

LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA CELEBRACIÓN CONJUNTA DE KADI II Y VAN GEND EN LOOS

Giuseppe Martinico *

SUMARIO: 1. Introducción: entre definición y identificación 2. La sentencia Van Gend en Loos: los límites (externos) de la doctrina de la autonomía. 3. La autonomía como apropiación: la saga Kadi 4. Una lectura contextualizada de la saga Kadi: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea entre definición y identificación.

1. *Introducción: entre definición y identificación*

Como ha escrito Gattini *Kadi* (I)¹ es “*a direct, if late, offspring of the Van Gend en Loos and Costa/Enel jurisprudence*”². A partir de esta idea y con motivo del 51º aniversario de la sentencia *Van Gend en Loos*³ emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ex C.E.), este artículo tiene como objetivo hacer

una comparación entre los casos *Van Gend en Loos* y *Kadi* II⁴, considerándolas como emblemáticas de dos etapas diferentes del proceso de constitucionalización de la Unión Europea (en adelante UE) Mientras que en *Van Gend en Loos*, la idea de la autonomía se utilizó para construir la narrativa de la naturaleza *sui generis* del ordenamiento jurídico comunitario, en *Kadi* la idea de autonomía se ha empleado para justificar la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) para proteger algunos bienes fundamentales que pertenecen al núcleo fundamental de la UE, incluso en casos de dudosa competencia del Tribunal. El hilo conductor entre los dos casos es representado por la idea de la autonomía de un orden jurídico⁵, construida en dos maneras diferentes por el Tribunal

1 * Doctor en Derecho por la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Italia (SSSUP). Profesor Derecho Público Comparado en la (SSSUP) y ex investigador del Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid (CECP) y en el European University Institute en Florencia, Italia. Además es investigador del Centre for Studies on Federalism en Turín, Italia y Co-editor de la Revista *Perspectives on Federalism*. Profesor honorario de derecho europeo en la Universidad de Henan en China.

C-402/05 P y C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2005] ECR, II-3649. El texto integral de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede ser consultado en www.curia.europa.eu

2 Andrea Gattini, *Joined Cases C-402/05 P & 415/05 P, Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, judgment of the Grand Chamber of 3 September 2008* (2009) 46 *Common Market Law Review*, 213, p. 224.

3 Tribunal de Justicia ex Comunidad Europea, *Case 26/62, Van Gend en Loos* [1963] ECR 3.

4 C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, *Commission, Council, United Kingdom v Yassin Abdullah Kadi*, nyr, www.curia.europa.eu

5 Sobre el principio de autonomía en el Derecho de la UE se vea: René Barents, *The Autonomy of Community Law* (Kluwer Law International 2004).

de Justicia y por la atención prestada al «particular», concebido como titular de un conjunto de derechos derivados de las fuentes europeas, pero invocables ante los jueces nacionales.

Con el fin de desarrollar una comparación entre estas dos decisiones, en este artículo se desarrollará una distinción entre la *definición* y la *identificación*. *Definición* proviene de la palabra latina *finis* (frontera, límite) y se refiere al acto de hacer algo distinto de otra entidad. Esta fase ha sido descrita por eminentes estudiosos en este campo a través de la imagen de la “identidad-muro”, mientras que el otro paso crucial, que consiste en la identificación positiva de algunos elementos comunes, a través de un momento de reflexión, se ha descrito por la fórmula “identidad-espejo”⁶.

Tanto la definición (correspondiente al momento de la “identidad-muro”) e identificación (que corresponde a la fase de la “identidad-espejo”) son clásicos en todos los procesos de construcción de identidad.

De una manera parecida, en un primer momento, el Tribunal Justicia -comúnmente denominado Tribunal de Luxemburgo pues se sede se ubica en esa localidad- aclaró lo que “el Derecho comunitario no es”, mientras que en un segundo momento trató mostrar lo que el “Derecho de la UE es” por medio de algunos de los elementos “indicadores” de su propia especialidad, porque parte integrante de su núcleo inmutable. De acuerdo con esta lectura, *Van Gend en Loos* concernía la definición del ordenamiento jurídico comunitario como *sui generis* y autónomo, mientras que *Kadi* es más sobre la identificación del núcleo intangible de este orden jurídico especial⁷.

2. La sentencia *Van Gend en Loos*: los límites (externos) de la doctrina de la autonomía

¿Por qué todo el mundo está interesado en la saga *Kadi*? Por supuesto hay muchas razones para esto, pero nos limitaríamos a

-
- 6 Furio Cerutti, *Political Identity and Conflict: A Comparison of Definitions*, in Furio Cerutti and Rodolfo Ragionieri (eds.): *Identities and Conflicts* (Palgrave, 2001). “Furio Cerruti has, in a text dealing with group identities and political identities, suggested two metaphorical concepts that can be used as analytical tools: the mirror-identity and the wall-identity. The mirror identity is dependent on the values, normative principles, life forms and life styles, within which a group recognises itself. This process essentially consists of the group members recognising or mirroring themselves in those values, and through this mirroring they form their image as a group ‘Self’, as something that gives sense to their behaviour as a group. The mirror identity creates a ‘we’ but it does not create an ‘other’. The wall-identity, on the other hand, is more ambivalent. A wall gives support; it gives consistency to a group, preventing disintegration in times of political or social crises. A wall is also enclosing; it separates the group from other groups; it efficiently shuts out the Other. Which of the two walls will dominate or prevail depends on the wall’s constitutive elements (universal integrative or self centred-exclusive) as well as on the trials (e.g. existential or political threats) to which the group is subjected”, KG Hammarlund, *Between the Mirror and the Wall: Boundary and Identity in Peter Weiss Novel Die Ästhetik des Widerstands*, en KG Hammarlund (ed.), *Borders as Experience (Forskning i Halmstad 2009)*, pp. 117-129, p. 117.
- 7 De una manera análoga se vean las consideraciones de Daniel Sarmiento, *The EU’s Constitutional Core*, en Alejandro Saiz Arnaiz and Carina Alcobero Llivina (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration (Intersentia 2013)*, pp. 177-204. Nikolaos Lavranos, *Revisiting Article 307 EC: The untouchable core of fundamental European constitutional law values*, en Paolo Carrozza, Filippo Fontanelli and Giuseppe Martinico (eds.), *Shaping rule of law through dialogue: international and supranational experiences (Europa Law Publishing 2010)* pp. 119-146.

tres elementos principales. En primer lugar, porque *Kadi* se enfrenta con varias cuestiones- de fondo y procesales- que han reunido la atención de estudiosos de distintos orígenes (estudios del derecho de la UE, constitucionalistas, internacionalistas, teóricos del derecho, administrativistas etc.). En segundo lugar, la saga *Kadi* es un compendio de muchos de los argumentos tradicionales empleados en los “Clásicos del Tribunal de Justicia” (*Van Gend en Loos*, *Costa/Enel*⁸, *Les Verts*⁹, el *Dictamen 1/91*¹⁰, etc.). Por último, el debate sobre *Kadi* ha sido idealmente un espacio donde diferentes concepciones sobre la naturaleza del derecho de la UE se han enfrentado. De hecho, casi por unanimidad, *Kadi I* ha sido visto como una representación perfecta de la audacia jurisprudencial del TJUE, ya que estaba caracterizado por numerosas “insinuaciones constitucionales”¹¹ y por un evidente uso de “simbolismo constitucional”¹². También *Kadi* evoca la idea de una comunidad basada en el Estado de Derecho y, más concretamente, de un sistema completo y coherente de protección judicial¹³ (todos los elementos retomados de la doctrina *Les Verts*). Estas referencias marcan la continuidad con la jurisprudencia de la fundación del derecho de la UE¹⁴, en particular en *Van*

Gend en Loos, como Gattini acertadamente señaló: “On the one hand, one can not but welcome the unbending commitment of the European Court of Justice to the respect of fundamental human rights, but on the other hand the relatively high price, in terms of coherence and unity of the international legal system, that had to be paid in order to arrive at the conclusion of the invalidity of the contested Regulation, is worrying. Of course, one might argue that the ECJ was all too willing to pay that price, and that it could have even felt it as no price at all, but as a golden opportunity to bring a step further the proclaimed ‘constitutionalization’ and autonomy of the Community legal system. The *Kadi* judgment is a direct, if late, offspring of the *van Gend en Loos* and *Costa/Enel* jurisprudence, and, without wanting to sound too rhetorical, one might even venture to say that similarly to those decisions it will be a landmark in the history of EC law”.¹⁵

Sin embargo, realizando una mirada más cercana a *Van Gend en Loos* se puede notar la ausencia de un “lenguaje” constitucional. De hecho, el Tribunal de Justicia utilizó una formulación mucho más ambigua para separar el destino de su propia comunidad de la de las demás organizaciones internacionales,

8 6/64, *Costa/Enel*, [1964] ECR, 1141.

9 294/83, *Parti Ecologiste Les Verts v Parliament*, [1986] ECR 1365.

10 *Dictamen 1/91*, *Dictamen sobre el «Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo»* [1991] ECR I-6079.

11 Neil Walker, *Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ*, en Loïc Azoulay and Miguel Poiares Maduro (eds.), *The past and the future of EU law cit.*, pp. 333-342, p. 333.

12 Neil Walker, *Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ*, en Loïc Azoulay and Miguel Poiares Maduro (eds.), *The past and the future of EU law cit.*, pp. 333-342, p. 333.

13 Se vean las contribuciones de Koen Lenaerts, *The Basic Constitutional Charter of a Community Based on the Rule of Law* and Jean-Paul Jacqu , *Les Verts v The European Parliament*; Alemanno Alemanno, *What Has Been, and What Could Be, Thirty Years after Les Verts/European Parliament*, en Loïc Azoulay and Miguel Poiares Maduro (eds.), *The past and the future of EU law cit.*

14 Franz Mayer, *Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law*, en Loïc Azoulay and Miguel Poiares Maduro (eds.), *The past and the future of EU law cit.*, pp. 16-25.

15 Andrea Gattini, *Joined Cases C-402/05 op. cit.*, p. 224.

ya que describe el sistema de los Tratados como “*un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, si bien en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos*”¹⁶.

Al comentar estas líneas Franz Mayer argumentó que: “*The formula used by the Court to describe the European construct, however, has evolved over the years, replacing the reference to international law with a reference to constitutional law*”¹⁷. En otras palabras, el “vocabulario” constitucional no llegó (al menos inmediatamente) junto a la ideología de la autonomía¹⁸. Esta ambigüedad (la de un derecho comunitario ni totalmente internacional, ni plenamente constitucional) está al corazón de la narrativa *sui generis* del derecho supranacional y probablemente no había sido algo deseado en ese momento. Sin embargo, esto ha servido, durante los años también por razones estratégicas, para garantizar al Tribunal un escape de las categorías del derecho internacional público y, al mismo tiempo, para prescindir de ellas y evitar de ser sujeto al derecho de los Estados miembros¹⁹. Sin embargo, es correcto señalar que en *Van Gend en Loos*, el Tribunal de Luxemburgo proclamó la autonomía del Derecho comunitario sin pero agotar en aquella pronunciación el momento revolucionario. Como Mayer señaló nuevamente, este concepto no se define en un momento aislado por el TJUE.

Esto se logró en el tiempo, a través de una larga serie de decisiones: por ejemplo, en *Costa v Enel* el TJUE ha modificado ligeramente la terminología, describiendo el derecho comunitario como: “*a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales*”²⁰. Yendo aún más allá, en *Les Verts*, que finalmente empleó el lenguaje constitucional: “*En este sentido, es pertinente subrayar, en primer lugar, que la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado*”. Sin embargo, desde el principio muchos autores han descrito *Van Gend en Loos* como caracterizada por una inspiración constitucional²¹ y no hay duda de que, debido a este impacto sobre la historia de la legislación de la UE, esta decisión puede ser definida como fundamental y, por tanto, “constitucional” el sentido etimológico de la palabra (constitución de *constituere* = fundar, establecer), a pesar de la ausencia de una terminología constitucional.

Con el fin de resolver este *impasse* terminológica, es útil anticipar que “constitucio-

¹⁶ *Van Gend en Loos cit.*

¹⁷ Franz Mayer, *Van Gend en Loos: The Foundation cit.*, p. 20.

¹⁸ Deirdre Curtin, *The Shaping of a European Constitution and the 1996 IGC: Flexibility as a Key Paradigm?* (1995) 50 *Aussenwirtschaft* 237.

¹⁹ Sobre este proceso se vea: Matej Avbelj, *The Pitfalls of (Comparative) Constitutionalism for European Integration*, Eric Stein Working Paper (2008) p. 1, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1334216

²⁰ *Costa/Enel cit.*

²¹ Daniel Halberstam, *Pluralism in Marbury and Van Gend'*, en Loic Azoulai and Miguel Poiars Maduro, *The Past and the Future cit.*, pp. 26-36.

nalización” se ha utilizado tradicionalmente en dos maneras por los estudiosos de la UE. Normalmente con “constitucionalización” de la UE, los estudiosos se refieren a la transformación progresiva del Derecho comunitario (y ahora de la UE) desde la perspectiva de una organización internacional a la de una entidad caracterizada por un componente “federal”; en este sentido, la expresión “constitucionalización” ha sido entendida como progresiva “federalización” del ordenamiento de la UE.

Sin embargo, en un sentido distinto, por constitucionalización del ordenamiento jurídico comunitario puede entenderse la progresiva “humanización” (es decir, la afirmación de los derechos humanos a nivel supranacional) de un Derecho nacido para disciplinar el mercado común²². Por supuesto, estos dos significados están relacionados²³ y conectados a un proceso más amplio de construcción política (incluso en términos de politización de la Unión), pero es posible decir que la jurisprudencia fundacional de la autonomía implica un movimiento en términos constitucionales (en un sentido amplio), mientras que la jurisprudencia posterior a *Internationale Handelsgesellschaft*²⁴ implica un movimiento en términos constitucionales en un sentido estricto .

En las páginas siguientes nos centraremos en la saga *Kadi*, demostrando su “valor añadido” en la historia del derecho de la UE. Nuestra idea es que *Van Gend en Loos*, *Costa/Enel* y muchas otras decisiones de la

época fundacional marcaron la existencia de una diferencia (por medio de una especie de *actio finium regundorum*), sin pero aclarar el “contenido” de dicho orden jurídico especial. Esto sucedió luego, cuando el TJUE pagó progresivamente atención a los derechos fundamentales, concibiendo el proceso de constitucionalización ya no como un mero alejamiento de las categorías del derecho internacional público, sino también como la construcción de un derecho caracterizado por algunos principios destinados a proteger unos bienes fundamentales, como los derechos humanos. De esta manera se llena la caja vacía e ideológica de la autonomía.

3. *La autonomía como apropiación: la saga Kadi*

La saga *Kadi* responde a una doble lógica: por una parte, se desarrolla a partir de una fuerte percepción de autonomía del derecho de la UE, mientras que, por otro lado, refleja la idea de la existencia de un sistema maduro en términos de protección de los derechos fundamentales. Esta idea de autonomía y madurez han sido utilizados por el TJUE como premisa fundamental para justificar su intervención en un caso muy sensible desde un punto de vista jurídico (y geopolítico). De hecho, a primera vista , la saga *Kadi* parece ofrecer la idea de una “apropiación” progresiva de una cuestión que se presentó, inicialmente, como un asunto disciplinado por un conjunto externo de normas pertenecientes al derecho internacional público, es decir, en

22 Sobre este proceso la bibliografía es abundante. Entre otros, vide Lenaerts, K., «Fundamental Rights in the European Union», *European Law Review*, Vol. 25/6, 2000, pp. 575-600; Schermers, H. G., Waelbroeck, D., *Judicial Protection in the European Union*, 6th ed., Kluwer, The Hague, 2001 y Canedo Arrillaga J.R., Gordillo Pérez L. I., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 39, 2008, pp. 27-59.

23 Joseph H. H. Weiler, *The Transformation of Europe*, (1991) 100 *Yale Law Journal*. 2403

24 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, [1970] ECR 1125.

otras palabras, uno puede percibir en esta saga los esfuerzos progresivos realizados por el Tribunal de Justicia para “internalizar” las cuestiones jurídicas en juego²⁵.

En *Kadi I* el antiguo Tribunal de Primera Instancia admitió la posibilidad de revisar el Reglamento de ejecución de la resolución de la ONU sólo en caso de violación del *jus cogens*, es decir, un *corpus* de normas originalmente ajenos al derecho de la UE²⁶. Esto fue una consecuencia del enfoque elegido por el Tribunal de Primera Instancia, que adoptó como punto de referencia un conjunto de normas que no pertenecen al orden jurídico de la UE entendido en sentido estricto, es decir, las normas del derecho internacional. Al contrario, para pasar a las

conclusiones del Abogado General Maduro en *Kadi I*²⁷, uno puede darse cuenta de que su punto de partida era muy diferente, ya que se centró en destacar la potencial violación producida por la resolución de la ONU de algunas de las normas propias del Derecho de la UE. Siguiendo una línea similar a la del Abogado General, *Kadi I* del Tribunal de Justicia se refirió constantemente a la autonomía del Derecho de la UE²⁸, pero el TJUE fue aún más lejos en esa ocasión. En efecto, la cuestión de la autonomía del Derecho de la UE fue más enfatizada, porque el TJUE descuidó lo que era un paso esencial en las conclusiones del Abogado General: el análisis de la cuestión desde el punto de vista del ex art. 307 del TCE²⁹. A partir de ex art. 307 del TCE, el Abogado

25 Para un enfoque parecido se vea: Marise Cremona, *European Law and international law after Kadi*, ponencia, Bristol University, 3 noviembre 2008, http://denning.law.ox.ac.uk/news/events_files/European_Law_and_international_law_after_Kadi.pdf.

26 T-315/01 *Kadi v Council and Commission*, 2005, ECR II-3649, par. 226, “No obstante, el Tribunal de Primera Instancia está facultado para controlar, de modo incidental, la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas desde el punto de vista del *jus cogens*, entendido como un orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna”

27 C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat*, Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro [2008] ECR I-6351, en particular el par. 34: “A mi juicio, carece de todo fundamento la tesis de que el presente caso versa sobre una «cuestión política» en relación con la cual resultaría inadecuado incluso el más modesto grado de interferencia judicial. La pretensión de que una medida es necesaria para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales no puede surtir efectos hasta el punto de silenciar los principios generales del Derecho comunitario y de privar a los individuos de sus derechos fundamentales. Lo anterior no disminuye la importancia del interés en mantener la paz y la seguridad, sino que significa simplemente que persiste el deber de los tribunales de pronunciarse sobre la conformidad a Derecho de aquellas medidas que puedan entrar en conflicto con otros intereses que revisten asimismo gran importancia y cuya protección ha sido encomendada a los tribunales”.

28 Véase por ejemplo el par.282 de *Kadi I* del TJUE: “También es necesario recordar que un acuerdo internacional no puede menoscabar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia en virtud de la competencia exclusiva que le confiere el artículo 220 CE, competencia que, por otra parte, el Tribunal de Justicia ha indicado ya que forma parte de las propias bases de la Comunidad”.

29 Antiguo Art. 307 TEC (ahora Art. 351 TFEU) decía: “Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra. En la medida en que tales convenios sean incompatibles con el presente Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común. En la aplicación de los convenios mencionados en el primer párrafo, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en el presente

Continúa en la siguiente página

General en *Kadi I* intentó hacer hincapié en que no hay obligaciones previstas en el mismo se puede interpretar “*hasta el punto de silenciar los principios generales del Derecho comunitario y de privar a los individuos de sus derechos fundamentales*”³⁰. Coherentemente con esta reconstrucción, era fundamental, para encontrar el camino correcto para el ordenamiento europeo, interaccionar con las obligaciones y los jueces del orden jurídico internacional. No es una coincidencia que el Abogado General dedicó varias líneas de sus Conclusiones a recordar la importancia de la deferencia a los tribunales internacionales en la relación entre el Tribunal de Justicia y los demás jueces. Esta deferencia, sin embargo, debe encontrar un límite en el posible riesgo para los valores fundamentales del ordenamiento jurídico de la UE: “*En consecuencia, en aquellas situaciones en las que los valores fundamentales de la Comunidad están en juego, puede ocurrir que el Tribunal de Justicia se vea obligado a examinar –y posiblemente a anular- determinadas medidas adoptadas por las instituciones comunitarias aun cuando tales medidas sean el reflejo de los deseos del Consejo de Seguridad*”³¹. En las propias palabras del Abogado General, estos valores representaban “*el marco constitucional creado por el Tratado*”³². En su razonamiento, el TJUE pareció prestar más atención a la peculiar naturaleza del

ordenamiento jurídico de la UE que a su relación con el derecho internacional. Esto puede ser notando mirando al uso de la idea de la autonomía empleado en la decisión. Por lo tanto, se podría decir que las hipótesis iniciales el TJUE fueron más unilaterales, ya que no se centraron en los términos de la relación entre el derecho internacional y de la UE, sino más bien en torno a la naturaleza constitucional y peculiar del Derecho de la UE. Esto también queda demostrado por el hecho de que el Tribunal de Justicia perdió la oportunidad de aclarar el alcance del art. 307, por ejemplo, especificando “*its position on the consequences if the “appropriate steps” of Member States remain unsuccessful*”³³.

Concluyendo, en *Kadi I*, el Tribunal de Justicia casi desconsideró el ex art. 307 TEC siguiendo una estrategia argumentativa precisa: la necesidad de contextualizar la cuestión de la relación entre el derecho internacional y de la UE dentro de los límites de su propio ordenamiento jurídico, intentando dar a la cuestión una “respuesta interna” e insistiendo en los valores de su propio “ordenamiento”. Creo que *Kadi II*³⁴ puede leerse coherentemente con *Kadi I* del TJUE, a pesar de que las dos decisiones se diferencian por algunas razones, en primer lugar para el lenguaje empleado por el Tribunal de Luxemburgo en *Kadi II*. En efecto, es evidente a partir del análisis

Tratado por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Comunidad y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros”. Se vea: Nikolaos Lavranos, Revisiting Article 307 EC cit.

30 C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat, Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro [2008] ECR I-6351, par. 34.*

31 *Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro cit. par. 44.*

32 “*La relación entre el Derecho internacional y el ordenamiento jurídico comunitario se rige por este último, y el Derecho internacional únicamente puede penetrar en ese ordenamiento jurídico con sujeción a las condiciones que establecen los principios constitucionales de la Comunidad*”, *Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro cit, par. 24.*

33 *Andrea Gattini, Joined Cases op. cit., p. 235.*

inicial que *Kadi II* no presenta la retórica poderosa presente en *Kadi I*. El adjetivo “constitucional” fue empleado nueve veces en *Kadi I*, mientras que “constitucional” ha sido recordado sólo dos veces en *Kadi II* y conviene recordar que en la primera de estas dos citas, el TJUE estaba resumiendo su primera decisión³⁵. Otra diferencia evidente en la terminología empleada por el TJUE es la ausencia de la palabra “autonomía” en *Kadi II*. Estas consideraciones pueden llevar a considerar *Kadi II* como diferente de *Kadi I*, pero cuando se mira en el fondo de la decisión que es posible encontrar una fuerte continuidad. En *Kadi II*, la Corte rechazó el argumento según el cual el reglamento impugnado gozaba de inmunidad desde el control judicial. Lo hizo confiando en su decisión anterior y tomando en préstamo el mismo razonamiento, ya que “*los diferentes factores que respaldan la solución alcanzada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Kadi, expuestos en los apartados 291 a 327 de dicha sentencia, no han experimentado evolución alguna que pueda justificar que se ponga de nuevo en entredicho tal solución. En síntesis, tales factores están relacionados con la garantía constitucional que representa, en una Unión de Derecho*” (párr. 66). Como consecuencia, todos los actos de la UE deben ser revisados por el cumplimiento de los derechos fundamentales (párr. 67). También confirmó que la intensidad de la revisión, en principio, debe ser “full”, confirmando su precedente. El TJUE también mostró que no sufrió de la presión que venía de un contexto internacional y de los círculos académicos, ya que no tuvo

miedo de las posibles repercusiones de esta decisión sobre casos de *de-listing* que están todavía pendientes. Construyó el caso como un caso de “interno” por lo menos por dos razones: en primer lugar, porque el tema se refería a un acto de la UE, en segundo lugar, porque se trataba de una posible violación de algunos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la UE. Por lo tanto, el TJUE confirmó el enfoque seguido en *Kadi I* y la idea de autonomía derivada de esa decisión. En conclusión, la primera forma de leer *Kadi II* por el TJUE, por tanto, la asimetría que existe entre la forma de esta decisión (que parece abandonar el enfoque grandilocuente utilizado en *Kadi I*) y el fondo de la sentencia que confirma su enfoque hacia el público internacional ley. A pesar de la diferente terminología empleada, si uno va más allá de la forma se puede ver que la confirmación de la idea “*in principie, full review*” confirma la contundente substancia de *Kadi I*.

Para ello, el TJUE llegó a defender el núcleo de la decisión adoptada por el Tribunal General (antiguo Tribunal de Primera Instancia) en *Kadi II*. En esa ocasión, el Tribunal General había aceptado revisar su anterior decisión para conformarse a la decisión revolucionaria del Tribunal de Justicia, que actuó como un “soldado leal”, a pesar de las muchas dudas que tenía sobre la decisión del TJUE³⁶. Esto es evidente en los pasajes en los que el Tribunal General quiso recordar las decisiones de otros órganos jurisdiccionales que habían compartido la posición original del antiguo Tribunal de

34 C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Commission, Council, United Kingdom v. Yassin Abdullah Kadi*, www.curia.europa.it

35 *Kadi II cit*, par. 21-22.

36 T-85/09 *Kadi v Commission* [2010] ECR II-5177, par. 121.

Primera Instancia³⁷. En *Kadi II* del TJUE defendió el núcleo de la decisión del Tribunal General apoyando la idea según la cual la Unión Europea presenta un núcleo intocable de principios que no pueden estar afectados por el derecho internacional, ni siquiera por parte de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

4. Una lectura contextualizada de la saga Kadi: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea entre definición y identificación

Como hemos visto, la narrativa *sui generis* creada por decisiones fundamentales como *Van Gend en Loos* y *Costa* responde a la necesidad de una delimitación del resto del derecho internacional, sin la necesidad de definir (por lo menos, no de inmediato) como “constitucional” y sin el esfuerzo de determinar el concepto muy peculiar de este nuevo ordenamiento jurídico. En la última parte de esta contribución, intento demostrar que *Kadi II* pertenece a una nueva generación de decisiones en las que el TJUE no se limita a proclamar la autonomía del derecho de la UE sea desde los derechos nacionales sea desde el derecho

internacional, sino donde trata de identificar un núcleo constitucional de principios cuya violación justifica su intervención, incluso en casos de dudosa jurisdicción. Como Rosas y Armati señalaron: “*in Kadi, the ECJ confirmed and made more explicit a tendency discernible in previous case-law according to which the EU constitutional order consists of some core principles which may prevail over provisions of the Treaties and thus of written primary law*”.³⁸

Esto es evidente en la redacción de *Kadi I*, mediante el cual el Tribunal de Justicia sostuvo que: “*En efecto, el artículo 307 CE no podría permitir en ningún caso que se pusieran en entredicho los principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico comunitario, y entre ellos el de protección de los derechos fundamentales, que comprende el control de legalidad de los actos comunitarios por parte del juez comunitario en lo que respecta a su conformidad con los derechos fundamentales*”. (párr. 304). Haciéndolo, el Tribunal de Justicia actuó como muchos tribunales constitucionales hacen: de hecho, en estos casos, el TJUE ha seleccionado un grupo de principios que no pueden estar afectados porque su violación implica la negación de los fundamentos axiológicos

37 T-85/09 *Kadi v Commission* [2010] ECR II-5177: “122. Incidentalmente, es preciso señalar que, si bien algunos altos tribunales nacionales han adoptado un enfoque más bien similar al seguido por el Tribunal General en su sentencia *Kadi* [véanse, en este sentido, la resolución del Tribunal fédéral de Lausanne (Suiza) de 14 de noviembre de 2007, en el asunto 1A.45/2007, *Youssef Mustapha Nada c/Secrétariat d'État pour l'Économie*, y la sentencia de la House of Lords (Cámara de los Lores, Reino Unido) de 12 de diciembre de 2007, en el asunto *Al-Jedda v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 58, que es actualmente objeto del asunto nº 27021/08, *Al-Jedda c. Reino Unido*, pendiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en lo sucesivo, «Tribunal EDH»], otros han seguido más bien el enfoque del Tribunal de Justicia al considerar que el sistema de designación del Comité de Sanciones era incompatible con el derecho fundamental a un recurso jurisdiccional efectivo ante un tribunal independiente e imparcial (véase, en este sentido, la sentencia de la Federal Court of Canada de 4 de junio de 2009 en el asunto *Abousfian Abdelrazik v The Minister of Foreign Affairs and the Attorney General of Canada* [2009] FC 580, mencionada en el apartado 69 de la sentencia *Ahmed* y otros de la UK Supreme Court)”.

38 Allan Rosas and Lorna Armati, *EU Constitutional Law. An Introduction* (Hart 2011) p. 43.

en que el ordenamiento jurídico de la UE se funda. A nivel nacional, los estudiosos de derecho constitucional se refieren a este conjunto de principios en diferentes formas – “forma republicana” (“forma Republicanana”³⁹) en Italia, cláusula de eternidad (“Ewigkeitsklausur”⁴⁰) en Alemania -, pero en la tarea concreta de identificar los principios que se remonta a un núcleo intocable un papel principal siempre ha sido interpretado por los jueces constitucionales. Esto ha sucedido especialmente con referencia a los derechos humanos, cuyo lenguaje ha sido codificado por las constituciones nacionales *grosso modo* desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Esta codificación de los derechos ha transformado esas normas dirigidas a proteger los derechos en unos principios constitucionales y que ha convertido los derechos protegidos por esos principios constitucionales en derechos fundamentales, es decir, meta-normas de muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos. “*Fundamental rights are to be understood as encompassing those selective and substantive criteria which,*

together with others, enable judgments of ‘validity’: the recognition of belonging to a legal order, legitimacy, compatibility of institutional behaviour and norms within a given legal-political system”⁴¹. Otras evidencias de este enfoque se pueden encontrar en la jurisprudencia del TJUE. Por ejemplo, en algunos casos, el TJUE ha reconocido la existencia de un conjunto de derechos que no pueden ser sometidos a ninguna forma de ponderación, es decir, los derechos absolutos. Un ejemplo de esta forma de proceder es *Schmidberger*⁴² cuando el Tribunal de Justicia distingue entre dos grupos de derechos fundamentales: los derechos absolutos (que no admiten restricciones) y otros derechos fundamentales. En cuanto a la segunda categoría de derechos, el Tribunal de Justicia admitió la necesidad de evaluar, a través de un enfoque caso por caso, la proporcionalidad de las posibles restricciones⁴³. De este modo, el Tribunal de Luxemburgo abrió el camino para la creación de una jerarquía de principios (y de los derechos). La saga *Kadi* sigue una línea paralela, y con *Zambrano*⁴⁴, pertenece

39 Art. 139 of the Italian Constitution.

40 Art. 79 paragraph (3) of the Basic Law (Grundgesetz-GG) for the Federal Republic of Germany.

41 Gianluigi Palombella, *From Human Rights to Fundamental Rights. Consequences of a conceptual distinction*, EUI Working Paper LAW No. 2006/34, 2006, <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6400/LAW-2006-34pdf.jsessionid=57A331FDF3245D221C04E57E8469D36?sequence=1>

42 C-112/00 Schmidberger [2003] ECR I-5659.

43 “Por tanto, los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión pacífica garantizados por el CEDH tampoco constituyen -contrariamente a otros derechos fundamentales reconocidos por el mismo Convenio, como el derecho de toda persona a la vida o la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante, que no toleran ninguna restricción-prerrogativas absolutas, sino que deben considerarse según su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio de esos derechos, en la medida en que éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido por tales restricciones, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos protegidos”. C- 112/00 Schmidberger [2003] ECR I-5659, par. 80.

44 C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l’emploi (ONEm) [2011] ECR, I-01177. Sobre Zambrano se vean: Kay Hailbronner and Daniel Thym, *Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l’emploi (ONEm), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 Mar. 2011* (2011) 48 *Common Market Law Review* 1253; Anja Wiesbrock, *The Zambrano case: Relying on Union citizenship rights in internal situations* (9 March 2011) <http://eudo.citizenship.eu/news/citizenship-news/449-the-zambrano-case-relying-on-union-citizenship-rights-in-internal-situations>; Secretary of State for the Home Department, [2011] ECR, I-03375, C-256/11, *Dereci and others v. Bundesministerium* Continúa en la siguiente página

al momento de la identificación concreta de un conjunto de valores compartidos y de que es necesario luchar. Los estudiosos han comparado *Kadi* y *Zambrano*, leyéndolas como una parte de una importante jurisprudencia relativa a este proceso de construcción de la identidad. Comentándolas, autores como Von Bogdandy⁴⁵ argumentaron la existencia de un núcleo intangible de los derechos fundamentales protegidos por el derecho de la UE, oponible al derecho de la Comunidad Internacional o de los Estados miembros de la UE. Estas dos decisiones son diferentes y similares al mismo tiempo. Ambas han sido criticadas por los estudiosos y son dos expresiones de un Tribunal proactivo. Ambas son decisiones “musculares”, porque demuestran una concepción militante⁴⁶ de la función del Tribunal de Luxemburgo, ya que comparten la actitud intervencionista del TJUE en el caso de privación de la substancia de los derechos fundamentales⁴⁷ que pertenecen a este núcleo intocable. Y ambas se basan en una especie de presunción en favor del nivel nacional (en *Zambrano*) o internacional (*Kadi*) que conduce al TJUE a considerar su intervención como una especie de *extrema ratio*.

Al mismo tiempo, muestran diferencias importantes: los “interlocutores” en primer lugar, son diferentes (las Naciones Unidas en la saga *Kadi*, los Estados miembros de *Zambrano*) y también los motivos de las críticas son diferentes: a pesar de su impacto diplomático, en *Kadi* la intervención del TJUE se justifica por la existencia de un acto jurídico de la UE, mientras que en el TJUE en el caso *Zambrano* intervino en una situación que según muchos fue puramente interna⁴⁸.

En *Zambrano* la Corte emitió en unas pocas páginas una sentencia revolucionaria, que se caracteriza por el razonamiento jurídico pobre⁴⁹, oscuro y deja muchas preguntas abiertas, el producto de un Tribunal, que tiene miedo de su propio activismo. *Kadi* fue criticado, en cambio, por ser demasiado unilateral, incluso “chauvinist and parochial”⁵⁰. Muchos estudiosos estaban seguros de que otra decisión como la de *Kadi I* era casi imposible, pero el TJUE ha reiterado su mensaje a la Comunidad internacional, lo que confirma la audacia de la Corte⁵¹. Esto me lleva a mi último punto: *Kadi I* (pero lo mismo se aplica a *Kadi II*) ha sido acusado de favorecer a los conflictos

für Inneres, nyr, C-40/11 - lida, nyr, Joined Cases C 356/11 and C 357/11 / Judgment - O, S v Maahanmuuttovirasto and Maahanmuuttovirasto v L., C 87/12, Kreshnik Ymeraga, www.curia.europa.eu

45 Armin Von Bogdandy, Matthias Kottmann, Carlino Antpöhler, Johanna Dickschen, Simon Hentrei and Maja Smrkolj, *Reverse Solange. Protecting the essence of fundamental rights against EU member States* (2012) 49 *Common Market Law Review* 489.

46 Sobre la idea de democracia militante se vea: Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, *l' American* (1937) 31 *Political Science Review*, p. 417.

47 Daniel Sarmiento, *The EU's Constitutional Core*, cit. pp. 186-187.

48 Se vea las contundentes Conclusiones del Abogado General Sharpston al caso *Zambrano*, especialmente al par. 90 y ss.

49 Sobre esto se vea: Urška Šadl, *Ruiz Zambrano as an Illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs Its Legal Arguments* (2013) 9 *European Constitutional Law Review* 205.

50 Gráinne de Búrca *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi* (2010) 51 *Harvard International Law Journal* 1. Véase I. Gordillo Pérez, *Interlocking Constitutions: Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law* (Hart 2012) 305.

51 Se puede comparar, en este sentido, la decisión del TJUE con las Conclusiones del AG Bot al caso *Kadi II*.

sistémicos, de ser “ciegos” desde el punto de vista diplomático⁵². Sin embargo, mirando a la cuestión desde el punto de vista elegido por el TJUE, que asumió un enfoque constitucional, estas consideraciones pierden atractivo y la conclusión repetida por el TJUE se vuelve coherente con las premisas de la decisión (la existencia de un fuerte núcleo axiológico en la legislación de la UE). En este sentido hay que mirar a *Kadi* II como un juicio emblemático que va más allá de la situación particular del Sr. Kadi. La confirmación viene dada por la elección del TJUE de decidir la cuestión frontalmente a pesar del “de-listing” de *Kadi* y del diferente enfoque propuesto por el Abogado General Bot⁵³. Ahora está por ver si *Kadi* I y II influirá en la larga lista de casos parecidos pendientes en este ámbito. Probablemente el TJUE consideró necesario enviar un fuerte mensaje a la ONU, sólo para dejar en claro las bases de una futura convergencia. No sería la primera vez en la historia de la UE e incluso en un nivel comparativo, es posible detectar decisiones similares dictadas por

los tribunales nacionales. Estas decisiones insisten en la necesidad de preservar los derechos constitucionales a nivel nacional con el fin de “justificar” el incumplimiento de ciertas obligaciones internacionales (como en *Kadi*)⁵⁴ o que permiten la intervención federal en un dominio del Estado (como en *Rottmann* o *Zambrano*) sobre la base de la necesaria preservación de esas cláusulas de homogeneidad a través del cual la Constitución federal limita las cartas fundamentales de sus Estados miembros⁵⁵. En efecto, los que critican *Kadi* I y II se olvidan de la importancia de que los conflictos han tenido tradicionalmente en el desarrollo del orden jurídico de la UE. Es suficiente pensar en la génesis del artículo 6 del TUE – que codifica el compromiso de la UE sobre los derechos humanos - para encontrar una prueba de esto. En efecto, este artículo era el subproducto de un largo enfrentamiento entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia iniciado en los años 70 después de la decisión *Internationale Handelsgesellschaft*⁵⁶ que provocó la

52 Se vea, sobre este debate: Joris Larik, *Two Ships in the Night or in the Same Boat Together: How the ECJ Squared the Circle and Foreshadowed Lisbon in its Kadi Judgment* (2010) 13 *Yearbook of Polish European Studies*, pp. 149.

53 Uno podría comentar sobre las posibilidades ofrecidas al TJUE por el Art. 149 del Reglamento de procedimiento: “Si el Tribunal constata que el recurso ha quedado sin objeto y que procede su sobreseimiento, podrá decidir en cualquier momento, de oficio, a propuesta del Juez Ponente y tras oír a las partes y al Abogado General, resolver mediante auto motivado. En tal caso decidirá sobre las costas.”

54 Se vea por ejemplo el caso de la Madras High Court, *Novartis Novartis v. Union of India & Others.*, Judgment of 6 Aug. 2007: http://judis.nic.in/judis_chennai/qrydispfree.aspx?filename=1121: “We have borne in mind the object which the Amending Act wanted to achieve namely, [...] to provide easy access to the citizens of this country to life saving drugs and to discharge the [legislature’s] Constitutional obligation of providing good health care to it’s [sic] citizens.” (id. at para. 19). Sobre esto: Eyal Benvenisti and George W. Downs, *National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law* (2009), 20 *European Journal of International Law* 72. Mas recientemente (1 de Abril 2013) también el Tribunal Supremo de India se ha pronunciado sobre el caso, <http://supremecourtfindia.nic.in/outtoday/patent.pdf>.

55 Se vea por ejemplo el Art. 28 del Grundgesetz-GG alemana. Sobre esto se vea: Francesco Palermo, *La forma di stato dell’Unione europea* cit.

56 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125 donde el TJUE dice: “...que la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado” (par. 3).

reacción de los guardianes constitucionales nacionales con la doctrina *Solange* y con los contra-límites⁵⁷. Sin entrar en el debate sobre las similitudes (y diferencias) existentes entre *Kadi* y *Solange*, las doctrinas *Solange*⁵⁸ y los contra- límites son un perfecto ejemplo de la importancia de los conflictos constitucionales para el desarrollo del orden jurídico de la UE. La reacción de los tribunales constitucionales podían representar una potencial crisis del proceso europeo, pero en realidad fueron un punto de inflexión, abriendo una nueva etapa en la jurisprudencia del TJUE y de los Tribunales Constitucionales.

Esto no quiere decir que después de que aquella temporada los conflictos confrontación se desvanecieron. Al contrario, los enfrentamientos judiciales siguen siendo frecuentes en la vida del ordenamiento jurídico multinivel. Esto es coherente con las explicaciones dadas por los estudiosos interesados en los conflictos: a pesar de que los agentes que operan en este campo ahora comparten la necesidad de respetar los bienes constitucionales (los derechos fundamentales) concebidos como fundamentales por la jurisprudencia de los varios niveles, siempre es posible tener

discrepancias interpretativas. Creo que esta es la descripción que mejor explica el estado actual de la relación entre el Tribunal Constitucional y el TJUE: son tribunales competidores y antagonistas, pero esto no es patológico en absoluto, ya que también una situación parecida se da en otros contextos⁵⁹. Más en general, los conflictos pertenecen a la vida de entidades políticas constitucionales. Esto ha sido demostrado por los estudiosos de la sociología y la ciencia política (sobre todo en lo que respecta a los conflictos sociales), pero en general los conflictos pertenecen a la esencia del constitucionalismo como tal que tiene una (y no irénica) la naturaleza “polémica”⁶⁰ porque insiste en una interminable fricción entre la libertad y el poder, como escribió Luciani⁶¹. En este sentido *Kadi* es la manifestación (en su mejor momento) del espíritu “polémico” del derecho constitucional europeo⁶²: es probable que, incluso después de la sentencia *Kadi*, los conflictos - como expresión de desacuerdo de interpretación - no vayan a desaparecer por arte de magia. Tal vez la saga *Kadi* allanará el camino para una nueva temporada de la contestación y, con suerte, para una mejor protección de los derechos fundamentales a nivel internacional.

57 Paolo Barile, *Ancora su diritto comunitario e diritto interno*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, VI (Vallecchi 1969), pp. 33-54, p. 49. Corte Costituzionale, decision No. 183/1973; decisiones No. 170 of 5 June 1984 y No. 232/1989.

58 BVerfGE 37, 271 (*Solange I*); 73, 339 (*Solange II*); se vean también BVerfGE 89, 155, BVerfGE 102, 147.

59 Daniel Halberstam, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States* in Jeffrey Dunoff and Joel Trachtman (eds.), *In Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance* (Cambridge University Press 2009) pp. 326-355: “In one important sense, however, the relationship between the European Union and its Member States is, of course, different from that between the United States and the several states. In the United States, the relationship between federal and state law, and, in particular, between the federal Supreme Court and the state judiciary, are fully ordered...In the European Union, by contrast, the relationship between the central and component state legal orders is fundamentally unsettled”.

60 Giuseppe Martinico, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe* (Routledge 2012), pp. 107-162

61 Massimo Luciani, “Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico”, http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico/index.html.

62 Giuseppe Martinico, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, Ed. Aracne 2011.