiones procesales como aquellas relacionadas al otorgamiento de excepciones humanitarias. Desde luego las cuestiones del listado y la remoción del listado se encuentran estrechamente relacionadas, debido a que sólo las decisiones que se fundamenten con base en criterios identificados previamente (*ex ante*), y que cumplan con procedimientos establecidos, pueden ser sujetas a algún tipo de revisión independiente *ex post facto*. En este respecto, también debe señalarse que el razonamiento de responsabilidad que subyace no se relaciona solamente con su capacidad para limitar el poder, sino también para hacer el proceso de decisión mucho más razonado y para mejorar la calidad de las decisiones. De forma conjunta todos estos objetivos pueden mejorar la habilidad de aquellos que resulten

⁴³ B. KINGSBURY, N. KRISCH y R. STEWART, “The emergence of global administrative law”, en *68 Law and Contemporary Problems*, 15 (2004-2005), p. 17.

⁴⁴ R. MULGAN, “‘Accountability’: An Ever-Expanding Concept?”, en *78 Public Administration*, 3: 555, 573 (2000).

⁴⁵ SIMON CHESTERMAN y BEATRICE POULIGNY, “Are Sanctions Meant to Work – The Politics of Creating and Implementing Sanctions through the United Nations”, en *9 Global Governance*, 503-518 (2003); SIMON CHESTERMAN, “Globalization Rules: Accountability, Power, and the Prospects for Global Administrative Law”, en *14 Global Governance*, 39-52 (2008).

afectados para proteger sus derechos e intereses legítimos,⁴⁶ pero en definitiva un proceso de decisión mucho más razonado puede ser visto como un beneficio por sí mismo.

Específicamente en el ámbito de sanciones, los llamados para una reforma procedimental se basan en la idea de que el cambio de los individuos como objetos últimos de las sanciones requiere un modelo mucho más legal de responsabilidad. Sin embargo, gran parte de la discusión estaba relacionada, por virtud de la sentencia Kadi, a un régimen específico de sanciones que era el régimen 1267/1989 Al Qaeda en contra del terrorismo. Este régimen había sido caracterizado como la madre de todo el régimen de sanciones y como un precursor,⁴⁷ pero en muchos aspectos es atípico.⁴⁸ Por tanto, surge la cuestión de hasta qué punto hay una demanda concreta de responsabilidad que emerge desde el régimen 1267/1989 en contra del terrorismo de Al Qaeda, y que pueda ser transplantado hacia un sistema de sanciones mucho más general. La identidad del régimen de sanciones, ya sea en un sistema en contra del terrorismo, o un régimen de derechos humanos/democracia/conflicto, o un régimen de no proliferación, puede tener un impacto en los diseños de responsabilidad que resulten mucho más acordes y apropiados. Además, aún pensando que todos estos regímenes tienen como objetivo a los individuos, existe también la necesidad de diferenciar y distinguir entre dos categorías de individuos. Primero, existen individuos que se encuentran principalmente listados con

⁴⁶ *Vid.* el reporte de la reunión 5474 del Consejo de Seguridad, UN Doc. S/PV.5474, 22 junio 2006, p. 25, 26.

⁴⁷ Mr. Mayr Harting, Presidente del Comité 1267, citado en la actualización 2012 del Reporte Watson, *supra* nota 1, en 25.

⁴⁸ Esto es atípico toda vez que este es el único régimen de sanciones sin una conexión territorial y está basado en una determinación muy general de que todos los actos de terrorismo pueden constituir una amenaza a la paz. S/RES/1390, 28 January 2002.

base en su posición o afiliación con el Estado.⁴⁹ Estos individuos pueden, en principio, usar el aparato estatal para participar y desafiar el proceso de decisión de las sanciones, y por tanto la necesidad para reconfigurar los procesos de responsabilidad es mucho menos inmediato. El segundo grupo de individuos objeto de sanciones, son los que se oponen al Estado, ya sea como rebeldes en un conflicto civil, o que hayan sido clasificados como terroristas,⁵⁰ obviamente estos individuos no están en posición de emplear los canales diplomáticos regulares. Finalmente, existe un grupo intermedio de individuos que formalmente no pertenecen al aparato del Estado, pero que son objeto de sanciones debido a su afiliación informal con el régimen, o su poder económico o de otro tipo con el régimen. En algunos casos los miembros de la familia han sido objeto de sanciones, ya sea por su afiliación al régimen, o para asegurar que

⁴⁹ Corea del Norte: ‘Consolidated List of Entities and Individuals’, última actualización 31 de diciembre de 2013, <http://www.un.org/sc/committees/1718/pdf/List_Entities_and_Individuals_English.pdf>; los criterios de listado pueden encontrarse en el Documento de Naciones Unidas S/RES/1718 (2006), par. 8 (d) y (e), *vid.* ‘Guidelines of the committee for the Conduct of its Work’, 20 junio 2007, <http://www.un.org/sc/committees/1718/pdf/guidelines_20_jun_07.pdf>. Irán: ‘INDIVIDUALS AND ENTITIES DESIGNATED AS SUBJECT TO THE TRAVEL BAN AND ASSETS FREEZE PURSUANT TO RESOLUTIONS 1737 (2006), 1747 (2007), 1803 (2008), AND 1929 (2010) AND TO THE COMMITTEE DECISIONS OF 18 APRIL 2012 AND 20 DECEMBER 2012’, <<http://www.un.org/sc/committees/1737/pdf/1737ConsolidatedList.pdf>>; el criterio del listado puede encontrarse en el documento de Naciones Unidas S/RES/1737 (2006), par. 18 (f); ver también ‘Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work’, <<http://www.un.org/sc/committees/1737/pdf/revisedguidelinesfinal.pdf>>.

⁵⁰ Al Qaeda: ‘The List established and maintained by the Al Qaida Sanctions Committee with respect to individuals, groups, undertakings and other entities associated with Al Qaida’, Last updated on 14 March 2014, <<http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/AQList.pdf>>; los criterios del listado pueden encontrarse en UN Doc. S/RES/2083, 17 diciembre 2012, par. 10; *vid.*: ‘Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work’, 15 abril 2013, <http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267_guidelines.pdf>.

no se conviertan en un santuario financiero para los familiares que también son objeto de sanciones.⁵¹ El problema de responsabilidad es más agudo para el segundo grupo de individuos que no tienen ninguna relación con el aparato del Estado de ninguna forma, así como para el grupo intermedio. Por tanto, es importante apreciar que el problema de responsabilidad se presenta en diferentes formas e intensidades para diferentes categorías de individuos. Por tanto, el argumento puede hacerse a la luz de la diversificación de sanciones en términos de objetivos y propósitos, puede haber necesidad tanto de una fertilización cruzada así como de una diferenciación entre los modelos de responsabilidad.

Como una observación final en esta sección sobre la transformación de las sanciones de globales a focalizadas, puede apreciarse que las últimas se han convertido hasta el momento en las principales sanciones,⁵² y que son empleadas por todos los actores relevantes dentro del ámbito de las sanciones. De manera adicional a las Naciones Unidas, los Estados Unidos y la UE son actores importantes en este respecto. Además de implementar sanciones de la ONU, la UE ha desarrollado una política autónoma de sanciones como parte de su Política Exterior y de Seguridad Común, que también emplea sanciones focalizadas en vez de sanciones globales.⁵³ Las discusio-

⁵¹ La jurisprudencia de la UE sobre la pertinencia de listar miembros de la familia es confusa. En *Tay Za*, la Corte (Gran Cámara) estableció que no puede suponerse que los miembros de la familia de figuras prominentes empresariales se beneficien de las funciones ejercitadas por el empresario, y que esto establezca un vínculo suficiente con el régimen militar en Birmania, Caso No. C 376 10, 13 marzo 2012, para. 71. En contraste, en el caso de *Bouchra al Assad*, la hermana del Presidente y la esposa del *Deputy Chief of Staff*, la Corte General estableció que el Consejo estaba en la posibilidad de presumir que ella se había beneficiado del régimen, Caso No. T 202/12, 12 marzo 2014, párr. 99-106.

⁵² Con la excepción del segundo régimen de sanciones de Libia que comenzó con la Resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad.

⁵³ Esto a pesar de que las sanciones autónomas de la UE a Irán que se adicionaron a las sanciones implementadas de la ONU fueron, en algún momento, de amplio alcance, afectando un amplia gama de actores económicos que tenían

nes sobre la responsabilidad por las sanciones de la ONU podían estar inspiradas y ser contrastadas con los desarrollos en estos otros órdenes legales. Sin embargo, al hacer esto, no pueden ignorarse las diferencias en los contextos políticos y legales en los cuales las sanciones de la ONU, la UE, y los Estados Unidos son adoptadas. Las sanciones bilaterales de los Estados Unidos son generalmente mucho más flexibles que las sanciones multilaterales, y están sujetas a menos regulaciones y procesos de responsabilidad legal. En este sentido puede observarse que el sistema autónomo de sanciones de la UE está sujeto a un escrutinio mucho más amplio que las sanciones bilaterales de los Estados Unidos. Esto ha reducido la discrecionalidad de los órganos políticos de la UE en su decisión de listado.⁵⁴ Sin embargo, en ambos casos, tanto los Estados Unidos como en la UE, las sanciones se mantienen como un instrumento de política exterior guiado por los intereses del Estado o determinado de manera amplia como objetivos políticos. Por ejemplo, la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE, incluyendo las decisiones para imponer e implementar las sanciones, están guiadas “por los principios que han inspirado su creación”, entre ellos

[...]la democracia, el estado de derecho, la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales,

un alto impacto en la población en general lo cual podría ser comparado con las sanciones globales.

⁵⁴ Esta diferencia se hizo manifiesta en las políticas de sanciones de la UE y de Estados Unidos que afectaban individuos en Rusia en relación a los desarrollos de Crimea, cuando se emplearon listas divergentes y la Canciller alemana Angela Merkel indicó que la base legal diferente explicaba diferentes decisiones de listado. La UE podía tener como objetivo a grupos pequeños de individuos que controlan el país, o la industria, ya que la UE únicamente podía enlistar individuos que fueran responsables por acciones que pusieran en peligro o amenazaran la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania, y debido a la evidencia que se requería para ello: “EU leaders agree new Russia sanctions”, 21 March 2014, <www.euobserver.com>. Council Decision 2014/145/CFSP, 17 March 2014, as implemented by Council Regulation No. 269/2014, 17 marzo 2014 y Council Implementing Regulation No. 284/2014, 21 marzo 2014.

el respeto por la dignidad humana, los principios de equidad y solidaridad, el respeto por los principios de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional.⁵⁵

Las sanciones de las Naciones Unidas, aún cuando están inspiradas en un sentido más amplio en principios similares, tienen un ámbito de aplicación mucho más restringido. Toda vez que están gobernadas por el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, su área de aplicación está confinada a situaciones que involucran amenazas a la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, y a pesar de varios intentos en algunos órdenes legales para regular los regímenes de sanciones y establecer ciertos límites a la discrecionalidad política, en los contextos de la ONU, la UE, y Estados Unidos, las sanciones continúan teniendo una naturaleza predominantemente política. Por ejemplo, hasta el momento, la decisión sobre cuando imponer sanciones, así como su diseño general, continúa dentro del dominio político y excluido del escrutinio judicial. El diseño de las sanciones, y la decisión de no listar a un individuo en específico, no han sido revisados por las cortes.⁵⁶ Las demandas de responsabilidad podrían culminar eventualmente en la preferencia para imponer mayores sanciones basadas en la ley, toda vez que se fundamentan en la articulación de criterios específicos para el listado

⁵⁵ Artículo 21 (1) TFEU. Artículo 21(2) lista las metas específicas que la UE va a perseguir en sus relaciones internacionales.

⁵⁶ Por ejemplo, la decisión de no incluir a Putin en el listado fue claramente política, lo cual fue defendido por la Casa Blanca al indicar que tener como objetivo a un Jefe de Estado sería un paso extraordinario, “EU and US impose sanctions on Russian and Ukrainian officials”, the Guardian, 17 marzo 2014. El tener como objeto de sanciones a los Jefes de Estado también puede aparejar cuestiones de inmunidad. Es interesante observar que para algunos académicos los esquemas de sanciones con un esquema parcial, es decir, los que se enfocan en una parte del conflicto, y que no listen a los individuos de todas las partes de ese conflicto, son generalmente más efectivos, T.J. BIERSTEKER *et al.*, (eds.), *Designing United Nations Sanctions, Initial Findings of the Targeted Sanctions Consortium*, (New York, 27 April 2012), p. 29, fn. 12.

de individuos, así como en movimientos para incentivar reformas procesales incluyendo otorgar la posibilidad para que los individuos que aparezcan en la lista puedan ejercitar acción en contra de su listado. No obstante estas demandas concretas, otras cuestiones mucho más amplias permanecen intactas. De forma general, se puede concluir que la misión de mejores esquemas de responsabilidad está en proceso de cambio. Lo cual comenzó una década atrás, cuando, inmediatamente después de los sucesos del 11 de septiembre, el 18 de diciembre de 2001, el Señor Kadi presentó su caso ante la Corte General (en ese entonces el CFI) en Luxemburgo.

II. EL PODER DE KADI I: REFORMAS A NIVEL DE LA ONU Y LA CREACIÓN DEL OMBUDSPERSON

En la década que ha transcurrido desde que Kadi iniciara procedimientos en Luxemburgo, se han llevado a cabo significativas reformas procesales en el régimen de sanciones a nivel de la ONU. Aún cuando la causalidad puede ser un concepto demasiado sincero para capturar las complejas dinámicas sociales, hasta este momento pocos han desestimado que los procedimientos en Kadi I fueron un motor de cambio crucial. Las mejoras que se realizaron tanto para el proceso de listado como para el proceso de remoción del listado trajeron al régimen de sanciones 1267/1989 de Al Qaeda estrechamente en línea con los estándares mencionados de responsabilidad como transparencia, participación, decisiones razonadas, legalidad y reparaciones efectivas. Concretamente, las reformas sobre el listado se relacionaban con la notificación, la articulación de criterios más específicos para listar, la preparación de un informe del caso, y resúmenes, así como la publicación de la información sobre las razones para incluir en el listado. Sin embargo, el proceso tendiente a establecer mayor responsabilidad también se quedó corto en ciertas ocasiones, pues muchas veces los Estados solamente eran alentados

a cumplir con ciertos estándares, en vez de que fueran obligados a ello.⁵⁷

El primer paso para facilitar y estimular el proceso de remoción del listado fue el desarrollo de un procedimiento interno de revisión trianual.⁵⁸ Las razones para esta modificación era prevenir un listado perpetuo y abordar cuestiones de legitimidad, así como para remover listados que siempre han sido o que en algún momento se han determinado inapropiados, y por tanto para mantener y actualizar una lista adecuada, que toca el punto de la necesidad de un proceso de toma de decisión cualitativo. La reforma más revolucionara fue la introducción de un *Ombudsperson* como una entidad externa con un cierto nivel de escrutinio. Inicialmente, el establecimiento del *Ombudsperson* estaba enfocado principalmente a ofrecer a los individuos cierto acceso y la posibilidad de ser escuchados. Los poderes principales del *Ombudsperson* estaban confinados a la recopilación de información y a entablar diálogo. Con base en estas funciones, cuando se tenía una solicitud de remoción del listado, el *Ombudsperson*

escribiría un reporte completo que exclusivamente: (a) resumiría [...] toda la información (que tuviese) disponible[...] (b) describiría sus actividades... (c) con base en el análisis de la información disponible del *Ombudsperson* y sus observaciones, presentaría al Comité los principales argumentos sobre la solicitud de remoción del listado.⁵⁹

Posteriormente, quedaría a cargo del Comité de Sanciones aprobar o rechazar la solicitud de remoción del listado a través de sus procesos normales de toma de decisión. Los poderes del *Ombudsperson* fueron expandidos significativamente en la resolución 1989, cuando se le otorgó la facultad de hacer recomendaciones para remover del

⁵⁷ UN Doc. S/RES/1904, 17 diciembre 2009, párr. 12-15.

⁵⁸ UN Doc. S/RES/1822, 30 junio 2008, párr. 24-26.

⁵⁹ *Ibid.*, Annex II, párr. 7.

listado que en principio tendrían efecto a menos que fueran revertidas de manera unánime por el Comité de Sanciones o, de haber sido referidas, por la mayoría del Consejo de Seguridad.⁶⁰ Por tanto el *Ombudsperson* ha contribuido a un mayor mecanismo de responsabilidad para el régimen de sanciones 1267/1989 de Al Qaeda al incrementar la transparencia en los procesos de listado, mediante la promoción de un mejor análisis de las razones en las que se sustenta y, en un sentido mucho más limitado, al otorgar evidencia para el listado. La aceptación del Consejo de Seguridad del escrutinio externo independiente sobre sus propias decisiones y aquellas del Comité de Sanciones, fue un hecho sin precedentes, y por tanto no debe tomarse a la ligera, aún cuando las modalidades de la revisión son todavía modestas. En la Resolución 2083, el Consejo de Seguridad reafirmó su apoyo al *Ombudsperson* y alentó a los Estados para que estos motivaran a su vez a los individuos y a las entidades para acercarse al *Ombudsperson* con peticiones de remoción del listado, en vez de cortes nacionales y regionales.⁶¹

Las reformas procesales hechas en el contexto del régimen 1267/1989 de Al Qaeda han tenido un cierto efecto de marea hacia otros sistemas de sanciones, pero esto ha sido generalmente confinado a mejorar el procedimiento de listado, y sólo en una proporción mucho más limitada para cambios sobre el proceso de remoción del listado. De forma general, se puede percibir una cierta tendencia hacia una mayor formalización en el diseño del sistema de sanciones. Aún cuando algunos regímenes de sanciones, como el de no proliferación, continúan siendo profundamente políticos, otros regímenes, en particular el de derechos humanos y el de con-

⁶⁰ Esto no se ha presentado hasta el momento, *vid.* Séptimo Reporte del *Ombudsperson* al Consejo de Seguridad, UN Doc. S/2014/73, 31 enero de 2014, para. 32. Sin embargo, en una ocasión, un individuo que fue removido del listado fue inmediatamente listado en otro régimen, lo cual puede tener implicaciones para que los procedimientos ante el *Ombudsperson* sean justos y equitativos. Ver *ibid.*, para. 33-37.

⁶¹ UN Doc. S/RES/2083, 17 diciembre 2012, párr. 22.

flictos civiles, se encuentran parcialmente diseñados alrededor de los criterios para listar que están relacionados con normas jurídicas internacionales.⁶² Aún más, los comités de sanciones actualmente operan con base en lineamientos que establecen algunos estándares modestos de transparencia en la forma de requisitos de notificación y solicitud para preparar las descripciones argumentativas, y que sustenten las razones para el listado.⁶³ En contraste, las innovaciones sobre el procedimiento de remoción de listado en la forma de un *Ombudsperson* han sido confinadas al régimen 1267/1989 Al Qaeda y no fueron expandidas hacia otros regímenes. De hecho, cuando este régimen estuvo dividido en dos, el de Al Qaeda y el del Talibán, los individuos que se encontraban listados bajo el régimen de sanciones del Talibán estuvieron fuera del mandato del *Ombudsperson*.⁶⁴

Además del ámbito limitado de su mandato, la institución del *Ombudsperson* también ha sido criticada por ser insuficiente en otros aspectos. Las deficiencias cruciales, desde una perspectiva legal, se centran en el hecho de que la institución no es una entidad jurídica, la corta duración de su mandato (inicialmente 18 meses, actualmente 30 meses), y principalmente la posibilidad de revertir sus recomendaciones ya sea por el Comité de Sanciones o por el Consejo de Seguridad.⁶⁵ Por estas razones, el Relator Especial para la lucha contra el Terrorismo estableció que las reformas eran poco

⁶² Por ejemplo, en el régimen de sanciones de la República Central Africana, los individuos pueden estar listados debido a que se encuentran “involucrados en la planeación, dirección, o han cometido actos que violan derechos humanos o derecho humanitario internacional..., incluyendo actos que involucren violencia sexual, ataques en contra de civiles, ataques con motivos étnicos o religiosos, ataques en escuelas y hospitales, secuestros o raptos, y desplazamiento forzoso, UN Doc. S/RES/2134, 28 enero 2014, párr. 37(b).

⁶³ Los lineamientos de cada Comité pueden encontrarse en este sitio web: <http://www.un.org/sc/committees/list_compend.shtml>.

⁶⁴ UN Doc. S/RES/1988, 17 June 2011; UN Doc. S/RES/1989, 17 June 2011.

⁶⁵ Actualización del Reporte Watson de 2012, *supra* nota 2, Sección dos.

satisfactorias, y criticó la ausencia de una solución (*remedy*) efectiva a nivel de la ONU.⁶⁶ El Relator enfatizó que las cortes nacionales y regionales se habían pronunciado al respecto como una consecuencia de esta laguna.⁶⁷ Estas cortes descentralizadas, generalmente revisaban las medidas de implementación del Consejo de Seguridad.⁶⁸ Al hacer eso, aparentemente respetan las prerrogativas del Consejo de Seguridad y se abstienen de llevar a cabo una revisión directa del régimen de sanciones o de las listas al nivel de la ONU. Sin embargo, debido a la falta de cualquier facultad discrecional real por parte de los Estados al implementar dichas sanciones, la decisión de una corte que anule la medida implementada crea un problema complicado respecto al Artículo 103 para el Estado que lo implemente, ya que la obligación principal del Consejo de Seguridad es listar y la implementación persiste.⁶⁹ Además, el potencial de estas cortes descentralizadas para llevar a cabo cualquier revisión descentralizada está limitada por la inaccesibilidad de la información y la evidencia que sustenta la decisión de listar a nivel de la ONU. Esta información, que puede ser confidencial, está generalmente sólo a disposición de Estado a la que está destinada, y dichos Estados por lo general no tienen la voluntad de compartirla y publicarla.⁷⁰

A la luz de las imperfecciones sistémicas de la revisión descentralizada, el interés se centra alrededor del establecimiento de procesos adecuados de responsabilidad a nivel de la ONU como un componente mucho más estructural del régimen de sanciones. Las dis-

⁶⁶ Reporte del Relator Especial, A/67/396, *supra* nota 10, párr. 20, 21.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ ERICA DE WET, *supra* nota 11.

⁶⁹ Nada v. Switzerland, *supra* nota 6, Opinión concurrente del Juez Malinverni.

⁷⁰ El *Ombudsperson* ha encontrado problemas similares, pero también ha concluido acuerdos con varios Estados para facilitar el acceso a información clasificada o confidencial. *Vid., v. g.*, Séptimo Reporte del *Ombudsperson* al Consejo de Seguridad, UN Doc. S/2014/73, 31 enero 2014, párr. 11 y 62.

cusiones posteriores a la sentencia de Kadi I sobre las formas más apropiadas y estructuras de dichos procesos, van desde instaurar al *Ombudsperson* como una ‘prueba completa’ de derechos humanos, y transformar esta institución en un Adjudicador Independiente,⁷¹ hasta los argumentos que se refieren a las prerrogativas especiales del Consejo de Seguridad y que enfatizan el contexto único y altamente politizado en el que opera el Consejo.⁷²

III. LA APROXIMACIÓN HEGEMÓNICA DE LA CEJ EN KADI II

La apreciación del *Ombudsperson* y la cuestión relacionada sobre si las cortes nacionales o regionales deben tomar una aproximación crítica, o por el contrario respetuosa frente a esta nueva institución, no fueron cuestiones jurídicas relevantes en los procedimientos de Kadi II. Debido al papel central de la CEJ en la discusión para fortalecer la responsabilidad en las sanciones de la ONU, el *dictum* de la corte se esperó en suspenso. Aún cuando las anteriores sentencias Kadi habían mantenido cierta pasividad sobre la relevancia del artículo 103,⁷³ la opinión del Abogado General Bot pareció mucho más reconciliadora con Nueva York.⁷⁴ El Abogado General confirmó que las medidas que implementaban las decisiones del Consejo

⁷¹ Reporte del Relator Especial, A/67/396, *supra* nota 10, párr. 23.

⁷² Décimo Tercer Reporte del Equipo de Monitoreo de Soporte Analítico e Implementación de Sanciones transmitido de acuerdo a la resolución 1989 (2011) relativo a Al-Qaeda e individuos y entidades asociadas, UN Doc. S/2012/968, 31 diciembre 2012; K. PROST, “Fair process and the Security Council: a case for the office of the *Ombudsperson*”, en N. WHITE *et al.*, (eds.), *Counter-Terrorism; International Law and Practice* (Oxford: Oxford University Press, 2012).

⁷³ N. M. BLOKKER, “Reviewing the Review: Did the European Court of Justice in Kadi Indirectly Review Security Council Resolutions? On the Downside of a Courageous Judgment”, en M. BULTERMAN *et al.*, (eds.), *Views of European Law from the Mountain: Liber Amicorum Piet Jan Slot* (Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International, 2009), 315-326.

⁷⁴ Opinión del Sr. Abogado General Bot, *supra* nota 13.

de Seguridad no podían ser inmunes al escrutinio judicial.⁷⁵ Sin embargo, también subrayó que el papel especial y la responsabilidad principal del Consejo de Seguridad, debían ser tomados en cuenta al delimitar el alcance e intensidad de la revisión.⁷⁶ Toda vez que resultaría inapropiado para las cortes europeas actuar como cortes de apelaciones *de facto* para las decisiones de los Comités de Sanciones de Naciones Unidas, Bot propuso ajustar la intensidad de la revisión de las medidas que se implementaban al contexto internacional que forman parte inherente de dichas medidas.⁷⁷ Al establecer este argumento, Bot se refirió también al marco legal de la UE que establece respeto para la Carta de las Naciones Unidas en el diseño e implementación de la política exterior y de defensa de la UE.⁷⁸ Por estas razones, Bot abogaba por una diferenciación entre las soluciones (*remedies*), y la revisión, rechazando por tanto la aproximación de la Corte General que había trasladado los estándares de revisión desarrollados en el contexto de las sanciones 1373.⁷⁹ El Abogado General observó que, en el contexto de las sanciones de Al Qaeda, las decisiones para incluir a alguien en el listado habían sido implementadas a nivel central y universal, con base en información que no iba a ser compartida con todos los Estados a cargo de la implementación o con las instituciones de la UE.⁸⁰ También se refirió a las dimensiones políticas del proceso de listado y al carácter preventivo de las sanciones. Estas consideraciones no deberían resultar

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 44-52.

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 69-71.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 70.

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 73.

⁷⁹ La diferencia crucial entre el régimen de sanciones 1267 y 1373 de Naciones Unidas, es que la última está basada en un listado descentralizado. Por lo tanto no hay obligación bajo Capítulo VII de listar ciertos individuos, pero la decisión de quien debe ser sujeto de sanciones y cómo identificar a dichos individuos así como otras cuestiones procesales se deja a la discreción de los Estados, o en Europa, a la UE.

⁸⁰ Opinión del Sr. Abogado General Bot, *supra* nota 13, párr. 75.

en una carta blanca para el ejecutivo,⁸¹ pero tomando en consideración las modificaciones procesales que ya se habían suscitado a nivel de la ONU, Bot argumentó que la intensidad de la revisión podía estar cimentada en cierto nivel de confianza y presunción de la legalidad de las decisiones de la ONU. De manera más concreta, el Abogado General propuso distinguir entre revisión externa e interna.⁸² La revisión externa se refería a las razones para incluir a alguien en el listado, mientras que la revisión interna se relacionaba con la evidencia concreta y la información que se sustentaba. Bot sugirió hacer una presunción de que el listado sería corroborado por evidencia suficiente, y en consecuencia las Cortes de la UE sólo tendrían que hacer una revisión marginal y asegurarse de que no se hubiera cometido ninguna violación flagrante a esta presunción. La opinión del Abogado General fue bienvenida a nivel de la ONU como el apoyo esperado desde hacía mucho tiempo a la institución del *Ombudsperson*.⁸³ Sin embargo el acuerdo entre la ONU y la UE tuvo una corta vida, y fue abruptamente reemplazado por una sentencia mucho más rígida de la CEJ.

La CEJ rechazó la distinción propuesta por el Abogado General y estableció que una solución (*remedy*) efectiva requería revisión de la evidencia que sustentara (el listado), así como las razones. La Corte estaba bien advertida de las dificultades prácticas de esta determinación, toda vez que la evidencia en la que se basan los listados de la ONU no está en manos de instituciones de la UE y puede ser confidencial. Sin embargo, de acuerdo con la CEJ, el principio de cooperación armónica no implica una presunción de legalidad de las decisiones de la ONU de incluir en el listado tal y como lo proponía el Abogado General, sino que el Comité de Sanciones de Naciones Unidas, y todos los Estados miembros de la Organización,

⁸¹ *Ibid.*, párr. 86.

⁸² *Ibid.* párr. 92-110.

⁸³ Décimo Tercer Reporte del Equipo de Monitoreo *supra* nota 58.

debían compartir información con instituciones de la UE con el objetivo de mantener una relación armoniosa. La Corte estableció también que era ella quien debía decidir en aquellos casos en que hubiera razones para no hacer pública la información al individuo que se encontrara en el listado, y cómo esto podía afectar el valor probatorio de la evidencia confidencial.⁸⁴ Como un gesto mucho más flexible, la Corte mitigó su posición al solicitar que sólo una de las razones debía estar sustentada con evidencia suficiente, y señaló que esta razón por sí misma pudiera apoyar el listado como tal.⁸⁵ Por tanto no era necesario proveer la información que sostenía todas las razones mencionadas que justificaban el listado, pero por lo menos una de ella. La CEJ justificó esta actitud estricta por referencia a la ausencia de protección judicial efectiva al nivel de la ONU.⁸⁶ En esta valoración indiferente al sistema de la ONU, la CEJ omitió mencionar al *Ombudsperson* como un nuevo mecanismo.⁸⁷ De hecho, su apreciación se basó en un referencia a la CtEDH en la sentencia Nada, que por su parte se refería a una determinación de la Corte Federal Suprema de Suiza. Ahí, la evaluación de la Corte suiza del procedimiento para remoción del listado fue considerado antes de la creación del *Ombudsperson*.⁸⁸ Es incierto por qué la CEJ no reconoció la existencia del *Ombudsperson* como un elemento innovador en el procedimiento de remoción de listado de Naciones Unidas y sus competencias reforzadas después de la Resolución 1989, y por qué no reconoció públicamente que en el momento de emitir sen-

⁸⁴ CEJ, Kadi II Judgment, 18 July 2013, párr. 125-129.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 130.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 133.

⁸⁷ Para una determinación que igualmente desestima pero que toma en cuenta el *Ombudsperson*, Al Dulimi and Montana v. Switzerland, Appl. No. 5809/08, ECtHR (Judgment), 6 noviembre 2013, párr. 119.

⁸⁸ Tal y como lo señaló el *Ombudsperson* en su mensaje en un seminario en el Ministerio de Relaciones Exteriores Holandés, septiembre 2013.

tencia, Kadi había sido efectivamente eliminado del listado a nivel de la ONU a través del procedimiento del *Ombudsperson*.⁸⁹

Además de estas omisiones, la sentencia ha sido criticada por no determinar con claridad el estándar y la naturaleza de la revisión toda vez que se mezcla *de novo* con la clásica revisión judicial retroactiva.⁹⁰ Particularmente, también es destacable el párrafo 115 de la sentencia. En este párrafo, la Corte sugiere que el Comité de Sanciones de la ONU y también los Estados destinatarios que no son miembros de la UE deben, en un espíritu de cooperación efectiva, intercambiar información, incluyendo información confidencial que pueda permitir a las autoridades de la UE establecer la conveniencia del listado. Desde luego no es claro cuál sería el incentivo inmediato para los Estados que no son miembros de la UE compartir o publicar información sensible con actores de la UE, aún más, cuando las cortes de la UE no cuentan con procedimientos propios para el manejo de información de esta naturaleza.⁹¹

⁸⁹ En contraste, en Kadi I, la CEJ sí ofreció valoraciones del, en ese entonces, procedimiento diplomático de re-examinación. Al encontrar este procedimiento insuficiente constituyó una de las razones para su propia intervención, lo cual hubiera sido lógico si la CEJ en Kadi II hubiera re-examinado los cambios procesales hechos a nivel de Naciones Unidas con mayor profundidad. *Vid. v. g.*, Kadi II, párr. 316-326.

⁹⁰ En contraste, el *Ombudsperson* claramente ha establecido que se someterá a revisión *de novo* con base en estándares de razonabilidad y credibilidad. Esto se basa en la naturaleza inherente de las sanciones al no ser penales en naturaleza y un cambio de actitud por tanto debe ser razón suficiente para remover del listado y también de la redacción escogida por el Consejo de Seguridad en las resoluciones relevantes. *Vid., v. g.*, la valoración y los estándares para los análisis, observaciones, argumentos principales y recomendaciones. Agosto, 2011.

⁹¹ Un punto elaborado por el Abogado General Sharpston, opinión en el caso OMPI, Caso No. C-27/09, 14 julio 2011, párr. 171-190 y 222-257. El proceso para reformar el procedimiento en esta materia está actualmente en curso. Borrador de Reglas de Procedimiento de la Corte General tal y como han sido enviadas por el Presidente de la Corte General al Presidente del Consejo, 7795/14, 14 marzo 2014.

La combinación de la demanda continua de altos estándares de revisión, con la solicitud de que la información confidencial debía ser compartida, aunado a la falta de procedimientos propios para asegurar el tratamiento propio de la información confidencial, es destacable. Además, genera la pregunta sobre si otras cortes regionales o domésticas seguirán el ejemplo. Como un efecto colateral inesperado, la aproximación de la CEJ podría ofrecer una excelente excusa para que otros Estados mucho menos entusiastas en la implementación de sanciones, se puedan zafar. Visto de esta perspectiva, la sentencia Kadi II no puede verse en completa alineación con el compromiso de la UE hacia el multilateralismo, tal y como se encuentra previsto en el segundo párrafo del artículo 21(2), segundo párrafo del TUE.⁹²

IV. LAS IMPLICACIONES DE KADI II

En Kadi II, la CEJ siguió la aproximación paradójica de Kadi I.⁹³ Los argumentos relacionados al contexto especial del Consejo de Seguridad de la ONU y las diferencias entre las sanciones implementadas por Naciones Unidas y las sanciones autónomas de la UE, tal y como habían sido señalados por el Consejo de Ministros de la UE y los Estados miembros de la UE, y por el Abogado General Bot, fueron ignorados ampliamente por la Corte. En esencia, la sentencia de Kadi II puede leerse como un intento para exportar los estándares de la UE y las demandas de revisión judicial a Nueva York. Aún cuando pudiere resultar deseable desde una perspectiva estrictamente interna de derechos fundamentales de la UE, esta

⁹² El Tratado de Libano señala la obligación de la UE con el multilateralismo en el Artículo 21 al establecer, *inter alia*, que la ‘Unión debe promover soluciones multilaterales a problemas comunes, en particular dentro del marco de las Naciones Unidas’.

⁹³ La calificación de ‘aproximación restringida’ se estableció en G. DE BURCA, “The European Court of Justice and the International Legal Order”, en *51 Harvard International Law Journal*, 1-49 (2010), p. 4.

aproximación tiene tres implicaciones negativas en la búsqueda de lograr mayor responsabilidad y un régimen de sanciones basado en reglas a nivel de la ONU. Dichas implicaciones se refieren específicamente a: (i) el intento para expandir el mandato del *Ombudsperson* hacia otros regímenes de sanciones, (ii) la posibilidad de diferenciar en la forma, ámbito e intensidad la revisión del régimen de sanciones, y (iii) la tendencia hacia la inclusión y la formulación de criterios mucho más precisos para el listado en el diseño del régimen de sanciones.

1. EL MANDATO DEL *OMBUDSPERSON*

El mandato del *Ombudsperson*, tal y como se indicó, está actualmente limitado al régimen de Al-Qaeda. Su predecesor, el Punto Focal, que en un principio fue establecido para ofrecer a los individuos que estaban listados al acceso del sistema del Consejo de Seguridad, estuvo unido a todo el régimen de sanciones de la ONU. Sin embargo, el Punto Focal opera únicamente como un Apartado Postal en donde se pueden enviar las solicitudes para remoción del listado, exceptuando al régimen de Al-Qaeda, y también para recibir y transmitir solicitudes sobre excepciones humanitarias. El *Ombudsperson* tal y como fue creado para el régimen 1267/1989 Al Qaeda en respuesta directa a Kadi I, fue considerado demasiado intrusivo como para formar parte de todo el régimen de sanciones de la ONU. En particular dicho mecanismo fue considerado inapropiado y no deseable para los regímenes altamente políticos de proliferación nuclear de Irán y Corea del Norte.

Con el paso del tiempo, se han realizado propuestas para expandir el mandato del *Ombudsperson* hacia otros regímenes de sanciones. Lo cual sería particularmente apropiado para aquellos en donde los individuales listados no tienen relación directa o afiliación con el Estado, como en los regímenes de los conflictos civiles en Liberia o Somalia/Eritrea. Además, dicha expansión podría prevenir

situaciones en las cuales un individuo que fue removido de la lista tras propuesta del *Ombudsperson* en el marco del régimen 1267, fuera posteriormente listado en otro régimen sin acceso al *Ombudsperson*.⁹⁴ Con el objetivo de asegurar una mejor base institucional de la Oficina del *Ombudsperson* a lo largo del régimen de sanciones de la ONU, varios Estados con una opinión similar sobre el régimen de sanciones (*like-minded States*) propusieron una expansión a propósito de la renovación del mandato del *Ombudsperson* en 2013.⁹⁵ Ellos argumentaban que esto fortalecería los mecanismos de responsabilidad y las soluciones (*remedies*) en los otros regímenes. La propuesta no fue bien acogida, toda vez que fue prematura, y en particular los miembros permanentes del Consejo de Seguridad no estaban preparados para considerar cualquier expansión e institucionalización del *Ombudsperson*. La sentencia de la CEJ en *Kadi II* y su omisión sobre el *Ombudsperson*, no incentivó a los miembros del Consejo de Seguridad para que revisaran su posición al respecto. La CEJ había separado efectivamente la discusión sobre la responsabilidad, tal y como existe en la UE en cuanto a las sanciones autónomas e implementadas de la ONU, de una discusión mucho más amplia al nivel de la ONU.

2. LA DIFERENCIA ENTRE LA REVISIÓN Y LAS SOLUCIONES (REMEDIES)

Las sanciones de la ONU generalmente utilizan los mismos medios -sanciones financieras y restricciones de viaje- pero son aplicadas en situaciones fundamentales diferentes, con diferentes propósitos, y con base a diferentes criterios y procedimientos. De forma similar

⁹⁴ Reporte Watson 2012, *supra* nota 2, párr. 19.

⁹⁵ Los Estados con similar opinión sobre las sanciones focalizadas son: Austria, Bélgica, Costa Rica, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Liechtenstein, Países Bajos, Noruega, Suecia, y Suiza. La carta enviada tiene fecha del 7 de noviembre de 2012, UN Doc. S/2012/805.

en el contexto de la UE, existe una amplia variedad de regímenes de sanciones. Por lo tanto puede haber razones para reflexionar también en las revisiones y las soluciones (*remedies*), en particular a nivel de la UE en donde existe revisión judicial para todos los regímenes de sanciones. No obstante, la Corte General ha transportado los estándares por su ámbito e intensidad de la revisión desde el contexto descentralizado de sanciones del terrorismo 1373, directamente al régimen de sanciones de Al Qaeda, favoreciendo en consecuencia cierta armonización a la revisión de todos los regímenes de sanciones por igual.⁹⁶ Al contrario, el Abogado General Bot argumentó a favor de la diferenciación dependiendo de la fuente de la obligación a listar, aún en casos de dos regímenes de sanciones que estuvieran relacionados con la lucha contra el terrorismo.⁹⁷ De acuerdo a Bot, la diferencia en el procedimiento y el contexto del listado, justificaba la diferenciación en la revisión. Tal y como se indicó, la CEJ no adoptó las propuestas de Bot y explícitamente se refirió a los estándares 1373.⁹⁸ Esta postura corresponde a una tendencia judicial mucho más amplia de la UE hacia la armonización de la revisión de las sanciones. En uno de los casos relacionados a las sanciones autónomas en el contexto de Irán, la Corte General rechazó la solicitud del Consejo de Ministros por una revisión mucho menos intensa, comparada con las sanciones de terrorismo, a la luz de los propósitos de las sanciones de Irán para terminar ciertas políticas gubernamentales en vez del combate al terrorismo.⁹⁹ Es cuestionable si esta es la mejor aproximación, o si cierta apertura a la diferenciación podría otorgar mayor equidad a las diferencias inherentes que existen entre los regímenes de sanciones, pero tal vez

⁹⁶ General Court, Kadi II, 30 September 2010, Case No. T-85/09, párr. 138.

⁹⁷ Opinión del Sr. Abogado General Bot, *supra* nota 13, párr. 64.

⁹⁸ ECJ, Kadi II Judgement, 18 July 2013, párr. 14-15.

⁹⁹ General Court, Iran Transfo v. Council, Case No. C-392-11, 13 May 2013, párr. 25-26, 36.

esta es una pregunta prematura para la discusión de la responsabilidad a nivel de la ONU.

3. EL DISEÑO DE LAS SANCIONES Y LOS CRITERIOS PARA INCLUIR EN EL LISTADO

En años recientes se ha llevado a cabo cierta formalización del régimen de sanciones. De manera creciente el Consejo de Seguridad incluye referencias a normas legales y estándares como criterios para el listado, en vez de referencias vagas como la interrupción de los procesos de paz. Esta formalización en el diseño global de los regímenes de sanciones facilita un análisis retroactivo sobre si el listado ha sido justificado y qué clase de información y evidencia sostiene la decisión de listar. Los altos estándares de revisión judicial que la CEJ ha desarrollado e impuesto en *Kadi*, pueden tener consecuencias sin intención y paradójicas que reviertan esta tendencia. Después de todo, en los regímenes de sanciones que operan con base en criterios más políticos y abstractos, la decisión de listar es menos justiciable. Esto efectivamente significaría un cambio de sanciones menos focalizadas a sanciones más directas.¹⁰⁰ En los regímenes autónomos de sanciones de la UE en contra de Irán, esta tendencia ya se había implementado. Desde una perspectiva legal y de responsabilidad, la tendencia para alejarse de criterios basados en reglas y menos razonados, sin duda debe considerarse como una regresión.

Alejarse de los diseños de sanciones basados en reglas no sería por sí mismo sujeto a revisión judicial. Generalmente, el diseño de los regímenes de sanciones se considera un asunto político. En este sentido, los Estados con una postura similar han enfatizado repetidamente que el papel del *Ombudsperson* no debe extenderse a evaluar el régimen como tal, sino opinar en los criterios que deben

¹⁰⁰ Un punto señalado también por A. Tzanakopoulos, *Kadi Showdown: Substantive Review of (UN) Sanctions by the ECJ*, EJIL: Talk!, 19 July 2013.

ser empleados para incluir individuos en los listados.¹⁰¹ El papel del *Ombudsperson* se debe centrar en revisar si ciertos individuos han sido listados de manera legal, es decir, si el listado fue hecho de conformidad con criterios pre-establecidos, y con evidencia suficiente. Cualquier escrutinio más allá podría invadir un espacio político y discrecional, que pertenece a entidades políticas que emplean las sanciones como una herramienta política en estrategias diplomáticas y gubernamentales mucho más amplias. Un acuerdo similar existe a nivel de la UE. Tal y como se indicó, en una ocasión, la Corte General explícitamente recomendó al Consejo utilizar criterios de listado mucho más amplios con el objetivo de escapar a la interferencia judicial negativa.¹⁰² Una solicitud reciente del Banco Central de Irán pudiera evaluar los límites de la discrecionalidad política. En su solicitud a las Cortes Europeas, el Banco cuestionó la legalidad de la decisión del Consejo de imponer sanciones a los bancos con base en el argumento de que los bancos apoyan al gobierno, en particular argumentó que la imposición de las sanciones al Banco Central del Estado eran desproporcionales.¹⁰³ Está aún por verse cuando y de qué manera las cortes de la UE van a resolver estas cuestiones que tienen una orientación mucho más política. Es poco probable que sean sujetas a la misma intensidad de revisión debido a la necesidad de respetar la prerrogativa del Consejo para determinar la política exterior.

¹⁰¹ Pronunciamiento hecho por S.U. Embajador Weenaweser a nombre del Grupo de Estados con Opinión Similar sobre las Sanciones, 10 mayo 2013.

¹⁰² *Vid., v. g.*, General Court, Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Council, Case No. T-489/10, 16 September 2013, párr. 64.

¹⁰³ M. LESTER y F. HOBSON, Targeted sanctions and sanctions targeted: “Iranian banks in the European courts”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2013, pp. 278-280.

V. ALGUNAS REFLEXIONES POSTERIORES

Kadi II impone un alto estándar de revisión judicial para determinar la pertinencia de un listado establecido por Naciones Unidas. En su sentencia, la Corte Europea de Justicia ha dejado fuera e ignorado al *Ombudsperson*, y en general ha determinado que el sistema de revisión de la ONU es insuficiente. Los argumentos del Abogado General Bot a favor de una revisión diferenciada de sanciones, tomando en cuenta el contexto de Naciones Unidas y las mejoras realizadas, fueron rechazados. Desde una perspectiva a micro escala del estado de derecho, esta postura firme puede ser bienvenida como una señal clara hacia Nueva York de que los estándares fundamentales y los procedimientos propios para el régimen de sanciones deben ser considerados y respetados. Sin embargo, este artículo ha sugerido que la aproximación principal de la CEJ puede interferir con estrategias mucho más amplias tendientes a establecer mayor responsabilidad y regímenes de sanciones basados en reglas. La CEJ efectivamente reduce la efectividad del *Ombudsperson* y no alienta a los Estados a llevar a cabo, o pugnar para llevar a cabo, una mayor institucionalización y consolidación de este mecanismo en términos de la expansión de su mandato y la posibilidad de estar ligado a otros regímenes. Como resultado, la institución del *Ombudsperson* está en peligro de desaparecer una vez concluido el régimen 1267/1989 de Al Qaeda, si esto llegara a suceder,¹⁰⁴ y no se convertiría en un componente regular del marco institucional que gobierne los regímenes de sanciones. Desde esta perspectiva, la falta de apreciación del *Ombudsperson* es una

¹⁰⁴ Se considera muy poco probable que el Consejo de Seguridad de por terminado el régimen en un futuro cercano, ya que se ha convertido en una herramienta mágica en la lucha contra el terrorismo, con el potencial de ser aplicado a nivel general y universal. Debido a la fluidez de Al-Qaeda como organización, las sanciones 1267/1989 pueden ser impuestas efectivamente a cualquier individuo que pertenezca a cualquier grupo dondequiera que se encuentre en el mundo, tal y como lo demostró el reciente listado de Boko Haram, UN Doc. SC/11410, 22 May 2014.

oportunidad perdida para impulsar reformas futuras y fortalecer los procesos de responsabilidad a lo largo de los regímenes de sanciones a nivel de la ONU. De hecho, la aproximación rígida de Kadi II podría conducir a regímenes de sanciones con una menor base legal, y el uso de criterios mucho más vagos y con tintes políticos, para evadir el escrutinio judicial a nivel de la UE. Después de Kadi II, la motivación para llevar a cabo reflexiones futuras sobre las reformas procesales y mayor responsabilidad para las sanciones de la ONU no estará basada ni guiada por los desarrollos judiciales de la UE, toda vez que los estándares establecidos son simplemente muy altos para cumplirse en este momento. Podría decirse que el avance más importante hecho hasta ahora no es la transformación del *Ombudsperson* en una entidad judicial, sino asegurar que el mandato de esta institución pueda consolidarse en el futuro, y extenderse gradualmente hacia otros regímenes, y poner fin así a la situación arbitraria de que algunos individuos listados tengan acceso y otros no, por la simple razón de que se encuentran listados en un régimen ‘erróneo’ de sanciones.

En definitiva, la falta de procedimientos propios centralizados en la forma del *Ombudsperson*, o de cualquier otra forma, podrían resultar en intentos por establecer responsabilidad mucho más difusos, que pudieran evaluar la solidez de los procesos de decisión multilateral. De manera irónica, estas dinámicas ocurren tanto a nivel de la ONU como en el marco de la UE. Dentro del contexto de la UE, los solicitantes de manera creciente se están alejando de las cortes de la UE, así como la CEJ se desvió del *Ombudsperson*. El litigio de Banco Melli en las cortes del Reino Unido por daños es un ejemplo de ello. Los individuos se dirigen a las cortes domésticas para solicitar directamente una liberación temporal de las sanciones de la UE. Otras solicitudes ante las cortes domésticas, y en particular ante las cortes del Reino Unido, se refieren a la revisión de la legalidad de la propuesta del Estado destinatario para listar, o la revisión de la negativa del Estado para la remoción del listado. De manera adicional, los individuos que han sido removidos del listado han

iniciado procedimientos para solicitar reparaciones en contra de los Estados que han propuesto su listado.¹⁰⁵ De forma global, esta figura de litigio fragmentado con base en una amplia variedad de solicitudes y en diferentes niveles, genera preguntas fundamentales sobre si la aproximación constitucionalista o pluralista ofrece una mejor perspectiva de responsabilidad. Sin embargo, dichas preguntas tienden a enfocarse en la revisión *ex post facto* como la primera manifestación de responsabilidad. Dicha atención uni-dimensional puede dejar fuera otra faceta importante sobre la responsabilidad. Aspectos muy concretos y prácticos del procedimiento de sanciones que requieren mejora se refieren a la necesidad de introducir cláusulas *sunset*,¹⁰⁶ la necesidad de publicar el Estado destinatario,¹⁰⁷ y la necesidad de asistir a los individuos que resultan perjudicados accidentalmente, lo cual parece requerir una individualización del artículo 50 de la Carta de las Naciones Unidas.¹⁰⁸

A manera de conclusión, es importante hacer mención explícita de un tema, debido a la falta de investigación y atención que ha generado. Esto se refiere al llamado efecto expansivo de los listados. No es del conocimiento público que las listas de sanciones de Naciones Unidas tienen efecto en muchas vidas. De manera oficial, estas listas constituyen la base para la imposición de sanciones en la forma de congelamiento de cuentas y restricciones de viaje. Sin em-

¹⁰⁵ Para un análisis, *vid.* MAYA LESTER y BRIAN KENNELLY, *Judicial Review of Sanctions Decisions: “The Wrong Point in the Wrong Court with the Wrong Defendant”?*, *Judicial Review* 2013, pp. 206-210.

¹⁰⁶ *Vid., v. g.*, K. Boon, *Terminating Security Council Sanctions*, IPI Policy Paper, 12 April 2014. ‘Cláusulas sunset’ es el término empleado en derecho contractual anglosajón que se refiere a las cláusulas que estipulan la fecha o condiciones en las que un contrato terminará.

¹⁰⁷ *Vid., v. g.*, Resolución 2083 (2012), para. 12 y el Séptimo Reporte del *Ombudsperson* al Consejo de Seguridad, UN Doc. S/2014/73, 31 enero 2014, párr. 53-54.

¹⁰⁸ Argumentos presentados por los Estados con posición similar, UN Doc. S/2012/805, 7 noviembre 2012.

bargo, de manera informal, las listas se copian de muchos actores de la sociedad, como bancos, compañías aéreas, así como autoridades migratorias y muchos otros. Por tanto las listas tienen implicaciones efectivas que van más allá de las sanciones formales. De manera mucho más problemática, las decisiones para remover del listado no son inmediatamente incorporadas en las otras listas que surgen del listado original, y que existen fuera de los regímenes de sanciones. Por tanto se ha sugerido que una decisión de listar es una sentencia de vida en el sentido de que sus efectos prácticos perdurarán más allá del listado formal actual.¹⁰⁹ Y desde luego no existen mecanismos para remover del listado, o existirán jamás para esas listas informales. Los individuos que han sido removidos de los listados nunca podrán obtener una tarjeta de crédito o una hipoteca, y por lo tanto están impedidos para llevar a cabo una vida normal a pesar de haber sido removidos de los listados. Así, desde una perspectiva pragmática, es posible argumentar a favor de una mayor atención a los procesos de listado y evitar listas erróneas. La calidad de los procesos, los criterios para el listado y los procesos en la toma de decisión del listado, es vital y merece mucha atención. Este artículo ha presentado el argumento de que el litigio descentralizado tiene límites en términos de inspirar cambios en un sistema jurídico diferente, y que específicamente la sentencia de Kadi II puede tener repercusiones negativas. De manera general, es importante que tras la sentencia Kadi, cambie la discusión en los procesos de responsabilidad en el contexto de regímenes de sanciones multilaterales, hacia un mayor énfasis en los procedimientos de listado y no sólo en las oportunidades para la remoción del listado, aún cuando esto no corresponda a la inclinación natural de los abogados a enfocarse a las procedimientos ante las cortes y los mecanismos de revisión.

¹⁰⁹ Observación realizada por Gavin Sullivan, Solicitor y abogado del Centro Europeo por los Derechos Constitucionales y Humanos. Ámsterdam, 24 febrero 2014. Sullivan ha representado individuos en procesos con el *Ombudsperson*.