

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL



**GARANTÍAS JUDICIALES Y “SANCIONES
INTELIGENTES” DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE
NACIONES UNIDAS: DE LA TÉCNICA A LOS VALORES
EN DERECHO INTERNACIONAL**

Autor:
Asier Garrido Muñoz

Director:
Prof. Dr. Luis Norberto González Alonso

Salamanca, 3 de junio de 2011

Tesis presentada para la obtención del título de Doctor por el Licenciado ASIER GARRIDO MUÑOZ y realizada bajo la dirección del Prof. Dr. LUIS NORBERTO GONZÁLEZ ALONSO, Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Salamanca

Salamanca, a 3 de junio de 2011

Vº Bº del Director de la Tesis,

Prof. Dr. Luis Norberto González Alonso

A Gabriel, siempre aquí

LISTADO DE ABREVIATURAS

ACDI	Anuario de la Comisión de Derecho Internacional
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ADI	Anuario de Derecho Internacional
AG	Abogado General
Annuaire IDI	Annuaire de l'Institut de Droit International
AJIL	American Journal of International Law.
ASIL	American Society of International Law.
BYIL	British Yearbook of International Law
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CAAS	Convenio de Aplicación sobre el Acuerdo de Schengen
CDF	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDH	Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
CE	Comunidad Europea
CionEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
CionIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNU	Carta de las Naciones Unidas
COREPER	Comité de Representantes Permanentes
CPJP	Cooperación Policial y Judicial en materia Penal
CrIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CS o CSNU	Consejo de Seguridad de Naciones Unidas
CVDT	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
DUE	Derecho de la Unión Europea
EBLRev	European Bussiness Law Review
EHRLRev	European Human Rights Law Review
EJIL	European Journal of International Law
ELRev	European Law Review
EPL	European Public Law
EUCompLRev	European Competition Law Review
EuConstLRev	European Constitutional Law Review
FILJ	Fordham International Law Journal
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GILJ	Georgetown Immigration Law Journal
GLJ	German Law Journal
HHRLJ	Harvard Human Rights Law Journal
HHRLRev	Harvard Human Rights Law Review
HILJ	Harvard International Law Journal
HRLRev	Human Rights Law Review
HRQ	Human Rights Quarterly

ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IDI	Institut de Droit International
IJRL	International Journal of Refugee Law
IOLRev	International Organizations Law Review
IRRC	International Review of the Red Cross
JICJ	Journal of International Criminal Justice
LJIL	Leiden Journal of International Law
MJIL	Michigan Journal of International Law
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
OG	Observación General del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PA	Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra (I ó II)
PalYIL	Palestinian Yearbook of International Law
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos
RBDI	Révúe Belge de Droit International
RCADI	Récueil des Cours de l'Académie de Droit International à la Haye
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDUE	Révúe du Droit de l'Union Européenne
REDE	Civitas. Revista Española de Derecho Europeo
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
RELEX	Grupo de Consejeros de Relaciones Exteriores del Consejo
RGDE	Revista General de Derecho Europeo
RGDIP	Révúe Générale de Droit International Public
RICR	Revista Internacional de la Cruz Roja
RIDI	Rivista Italiana di Diritto Internazionale
RIE	Revista de Instituciones Europeas
RQDI	Révúe Québécoise de Droit International
RTrDE	Révúe Trimestrielle de Droit Européen
RTrDH	Révúe Trimestrielle des Droits de l'Homme
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TG	Tribunal General
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI	Tribunal de Primera Instancia
TUE	Tratado de la Unión Europea
YEL	Yearbook of European Law
YIHL	Yearbook of International Humanitarian Law
ZaöRV	Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht

INTRODUCCIÓN: EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL DESDE EL COMPLEJO “PRISMA DE LAS SANCIONES INTELIGENTES”

I. El grave problema de las listas negras antiterroristas y la prolífica respuesta doctrinal: justificación de la necesidad este estudio

En 1947, el *Institut de Droit International* adoptó una resolución a modo de bandera izada sobre las ruinas del edificio jurídico-político destruido por la Segunda Guerra Mundial. Titulada “Les droits fondamentaux de l’homme, base d’une restauration du droit international”, y con CHARLES DE VISSCHER como ponente, su párrafo IV ponía el acento en lo siguiente:

« Affirmer le respect des droits de la personne humaine sans en assurer l’efficacité par des mesures effectives de garantie et de contrôle est insuffisant aussi bien dans l’ordre international que dans l’ordre interne »¹.

Como es bien sabido, poco después de los atentados del 11-S el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU o CS) entendió que la eficacia en la lucha contra la financiación del terrorismo del Al-Qaeda y los Talibanes requería la puesta en marcha de un mecanismo de listas negras antiterroristas, por el cual los Estados miembros debían congelar todos los activos de los individuos y entidades en ella incluidos, así como impedir su salida del territorio nacional², de manera indefinida y sin apenas garantía procedimental alguna para los afectados. Para ser precisos, dicho mecanismo estaba en marcha desde las resoluciones 1267 (1999) y 1333 (2000)³, pero la conciencia de la gravedad del problema adquirida tras el 11-S multiplicó la introducción los nombres de la lista. Además, no se debe olvidar que, paralelamente, la resolución 1373(2001) introdujo una obligación para todos los Estados de congelar los fondos y los demás activos financieros de las personas y entidades que estos estimaran relacionados con actividades terroristas⁴, lo cual dio pie al establecimiento de listas negras antiterroristas elaboradas íntegramente en el plano nacional. De esta manera se iniciaba un importante debate que se ha abierto hueco tanto en

¹ IDI, “Les droits fondamentaux de l’homme, bases d’une restauration du droit international”, *AnnuaireIDI*, Vol. 41, Sesión de Lausanne, p. 1.

² S/RES/1390(2002), de 16 de enero de 2002.

³ S/RES/1267(1999), de 15 de octubre de 1999; S/RES/1333(2000), de 19 de diciembre de 2000.

⁴ S/RES/1373(2001), de 28 de septiembre de 2001, § 1 c)

el plano institucional de las Naciones Unidas⁵, como en la comunidad científico-jurídica y la sociedad civil⁶: el de los límites a la eficacia en la lucha contra la financiación del terrorismo internacional.

Es el segundo de los planos el que evidentemente nos interesa de manera especial aquí. Y es que los problemas jurídicos planteados por las listas negras son casi inabarcables. No sólo la protección sustantiva del derecho a las garantías judiciales, hilo conductor de este trabajo, exige plantearse cómo se puede ver afectado por la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo, allá donde la diplomacia y los grupos de expertos sustituyen a los jueces en la adopción de medidas lesivas contra los particulares. También la “temprana” sentencia del TPI en el asunto *Kadi (I)*⁷ puso de relieve que lo que estaba en juego eran nada menos que las relaciones entre el orden jurídico internacional y el europeo, la posición de la Carta de las Naciones en el Derecho internacional (dada su primacía al amparo del artículo 103), los límites a los poderes del Consejo de Seguridad, la responsabilidad internacional del Estado por la ejecución de actos decididos por una organización internacional a la que pertenece, o la consolidación de un *rule of law* a nivel internacional que adapte el Derecho a las necesidades de la cooperación internacional institucionalizada. Entre otros.

Con estos elementos, la elaboración de un trabajo que intentara ofrecer una visión global de estas cuestiones se hacía plenamente necesaria. La idea no era otra que intentar recoger en un “prisma”, el de las sanciones inteligentes, los variados interrogantes o

⁵ Entre otros Informes del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, MARTIN SCHEININ, destacamos el 6º y último informe presentado a la Asamblea General, en el que valora globalmente críticamente la acción de las Naciones Unidas en materia de respeto de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo (A/65/258, de 6 de agosto de 2010).

⁶ Cfr. por ejemplo la labor de dos organizaciones no gubernamentales, EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS y STATEWATCH. La primera ha publicado recientemente un completo informe titulado *Blacklisted: targeted sanctions, preemptive security and fundamental rights*, disponible en http://www.ecchr.org/index.php/news_details.402/items/new-report-blacklisted-targeted-sanctions-preemptive-security-and-fundamental-rights.html, visitado por última vez el 23 de abril de 2011. Se recomienda especialmente la lectura de las pp. 78 y ss., donde se hace una evaluación de las consecuencias de algunas de estas listas (aunque entendemos que el informe ha de ser leído con las debidas cautelas, ya que adolece de una tendencia a tratar conjuntamente los efectos de la lista Al-Qaeda/Talibanes y los las listas estatales con origen en la resolución 1373).

⁷ TPI, *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo y Comisión (Kadi I)*, sentencia de 12 de julio de 2006. Con *Kadi (I)* nos referiremos, por todas, a la saga de sentencias del antiguo TPI de 12 de julio de 2006, que incluye los pronunciamientos en *Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, T-315/01; *Chafiq Ayadi c. Consejo*, de 12 de julio de 2006, T-253/02, y *Faraj Hassan c. Consejo y Comisión*, T-49/04. En este trabajo distinguiremos entre TPI y TG, así como entre TJCE y TJUE, a fin de hacer más fácil la identificación de las sentencias en la materia, algunas de las cuales se refieren a diferentes demandas planteadas por el mismo particular afectado por las listas antiterroristas de la UE.

“caras” de Derecho internacional y europeo que se plantean separadamente, pero que interactúan en una misma figura. El examen resultaba tanto más recomendable cuanto que la sentencia *Kadi (I)* del TPI, a pesar de desestimar las pretensiones del demandante y no anular el Reglamento que ejecutaba las sanciones del Consejo de Seguridad en la Unión, estimuló la introducción de una serie de tímidas mejoras en los mecanismos del Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes. Pero claro, durante el proceso de preparación de este trabajo sobrevino un relevante acontecimiento para la ciencia iusinternacionalista, que en cierto modo ha influenciado la selección de temas de análisis: el pronunciamiento de la sentencia *Kadi (II)* por el TJCE. En ella, el Tribunal de Justicia anuló por primera vez un Reglamento europeo que ejecutaba las resoluciones del Consejo de Seguridad al considerar que se violaban varios derechos fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario⁸. Aunque previamente el TPI había hecho lo propio en la sentencia *Organización de Mujahedines del Pueblo de Irán (OMPI (I))* respecto de una de las listas autónomas de la Unión, *Kadi (II)* fue la primera ocasión en que la jurisdicción de Luxemburgo se atrevió a poner en tela de juicio una de las listas elaborada directamente por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, incluso a pesar de la primacía de la Carta sobre el resto de tratados recogida en el artículo 103 de la Carta. El debate jurídico originado ha canalizado tal catarsis doctrinal que resulta verdaderamente complicado encontrar una publicación periódica generalista sobre Derecho internacional o europeo que no haya recogido hasta el momento ningún trabajo sobre la materia.

La sentencia *Kadi (II)* ha dado lugar al surgimiento de una serie de especialistas a los que podemos llamar, sin ánimo de ironizar, los *kadiólogos*. De manera similar a lo que sucede con sus (cuasi) homónimos del ámbito médico, estos estudiosos de la sentencia *Kadi* toman el pulso del Derecho internacional y de la UE y comprueban su estado de salud, evaluando su historial jurídico, diagnosticando enfermedades y, eventualmente, recomendando algún remedio para el exceso de fragmentación, como el principio de integración sistémica propuesto en el *Informe sobre la fragmentación del Derecho internacional* de la CDI⁹. La mejor prueba de que lo que afirmamos no es exagerado es un útil trabajo publicado meses después de la sentencia *Kadi (II)* bajo los auspicios del Instituto Universitario Europeo de Florencia, que incluía un estudio completo dedicado no

⁸ TJCE, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat Foundation c. Consejo (Kadi II)*, sentencia de 3 de septiembre de 2008, C-402/05P.

⁹ CDI, *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.

tanto a la saga de sentencias del Tribunal de Luxemburgo como tal, sino *a los estudios* centrados en esta jurisprudencia, entonces decenas, y que hoy día se cuentan por centenares¹⁰. No es casualidad que TOMUSCHAT haya calificado con sorna de “tragedia” el hecho de que “an individual hit by such measures of constraint must endure that he has attracted the attention of international lawyers”¹¹. El enorme interés de la cuestión así lo explica.

Ello nos conduce a las reflexiones vertidas por el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos en la lista contra el terrorismo, MARTIN SCHEININ, quien, en su calidad de Profesor del citado Instituto, publicó hace poco una reseña de un libro monográfico sobre las listas negras antiterroristas de la UE. Precisamente la primera pregunta que se formulaba SCHEININ era si a estas alturas de debate era conveniente leer una obra de 500 páginas dedicada a una materia tan estudiada como ésta. Aunque su respuesta *ad casum* fuera afirmativa¹², es indudable que la misma necesidad de justificación surge en el ámbito de este trabajo. Y es que, en la medida en que la literatura dedicada a esta cuestión es hoy día particularmente abundante, uno de los retos de este estudio era encontrar un enfoque que permitiera abrir flancos infrautilizados hasta este momento, sin menospreciar aquellos que ya han sido objeto de valiosos análisis y a los que la referencia era obligada.

En este sentido, la dicotomía entre técnica y valores del Derecho Internacional escogida, suficientemente amplia pero integradora, nos permite encontrar campos hasta ahora menos explorados. Ello es así tanto en grandes sectores como la teoría de la sanción internacional, o la teoría de la responsabilidad internacional del Estado por los actos de la organización internacional; como en ámbitos más específicos como la jurisprudencia del TEDH sobre la calificación penal *ex artículo 6 CEDH* de medidas provisionales *in rem*, o la aplicabilidad del principio *ne bis in idem* a las listas autónomas de la UE. Aunque sería desmedidamente pretencioso apropiarnos de una originalidad en el estudio de estas

¹⁰ POLI, S.; TZANOU, M.: “The *Kadi* rulings: a survey of the literature”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counter-terrorism measures through the courts*, EUI Working Papers, AEL 2009/10, pp. 139 y ss.; disponible en <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/12879>, visitado por última vez el 6 de abril de 2011. Esta obra colectiva ha sido publicada también en *YEL*, Vol. 28, 2009. En este trabajo nos referiremos directamente a la versión publicada en la web del Instituto Universitario Europeo de Florencia.

¹¹ TOMUSCHAT, C.: “The *Kadi* case: what relationship between the Universal legal order under the auspices of the United Nations and the EU legal order?”, *ibid*, p. 11.

¹² SCHEININ, M.: “ECKES: “EU counterterrorism sanctions and fundamental rights – the case of individual sanctions”, *YEL*, Vol. 29, 2010, pp. 539 y ss.

cuestiones *en general*; su análisis integrado *en el problema concreto* de las sanciones inteligentes financieras aporta interesantes conclusiones, algunas ciertamente perceptibles desde la intuición, pero necesitadas de un ordenado estudio teórico-práctico. Por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, la conclusión de que el Consejo de Seguridad ha instaurado algo muy parecido a un régimen sancionador *strictu sensu* contra el individuo, acercándose (si no adentrándose) al primer régimen de responsabilidad internacional individual por actos de terrorismo, requiere de un detallado estudio de la noción de sanción internacional y de su posible aplicación al delicado ámbito de las medidas coercitivas del Capítulo VII de la Carta, que a nuestro conocimiento no se había llevado a cabo *en este contexto*.

Éste pretende ser un estudio, sobre todo, de Derecho internacional público. Pero no exclusivamente. El enfoque europeo de la cuestión es obligatorio, toda vez que la sentencia *Kadi (II)* abrió las puertas de una respuesta técnicamente diferenciada del Derecho europeo al problema planteado por las sanciones financieras antiterroristas del Consejo de Seguridad. Aunque no estamos ante un trabajo sobre la fragmentación del Derecho internacional, ni sobre la naturaleza jurídico-internacional del ordenamiento jurídico europeo, es evidente que ambos problemas están siempre en la retaguardia de casi todos los interrogantes planteados en esta sede. Véase, por ejemplo, nuestro estudio en el Capítulo VI de la complicidad del Estado por la propuesta de nombres al Consejo de Seguridad: la visión iusinternacionalista “generalista” aquí propuesta abre interesantes reflexiones sobre la decisión del Comité de Derechos Humanos en *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, comunicación que por el contrario no hace referencia al régimen general de responsabilidad internacional del Estado. Véase también nuestra exégesis del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas en el Capítulo V, donde el problema de los límites de esta disposición se encuentra en estrecha asociación con el de la autonomía del orden jurídico de la UE defendido con vigor por el Tribunal de Luxemburgo en la sentencia *Kadi (II)* con el fin de permitir un control de la legalidad de estas sanciones sobre la base de los estándares europeos en materia de derechos humanos. En este sentido, no es casualidad que el Capítulo VII incida en el significado de la retórica “constitucionalista” de esta sentencia, así como su entronque en la línea jurisprudencial clásica sobre la autonomía del Derecho de la Unión.

Pero eso no es todo. La perspectiva europea del problema se encuentra también plenamente justificada desde el momento en que la compleja articulación entre procedimientos nacionales y europeos –sobre todo en lo que se refiere a las listas

autónomas de la UE-, plantea importantes retos para la protección sustantiva del derecho a las garantías judiciales. En efecto, la separación operada en la sentencia *Organización de Mujahedines del Pueblo de Irán (OMPI I)* entre fase nacional y europea del procedimiento, establecida a efectos de determinar la intensidad del control judicial ofrecido por la jurisdicción de Luxemburgo, nos lleva a plantearnos cómo el encaje técnico de un mecanismo basado en la cooperación leal entre Estados y Unión Europea pueda afectar a un valor sustantivo del ordenamiento jurídico europeo. Ello es tanto más interesante cuanto que las múltiples posibilidades que ofrece la elaboración las listas antiterroristas de la Unión está dando lugar a una fértil jurisprudencia del TG y el TJUE que no deja de aportar novedades que merecen ser valoradas de manera conjunta.

II. Delimitación del objeto de análisis. Metodología

Planteados estos elementos, nos encontramos en condiciones de presentar las diferentes caras del complejo “prisma de las sanciones inteligentes” al que dedicaremos estas páginas. Dicho “prisma” será enfocado con dos “luces” diferentes: la del Derecho internacional, y la del Derecho de la UE¹³.

El trabajo se estructurará en tres partes. La primera de ellas se dedicará a las cuestiones generales sobre el régimen jurídico de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes y el marco teórico de fondo de las sanciones inteligentes en tanto que “sanciones”. El Capítulo I analizará en profundidad el ámbito de aplicación, procedimientos y garantías del procedimiento de inclusión/exclusión de nombres en la lista Al-Qaeda/Talibanes. En él se presentará el funcionamiento de un mecanismo carente de garantías en el momento de su creación, pero que con el paso de los años ha ido acumulando una serie de mejoras hasta ahora inéditas en la práctica de los Comités de sanciones del Consejo de Seguridad. También se incidirá en los ámbitos de aplicación de las sanciones, sobre todo el material, a fin de poder entender cuáles son las conductas que el Consejo de Seguridad considera susceptibles de motivar la inclusión en la lista.

¹³ De ello no se ha de deducir que prejuzgamos una separación entre ambos órdenes jurídicos: la separación metodológica responde más bien a la necesidad de estudiar todo lo relacionado con la recepción de las listas negras antiterroristas de la Unión de manera conjunta, debido a la particularidad de algunas cuestiones que plantea el ordenamiento jurídico de la UE. Ya tendremos la oportunidad de exponer nuestra posición sobre la posición de este ordenamiento jurídico en el Derecho internacional.

Es necesario dejar claro desde el principio dos cuestiones. En primer lugar, no nos adentraremos aquí en un estudio exhaustivo del régimen del Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad. Es cierto que desde el punto de vista organizativo su colaboración con el Comité de sanciones Al-Qaeda/Talibanes es importante¹⁴, y que además se encarga de supervisar la ejecución por los Estados del apartado 1(c) de la resolución 1373 del Consejo de Seguridad –origen de las listas autónomas de la UE que estudiaremos con detalle en el Capítulo VIII-. No deja de ser cierto, empero, que para las necesidades de este trabajo no es necesario conocer al detalle las funciones de la Dirección Ejecutiva de este Comité, ni realizar un balance general del mecanismo de presentación de informes establecido en la resolución 1373. En términos simples, lo que nos interesa es conocer cómo se elaboran las listas antiterroristas en Naciones Unidas y la Unión Europea, no cómo el Consejo de Seguridad se asegura de que los Estados las elaboren.

El segundo aspecto se refiere al tipo de sanciones analizadas. Por razones de espacio, y de tendencia en la práctica judicial de la que se dará cuenta en este estudio, dejaremos de lado las prohibiciones de viajar o las restricciones a la venta o adquisición de armas. En otras palabras, nuestro único centro de atención serán las sanciones financieras. Son las sanciones que mayor repercusión directa tienen sobre la vida diaria de los individuos y entidades incluidos en las listas antiterroristas, y las que por ende mayor atención han recibido en sede jurisdiccional (sobre todo europea). Ciertamente existe algún caso importante, como la comunicación del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CDH) en el asunto *Sayadi y Vinck*¹⁵, en el que se discutió con detalle la legalidad *ex* Pacto Internacional (PIDCP) de las prohibiciones de viajar¹⁶. Sin embargo, creemos suficiente centrarnos en las medidas *in rem* a fin de cuestionar la legalidad de las listas negras del Consejo de Seguridad, cerrando así el enfoque de un trabajo que creemos suficientemente amplio.

¹⁴ Vid. el ilustrativo documento *Tabla de áreas de cooperación de los tres grupos de expertos de los Comités del Consejo de Seguridad establecidos en virtud de las resoluciones 1267 (1999), 1373 (2001) y 1540 (2004)*, de 11 de noviembre de 2010, disponible en <http://www.un.org/spanish/sc/committees/1267/usefulpapers.shtml>, visitado por última vez el 2 de abril de 2011.

¹⁵ CDH, *Nabil Sayadi y Patricia Vinck c. Bélgica*, de 22 de octubre de 2008, Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006.

¹⁶ De manera colateral aparecieron en la sentencia *Abdelrazik* de la Corte Federal de Canadá (*Aboufian Abdelrazik c. Minister of FF.AA. and General Attorney of Canada*, 4 de junio de 2009, 2009 FC 580). También es un elemento central de demanda planteada por Youssef Nada contra Suiza ante el TEDH, si bien las circunstancias concretas son realmente excepcionales (el Sr. Nada vive recluido en el pequeño enclave de Campione, de 1.4 kilómetros cuadrados, situado en el cantón de Tesino).

El Capítulo II, antesala del resto del análisis, pretende ofrecer una visión del régimen de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes en su marco teórico-normativo, el del Capítulo VII de la Carta. Para ello, acudiremos en primer lugar a perfilar la noción de “sanción internacional”, esbozando sus rasgos básicos tal y como la labor de la CDI en su trabajo codificador de la responsabilidad internacional del Estado, así como la doctrina, la han venido concibiendo. De ahí saltaremos al marco normativo del Capítulo VII de la Carta, para desgranar las principales teorías propuestas por la doctrina sobre la naturaleza de los poderes coercitivos del Consejo de Seguridad. Si bien la línea argumentativa de este trabajo nos impide extendernos en profundidad en esta cuestión, partiremos de la tesis de la “aproximación contingente” entre Derecho internacional y amenazas para la paz y la seguridad internacionales; es decir, aquélla que defiende que en ocasiones el Consejo de Seguridad acude al Derecho internacional para fundamentar sus calificaciones *ex* artículo 39 de la Carta, creando vínculos jurídicos o cuasi-jurídicos y expectativas normativas; y aproximando relativamente la naturaleza política de sus decisiones a la reacción contra el ilícito internacional.

Hecho esto, podremos valorar en qué medida las sanciones Al-Qaeda/Talibanes se ajustan a parámetros verdaderamente sancionadores, y sobre todo, cuál es su naturaleza. Ello nos permitirá profundizar en elementos como la existencia de una obligación internacional previa en materia de financiación del terrorismo, la “naturaleza” supuestamente preventiva de estas sanciones –que el Consejo de Seguridad sigue defendiendo en sus resoluciones-, o su incardinación apriorística en el Derecho penal o administrativo. Todo ello nos conducirá a reflexionar sobre si no estamos en realidad ante el primer régimen de responsabilidad internacional del individuo por la comisión de actos terroristas, o al menos, ante algo realmente muy parecido.

La Segunda Parte se adentrará en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, focalizando su atención en el derecho a las garantías judiciales. Se estructurará en tres Capítulos, que evaluarán el estatus jurídico-internacional y protección de este Derecho incidiendo en una triple perspectiva. Los Capítulos III y IV lo estudiarán como *garantía*, es decir, determinando su estatus jurídico-internacional y su contenido. El Capítulo V lo hará en tanto que *límite* a los poderes del Consejo de Seguridad que éste ha sobrepasado con sus sanciones inteligentes. Y por último, el Capítulo VI pasará al ámbito de las normas secundarias para afrontar diversas cuestiones relativas a la responsabilidad

internacional del Estado por la violación de este derecho en el contexto del régimen sancionador Al-Qaeda/Talibanes.

Aunque advirtamos de entrada el conocido y criticado riesgo de incurrir en “*droit-de-l’hommeisme*”¹⁷ a la hora de valorar si los textos normativos y de *soft-law* son un indicio del carácter consuetudinario, e incluso de *ius cogens*, de un derecho humano concreto, el Capítulo III intentará mostrar que hoy día resulta difícil sostener que los elementos básicos del derecho a las garantías judiciales no han superado la barrera de la imperatividad. Ello nos exigirá no sólo introducirnos en las diversas fuentes formales del Derecho internacional público y su compleja relación con el Derecho internacional de los derechos humanos, así como profundizar en la relación entre las cláusulas de suspensión de derechos humanos y el derecho imperativo.

El Capítulo IV concretará el núcleo esencial del derecho a las garantías judiciales en el marco de los procesos penales. Acudiendo a la fuente primordial en materia de derechos humanos, la convencional, desgranaremos los aspectos centrales de la jurisprudencia de los principales órganos de supervisión: el CDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CionIDH).

Una vez conocidas las garantías, habrá que determinar si pueden operar como límite a los poderes del Consejo de Seguridad, y en qué medida las ha violado éste con sus sanciones Al-Qaeda/Talibanes. El enfoque será muy preciso: nos centraremos en cómo un derecho humano concreto, el derecho a las garantías judiciales, puede limitar la acción coercitiva del Consejo. Esta ineludible cuestión exigirá, entre otros aspectos, evaluar la compleja relación entre los propósitos y principios de la Carta, el artículo 103 de la Carta, y el resto de fuentes del Derecho internacional. También requerirá valorar si la Carta permite a los Estados determinar unilateralmente si el Consejo ha sobrepasado los límites a los que está sometido; y en caso afirmativo, dilucidar si su aquiescencia inicial a las sanciones Al-Qaeda/Talibanes puede ser aceptable como aceptación tácita de su legalidad.

Completado ese paso previo, se valorará si el Consejo ignora la legalidad que le limita. La cuestión podría parecer evidente a la luz de los argumentos presentados en los

¹⁷ En la conocida expresión de PELLET, A.: “*Droit-de-l’hommeisme* et droit international”, *Conférence commémorative Gilberto Amado*, 18 de julio de 2000, p. 11., disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/52/french/amado.pdf>, visitado por última vez el 17 de junio de 2010.

Capítulos III y IV, pero un análisis exigente del problema implica adentrarnos en la naturaleza penal de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes desde el punto de vista del Derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, se debe determinar cómo unas medidas *ab initio* preventivas pueden llegar a violar una serie de garantías penales, cómo la existencia de una amenaza para la paz y la seguridad internacionales incide en su exigibilidad, y cómo la reciente introducción de un *ombudsman* en el Comité de sanciones Al-Qaeda/Talibanes puede haber revertido la situación. La jurisprudencia del TEDH relativa a la calificación “penal” o “civil” de medidas *in rem* nos resultará especialmente útil a este respecto, si bien no será la única fuente que mencionemos.

El Capítulo VI avanzará del ámbito de las normas primarias a las normas secundarias, a fin de analizar las consecuencias de ello en sede de responsabilidad internacional. En la medida en que se valore que el Consejo tiene todavía trabajo por hacer para ajustarse a la legalidad internacional en materia de garantías judiciales, será necesario poder imputar la conducta ilícita a un sujeto de Derecho internacional. Lejos de dedicarnos a cuestiones generales o hipotéticas sobre la responsabilidad internacional de las Naciones Unidas y los modos de hacerla efectiva, o sobre las consecuencias que el Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado deriva del hecho ilícito internacional¹⁸, el objetivo de este Capítulo será analizar la gran dificultad jurídica que en materia de responsabilidad origina la ejecución de actos decididos por el Consejo de Seguridad: la atribución al Estado de las violaciones ordenadas en el ámbito institucional internacional.

En este punto, un elemento adquirirá una importancia primordial: el margen de discrecionalidad del Estado. Si se defiende que el Estado no puede ser *directamente* responsabilizado por los actos del Consejo de Seguridad, habrá que buscar medios *indirectos* para responsabilizar al Estado por las decisiones del Consejo de Seguridad. En este punto se ofrecen dos doctrinas recogidas en los Proyectos de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado, y sobre responsabilidad de las organizaciones

¹⁸ CDI, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, texto aprobado por la CDI en su 53º período de sesiones, disponible con comentarios en la Doc. A/56/10 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Informe de la AG sobre su 56º Período de Sesiones, Suplemento nº 10, 2001, pp. 10 y ss.).

internacionales¹⁹: la de *la complicidad* del Estado por las decisiones de otros sujetos de Derecho internacional, y la de *falta de vigilancia* de las actividades de la organización. Al estudio de ambas se dedicará el grueso del Capítulo. Finalmente, una vez establecidas las modalidades de intervención de ambas técnicas de atribución de responsabilidad indirecta al Estado, examinaremos cómo su aplicación efectiva puede contribuir a la descentralización del mecanismo sancionador Al-Qaeda/Talibanes del Consejo de Seguridad.

De esta manera se dará paso a la tercera parte de este estudio del complejo *imbroglio giuridico* originado por las sanciones inteligentes. Aquí el “prisma” se enfocará con la luz del Derecho de la Unión para analizar las problemas particulares que origina en éste la ejecución de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes. Tres Capítulos serán necesarios a estos efectos. El primero de ellos (Capítulo VII), introducirá los aspectos esenciales del régimen sancionador, presentando el mecanismo de recepción de sanciones decididas por el Consejo de Seguridad en la Unión Europea, explicando los tipos de listas negras existentes en la Unión (la elaborada directamente por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y las listas “autónomas” de la Unión), y planteando el problema de las bases jurídicas que, después de la reforma de Lisboa, ha adquirido una nueva dimensión con la redacción de los nuevos artículos 75 y 215 TFUE.

El segundo de ellos (Capítulo VIII) afrontará el delicado problema de la relación entre el orden jurídico internacional y el europeo a la luz de la sentencia *Kadi (II)* de 3 de septiembre de 2008. El análisis que aquí presentamos intentará dar buena cuenta de la abundante literatura existente en la materia, afrontando la cuestión central planteada a la luz del principio de autonomía del Derecho de la Unión, pero también incidiendo en algún aspecto “colateral” que muchos comentarios suelen dejar en segundo plano. De esta manera, no sólo se intentará poner la sentencia *Kadi (II)* en la perspectiva más amplia de una línea jurisprudencial que se inició en 1962 con la sentencia *Van Gend en Loos*²⁰. También se abundará en otros elementos como la interpretación que se ha de dar al artículo 351 TFUE (relación entre los Tratados y los convenios anteriores firmados por los Estados), a la luz de las novedades introducidas por el Tribunal en *Kadi (II)*. Además, se

¹⁹ CDI, *Proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales*, texto aprobado en Primera Lectura por la CDI, disponible en Doc. A/64/10, de (Informe de la AG de su 64º período de sesiones, Suplemento nº 10, 2009), pp. 15 y ss.

²⁰ TJCE, *Van Gend en Loos*, sentencia de 5 de febrero de 1963, 26/62, Rec. 1962 p. 0303.

introducirá un interesante paralelismo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Holder c. Humanitarian Law Project*²¹ que nos ayude a resaltar, más allá del debate estrictamente *técnico*, el significado último de la sentencia *Kadi (II)* desde el punto de vista de la protección del derecho a las garantías judiciales en la lucha contra el terrorismo.

Por último, el Capítulo IX evaluará las particularidades europeas de los procedimientos de gestión de los nombres de las listas antiterroristas. Es éste uno de los ámbitos en los que la práctica judicial después de la sentencia *Kadi (II)*, ha aportado más elementos para la discusión. Y es que la naturaleza articulada de dichos procedimientos, que pone en estrecha colaboración a Estados y autoridades europeas, ha dado lugar a ciertas inquietudes sobre el modo de proteger las garantías del procedimiento administrativo, así como del papel de la jurisdicción europea, que intentaremos comentar con suficiente amplitud. Junto a ello, prestaremos atención a algunos de los “efectos colaterales” de la inclusión en la lista que se han venido presentando en sede judicial europea, alguno de los cuales relaciona las listas antiterroristas con los procedimientos sobre reconocimiento o revocación del estatuto de refugiado.

Aunque cada Capítulo parece adentrarse en ámbitos jurídicos muy diferentes, entendemos que existe un doble *iter* argumental lógico que les aporta integridad y justifica su necesidad. El primero se explica porque cada Capítulo se presenta como la necesaria antesala del análisis posterior, aclarando elementos terminológicos y fundamentos jurídicos que estimamos imprescindibles para proseguir una línea de razonamiento ordenada en relación con la protección de las garantías judiciales que benefician a los afectados por las listas antiterroristas. A pesar de encontrarnos ante ocho “caras” diferentes de un mismo “prisma”, han de estudiarse en un orden determinado con el fin de comprender la argumentación seguida. No hay separación estricta entre Capítulos; no hay compartimentos estancos, pues como veremos, las interacciones son frecuentes.

El segundo *iter* es material. No obstante la intencionada amplitud de este trabajo, hemos intentado enfocarlo con una “dialéctica” sempiterna en todo ordenamiento jurídico: la interacción entre los elementos más técnicos del Derecho y los valores que éste busca proteger. Como con precisas palabras afirmara DECAUX, «le droit n'est pas pure

²¹ TS, *Holder c. Humanitarian Law Project* y otros, sentencia de 21 de junio 2010, No. 08-1498.

abstraction ou empirisme quotidien, mais bien une technique au service d'un idéal »²². Todo orden jurídico, concebido desde la técnica, ha de estar siempre encaminado a la protección de una serie de valores entre los cuales habrá de establecer prioridades.

Esta dialéctica se encuentra también omnipresente en una temática como la de este estudio, que tensa hasta límites insospechados instituciones técnico-jurídicas como la teoría de la sanción internacional, el *ius cogens* y las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, los mecanismos de recepción del Derecho de la Carta de las Naciones Unidas en el orden jurídico europeo, la responsabilidad de los Estados por los actos del Consejo de Seguridad o el control judicial de las sanciones antiterroristas por el Tribunal de Justicia de la UE. Como tendremos ocasión de ver, la técnica no es nunca *neutral*, sino que está al servicio de unos valores concretos: o bien de la eficacia en la lucha contra el terrorismo y la necesaria cooperación internacional entre Estados, UE y Naciones Unidas, o de bien los derechos fundamentales del individuo. Aunque ambos nos parezcan indisociables en el largo plazo, a menudo se conciben como cómodas dicotomías amparadas por argumentos técnico-jurídicos que permiten priorizar uno u otro valor²³.

Como ya hemos repetido, este trabajo no ansía agotar la(s) problemática(s) de las listas negras, ni intenta ofrecer una respuesta final a algunos de los puntos de partida adoptados. No sólo porque las cuestiones de fondo no se agoten en un estudio de medio millar de páginas; también porque se esperan novedades en un breve plazo de tiempo que quizás abran nuevas líneas de análisis. Por destacar algunas de ellas, está por ver cómo evoluciona la institución del *Ombudsman* introducido por el Consejo de Seguridad para mediar ante el Comité de sanciones por los afectados por la lista. También se esperan

²² DECAUX, E.: "Préface", en DE FROUVILLE, O.: *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Pédone, Paris, 2004, p. IX. Del mismo autor es la siguiente cita: "Si pour les casuistes qui se perdent dans le maquis du contentieux, les arbres cachent la forêt, les théoriciens se réfugient dans le bois sacré des idées pures, au risque de perdre de vue les juges et les "justiciables", avec leurs droits subjectifs derrière les grands abstractions (« Justices d'exception et situations de crise », en VV.AA.: *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en honneur du Prof. Petros J. Pararas*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 33).

²³ Somos conscientes de que una visión rigurosa de la noción de "sistema jurídico internacional" implica una articulación entre lo formal y lo material bastante más compleja que la presentada aquí en términos de simple dicotomía (*Vide* por ejemplo ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, M. P.: "El principio de integración sistémica y la unidad del Derecho internacional", en RODRIGO, A. J.; GARCÍA, C.: *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la comunidad internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 356 y ss., esp. p. 361). Sin embargo, al margen de la sencillez expositiva facilitada por nuestra terminología, lo interesante de ella es que a menudo los Estados se amparan en ella con el fin de eludir sus obligaciones internacionales.

importantes novedades en la sentencia del TEDH en el asunto *Nada c. Suiza*²⁴, planteado por un ciudadano suizo incluido en la lista Al-Qaeda/Talibanes del Consejo de Seguridad; o en la futura decisión del Tribunal de Luxemburgo en el asunto *Parlamento c. Consejo*, de la que se espera que solucione importantes interrogantes en materia de procedimiento para elaborar listas en la UE²⁵. Aunque el interés del jurista en estos asuntos sea síntoma de la “tragedia” de los afectados por las listas antiterroristas –e incluso causa de ella, como ironizara TOMUSCHAT-, es indudable que desde el punto de vista científico nos encontramos ante una fuente de análisis jurídico inagotable que a buen seguro seguirá atrayendo la atención de iusinternacionalistas y europeístas.

II. Precisiones terminológicas

Una última matización preliminar. En este trabajo utilizaremos la noción de “garantías judiciales” que aparece en el título, evitando entrar en polémicas conceptuales sobre el significado y equivalencia exacta de las nociones “fair trial” o “tutela judicial efectiva”²⁶. Ciertamente, este último es un concepto al que habitualmente se recurre para referirse a todas las garantías protegidas por el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁷, y que aparece recogido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. No es menos cierto, empero, que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE rotula su artículo 47 separando “tutela judicial efectiva” y “derecho al juez imparcial”, dando a entender que las garantías de acceso a la justicia quedan conceptualmente excluidas de la primera.

Fuera del ámbito europeo, queda claro que la “tutela judicial efectiva” es una noción de marca hispánica, y por ende no ha sido recogida por ninguna de las versiones en español de los principales textos internacionales de derechos humanos. Ni siquiera aparece en la Observación General (OG) nº 32 del Comité de Derechos Humanos del Pacto

²⁴ TEDH, *Nada c. Suiza*, Ap. nº 10593/08. El 20/10/2010 se publicó una nota de prensa nº 769 en la que se comunicó la decisión de la Sala de elevar el asunto a la Gran Sala. La vista oral de este caso tuvo lugar el 23 de marzo de 2011.

²⁵ Asunto C-130/10, recurso interpuesto el 11 de marzo de 2010.

²⁶ El artículo 6 del CEDH traduce directamente del francés y se refiere a “proceso equitativo”.

²⁷ *Cf.*, p.e., PASTOR RIDRUEJO, J. A.: “La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (Ed.): *El derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 521-532.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que traduce “fair trial” o “procès équitable” como “derecho al juez imparcial”²⁸. Por lo tanto, hemos considerado más prudente recurrir a la terminología del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, texto original en español, que bajo el neutro título de “garantías judiciales” acoge tanto el derecho de acceso a los tribunales –art. 8(1)-, como el conjunto de garantías del proceso frente a estos tribunales (es lo que un amplio y reciente estudio sobre el tema denomina el “debido proceso”²⁹, art. 8(2)). Este concepto, que reconocemos poco expresivo, es por el contrario lo suficientemente amplio como para no circunscribirse al sistema jurídico de un Estado o región concretos³⁰.

En lo que respecta al término de origen francés “proceso equitativo”, nuestra opinión es la siguiente. La reforma operada por el Protocolo 14 del CEDH vino a introducir títulos a cada uno de los artículos de la Convención. Desde entonces, el artículo 6 CEDH recoge el derecho a las garantías judiciales bajo el título de “proceso equitativo”, clara traducción del francés “procès équitable”. Esta terminología tiene una evidente virtud, que es la del énfasis en la “sustancialidad” de un derecho que, como veremos en el capítulo IV de este trabajo, va más allá de lo meramente procesal. Pero por el contrario, alberga un problema, y es que “esconde” el derecho de acceso a un juez, que es tan importante como el desarrollo justo del proceso. Lo presupone, cierto; pero esta operación de deducción implica algo más que una simple búsqueda en el significado de las palabras en el sentido del artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados

²⁸ CDH, Observación General (OG) n° 32, *Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 23 de agosto de 2007, Doc. CCPR/C/GC/32. Claro que el idioma original de este texto era el inglés y por lo tanto, es posible que influyera el origen del traductor. *Vid.* también TRECHSEL, S.: *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, New York, 2005, p. 82, donde se muestra que el concepto original de *fair trial* no admite equivalente en ninguna de las traducciones al francés, al alemán, al holandés o al italiano. Por su parte, la versión en español del *Informe sobre terrorismo y derechos humanos* (el original es en inglés) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CionIDH) diferencia en su apartado dedicado a las garantías judiciales entre “debido proceso” y “juicio justo”, aunque no aclara cuál es la diferencia entre uno y otro, más cuando utiliza la confusa terminología de “debidas garantías de un juicio justo” (§§ 217 y ss).

²⁹ QUISPE REMÓN, F.: *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

³⁰ Así se evita además entrar en el debate exclusivamente español sobre la interpretación que el Tribunal Constitucional Español ha ido realizando del artículo 24 de la Constitución, y que nos desliza al Derecho Constitucional. Y es que en España la tutela judicial efectiva parece abarcar *strictu sensu* tanto lo que se refiere al derecho de *acceso* al Tribunal como el derecho al *debido proceso* (arts. 24(1) y (2) de la Constitución); pero *strictu sensu* se refiere únicamente al derecho de acceso al Tribunal establecido por la ley (art. 24(1) de la Constitución). Para una breve introducción a esta problemática, DÍEZ-PICAZO, L. M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3ª Ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008, pp. 425-426.

(CVDT). La metodología utilizada por el TEDH en la sentencia *Golder* para deducir el derecho al juez de los pocos términos del artículo 6(1) CEDH es el mejor ejemplo de ello³¹.

Por consiguiente, en este trabajo utilizaremos de manera primordial el genérico “garantías judiciales” que preside el artículo 8 de la CADH, a sabiendas de todas formas de que con ello no cerramos ningún debate, sino que lo dejamos para otro lugar³². Si acaso usáramos otros términos (“proceso equitativo”, “debido proceso”, “juicio justo”, “tutela judicial efectiva”), será más bien por una cuestión de estilo que por afán científico. No nos ha sido posible encontrar una expresión que cuadre el círculo³³.

³¹ TEDH, *Golder c. Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1975, Ap. n° 4451/70.

³² Cfr. p.e. la introducción de un conocido trabajo de BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, quien muestra con claridad el carácter multiforme del debido proceso y la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del TC: “derecho a la justicia o derecho a la tutela jurisdiccional”, “derecho a la jurisdicción”, “derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales”, “derecho al proceso justo”, “derecho al proceso debido” (BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M.: *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 94. Vid. su análisis en pp. 93-111. De manera más sintética, aunque muy didáctica, Vid. PLANCHADELL GARGALLO, A.: *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 41-59).

³³ El inverso tampoco lo hace. El imprescindible trabajo de L. MILANO (*Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Dalloz, Paris, 2006) recoge el término genérico de « derecho a un tribunal ». El problema es aquí el inverso: en las garantías del *due process*, el “procès équitable” permanece oculto.

***PARTE I: EL MARCO JURÍDICO Y TEÓRICO DE LAS
SANCIONES INTELIGENTES FINANCIERAS***

CAPÍTULO I: EL RÉGIMEN DE SANCIONES CONTRA AL-QAEDA Y LOS TALIBANES

INTRODUCCIÓN: LOS CLAROSCUROS DE LAS SANCIONES DEL CAPÍTULO VII DE LA CARTA Y LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL

El debate actual sobre la legalidad de las listas negras del Consejo de Seguridad, rico en problemáticas merecedoras de análisis jurídico que invocan la aplicación de diferentes sectores del Derecho internacional y ponen a prueba su nivel de integración; tiene sin embargo un punto de origen muy concreto que se sitúa en la discusión iniciada a mediados de los años noventa del siglo pasado, relativa a la legalidad de los efectos de las sanciones impuestas contra Irak³⁴. Como es sabido, en aquel caso la aplicación de sanciones comprensivas establecidas desde la resolución 661 (1990)³⁵ justificó una extendida preocupación en ámbitos políticos y académicos, debido a las terribles consecuencias que unas medidas motivadas por las graves violaciones del Derecho internacional cometidas por el régimen de Saddam Hussein acabaron teniendo sobre la población civil. Múltiples voces se alzaron en su momento exigiendo la retirada de las sanciones por su grave impacto humanitario, invocándose límites jurídicos a los poderes del CS y legitimidad en sus acciones. Como respuesta, el Consejo de Seguridad terminó aceptando que las sanciones comprensivas, lejos de conseguir los objetivos pretendidos, terminaban siendo ineficaces, si no “contraproducentes”. De ello se derivó la necesidad de “seleccionar” las sanciones del CS, localizando el verdadero origen de la amenaza para la

³⁴ Cfr., entre otras, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARIA, M. P.: “Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad”, en VV.AA.: *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. 1, Sevilla, 2005, pp. 155 y ss.; BENNOUNA M.: “Les sanctions économiques des Nations Unies”, *RCADI*, t. 300, 2002, pp. 9 y ss.; CONDORELLI, L.: “Sanctions and International humanitarian law”, en GOWLLAND-DEBBAS, V.; HADJ-SAHRAOUI, H.; GARCÍA-RUBIO, M. (Eds.): *United Nations sanctions and International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2001, pp. 233 y ss.; CORTRIGHT, D.; LÓPEZ, D. A.: *The sanctions decade. Assessing UN strategies in the 90's*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 2000; CRAVEN, M.: “Humanitarianism and the quest for smarter sanctions”, *EJIL*, Vol. 13, nº 1, 2002, pp. 43 y ss.; GEISS, R.: “Humanitarian safeguards in economic sanctions regimes: a call for automatic suspension clauses, periodic monitoring, and follow-up assessment of long-term effects”, *HHRJ*, Vol. 18, 2005, pp. 167 y ss.; HOWSE, R.: “The road to Bagdad is paved with good intentions”, *EJIL*, Vol. 13, nº 1, pp. 89 y ss.; O’CONNELL, M. E.: “Debating the law of sanctions”, *EJIL*, Vol. 13, nº 1, 2002, pp. 63 y ss.; OETTE, L.: “A decade of sanctions against Irak: never again! The end of unlimited sanctions in the recent practice of the UN Security Council”, *EJIL*, Vol. 13, nº 1, 2002, pp. 93 y ss.; REINISCH, A.: “Developing human rights and humanitarian law accountability of the Security Council for the imposition of economic sanctions”, *AJIL*, Vol. 95, nº 4, 2001, pp. 851 y ss.

³⁵ S/RES/661(1991), de 6 de agosto de 1990.

paz y la seguridad internacionales (normalmente, la élite dirigente de un país o un grupo armado que controla una parte de su territorio), y restringiendo las medidas del artículo 41 de la Carta a esos individuos concretos. Nacieron así las “sanciones inteligentes” o “selectivas” (*smart sanctions*); sobre todo, la congelación de fondos, las prohibiciones de viajar a otros países, y la prohibición de la venta o transferencia de armas, todas ellas medidas que pueden restringir sus efectos a personas o entidades concretas.

No es éste el lugar para estudiar los inicios de esta práctica del Consejo de Seguridad, ni para analizar su estado actual³⁶, pues nos bastará con dar cuenta de estos antecedentes. Lo que queremos comenzar apuntando es que las sanciones antiterroristas nacen en este contexto “humanizador” de la acción coercitiva del CSNU, erigiéndose en teoría en su versión más “humana”, menos dañosa sobre la población civil. Como veremos, la realidad ha sido bien diferente, pues los acontecimientos del 11 de septiembre incentivaron un uso extendido de estas medidas que acabó abriendo nuestros frentes de preocupación. Pero el punto de partida no debe perderse de vista.

Durante los meses que siguieron a los atentados de Nueva York, Washington y Pennsylvania, los Estados comprendieron que la intensificación de la cooperación internacional en materia de lucha contra el terrorismo debía ser uno de los ejes de centrales

³⁶ Actualmente se mantienen en vigor 11 Comités de sanciones en el Consejo de Seguridad. Aparte del Comité Al-Qaeda/Talibanes, se encuentran los Comités relativos a Somalia y Eritrea (establecido por la resolución S/RES/751(1992), de 24 de abril de 1992; Irak y Kuwait (establecido por la resolución 661(1990) y S/RES/1518(2003), de 24 de noviembre de 2003); Liberia (establecido por la resolución S/RES/1521(2003), de 22 de diciembre de 2003); la República Democrática del Congo (establecido por la resolución S/RES/1533(2004), de 12 de marzo de 2004); Costa de Marfil (establecido por la resolución S/RES/1572(2004), de 15 de noviembre de 2004); Sudán (establecido por la resolución S/RES/1591(2004), de 29 de marzo de 2005); el Líbano –asesinato de Rafik Hariri- (establecido por la resolución S/RES/1636(2005), de 31 de octubre de 2005); Corea del Norte (establecido por la resolución S/RES/1718(2006), de 28 de octubre de 2006; República Islámica de Irán (establecido por la resolución S/RES/1737(2006), de 23 de diciembre de 2006); Libia (establecido por la resolución S/RES/1970(2011), de 26 de febrero de 2011). Vid. <http://www.un.org/spanish/sc/committees/1267/resolutions.shtml>, visitado por última vez el 21 de abril de 2011.

Los antecedentes de esta modalidad de práctica sancionadora se encuentra en CORTRIGHT, D.; LÓPEZ, D. A. (Eds.): *Smart sanctions. Targeting economic statecraft*, Rowman & Littlefield Pub., Lanham y otros, 2002 (y la recomendable recensión de DREZNER, D. W.: “How smart are smart sanctions?”, *International Studies Review*, Vol. 5, 2003, pp. 107 y ss.). Vid. también WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES, *Targeted financial sanctions. A manual for design and implementation. Contribution from the Interlaken process*, disponible en <http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00620/00639/00641/index.html?lang=en>, visitado por última vez el 21 de abril de 2011; *Strengthening targeted sanctions through fair and clear procedures*, [http://www.watsoninstitute.org/pub/Strengthening Targeted Sanctions.pdf](http://www.watsoninstitute.org/pub/Strengthening%20Targeted%20Sanctions.pdf), WALLENSTEEN, P.; STAIBANO, C.; ERIKSSON, M. (Eds.): *Making Targeted Sanctions Effective. Guidelines for the Implementation of UN Policy Options. Results from the Stockholm Process on the Implementation of Targeted Sanctions*, Uppsala University, 2003, pgs. 14 y ss., disponible en http://www.smartsanctions.se/stockholm_process/reports/Final%20report%20complete.pdf.

de actuación ante esta amenaza global, para lo cual las Naciones Unidas se presentaban como la estructura idónea. En este sentido, conocidas iniciativas de la Asamblea General y del mismo Consejo de Seguridad han sido objeto de reiterado examen con el fin de analizar, desde una perspectiva general o sectorial, los aspectos más destacables de una respuesta internacional que en el caso del Consejo de Seguridad ha sorprendido por su celeridad y la innovación en sus mecanismos³⁷. Las sanciones contra Al-Qaeda y los Talibanes, en tanto que parte de esta respuesta de la Organización universal, no han sido ajenas a este interés.

Pues bien, años después del 11 de septiembre, sigue siendo de primordial importancia concretar los límites que los derechos humanos plantean a esta respuesta contra la amenaza terrorista. En nuestro ámbito específico de análisis ello supone, en definitiva, trasladar el debate sobre las medidas colectivas en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, iniciado en Irak, al terreno de la acción coercitiva contra un grupo de difícil identificación, ramificado en multitud de grupos sin apenas conexiones entre ellos, pero con una indudable capacidad de poner en peligro el principal propósito de la Carta de las Naciones Unidas. Para ello este Capítulo comenzará analizando el régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes, su estructura y funcionamiento, con el objetivo será dar a conocer sus resortes y mecanismos principales, avances y dificultades, y poder así posibilitar la comprensión de un régimen sancionador que a día de hoy sigue intentando perfeccionar sus debilidades.

I. GÉNESIS: DE AFGANISTÁN A LA DESTERRITORIZACIÓN DE LAS SANCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

³⁷ Sin perjuicio de otras obras que citaremos en este trabajo, *cfr.* ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: “Collective international measures to counter International terrorism”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Ed.): *International legal dimensión of terrorism*, Brill, The Netherlands, 2009, pp. 91 y ss.; BOULDEN, J.; WEISS, THOMAS G.: *Terrorism and the UN...*, *op. cit.*, p. 156 y ss.; CÁRDENAS, E. J.: “El Consejo de Seguridad profundiza la lucha contra el terrorismo internacional”, disponible en http://www.agendainternacional.net/numeros_Anteriores/n1/0102.pdf, consultado el 2 de enero de 2008; FASSBENDER, B.: “The United Nations Security Council and international terrorism”, en BIANCHI, A. (Ed.): *Enforcing international law norms against terrorism*, Hart Publishing, Portland, 2006, pp. 83 y ss.; HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2008, esp. pp. 117 y ss.; KLEIN, P.: “Le droit international à l’épreuve du terrorisme”, *RCADI*, Vol. 321, 2006, especialmente en pp. 339 y ss.

El 15 de octubre de 1999 el Consejo de Seguridad puso la primera piedra de un edificio que aún hoy sigue en construcción: el régimen de sanciones a la organización Al Qaeda y los Talibanes³⁸. El contexto histórico-jurídico de dicho proceso es tan conocido que los hechos sólo merecen una sumaria introducción.

El día 7 de agosto de 1998, es decir, más un año antes de la aprobación de la Resolución 1267 (1999), se produjeron dos fuertes explosiones frente a las embajadas estadounidenses de Kenia y Tanzania. Al mismo tiempo que el Consejo de Seguridad reaccionaba frente a los hechos mediante una Resolución de condena³⁹, se hizo público que «un millonario saudí» (expulsado de Sudán por estar involucrado en el intento de asesinato del Presidente egipcio Hosni Mubarak) estaba detrás de la organización y financiación de esos atentados⁴⁰. Osama bin Laden se encontraba entonces en Afganistán, protegido por el régimen Talibán, ya objeto de seria atención por parte del Consejo de Seguridad debido al enconamiento de la vieja guerra civil que sufría el país asiático..

³⁸ Como comentábamos en la introducción, la bibliografía sobre el Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes es hoy día inabarcable. Entre otros trabajos a los que nos referiremos en este estudio, podemos referirnos a las diferentes perspectivas sobre la legalidad y legitimidad de este régimen valoradas en ÁLVAREZ, J. E.: “Hegemonic International Law revisited”, *AJIL*, vol. 97, nº4, octubre 2003, pp. 876-878; CAMERON, I.: “Targeted sanctions and legal safeguards”, Report to Swedish Foreign Office on Targeted Sanctions and Legal Safeguards, October 2002 (<http://www.hotel.uu.se/juri/sii/index.html>, consultado el 10 de marzo de 2007); EECKES, C.: *EU Counter-terrorist policies and fundamental rights. The case of individual sanctions*, Oxford, 2009, esp. pp. 23 y ss.; FROWEIN, J. A.: “The UN anti-terrorist administration and the rule of law”; en DUPAY, P. et al (Eds.): *Völkerrecht als Wertordnung : Festschrift für Christian Tomuschat = Common Values in International Law : Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Engel, 2006, pp. 785 y ss.; GUTHERIE, P.: “Security Council Sanctions and the protection of individual’s rights”; HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: “Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los Talibanes: ¿son realmente inteligentes?”, *REDI*, vol. LVIII, nº 2, 2006, pp. 737-770; LUGATO, M.: “Sono le sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza incompatibili con il rispetto delle garanzie procedurali?”, *RIDI*, nº 2, 2010, pp. 309 y ss.; MARSHIK, A.: “The Security Council’s role: problems and prospects in the fight against terrorism”, *op. cit.*, pp. 67 y ss.; RADICATI DI BROZOLO, L. G.; Y MEGLIANI, M.: “Freezing the assets of International Terrorist organisations”, en BIANCHI, A. (Ed.), *op. cit.*, pp. 377 y ss.; REICH, J.: “Due process and sanctions against individuals”, *YJIL*, Vol. 33, Summer 2008, pp. 505 y ss.; REMIRO BROTONS, A.: “Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden”, *REDI*, Vol. LIII (2001), nº 1 y 2, sobre todo en pp. 143 y ss.; ROSAND, E.: “The Security Council’s efforts to monitor the implementation of Al Qaeda/Taliban sanctions”, *AJIL*, vol. 98, nº 4, 2004, pp. 745-763; STROMSETH, J. E.: “The Security Council’s counter-terrorism role: continuity and innovation”, *ASIL proceedings*, 2003, pp. 41 y ss.; WESSEL, R. A.: “Debating the smartness of EU antiterrorist sanctions: the UN Security Council and the individual”, en FIJNAUT, C.; WOUTERS, J.; NAERT, F. (Eds.), *Legal Instruments in the Fight Against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue*, Boston/Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 633 y ss.

³⁹ S/RES/1189 (1998), de 13 de agosto de 1998.

⁴⁰ Vide EL PAÍS, 9 de agosto de 1998: «Un millonario saudí, sospechoso de financiar los atentados». Aunque en realidad no tan millonario como comúnmente se piensa: su fortuna se encuentra muy lejos de los 300 millones de dólares que recibió en herencia, ya que estos fueron congelados en 1994 por el gobierno saudí. Aún así, persiste el mito popular de que este dinero contribuyó a fundar Al-Qaeda (NATIONAL COMMISSION ON TERRORISTS ATTACKS UPON THE UNITED STATES: *Monograph on terrorist financing*, 2004, p. 20, http://www.9-11commission.gov/staff_statements/_911_TerrFin_Monograph.pdf, consultado el 15 de diciembre de 2007).

Sin embargo, la simbiosis entre Osama bin Laden y el régimen Talibán no debe confundir en ningún caso sobre el objetivo principal de la resolución 1267 (2001), que no es otro que el de luchar contra el terrorismo internacional. En efecto, la facción talibana sería objeto de sanciones inteligentes en tanto en cuanto «el hecho de que (...) no hayan respondido a los requerimientos del párrafo 13 de la resolución 1214 (1998) [es decir, abstenerse «de dar santuario y adiestrar a terroristas internacionales y sus organizaciones»], constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales». Y ello, a pesar de la referencia que en el preámbulo se hace a la situación humanitaria de Afganistán y otros problemas de ese país⁴¹, que sin embargo no encuentra ningún reflejo práctico en la parte dispositiva de la resolución, íntegramente dedicada a intentar suprimir el paraíso terrorista instalado en el país. Se trata, en definitiva, de una resolución cuya razón de ser es similar a la de otras promulgadas años antes contra los gobiernos de Sudán y Libia, respectivamente, por su negativa a entregar a individuos sospechosos de actos de terrorismo internacional.

Sea como fuere, el párrafo 4 impuso las primeras sanciones inteligentes contra los Talibanes. Se trataba de medidas relacionadas con la restricción de vuelos de cualquier aeronave propiedad de los Talibanes⁴² y el bloqueo de los «fondos y otros recursos financieros» de su propiedad «o bajo su control *directo* o *indirecto*»⁴³. Nótese ya la amplitud en la manera de definir los recursos financieros que deben ser bloqueados, problema que será afrontado, como veremos, por resoluciones posteriores. En todo caso, será el Comité que la misma resolución crea el encargado de concretar los fondos que

⁴¹ En concreto, el Consejo muestra su «preocupación por la continuación de las violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, (...) así como por el considerable aumento de la producción ilícita de opio», entre otras cuestiones (*Vid.* preámbulo, § 3).

⁴² En este sentido, se negó la autorización de «despegar de su territorio, o a aterrizar en él, a cualquier aeronave que sea propiedad de los Talibanes, o haya sido arrendada o utilizada por ellos o por su cuenta», salvo aprobación expresa por «razones de necesidad humanitaria» [§ 4.a)]. Así, se prohibieron, entre otros, todos los vuelos de la compañía aérea Ariana Afghan Airlines mientras ésta fuera propiedad de los Talibanes, medida reafirmada en el § 8 de la resolución 1333 (2001). No obstante, dicha prohibición se levantó pronto, en enero de 2002, por medio de la resolución 1388 (2002), al hilo de los avances realizados en la guerra del Afganistán. Sobre los efectos del embargo aéreo sobre la población afgana, v. CONROY, R. W.: “The UN experience...”, *loc. cit.*, p. 159, donde se afirma que la prohibición de viajar “appeared to have a limited humanitarian impact”, a pesar de la crisis humanitaria de finales de 1999, que se debió más a factores climatológicos que a los efectos de las medidas del Consejo (p. 159). Muy reducido fue también su impacto sobre el objetivo de las sanciones, dado que “the Taliban (...) had limited funds abroad, and the extent of Taliban-controlled air traffic was negligible” (DE JONGE OUDRAAT, CHANTAL: “The role of the Security Council”, en BOULDEN, J.; WEISS, THOMAS G.: *Terrorism and the UN...*, *op. cit.*, p. 157; parecida opinión se muestra en CONROY, R. W., *loc. cit.*, p. 163).

⁴³ Párrafo 4.b), énfasis añadido.

deben ser objeto de sanción, cosa que haría público el 13 de abril de 2000 en una nota de prensa⁴⁴.

En cuanto al Comité de sanciones, éste es denominado en un principio «Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1267 (1999) relativa al Afganistán». Formado por un representante de cada uno de los miembros del Consejo de Seguridad, dicho Comité es el encargado, sobre todo, de obtener información sobre la aplicación de las sanciones por parte de los Estados, recomendar la adopción de medidas en caso de su incumplimiento, presentar informes periódicos sobre sus efectos –«incluidos los de carácter humanitario»-, y especialmente, y como ya se ha anticipado, de «designar las aeronaves y fondos» objeto de sanción y considerar las peticiones de exención⁴⁵.

Si bien las funciones del Comité de sanciones se han ampliado y su estructura se ha vuelto más compleja a medida que el Consejo de Seguridad ha ido respondiendo a los acontecimientos internacionales, la resolución 1267 (1999) prevé ya la base del futuro «Comité de sanciones contra Al-Qaida y los Talibanes». Con todo, aquí se sanciona sólo al régimen Talibán, no a Al-Qaeda o a Osama bin Laden; es decir, que de momento las sanciones quedan circunscritas a un territorio determinado y un término claro: el día en que los Talibanes hayan cumplido con la obligación de entregar al responsable último de los atentados de Kenia y Tanzania a las autoridades de un país donde se le vaya a enjuiciar⁴⁶. Seguimos, pues, dentro de los parámetros «clásicos» de aplicación de las medidas dispuestas por el Consejo de Seguridad.

El paso adelante definitivo vendría un año más tarde con la resolución 1333 (2000), aprobada como respuesta a la protección que el régimen afgano estaba proporcionando al autor de los atentados de Kenia y Tanzania y su grupo de terroristas. Esta vez no hubo unanimidad a la hora de la votación, pues Malasia y China justificaron sus abstenciones por el carácter «politizado» de las sanciones, por un lado, y por las consecuencias humanitarias que éstas podrían conllevar sobre la población afgana, por otro⁴⁷, lo que no es

⁴⁴ Nota de prensa de 13 de abril de 2000, “Security Council Committee concerning Afghanistan designates funds, financial resources of taliban”, SC/6844.

⁴⁵ Estas funciones, así como algunas otras a las que haremos mención más adelante, se encuentran recogidas en el § 6 de la resolución S/RES/1267 (1999), de 15 de octubre de 1999.

⁴⁶ Resolución 1267 (1999), § 14.

⁴⁷ El contenido de los debates se puede consultar en el documento S/PV.4251/Corr.1 del Consejo de Seguridad de 19 de diciembre de 2000.

sino una temprana aparición en escena de dos de los principales argumentos esgrimidos para criticar este régimen de sanciones⁴⁸.

La resolución 1333 (2000) inició la desterritorialización del régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes de un territorio y un régimen determinados. En efecto, Osama bin Laden y sus seguidores mantenían una estrecha relación con los Talibanes, parte en un conflicto territorial que como mínimo les prestaba cobijo y campos de entrenamiento. Por ello el texto repetía la consabida fórmula de que «el hecho de que [los Talibanes] no hayan respondido a las exigencias formuladas en el párrafo 13 de la resolución 1214 (1998) y el párrafo 2 de la resolución 1267 (1999), constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales». Ahora bien, por otro lado la resolución se refería directamente a Osama bin Laden y Al-Qaeda, porque «la supresión del terrorismo internacional es imprescindible para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales». Ello apunta a que las sanciones se imponen a los Talibanes independientemente de su participación en el conflicto afgano; y a Osama bin Laden al margen de su vinculación con un territorio concreto. Aunque la cuestión no sea pacífica en la doctrina⁴⁹, lo indudable es que la inclusión de los principales miembros de Al-Qaeda en la lista del Consejo de Seguridad fue la primera que este órgano hizo respeto de un grupo terrorista.

Ahora bien, tampoco conviene olvidar que la resolución 1333 no sólo actúa en el «frente» de la organización Al Qaeda, sino que, como ya hemos anticipado, también

⁴⁸ Si bien en el caso de China hay que matizar que su crítica se refiere exclusivamente a los efectos de las sanciones sobre una población afgana “excesivamente vulnerable”, y no sobre los propios terroristas sancionados (*Vid.* documento del Consejo de Seguridad de 19 de diciembre de 2000, S/PV.4251/Corr.1, p. 9).

⁴⁹ En este sentido, *Vid.* KLEIN, P.: “Le droit international...”, *loc. cit.*, p. 341: «La résolution 1333 (...) constitue le premier acte par lequel le Conseil de sécurité édicte des mesures visant spécifiquement un individu et un groupe identifiés comme terroristes, en tant que telles (et non plus seulement les Etats ou autres entités accusés de fournir l’une ou l’autre forme de soutien à la préparation ou à la perpétration d’actes de terrorisme)». HINOJOSA cede el «honor» de la desterritorialización a la resolución S/RES/1390, de 16 de junio de 2002, ya que fue adoptada tras la caída oficial del régimen Talibán, por lo que impone «sanciones sobre personas y entidades concretas, que no están vinculadas a ningún Estado o beligerante en particular» (p. 742). La misma opinión postulan CAMERON, I., “Targeted sanctions...”, *loc. cit.*, pp. 7 y 8; o CREMONA, M.: “EC competence, “smart sanctions” and the Kadi case”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counterterrorist measures through the Courts*, EUI Working papers, AEL 2009/10, disponible en <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/12879>, visitado por última vez el 15 de abril de 2011. En todo caso, se trata de una discusión de escaso interés a día de hoy. Además, quizás haya ejemplo anterior en la resolución S/RES/748 (1992), que exige de todos los Estados “tomar todas las medidas apropiadas para denegar la entrada o expulsar a los nacionales de Libia a quienes se haya denegado la entrada en otros Estados o se haya expulsado de otros Estados a causa de su participación en actividades de terrorismo”. Como apunta un estudio de BOLANI, “despite the fact that in this case the sanctions were imposed with a view to tackling Libya’s refusal to extradite the terrorist suspects (...) the cited measure is not imposed on State organs. It is not even directed against the specific suspects of the Lockerbie aerial incident (...)”. (BOLANI, M.-L.: “SC sanctions on non-state entities and individuals”, *RHDI*, nº 2, 2003, p. 420).

mejora sustancialmente las medidas del «frente» Talibán, dado que estos habían desoído todos los llamamientos internacionales para dejar de dar refugio y entrenar a los terroristas, así como entregar a Osama bin Laden a una autoridad que lo enjuiciara –mejor, claro está, si esa autoridad son los Estados Unidos⁵⁰-. Por ello, entre otras medidas, se amplían las sanciones al embargo de armas y a la prohibición de proporcionar asistencia militar, se obliga a los Estados a reducir de las relaciones diplomáticas con los Talibanes y se decide impedir la venta de anhídrido acético –utilizado para la producción de opiáceos, verdadera fuente de financiación del régimen- a cualquier persona que se hallare en la zona que el Comité de sanciones designe como sujeta al régimen Talibán⁵¹.

El mecanismo base de una «lista negra»⁵² de individuos y entidades asociados con Osama bin Laden y la organización Al Qaeda estaba, pues, creado, y así ha permanecido - con el mismo esqueleto- hasta hoy día, a pesar de los progresos realizados⁵³-. Al igual que el régimen de la resolución 1373 (2001), un mismo hilo argumental esencial irá guiando su funcionamiento y reforma: el pragmatismo. Se trata de responder a una realidad –la del nuevo terrorismo internacional-, para la que, a juicio de los Estados que abanderan la lucha contra este fenómeno, hay que recurrir a las respuestas rápidas, eficaces y, en cierto modo,

⁵⁰ «El Consejo de Seguridad (...) tomando nota del auto de acusación de Usama bin Laden y sus asociados por los Estados Unidos de América, *entre otras cosas*, por la colocación de bombas en las embajadas de este país en Nairobi (Kenya) y Dar es Salaam (Tanzanía), (...) así como de la petición de los Estados Unidos de América a los Talibanes de que los entreguen para su enjuiciamiento (S/1999/1021)» (S/RES/1267(1999) y S/RES/1333(2000), preámbulos, §§ 7 y 11, respectivamente, énfasis añadido).

⁵¹ Junto a ello, se le otorgan más e importantes funciones al Comité de Sanciones: la publicación de la información relativa a la aplicación de estas medidas –origen de la página web del Comité, (<http://www.un.org/spanish/sc/committees/1267/index.shtml>)-, el examen de las excepciones humanitarias a las restricciones de asistencia militar y de entrada en el territorio afgano, o la elaboración de una lista con los puntos de entrada y salida del país de aeronaves. El Secretario General, por su parte, debía nombrar en el plazo de 60 días un comité de expertos que orientara al Consejo de Seguridad sobre el modo de vigilar el embargo de armas y la clausura de campamentos terroristas. Dicho comité no fue creado hasta el 8 de marzo de 2001, emitiendo su primer informe el 4 de junio de 2001.

⁵² Hay que matizar aquí que la primera base jurídica expresa para la inclusión de un individuo o entidad en una lista «negra» se encuentra en esta resolución, y no en la 1267, donde se le encarga al Comité que «prepare y lleve listas actualizadas (...) de las personas y entidades que se haya indicado que están asociadas con bin Laden». Ello se debe a que la resolución 1267 no hace mención alguna de una lista de personas, sino de «fondos y otros recursos financieros» que debían ser congelados; la labor del Comité de Sanciones consistía, en teoría, en “designar” dichos fondos y recursos. En todo caso, como opina FROWEIN, el matiz es más bien formal. De hecho, el Comité de Sanciones comunicó por primera vez su primera lista de fondos el 12 de abril del año 2000 (doc. SC/6844), es decir, meses antes de la aprobación de la resolución 1333, y en ella ya nombraba a un individuo y a tres entidades cuyos activos financieros debían ser objeto de medida sancionatoria. (Vid. FROWEIN, J. A.: “The UN anti-terrorist administration...”, *loc. cit.*, p. 787).

⁵³ Sobre todo, los avances operados por las resoluciones S/RES/1390(2002), de 16 de junio de 2002; S/RES/1452(2002), de 20 de diciembre de 2002; S/RES/1455(2003), de 17 de enero de 2003; S/RES/1526(2004), de 30 de enero de 2004; S/RES/1617(2005), de 29 de julio de 2005; S/RES/1735(2006), de 22 de diciembre de 2006, S/RES/1822(2008), de 30 de junio de 2008, y S/RES/1904(2009), de 17 de diciembre de 2009.

improvisadas. Y si surgen nuevos problemas, las respuestas se dan sobre la marcha. Así lo entendemos después de examinar su funcionamiento y su evolución posterior.

Dos serán las preocupaciones esenciales que marcarán los pasos que ha ido dando este mecanismo: la de lograr la efectiva aplicación de las sanciones, y la de responder a los problemas humanitarios y de derechos humanos que surgen de su diseño e implementación. Los apartados siguientes se encargarán de desarrollar los diferentes componentes del régimen teniendo en cuenta ambas perspectivas, necesarias para comprender las principales tensiones a las que se ha visto sometido. Aunque es cierto que la creación sucesiva de estructuras que responden a cada de las dos preocupaciones da fe de la tardía aparición de las preocupaciones humanitarias, ello no ha de interpretarse como un abandono de la búsqueda en la eficacia de estas sanciones, cuestión que sigue estando presente en los más recientes Informes del Equipo de Vigilancia y del Comité de Sanciones.

II. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA: DEL COMITÉ DE SANCIONES A LA OFICINA DE LA OMBUDSMAN

II.1. Una preocupación inicial por la eficacia...

El “Comité de Sanciones contra Al-Qaeda y los Talibanes⁵⁴” es un órgano de carácter íntegramente interestatal que celebra todas sus reuniones a puerta cerrada (salvo que previamente decida lo contrario⁵⁵). Con un Presidente y dos Vicepresidentes nombrados por el Consejo de Seguridad al frente, toma sus decisiones por consenso, por lo que la negociación y el diálogo son esenciales, no sólo con vistas a la aprobación de propuestas y a la elaboración de informes y recomendaciones, sino también de cara al

⁵⁴ El nombre se le dio el 2 de septiembre de 2003, a fin de «aclarar su identidad y mandato» (*Vid.* Informe Anual contenido en Carta de 8 de abril de 2004, S/2004/281, p. 2). Para un análisis general de la base jurídica, funciones y funcionamiento de los Comités de sanciones de la ONU, *Vid.* KOLLIPOULOS, A.: “Les Comités des sanctions de l’Organisation des Nations Unies”, en PICCHIO FORLATI, L.; SICILIANOS, L.-A. (Dirs.): *Economic sanctions in International Law. Les sanctions économiques en droit international*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston-The Hague, 2004, pp. 567 y ss. Sobre relación entre los diferentes órganos de la estructura institucional de los regímenes de sanciones (al menos hasta el año 2003), con diversas propuestas, *Vid.* el documento resultante del proceso de Estocolmo: WALLENSTEEN, P.; STAIBANO, C.; ERIKSSON, M. (Eds.): *Making Targeted...*, *loc. cit.*

⁵⁵ *Vid.* § 3 b) de las Directrices del Comité de Sanciones. Las sesiones se notifican con dos días laborables de antelación –salvo en situaciones de urgencia–, pudiendo invitarse a ellas a cualquier miembro de Naciones Unidas, siempre que se afecte de manera directa a sus intereses.

seguimiento de terceros Estados destinatarios de la aplicación de las sanciones. Este carácter dialogante del Presidente y del Comité en general, beneficioso en su conjunto, le ha hecho pecar en ocasiones de una cierta falta de firmeza frente a terceros estados incumplidores. De hecho, todavía no está claro –y ninguna resolución del Consejo de Seguridad ha hecho referencia a ello-, qué consecuencias se derivan de un incumplimiento manifiesto de las obligaciones dimanantes de las resoluciones 1267 y 1390 (que, como veremos, reforma el régimen de la 1333)⁵⁶.

En julio del año 2001 el Consejo de Seguridad, cúspide de este mecanismo, añadió un complemento a la estructura del régimen Al-Qaeda/Talibanes. Haciendo uso expreso de su competencia bajo el Capítulo VII, el órgano ejecutivo de Naciones Unidas creó un Mecanismo de Vigilancia encargado de fiscalizar el cumplimiento de las sanciones y de ayudar a los Estados con menos recursos –sobre todo a los limítrofes con Afganistán- a incrementar su capacidad para aplicarlas.

El mecanismo inicial debía estar formado por un «Grupo de Vigilancia» en Nueva York, compuesto por cinco expertos en materia de «embargo de armas, medidas contra el terrorismo y su financiación, blanqueo de dinero...», elegidos para un período de 12 meses por el Secretario General⁵⁷; y junto a él, un «Equipo de Apoyo a la Aplicación de las Sanciones», compuesto por 15 miembros expertos en seguridad transfronteriza. Sólo se constituyó el primero; el Equipo de Apoyo nunca vio la luz, como explica el Consejo de Seguridad, «debido a los acontecimientos en Afganistán»⁵⁸.

La creación de un órgano de apoyo era evidentemente necesaria, dada la creciente cantidad de trabajo que iba a tener que soportar el Comité con la elaboración de la lista de individuos y aeronaves con sus respectivas exenciones y excepciones, más la presentación periódica de varios tipos de informe al Consejo de Seguridad⁵⁹. Además, como se ha

⁵⁶ Ya en la 2ª Evaluación escrita del Comité de Sanciones, y a pesar del hecho de que a día 16 de noviembre de 2004 todavía un tercio de los Estados no había presentado su informe de acuerdo con el § 6 de la resolución 1455 (2003), el Comité recordaba con tacto y diplomacia que “hay Estados que tienen el potencial suficiente [para ejecutar las sanciones], pero que no han demostrado que así lo hayan hecho (...) *el Comité tiene intención de intensificar su diálogo* con esos Estados” (Doc. S/2004/1037, de 31 de diciembre de 2004, p. 3).

⁵⁷ Resolución S/RES/1363(2001), de 30 de julio de 2001, § 3 a). Su mandato fue extendido dos veces, primero en la resolución 1390, § 9; y luego en la 1455, § 8.

⁵⁸ *Vid.* Informe Anual de 26 de diciembre de 2002, S/2002/1423, § 26, p. 8.

⁵⁹ Ya a fecha de 31 de julio 2001 este órgano debía presentar informes periódicos sobre los efectos de las sanciones y el cumplimiento de éstas (§§ 6(c) y 6(d) de la resolución 1267 y 16(g) de la 1333); y sobre la

puesto a menudo de relieve⁶⁰, los 15 miembros del Comité de Sanciones son elegidos, como es habitual en este tipo de órganos, entre personalidades del ámbito diplomático no necesariamente expertas en cuestiones de terrorismo, blanqueo de dinero y tráfico de armas. Por ello era crucial que se instituyera, como se había hecho ya en otros Comités, un equipo de expertos encargados de mantener informado al Comité sobre la aplicación efectiva de las sanciones.

Así las cosas, la labor más relevante del Comité se centraría a partir de entonces en la elaboración y «actualización» -a partir de la resolución 1390 (2002)- de las «listas negras» y al control de la labor de los Estados sobre la base de los informes del grupo de expertos. Otra función muy importante sería la redacción de unas Directrices de funcionamiento, a todos los efectos imprescindibles para aportar un mínimo de seguridad jurídica a los individuos listados. Esta tarea se completó en noviembre de 2002. Si bien es verdad que existían ya unas Directrices aprobadas en febrero de 2000, éstas se centraban sobre todo en cuestiones organizativas y de procedimiento, sin concretar nada sobre el mecanismo para añadir o quitar nombres de la lista. Por último, hay que destacar las funciones coordinativa e informativa del Comité. Sobre esta última hablaremos más adelante durante nuestro análisis del procedimiento de inclusión de nombres; en cuanto a la anterior, queda fuera de este estudio en la medida en que implica profundizar en la labor del Comité contra el Terrorismo.

En lo que se refiere al seguimiento de la aplicación de las sanciones, como explica MARSCHIK⁶¹, el enfoque varió a partir del año y medio de actividad del Grupo de Vigilancia. En un principio era el mismo Comité, sobre la base de los informes del Grupo, el que escudriñaba el cumplimiento estatal de las medidas y su efecto sobre la red Al-Qaeda y los Talibanes, realizando recomendaciones al órgano al que apoyaba. Sin embargo, a partir sobre todo de la resolución 1455 (2003) esta filosofía cambió: ahora serían los mismos Estados los que debían elevar sus informes de cumplimiento⁶²; el Grupo

aplicación de las medidas aprobadas por la resolución 1363 (§ 6). Por su parte, el Grupo de Vigilancia debía informar sobre su labor (§ 5). A medida que se vayan adoptando nuevas resoluciones, será normalmente el Comité –sobre la base muchas veces de los informes del Grupo de Vigilancia-, el encargado de informar sobre la aplicación de éstas. (todos los informes pueden consultarse en la página web del Comité, <http://www.un.org/spanish/sc/committees/1267/index.shtml>).

⁶⁰ Vid. ROSAND, E.: “The Security Council’s effort...”, *loc. cit.*, p. 753.

⁶¹ Vid. MARSCHIK, A.: “The Security Council’s role...”, *loc. cit.*, p. 75.

⁶² Resolución 1455, § 6; el plazo era de 90 días después de adoptada la resolución. En realidad la obligación ya estaba contenida en el § 6 de la resolución 1390 (2002), pero la resolución 1455 la concretó y mejoró.

de Vigilancia daría cuenta de ellos y le remitiría los resultados al Comité, que los haría públicos en sucesivas Evaluaciones escritas que éste debía transmitir al Consejo de Seguridad. En todo caso, el Grupo seguiría estando capacitado para recabar datos *in situ* mediante viajes a los Estados que estimara conveniente visitar.

La gestión del Grupo de Vigilancia dejó claros que acabaron llevando a su sustitución por un nuevo órgano. Su posición no era nada cómoda si tenemos en cuenta la pertinaz falta de cumplimiento de algunos Estados de sus obligaciones de entregar informes conforme a la resolución 1455. Sea como fuere, interpretó sus funciones de información con amplitud y cometió algún que otro desliz que motivó la desconfianza en el Comité de Sanciones hacia su funcionamiento. Por ejemplo, como expone ROSAND, normalmente emitía conclusiones excesivamente vagas sobre el Estado de la campaña contra la financiación del terrorismo, llegó a negar frente a la prensa la existencia de lazos entre Al-Qaeda y Saddam Hussein –lo que ofendió a algunos Estados del Consejo de Seguridad-, e incluso desveló en su informe de diciembre de 2003 que ciertos individuos listados operaban negocios multimillonarios en Suiza, Italia y Liechtenstein⁶³. Además, provocó malestar entre varios Estados al filtrar a la prensa el borrador de su segundo informe antes de publicarlo, en el cual hacía referencia al fracaso de algunos Estados en la lucha contra el terrorismo⁶⁴.

Dada esta situación, cuando el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 1526 (2004) decidió no prorrogar en ella el mandato del Grupo de Vigilancia, y sustituirlo por un nuevo «Equipo de Vigilancia», ahora situado «bajo la dirección del Comité» (aunque nombrado por el Secretario General), para realizar funciones «de apoyo analítico y de vigilancia de las sanciones»⁶⁵. Se trata de un órgano más técnico formado por ocho miembros, cuya misión se limita al seguimiento de las actividades de ejecución de los

España entregó el suyo el 15 de abril de 2003, justo dentro del plazo de 90 días marcado por la resolución 1455, y respondiendo con exhaustividad a las preguntas que a las que el Comité exige respuesta (Doc. [S/AC.37/2003/\(1455\)/5](#)).

Con la exigencia de esta obligación comenzó a hacerse palpable la apatía o la incapacidad de un grupo de Estados –sobre todo africanos y del Pacífico- para implementar las resoluciones del Consejo de Seguridad, alegando sobre todo falta de estructura y capacidades para hacer frente a sus obligaciones. Así, todavía en abril de 2008, después de que Comoras entregara el suyo, faltaban 38 Estados por entregar el informe. Y no sólo eso, sino que numerosos informes presentados son además muy esquemáticos y no responden a las preguntas que se plantean.

⁶³ Vid. ROSAND: “The Security Council’s efforts...”, *op. cit.*, p. 754.

⁶⁴ Vid. el Informe Anual del Consejo de Seguridad, S/2002/1043, § 17, p. 5.

⁶⁵ Resolución 1526 (2004), § 6.

Estados y a la propuesta de recomendaciones en este ámbito al Comité de Sanciones. El evidente resultado de este cambio es que, si bien la labor informativa que inició el Grupo de Vigilancia ha continuado y no se puede decir que peque de complaciente⁶⁶, no se han vuelto a repetir de momento las incómodas situaciones del pasado⁶⁷.

II.2. ...frente a una creciente preocupación por las garantías del procedimiento

A medida que su variadas voces del ámbito político, judicial y académico fueron reclamando una mejora de los procedimientos de gestión de los nombres de las listas con fin de ofrecer procedimientos más justos, el Consejo de Seguridad ha ido introduciendo poco a poco las consideraciones de equidad en su agenda antiterrorista con el fin de responder a las críticas relativas a la falta de garantías frente a medidas con consecuencias tan graves. Posteriores Capítulos de este trabajo analizarán con exhaustividad si la última de las mejoras introducidas por el Consejo de Seguridad ofrece una respuesta acorde con las exigencias del Derecho internacional de los derechos humanos. De momento, nos limitaremos a dar cuenta de las novedades introducidas.

La primera de ellas es el punto focal incardinado en la Secretaría General de las Naciones Unidas (Subdivisión de Órganos Subsidiarios del Consejo de Seguridad). Propuesto por Alemania, Suiza y Suecia sobre la base un estudio realizado por el WATSON

⁶⁶ Un ejemplo de ello es su 7º informe de 20 de noviembre de 2007, en el cual reconoce que “el régimen no ha sido tan útil como podría haberlo sido”, añadiendo que es un «instrumento bastante tosco, con un objetivo particularmente complejo y elusivo». También da cuenta del hecho de que “algunas de las autoridades con las que ha tratado muestran menos entusiasmo que antes en colaborar con el régimen (...)”.

Tras la sentencia *Kadi (II)* del Tribunal de Justicia, el Equipo de Vigilancia ha discutido con honestidad las diferentes opciones que pueden contribuir a mejorar los procedimientos de gestión de la lista, reconociendo sobre el *ombudsman* que “de no ser sumamente transparente —lo que menoscabaría una de sus ventajas principales— es improbable que ese mecanismo satisfaga las exigencias de un examen judicial eficaz e independiente” (10º Informe del Equipo de Vigilancia, S/2009/502, de 2 de octubre de 2009, p. 21). Además, se ha mostrado preocupado por la escalada en el pago de rescates en el Magreb a grupos vinculados a Al-Qaeda, preocupación que ha acabado recogida en la resolución 1904(2009), al “confirmar” el Consejo que la prohibición de poner fondos a disposición de individuos y entidades asociados con Al-Qaeda y los Talibanes (S/RES/1904/2009, § 5).

⁶⁷ Con la excepción de las objeciones formuladas por el representante de Qatar en el Consejo de Seguridad durante el debate para la aprobación de la resolución 1735, que había de renovar el mandato el Equipo de Vigilancia. Massir Abdulaziz Al Nasser, entonces Presidente del Consejo de Seguridad, se quejó de los modos poco dialogantes y respetuosos utilizados en la selección y nombramiento de sus miembros, a su juicio contrarios al «reglamento establecido por las Naciones Unidas respecto de la designación de los equipos de vigilancia»; así como de la «escasa profesionalidad» de algunos métodos del Equipo, que además «dañan los intereses de algunos Estados o algunas religiones» y pecan de «parcialidad» (*Vid.* Doc. S/PV.5609).

INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES⁶⁸, desarrolló un cometido esencial para acercar el procedimiento de retirada de la lista a los individuos y entidades incluidos en ella, evitando así que los Estados puedan hacer un uso indebido de su margen de discrecionalidad para solicitar que se reconsidere la permanencia de un nombre –aunque sigue existiendo la posibilidad de que la solicitud se tramite a través del Estado del que se es nacional o en el que se reside-. En este sentido, sus funciones conseguían el acceso *indirecto* al Comité pero salvaguardando el monopolio estatal del procedimiento de retirada.

El punto focal era una sencilla estructura administrativa que se encargaba de recibir las solicitudes de supresión de nombres por parte de los afectados y tramitarlas verificando sobre todo si es nueva o no y si añade o no nuevos argumentos –ya que en el caso de que sea una solicitud repetida ésta era denegada-. Una vez recibida, la remitía a los Estados concernidos y al Comité de sanciones para que la evaluaran. También intervenía en otras fases del procedimiento, con el objetivo último de garantizar que a lo largo del mismo las peticiones de supresión de la lista lleguen a los Estados concernidos y al Comité; además, se encargaría posteriormente de comunicar el resultado de la solicitud al afectado, tanto si había sido aceptada como si no.

Dado que es evidente que un mero elemento de enlace con las peticiones de exclusión de la lista no suponía una mejora cualitativa de las garantías del procedimiento, la resolución 1904 (2009) ha terminado respondiendo a las crecientes críticas, reforzadas por la decisión del Tribunal de Justicia en la sentencia *Kadi (II)* de considerar que el Reglamento europeo que ejecuta la lista 1267 violaba los derechos fundamentales del demandante, con la introducción de un *Ombudsman* o persona encargada de interceder por los individuos y entidades listados ante el Comité de Sanciones⁶⁹. El anexo II de dicho texto sintetiza sus funciones, que se pueden resumir de la siguiente manera: servir de elemento de enlace entre los individuos que solicitan la supresión de su nombre en la lista y el Comité de Sanciones (recopilando información y elaborando informes sobre la misma), responder a las posibles preguntas del Comité durante los procedimientos de

⁶⁸ En el marco de la resolución 1617 (2005), que ofrece en su párrafo 14 la oportunidad de asistir a cualquier Estado a las reuniones del Comité (a propuesta del mismo Comité), «para discutir más a fondo las cuestiones que consideren pertinentes». Para la propuesta del WATSON INSTITUTE, *Vid. Strengthening targeted sanctions...*, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

⁶⁹ Un estudio reciente de esta institución se encuentra en BONETALLI, P.: “L’Ombudsperson delle Nazioni Unite per le sanzioni individuali un passo avanti verso la piena rispondenza della strategia anti-terrorismo ai requisiti del fair trial?”, *La Comunità Internazionale*, Vol. 65, n° 2, 2010, pp. 231 y ss.

exclusión de nombres de la lista, facilitar información sobre el Comité de sanciones a quien la pudiese solicitar, notificar a los afectados sobre el Estado de su situación en la lista, y presentar al Consejo de Seguridad informes bianuales. Después de su nombramiento, el mantenimiento de la estructura del punto focal establecido por la resolución 1730(2006) ya no tiene sentido, por lo que después de un período transitorio en el que tramitó las solicitudes pendientes antes del nombramiento del Ombudsman, su labor ha terminado⁷⁰.

El 3 de junio de 2010 el Secretario General designó para el cargo a la que fuera Juez del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia KIMBERLY PROST⁷¹. Dado que es la primera vez que el Consejo de Seguridad integra en uno de sus Comités un órgano de estas características, está por ver el impacto real de la introducción de esta mecanismo en la supresión de nombres de la lista que pudieran no estar relacionados con las actividades de Al-Qaeda y los Talibanes. En todo caso, nuestro estudio deberá analizar cómo se articula su participación en el procedimiento de exclusión de nombres de la lista.

III. CONTENIDO: LISTAS NEGRAS Y SANCIONES INTELIGENTES FINANCIERAS. ÁMBITOS DE APLICACIÓN

A fin de comprender cómo opera el régimen de sanciones Al-Qaeda y Talibanes es necesario conocer en qué circunstancias se aplican sus medidas. Para ello distinguiremos tres planos de análisis: el personal, el material y el territorial. El plano temporal, por el contrario, depende de la aplicabilidad de los otros, por lo que no estimamos necesario dedicarle un apartado específico.

En cuanto a las fuentes, recurriremos sobre todo a tres con carácter preferente: las resoluciones del Consejo de Seguridad, las directrices del Comité de sanciones que las desarrollan y precisan (si bien estas últimas, como bien es sabido, carecen de valor jurídicamente vinculante como tales); y los diferentes documentos emitidos por los órganos encargados de la aplicación de las sanciones, sobre todo el Equipo de Vigilancia.

⁷⁰ *Directrices del Comité*, § 7(d).

⁷¹ *Vid.* Carta de Nombramiento por el Secretario General, S/2010/282, de 4 de junio de 2010. El 24 de enero de 2011 la nueva *Ombudsman* presentó su primer informe sobre actividades realizadas al comienzo de su mandato. En él se da cuenta del Estado de las seis solicitudes recibidas, se sintetizan las actividades de contacto realizadas (con el Comité de Sanciones, con el Equipo de Vigilancia, con el Comité contra el Terrorismo), se refiere a la definición de un *estándar* de prueba para justificar la inclusión en la lista (al que nos referiremos en breve), y se da cuenta de algunas carencias administrativas para el desempeño de sus funciones (1º Informe de la Oficina de la *Ombudsman*, 24 de enero de 2011, S/2011/29).

Estos últimos son especialmente relevantes, dado que por su carácter técnico y detallado nos aportarán una útil y completa visión de su aplicación muy cercana a los problemas prácticos de ejecución del régimen.

III.1. **Ámbito de aplicación personal**

Precisar a quiénes se puede incluir en una «lista negra» es una de las cuestiones más relevantes de cualquier régimen de sanciones inteligentes, tanto desde el punto de vista de la efectividad en su aplicación como del de la seguridad jurídica. Si bien el Consejo de Seguridad ha realizado enormes esfuerzos para aclarar esta espinosa cuestión, más adelante veremos que, a nuestro juicio, todavía queda algún punto oscuro por mejorar. Distinguiremos aquí entre dos tipos diferentes de destinatario de las sanciones: el *directo* (cuyos bienes se congelan), y el *indirecto* (a los que se impide poner a disposición de los primeros activos financieros).

En cuanto a los primeros, estos son evidentemente los que aparecen en la lista del Comité de Sanciones. Tal y como se encuentra el régimen a día de hoy, los titulares de los activos a congelar son los siguientes: Osama bin Laden, los miembros de la organización Al Qaeda, los Talibanes, «así como otras personas, grupos, empresas y entidades con ellos asociados». La asociación con los designados se define como:

- La participación en la financiación, planificación, facilitación, preparación o comisión de actos o actividades ejecutados por Al-Qaeda, bin Laden, los Talibanes o una de sus células o grupos derivados y escindidos.
- El suministro, la venta o la transferencia de armas y pertrechos a los arriba designados.
- El reclutamiento a favor de los mismos.
- El apoyo de otro tipo a actos o actividades ejecutados por ellos.

La concreción de los destinatarios se encuentra en el párrafo 8 de la resolución 1333 (2002)⁷², mientras que el desarrollo del concepto de «asociados» es más tardío, en concreto se lo debemos al párrafo 2 de la resolución 1617 (2005). El hecho de que se

⁷² Confirmada por las resoluciones S/RES/1390(2002), § 1 a), y los párrafos 1a) del las resoluciones S/RES/1526 (2004) de 30 de enero de 2004; S/RES/1617 (2005); S/RES/1735 (2006), y S/RES/1904/2009.

tardara tres años en precisar esta cláusula de «cierre»⁷³ del ámbito personal de aplicación muestra la precariedad que rodeó el nacimiento de un régimen que se ha ido perfeccionando sobre la marcha; también ilustra los esfuerzos del Consejo para responder a las críticas que ha ido recibiendo el sistema, que al nacer con la resolución 1267 ni siquiera definía criterio alguno para la inclusión de personas y entidades en la lista porque, entre otras cosas, no había tal lista.

El resultado final de todo este proceso es una definición sumamente amplia de los titulares a los que se aplican las sanciones, amplia no sólo por el hecho de que es aplicable a entidades estatales y privadas⁷⁴; también por el hecho de que puede estirarse fácilmente para acomodarse a las necesidades de los Estados en la lucha contra el terrorismo islamista. Así, en la práctica, se han congelado principalmente activos de particulares, bancos, aseguradoras, fundaciones y todo tipo de organizaciones no gubernamentales⁷⁵, y además, en el caso de entidades, el bloqueo podrá llegar hasta todos sus directivos según el grado de implicación de la entidad en la financiación del terrorismo⁷⁶. Ello no tiene por qué ser *per se* criticable, siempre y cuando, claro está, no se incurra en un exceso de vaguedad definitoria que haga infinitas sus aplicaciones.

Y ése es precisamente el riesgo que corre el régimen Al-Qaeda/Talibanes. Así, con esta definición se aplican dos criterios posibles para sancionar el hecho terrorista: el de la *actividad* -que persigue sólo la comisión de actos terroristas-; y el de la *pertenencia* -que sanciona el mero hecho de formar parte de una organización con fines terroristas, aunque no se haya participado en ningún acto terrorista concreto-. Por un lado, se sanciona el formar parte de la organización Al-Qaeda o del grupo de los Talibanes, lo cual penaliza de forma evidente la pertenencia; por el otro, se castiga la «asociación», entendida, entre otras

⁷³ La cual parece en parte surgir para intentar acabar con las reticencias de algunos Estados a aportar nombres nuevos para la lista. El 6º informe del Equipo de Vigilancia así lo deja entrever, cuando explica que una de las causas de la carencia de nuevos nombres para el régimen de la lista es la incapacidad de algunos Estados para comprender «con claridad (...) los criterios del Comité para incluir y suprimir nombres de la lista, (...) a pesar de la definición más completa de “asociados” que figura en la resolución 1617 (2005)» (6º informe del Equipo de Vigilancia de 8 de marzo de 2007, S/2007/132, § 15, énfasis añadido).

⁷⁴ Cuyos responsables, además, tienen muchas opciones de entrar en la lista, como testimonia el 2º Informe del Equipo de Vigilancia de 15 de febrero de 2005, S/2005/83, § 71, p. 23.

⁷⁵ La lista consolidada del Comité de Sanciones, que se actualiza en cuanto se producen variaciones en la misma, puede consultarse en la página web <http://www.un.org/spanish/sc/committees/1267/consolidatedlist.html>.

⁷⁶ *Vid.* 2º Informe del Equipo de Vigilancia, que recomienda a los Estados que envíen los nombres de los altos directivos de las entidades incluidas en la lista “cuanto antes”, a fin de “facilitar el listado posterior de sus responsables (Doc. S/2005/83 de 15 de febrero de 2005, p. 23).

posibilidades, como «participación en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos o actividades ejecutados» por los grupos prohibidos⁷⁷.

Todo ello puede considerarse una legítima opción del ejecutivo de Naciones Unidas, pero no se puede obviar que la cuarta cláusula del párrafo 2 de la resolución 1617 (2005) plantea interrogantes, en la medida en que se formula de manera tan abierta que puede admitir prácticamente cualquier tipo de relación con la red Al-Qaeda y los Talibanes. Pues, en efecto, ¿qué debemos entender por “apoyo de otro tipo” a actividades ejecutados por Al-Qaeda? ¿Lo es la financiación de las actividades de una organización no gubernamental con el desconocimiento de que los fondos van destinados en parte a posibilitar la comisión de actos terroristas, como ya ha sucedido en tantas ocasiones?⁷⁸ ¿Lo es una protesta pública por el cierre de un local de internet debido a sospechas de que en el mismo se reunían miembros de Al-Qaeda? ¿O acaso lo es la venta de ejemplares del Corán a un conocido miembro de una célula islamista?

Una interpretación medianamente garantista de las sanciones nos llevaría a responder negativamente a las tres cuestiones, pero dejar las decisiones al sentido común cuando se trata de información suministrada por equipos de inteligencia y decisiones adoptadas por los Estados es arriesgado para la seguridad jurídica. Con ello no se pretende empero negar la necesidad de una cláusula final que permita la adaptación de los criterios de inclusión en la lista a nuevas situaciones imprevistas, pero sí que se propone que ésta se

⁷⁷ Nótese que el Comité se guarda muy bien las espaldas y no menciona en ningún momento la palabra terrorismo o terrorista. *Vid.* la opinión de JAVIER RUPÉREZ, ex Presidente del Comité contra el Terrorismo, para quien «La lucha contra el terrorismo, que tantas veces se ha mostrado eficaz en ámbitos nacionales, o en internacionales limitados, y que no necesita de la definición del terrorismo para continuar su tarea, encuentra obstáculos serios para su plenitud si la misma naturaleza del objeto en contra del cual se combate es radicalmente puesto en duda. Ese es el trasfondo real del problema de la definición del terrorismo y de la incapacidad de las Naciones Unidas para alcanzar consenso sobre una Convención General» (“La ONU en la lucha contra el terrorismo: 5 años después del 11-S”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº 83/2006, p. 8).

⁷⁸ Por ejemplo, el conocido caso de la International Islamic Relief Foundation en Filipinas y en Indonesia, rúbricas QE.I.127.06 y QE.I.126.06 de la lista. La organización, fundada por el cuñado de Osama bin Laden y reconocida ONG con estatus consultivo en el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, fue utilizada por extremistas extranjeros como conducto de financiación de extremistas locales en el caso de la primera filial. De hecho, «sólo entre un diez y un treinta por ciento de las donaciones extranjeras se destina a legítima ayuda y proyectos de sustento, el resto va a operaciones terroristas» (*Vid.* ABUZA, Z.: “Cómo se financia el terrorismo islamista: la experiencia del sudeste asiático”, en REINARES, F. y ELORZA, A.: *El nuevo terrorismo islamista. Del 11-S al 11-M*, Madrid, Temas de Hoy, 2004, p. 239). Además, según NAPOLEONI, la organización también organizó el traslado a Grozny de un conocido héroe de la yihad antisoviética en Afganistán, el jordano Khattab, para organizar la instrucción de combatientes muyahidines, todo ello bajo el mando de los servicios secretos pakistanés (*Vid.* NAPOLEONI, L.: *Yihad. Cómo se financia el terrorismo en la nueva economía*, Urano Tendencias, Barcelona, 2003).

defina de una manera más restrictiva, por ejemplo, mediante el uso de fórmulas como «cualquier otro tipo de apoyo voluntario» o de «apoyo directo»⁷⁹.

En este sentido, una de las primeras tareas de la *Ombudsman* ha sido contribuir a la definición de un estándar de prueba que justifique la inclusión de un nombre en la lista, lo cual repercute indudablemente en el nivel de relación que se tenga con Al-Qaeda y los Talibanes. La *Ombudsman* se apoya en el hecho de que, aunque la decisión de incluir un nombre en la lista es una decisión diferente de la de excluirlo, el estándar probatorio es sin embargo el mismo. Por ello, sobre la base de un estudio de Derecho comparado en la aplicación de sanciones financieras con fines preventivos, y aún reconociendo cierta diversidad en los mecanismos de aplicación de éstas, termina insistiendo en su finalidad no represiva. De ello deduce, en definitiva, la aplicabilidad de un estándar no penal, basado en la “existencia de información suficiente para contar con una base razonable y creíble para la inclusión de un nombre en la Lista”⁸⁰. Como veremos con detenimiento en el Capítulo IX, este estándar se asemeja mucho al que motiva la inclusión en las listas autónomas de la

⁷⁹ En un sentido parecido se manifiesta el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, MARTIN SCHEININ, para quien «cuando no hay una definición, cabe utilizar palabras o expresiones que dan pie a interpretaciones amplias, como “apoyar”, “estar implicado” o “estar asociado con”, para incluir grupos o entidades en listas de forma incorrecta. Esto es particularmente problemático dada la ausencia de una definición universal del terrorismo (...) puede llevar a la inclusión arbitraria de grupos o entidades en estas listas» (*Segundo Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Martin Scheinin, 16 de agosto de 2006, Doc. A/61/267, § 32, p. 17, énfasis añadido). *Contra*, FEINUGLE, C. A.: “The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals?”, *GLJ*, Vol. 9, Nº 11, November 2008. Para este autor, el concepto de “asociados” aporta “at least some legal certainty as to the standards applicable to listings” (p. 1527).

Recientemente, el Relator Especial SCHEININ ha incluido entre las diez mejores prácticas en materia de lucha contra el terrorismo una definición de terrorismo y de incitación al terrorismo de recomendado uso. El Relator Especial llama la atención sobre el peligro de “definiciones de terrorismo demasiado amplias pueda dar lugar a tergiversaciones deliberadas del término, por ejemplo, para responder a reivindicaciones y movimientos sociales de pueblos indígenas, así como a violaciones no intencionales de los derechos humanos. Si la legislación antiterrorista y las actividades asociadas no se circunscriben a combatir conductas que son realmente de carácter terrorista, también se corre el riesgo de que, si tienen por efecto restringir el disfrute de los derechos y libertades, se quebranten los principios de necesidad y proporcionalidad, sobre cuya base se autoriza toda restricción de los derechos humanos”. Más concretamente sobre las listas antiterroristas, subraya “la necesidad de determinar sobre indicios razonables que la entidad ha realizado o a sabiendas facilitado la comisión de actos de terrorismo o participado en ellos” (A/HRC/16/51, de 22 de diciembre de 2010, §§ 26 y 34).

⁸⁰ *Vid.* <http://www.un.org/es/sc/ombudsperson/approachandstandard.shtml>. Dado que las conclusiones de la *Ombudsman* se encuentran en el sitio web y no en su Primer Informe, no se citan apenas fuentes jurídicas. Es dudoso, pues, en qué medida su propuesta puede ser considerada como una descripción de la práctica del Consejo. Las Directrices del Comité no precisan nada al respecto, incluso después de la reforma operada por la resolución 1904(2009).

Unión Europea, aunque el procedimiento de toma de decisiones sea ciertamente muy diferente en cuanto a su estructuración y el ofrecimiento de garantías⁸¹.

Tampoco conviene perder de vista el hecho de que estas sanciones inteligentes financieras no deben extenderse más allá de los objetivos que pretenden alcanzar. De los dos debates que se han articulado en torno a estas sanciones –el de su efectividad y el de su impacto humanitario–, el primero se basa en la idoneidad de las sanciones para la consecución de sus objetivos. Pues bien, si separamos por un momento las sanciones financieras del régimen Al-Qaeda/Talibanes del resto de medidas que este mecanismo impone, resultaría contraproducente interpretar el término «asociados» de manera tal que se pudieran extender a conductas cuya continuidad no depende en absoluto de una congelación de fondos, como por ejemplo el enaltecimiento público de actividades terroristas⁸². Una medida financiera contra una persona que realiza este tipo de conducta no reuniría el requisito básico de necesidad de la sanción, o utilizando la terminología del mismo Comité de sanciones, no sería «preventiva» porque por su naturaleza no puede prevenir la comisión del acto que pretende evitar. El problema es que las sanciones del régimen vienen en un conjunto; existe una obligación de adoptar todas, mientras que las conductas sancionables pueden ser muy diversas⁸³, por lo que *de lege ferenda* conviene, en nuestra opinión, interpretar este término con prudencia.

En lo que respecta a nuestro segundo tipo de destinatarios, los *indirectos*, estos son el resto de nacionales de los Estados miembros, a los que si bien las sucesivas resoluciones del Consejo de Seguridad no imponen ninguna obligación de manera expresa, sí que se

⁸¹ Un temprano estudio de CAMERON ya prestaba una especial atención a esta problemática, que estimamos de altísima relevancia para una implementación responsable del régimen. Lo original de este trabajo no es tanto que acabara sugiriendo el uso de la práctica de no proponer un nombre si no hay un procedimiento penal en su contra, sino que sopesa el establecimiento de un «estándar de sospecha razonable» a nivel del Consejo de Seguridad para garantizar que sólo se propongan nombres sobre los que pesan sospechas serias y no basadas en meras decisiones políticas o indicios más o menos vagos. Sin embargo, al ser realmente complicado concretar qué se entiende por «sospecha razonable», y no haber un mecanismo encargado de revisar la aplicación de este precepto, la introducción de este estándar no aportaría ninguna garantía añadida al sistema. No es de extrañar, pues, que el mismo autor la rechazara (CAMERON, I.: *The European Convention on Human Rights...*, *op. cit.*, p. 42-43). Ahora bien, no está de más recordar que *en teoría*, al menos a la luz del § 6 c) las Directrices, los Estados han de presentar «pruebas», y no meros indicios o suposiciones.

⁸² Ello no influye sobre la obligación de los Estados de cumplir con lo dispuesto en la resolución 1624(2005), donde el CSNU “instó” a los Estados a adoptar las medidas necesarias, entre otros fines, para “prohibir por ley la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo” (S/RES/1624(2005), de 14 de septiembre de 2005, § 1(a)). Dicha resolución, que en ningún caso se refiere al Capítulo VII de la Carta, se incardina dentro de la labor del Comité contra el Terrorismo, no de la lista del Comité Al-Qaeda/Talibanes.

⁸³ A pesar de ello en este trabajo, por razones estilísticas, utilizaremos en ocasiones la expresión «sancionar a los financiadores del terrorismo».

verán impedidos de poner a disposición de las personas listadas «fondos, activos financieros o recursos financieros, directa o indirectamente», ya que tal es la obligación que pesa sobre los Estados⁸⁴. Se trata de un imperativo necesario que se aplica concretamente a «todos los nacionales y personas que se hallen en su territorio».

Esta cuestión enlaza con un problema al que los informes del Comité de Sanciones y del Equipo de Vigilancia no han ofrecido soluciones claras: ¿qué es lo que sucede con los activos financieros de las familias de los individuos listados? ¿Deben ser congelados también? ¿En caso afirmativo, hasta qué grado de parentesco? De una parte, es evidente que los familiares son destinatarios indirectos de las sanciones, con los impedimentos que acabamos de exponer que ello conlleva. Pero su posición no está nada clara desde el punto de vista de la necesidad de incluirlos en la lista, al menos a la luz de todas resoluciones del Consejo y de todos los documentos que se han emitido en el marco del régimen de sanciones. La práctica de otros Comités de sanciones, que habitualmente extienden las sanciones a las familias de los principales destinatarios, no parece ser aplicable a la lista 1267, en la medida en que aquí no hay pertenencia a élites que controlan el poder en un país o territorio concreto⁸⁵. Todo parece indicar que el problema ha de resolverse caso por caso. Por ejemplo, el Tribunal General de la UE ha tenido la oportunidad en la sentencia *B* y *D*, de establecer límites a la extensión de las sanciones a los familiares más cercanos a los individuos de la lista⁸⁶.

⁸⁴ Tal y como afirma el párrafo 1 a) de la resolución 1617 (2005), los Estados deberán «cerciorarse» de ello («velar» era el término utilizado en resoluciones anteriores como la 1333 o la 1390).

⁸⁵ Sin ánimo de exhaustividad, las prohibiciones de volar de la resolución 1132 (1997) se aplicaban a los miembros de la antigua junta militar de Sierra Leona y a su familia (§ 5); lo mismo en el caso de «los cónyuges y miembros de las antiguas fuerzas armadas de Liberia que mantengan vínculos con el ex Presidente Charles Taylor» en el § 4 a) de la resolución 1521 (2003). En el caso de Haití se dispuso, entre otras medidas, la congelación de fondos y recursos financieros de “familiares inmediatos” de oficiales militares, participantes en el golpe de Estado de 1991 y gobiernos sucesivos, e incluso de personas “empleadas por los militares haitianos o que actúen en nombre de estos” (Resolución 917 de 6 de mayo de 1994, §§ 3 y 4). Sobre los motivos del fracaso en la aplicación del régimen de sanciones inteligentes haitiano, *Vid.* CORTRIGHT, D.; LÓPEZ, GEORGE A. y ROGERS, E. S.: “Targeted financial sanctions: smart sanctions that *do work*”, en CORTRIGHT, D. y LÓPEZ, G. A. (Eds.): *Smart sanctions...*, pp. 27 y ss.

Junto a ello, también vale como referencia el régimen europeo de sanciones. Si bien haremos referencia a ello más adelante, no está de más mencionar aquí que en sus *Guidelines for the implementation and evaluation of restrictive measures*, el Consejo de la Unión Europea recomienda no aplicar las medidas restrictivas a menores de 18 años, y en el caso de países en los que se llega más tarde a la mayoría de edad, los menores de más de 18 años sólo deben ser sancionados en función de su propia responsabilidad “por acciones y políticas” (*Vid. Guidelines* de 2 de diciembre de 2005, 15114/05, § 19, traducción propia).

⁸⁶ *Cfr.* Cap. IX, § III.3. La sentencia del Tribunal de Justicia es

III.2. **Ámbito de aplicación material**

Con esta expresión queremos referirnos aquí al objeto de las sanciones, es decir, a los tipos de activos y otros recursos financieros que deben ser congelados en virtud de las medidas sancionatorias. La definición de referencia de los mismos, que en todo caso es de carácter abierto, la encontramos en la resolución 1390 (2002), que se refiere a «fondos y otros activos financieros o recursos económicos de esas personas, grupos, empresas y entidades, incluidos los fondos derivados de bienes que directa o indirectamente pertenezcan a ellos o a personas que actúen en su nombre o siguiendo sus indicaciones o que estén bajo su control»⁸⁷. En este apartado realizaremos una exégesis de dicha disposición a partir de las explicaciones que han aportado los órganos componentes del régimen de sanciones, así como de otras fuentes de la práctica. Para ello separaremos dos componentes dentro de la citada definición: los tipos de recursos financieros afectados y el nivel de control que se ejerce sobre ellos.

En cuanto a los *tipos de recursos financieros* que pueden ser objeto de bloqueo, la resolución 1390, al desarrollar las anteriores resoluciones 1267 y 1333, aporta una delimitación genérica y no exhaustiva de los mismos: sólo se habla de «fondos y otros activos financieros o recursos económicos». Fue el Comité de Sanciones, con ocasión de la promulgación de la resolución 1455 (2003), que obligaba a los Estados a emitir una serie de informes sobre el estado de aplicación de las medidas, el que concretó en una nota interpretativa que por recursos financieros se ha de entender «todo tipo de activos, materiales e inmateriales, muebles e inmuebles»⁸⁸. El campo de aplicación es, pues, prácticamente ilimitado⁸⁹, y la enorme variedad de situaciones a las que puede dar lugar la práctica hacen necesaria una mayor concreción y uniformidad, que en todo caso no ha llegado todavía⁹⁰.

⁸⁷ S/RES/1390(2002), § 2 a).

⁸⁸ *Vid.* 2º Informe del Equipo de Vigilancia, que hace referencia a la Nota del Comité que no ha sido hecha pública (Doc. S/2005/83, de 15 de febrero de 2005, p. 23).

⁸⁹ E incluye bienes raíces, material de oficina y vehículos, a pesar de que numerosos Estados no aplican las sanciones a estos bienes no monetarios (7º Informe del Equipo de Vigilancia, § 82, p. 26). También se encuentran incluidos los intereses, si bien el párrafo 2 de la resolución 1452 matizó que tanto estos como los pagos correspondientes a la inclusión en la lista son cobrables, aunque irán destinados a las cuentas congeladas.

⁹⁰ De hecho, el Equipo de Vigilancia ha reconocido en su 6º informe la necesidad de trabajar conjuntamente con la Dirección Ejecutiva del Comité Contra el Terrorismo para elaborar “una definición normalizada, más amplia y coherente de los activos sujetos a las sanciones económicas”. (Doc. S/2007/132, de 8 de marzo de

Hasta entonces, serán los Estados u organizaciones regionales –en principio- los que se encarguen de esta tarea⁹¹. Para ello cuentan con un texto de referencia como son las

2007, p. 24). Paradójicamente, y a pesar de la amplitud de las definiciones, el mismo informe reconoce que “algunas metodologías de aplicación de los Estados, especialmente en relación con las definiciones de recursos económicos, (...) pueden dejar activos sujetos a las sanciones al margen de su ámbito de aplicación” (p. 24). De momento, el Comité de Sanciones ha dado el visto bueno a esta iniciativa

⁹¹ La Unión Europea ha emitido y actualiza regularmente unas guías directrices para la aplicación de las sanciones en las que, entre otras cuestiones, se definen genéricamente los recursos económicos y se aporta una lista amplia pero no exhaustiva de los mismos. en la que encontramos “a) efectivo, cheques, créditos, efectos, giros postales y otros instrumentos de pago; b) depósitos en instituciones financieras u otras, saldos en cuentas, créditos y títulos de crédito; c) títulos negociados e instrumentos de deuda como acciones y participaciones, certificado de títulos, obligaciones, pagarés, garantías, títulos no garantizados y contratos sobre productos derivados; d) intereses, dividendos u otros ingresos devengados a partir del capital o generados por el mismo; e) crédito, derechos de compensación, garantías, garantías de pago u otros compromisos financieros; f) letras de cambio, conocimientos de embarque, comprobantes de venta; g) documentos que atestigüen un interés en capitales o recursos financieros (Vid. Doc. 15114/05, *Orientaciones sobre la aplicación y evaluación de las medidas restrictivas (sanciones) en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE*, 2 de diciembre de 2005 (9.12) (OR. en), pp. 17-18).

Extremadamente completa es la definición que utiliza la estadounidense OFAC (Office of Foreign Assets Control), que a partir de la Orden Ejecutiva 13099 de 1998 comenzó a perseguir las “propiedades e intereses” de Osama bin Laden y la base Al-Qaeda. Este órgano dependiente del Departamento del Tesoro ha venido definiendo propiedad e interés (en el caso de su Global Terrorism Sanctions Regulations) como “money, checks, drafts, bullion, bank deposits, savings, accounts, debts, indebtedness, obligations, notes, guarantees, debentures, stocks, bonds, coupons, any other financial instruments, bankers acceptances, mortgages, pledges, liens or other rights in the nature of security, warehouse receipts, bills of lading, trust receipts, bills of sale, any other evidences of title, ownership or indebtedness, letters of credit and any documents relating to any rights or obligations thereunder, powers of attorney, goods, wares, merchandise, chattels, stocks on hand, ships, goods on ships, real estate mortgages, deeds of trust, vendors' sales agreements, land contracts, leaseholds, ground rents, real estate and any other interest therein, options, negotiable instruments, trade acceptances, royalties, book accounts, accounts payable, judgments, patents, trademarks or copyrights, insurance policies, safe deposit boxes and their contents, annuities, pooling agreements, services of any nature whatsoever, contracts of any nature whatsoever, and any other property, real, personal, or mixed, tangible or intangible, or interest or interests therein, present, future or contingent” (31 USCFR, § 594.309). Una interesante visión sobre la legislación de los EE.UU. en materia de “sanciones inteligentes” antes del 11-S –todavía hoy en vigor- se puede ver en NEWCOMB, R. RICHARD: “Targeted Financial Sanctions: the US model”, en CORTRIGHT, D.; LÓPEZ, G. A., *op. cit.*, pp. 41 y ss. *Vid.*, también, la visión crítica de FITZGERALD, P.: “If property rights were treated like human rights, we could never get away with this. Blacklisting and due process in US economic sanctions programs”, *Hastings Law Journal*, vol. 51, 1999, pp. 73 y ss. Un útil y completo estudio sobre la estructura institucional de los EE.UU en la lucha contra la financiación del terrorismo se encuentra en el Documento “Terrorist Financing: U.S. Agency Efforts and Inter-Agency Coordination”, *CRS Report to the Congress*, August 3, 2005, disponible en <http://fas.org/sgp/crs/terror/RL33020.pdf>, consultado el 3 de abril de 2008. Por último, sobre la legislación post-11/S en materia de sanciones inteligentes (orden ejecutiva 13224), *Vid.* RADICATI DI BROZOLO, LUCA G.; MEGLIANI, M.: “Freezing the assets...”, *loc. cit.*, pp. 387 y ss.

Una línea parecida sigue otro texto de referencia (no vinculante), como es el documento consensuado por los miembros del Comité de Sanciones de Irak establecido por la resolución 661 (1990), a fin de implementar las sanciones financieras que establece el § 23 de la resolución 1483 (2003). Éste separa la definición de fondos de la de recursos económicos, seguida de la pertinente lista no exhaustiva para los primeros y una definición residual para los segundos que abarca todo lo que no se incluyó en el concepto de fondos (*Non-paper on the implementation of paragraph 23 of Resolution 1483 (2003)*, p. 1, disponible en <http://www.un.org/sc/committees/1518/pdf/Non-paper.pdf>, consultado el 4 de abril de 2008).

Una línea casi idéntica a la europea siguen las anteriores Contribuciones del Proceso de Interlaken, iniciativa conjunta del Gobierno Suizo y el WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES con la colaboración de la Secretaría de las Naciones Unidas, que reunió en dos sesiones a diplomáticos, altos funcionarios gubernamentales, expertos del sector privado y académicos. Su propuesta de definición es

Notas interpretativas a las recomendaciones sobre la lucha contra la financiación del terrorismo del Grupo de Acción Financiera (GAFI), que en este punto hablan de “assets of every kind, whether tangible or intangible, movable or immovable, however acquired, and legal documents or instruments in any form, including electronic or digital, evidencing title to, or interest in, such assets”, con una lista de ejemplos de activos⁹². Recordemos que el Consejo de Seguridad «insta encarecidamente» a poner en práctica estas recomendaciones⁹³. Con todo, no son desde luego suficientes, sobre todo para hacer frente a una realidad económica a la que los Estados responderán en algunas ocasiones de acuerdo con criterios de conveniencia política, y siempre con la discrecionalidad que les permita su legislación interna.

Esto sucede, por ejemplo, cuando hay titularidades de activos compartidas o cuando se intentan realizar operaciones con acciones de una sociedad sospechosa –bien ella o bien alguno de sus socios- de financiar actividades terroristas. Aquí hay soluciones para todos los gustos: «un Estado limita la transferencia de acciones de entidades bancarias de propiedad de una persona incluida en la lista»; otro «comunicó que había congelado únicamente la parte de los activos de una entidad comercial (que no figura en la lista) que representa los intereses de una persona incluida en la lista» a fin de salvar 4000 puestos de trabajo; y en el caso de una inmobiliaria de propiedad compartida congelada, un tercer Estado administra la parte correspondiente a una persona listada⁹⁴. En el caso de las «Torres Gemelas de Albania», cuya construcción fue financiada por empresarios asociados con Yasin Al-Qadi⁹⁵, los Tribunales albanos calcularon la parte proporcional correspondiente al individuo listado, cursaron orden de *embargo* (no de congelación) y

exactamente la misma, salvo que no incluye las reclamaciones de deuda que sí aparecen en el primer punto de las directrices europeas. También contempla la posibilidad de que se extiendan las sanciones a la prohibición de prestar servicios financieros a sus destinatarios, como así se hace habitualmente en la práctica. No está de más recordar que dicho Proceso es anterior a los atentados del 11-S, cuando la preocupación mayor en la Comunidad Internacional era aplicar efectivamente unas sanciones cuyo ámbito personal no estaba todavía tan extendido como hoy en día.

⁹² En concreto, “Bank credits, travellers cheques, bank cheques, money orders, shares, securities, bonds, drafts, letters of credit”. (Vid. GAFI-FATF: Interpretative Note to Special Recommendation II: *Criminalising the financing of terrorism and associated money laundering*, 2 de Julio de 2004, disponible en http://www.fatf-gafi.org/document/53/0,3343,en_32250379_32236947_34261877_1_1_1_1,00.html#INSRIII, consultado el 3 de febrero de 2008).

⁹³ Resolución 1617 (2005), § 7.

⁹⁴ Vid. el documento del Comité de Sanciones *Experiencias de los Estados miembros en la aplicación de las sanciones contra Al-Qaida y los Talibanes* de 28 de junio de 2007, disponible en la página web del Comité.

⁹⁵ Rúbrica QI.Q.22.01 de la lista.

retuvieron 18 oficinas⁹⁶. La casuística aquí introducida es, pues, amplia y no se pueden deducir pautas de conducta generales de los Estados.

Cuando se trata de bienes de particulares cuya individualización es más simple – sobre todo los de aquellos con menos recursos económicos-, la decisión suele ser más salomónica: se congelan *todos* sus activos, sabiendo que luego se determinará caso por caso si se conceden exenciones humanitarias. El problema es que podemos llegar a supuestos –extremos, desde luego- como los de Chafiq Ayadi, al que Irlanda negó la concesión de una licencia de taxi por considerarse un «recurso económico» de acuerdo con el Reglamento 467/2001/CE comunitario que aplicaba las sanciones⁹⁷, o al caso de Garad Nor, sobre quien su abogado llegó a declarar que “the guy couldn’t buy a cup of coffee without violating the OFAC blocking order”⁹⁸. Es por ello que las excepciones humanitarias han de contrarrestar la gravedad de los efectos de las sanciones.

En cuanto al *nivel de control que se ejerce sobre* los recursos económicos se refiere la resolución 1390 aplica las sanciones a bienes que les pertenezcan «directamente o indirectamente» a los individuos listados, «o a personas que actúen en su nombre o siguiendo sus indicaciones o que estén bajo su control». Bajo estas diversas posibilidades encontramos una necesaria preocupación por evitar que las sanciones financieras inteligentes puedan ser fácilmente eludidas mediante el recurso a terceras personas o entidades que camuflen actividades de financiación del terrorismo. Ello estira al mismo tiempo el ámbito personal de aplicación de las medidas, ya que todo lo que no entre dentro del concepto de «asociados» que analizamos en el apartado anterior entrará por el uso de las categorías «personas que actúen en su nombre o siguiendo sus indicaciones o que estén bajo su control». Con ello, las ganancias en efectividad del régimen son evidentes pero la delimitación los límites de su aplicación aún más complicados.

⁹⁶ El 5º informe del Equipo de Vigilancia reconoce que «Hay una falta de coherencia en el modo en que los Estados han aplicado la congelación de activos a los intereses empresariales de las personas de la lista, especialmente cuando se trata de empresas registradas como de responsabilidad limitada» (20 de septiembre de 2006, S/2006/750, p. 24). Además, en relación con la congelación de activos empresariales, el mismo Equipo informa de que hay divergencias en la congelación de fondos no monetarios, como automóviles o equipos de oficina (7º Informe del Equipo de Vigilancia, S/2007/677, § 82, p. 26).

⁹⁷ Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2006, *Ayadi c. Consejo*, T-253/02, §§ 100 y 136.

⁹⁸ Precisemos que tanto el Sr. Garad Nor como otros muchos individuos y entidades fueron «copiados» de la lista estadounidense a la del Consejo de Seguridad durante los meses siguientes al 11-S.

Entran en este segmento los casos de los testaferros, el envío de efectivo por mensajeros (muy recurrente en la práctica terrorista), el uso de sistemas extraoficiales de envío de remesas como la *hawala*, el abuso de entidades de beneficencia e incluso el uso de cuentas bancarias de terceras personas⁹⁹. Será el Comité de sanciones el «juez» encargado de determinar cuándo se está «bajo el control» o se da un supuesto de «pertenecer indirectamente», circunstancia no exenta en ningún caso de la posibilidad de abuso político incluso por Estados de acreditada índole democrática con influencia en el sistema de seguridad colectiva de Naciones Unidas¹⁰⁰.

III.3. Ámbito de aplicación territorial

Como ya se ha avanzado, la gran novedad jurídica de estas sanciones es el ámbito territorial de aplicación: universal, por lo menos a partir de la resolución 1333 y en lo que

⁹⁹ Vid. el documento *Experiencias de los Estados miembros...*, p. 4; y el ya citado 2º Informe del Grupo de Vigilancia, con ejemplos de la práctica incluidos, pp. 24 y ss.

¹⁰⁰ Por su relevancia, el caso del grupo Al-Barakaat, rúbricas QE.A.23.01. y ss. de la lista, merece una especial atención como ejemplo palmario de inseguridad jurídica y utilización política del instrumento del régimen de sanciones por el Gobierno de los Estados Unidos. La compañía, fundada por el empresario somalí Ahmed Ali Jumale en 1985, estaba formada por un conglomerado de entidades financieras extendidas por unos 40 países que, entre otras funciones, servían como la principal fuente de envío de remesas de dinero a Somalia, país donde tenía su sede, todo ello a través de una serie de cuentas abiertas en el Emirates Bank International con sede en los EAU. De acuerdo con el análisis de la NATIONAL COMMISSION ON TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES del Congreso estadounidense, desde mediados de los noventa la *intelligence community* de los Estados Unidos seguía el rastro de la compañía por estar presuntamente relacionada con *Al-Itihaad Al-Islamiya* (AIAI) y con Osama bin Laden, hasta el punto de abrirse investigaciones criminales tras la insistencia de agentes del FBI y autoridades aduaneras de Minneapolis, donde reside una parte muy importante de la comunidad somalí emigrada a Estados Unidos. Nunca se hallaron pruebas concluyentes.

Después del 11-S, y siempre según la misma institución, “OFAC accelerated the search for entities to name (...) to conduct a public and aggressive series of designations to show (...) that the United States was serious about pursuing the financial targets”. En el caso de Al-Barakaat, “analysts were told that they did not need to have evidence that each al-Barakaat entity took part in terrorist financing; *it was sufficient to show only that the main entity itself was involved to be able to close all of the branches and freeze all of the money*” (énfasis añadido). Y efectivamente, se cerraron absolutamente todas las oficinas y la entidad en su totalidad llegó hasta la lista del Consejo de Seguridad, a pesar de estarnos refiriendo a una enorme red de empresas de la que dependía “cerca del 80% de la población somalí” (según datos de *EL MUNDO: Somalia, bajo el radar de los Estados Unidos*, 18 de noviembre de 2001). Consecuencias humanitarias aparte, muchos empresarios que tenían depositados sus fondos en la compañía acabaron en la bancarrota (*THE NEW YORK TIMES: A NATION CHALLENGED: 5 Months After Sanctions Against Somali Company, Scant Proof of Qaeda Ties*, 16 de diciembre de 2007).

Si bien el FBI tuvo acceso privilegiado a la información de las cuentas de la entidad en los EAU, y aunque se detuvo a algunos de sus miembros, se acabaron cerrando las cuatro investigaciones criminales abiertas tras el 11-S por falta de pruebas. No obstante, la OFAC insiste en la necesidad de mantener a la entidad en su lista, y los Estados Unidos han bloqueado cualquier intento de retirar a Al-Barakaat de la lista del Consejo de Seguridad (Vid. NATIONAL COMMISSION ON THE TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES: *Monograph on...*, 2004, pp. 67 y ss).

se refiere a la red Al-Qaeda, puesto que el bloqueo de fondos a los Talibanes sigue circunscrito a un movimiento definible por su naturaleza regional. La causa de esta evolución es el carácter exclusivamente material de la amenaza para la paz y la seguridad internacionales, no ligado a los peligros derivados de un acto concreto sino a un modo de actuar que ha de ser reprimido a escala global.

No obstante, los individuos y particulares se encuentran dentro de jurisdicciones estatales, y de ello se derivan no pocos problemas prácticos que ya ha puesto de relieve el Equipo de Vigilancia en su séptimo informe. El caso es que, como muchas de las organizaciones listadas disponen de sedes en varios países, se han producido dificultades a la hora de determinar qué sedes u oficinas serán objeto de sanciones, lo cual ha acabado en muchos casos repercutiendo negativamente sobre las entidades listadas. Si bien se trata de una cuestión que guarda una estrecha relación con la delimitación de los ámbitos personal y material de aplicación (grado de control sobre unos bienes), hemos preferido dejar para este apartado una referencia a esta problemática por razones de claridad expositiva.

El problema es el siguiente: hasta la fecha el Comité de Sanciones ha utilizado de manera indiferente dos métodos para designar a entidades de las cuales sólo algunas sedes u oficinas iban a ser objeto de medidas: uno que podríamos denominar *de entrada única*, en el que el Comité escribe el nombre de la entidad y, a continuación, se concreta el número de países donde la misma se encuentra presente, y otro *de entradas múltiples*: el Comité incluye tantas entradas como países donde esté presente la organización.

Pues bien, de esta dualidad, aparentemente banal, algunos Estados han derivado conclusiones erróneas, como por ejemplo interpretar que el método de entrada única implica que la relación de oficinas no es exhaustiva, lo que les motivó a clausurar oficinas contra las que no se debía actuar, como ha sucedido, entre otros, en el caso de la Revival of Islamic Heritage Society, ONG con sede en Kuwait de la que sólo debían ser cerradas las oficinas de Pakistán y Afganistán¹⁰¹.

En otros casos, la falta de claridad llevó a interpretaciones opuestas por parte de los Estados. En efecto, hay casos de organizaciones no gubernamentales como la Global Relief Foundation en los que se mencionan varias direcciones de la entidad pero no se sabe si de manera limitativa o no. La consecuencia ha sido que algunos Estados han «congelado»

¹⁰¹ Vid. 7º Informe del Equipo de Vigilancia de 29 de noviembre de 2007, S/2007/667, p. 18.

oficinas de sus países a pesar de no estar incluidas en el listado de direcciones¹⁰², mientras que otros no han podido hacerlo porque sus legislaciones exigen una mención expresa en la lista para poder congelar¹⁰³. Estas incoherencias son inasumibles desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la eficacia del sistema, por lo que no es de extrañar que el Equipo de Vigilancia haya planteado ya la necesidad de evitar estos desajustes. Además, nos muestran con claridad un hecho poco evidente cuando se observa este régimen de sanciones desde la superficie de las resoluciones: que, en el caso de las grandes entidades objeto de sanciones, los Estados sí pueden llegar a disponer de cierta discrecionalidad *de facto* a la hora de determinar a quién se aplican las sanciones.

IV. LOS PROCEDIMIENTOS DEL COMITÉ AL-QAEDA/TALIBANES

IV.1. Rasgos generales

Si hay tres propiedades que sintetizan la naturaleza del procedimiento del régimen de la lista 1267, al menos para los intereses de este estudio, podemos decir que éstas son la *interestatalidad*, la *politización* y la *confidencialidad*. Se trata de tres puntos clave que determinan decisivamente los derechos de los particulares y el comportamiento de los Estados en relación a la inclusión de nombres en las listas desde el inicio hasta el final.

En primer lugar, estamos ante un procedimiento eminentemente *interestatal*, en el que los actores predominantes son los Estados. Ahora bien, «eminentemente» no quiere decir «exclusivamente», puesto que en el año 2006 la resolución 1730 rompió la regla de la interestatalidad absoluta -tónica general de casi todos los Comités de sanciones¹⁰⁴- para admitir la iniciativa directa de los afectados en el procedimiento de retirada de la lista, como tendremos ocasión de exponer más adelante. La creación de la Oficina del

¹⁰² *Ídem*, aunque no se menciona el nombre de los Estados, posiblemente uno de ellos sea Azerbaiyán, al que hace referencia el 2º Informe en este contexto, y que no aparece mencionado en la lista de direcciones de la Global Relief Foundation (Vid. 2º Informe del Equipo de Vigilancia, p. 29).

¹⁰³ El 7º informe del Equipo de Vigilancia toma buena nota de este problema y propone una solución no coactiva: orientar a los Estados a que interpreten de una manera expansiva la obligación de congelar las oficinas de una entidad que se encuentren en su Estado, teniendo en cuenta, en todo caso, que en última instancia es el Estado el que decide (p. 19).

¹⁰⁴ Salvo en el caso de los Comités de Liberia y Costa de Marfil creados en virtud de las resoluciones S/RES/1521 (2003), de 22 diciembre; y S/RES/1572 (2004), de 15 de noviembre, en los que los individuos podían dirigirse directamente a la Secretaría de las Naciones Unidas por motivos logísticos evidentes –se trataba de Estados colapsados o *de facto* inexistentes- (Vid. WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES, *op. cit.*, p. 24).

Ombudsman refuerza esta tendencia, al implicar a un actor independiente en el proceso de toma de decisiones.

En segundo lugar, y en gran medida como consecuencia de la interestatalidad, el procedimiento del Comité Al-Qaida/Talibanes se encuentra *politizado*. Ello resulta obvio si tenemos en cuenta la composición de los Comités de sanciones y la naturaleza última del órgano del que proceden, pero presenta enormes riesgos cuando se trata de medidas dirigidas a individuos, como sucede con todas las sanciones inteligentes, y más cuando se trata de sanciones contra terroristas –concepto éste, el de “terrorista”, como es sabido, susceptible de fácil manipulación política-. Después de los atentados del 11 de septiembre, esto se tradujo en la preeminencia de los Estados Unidos en el diseño y proposición de nombres para el régimen, como han puesto de manifiesto voces muy cualificadas, hasta el punto de haberse descrito éste como «un claro instrumento de Derecho Internacional Hegemónico global»¹⁰⁵. No hay, en definitiva, procedimiento contencioso ante el Comité de Sanciones, pues son los Estados los únicos que adoptan las decisiones.

Con ello llegamos a la tercera característica del procedimiento, la *confidencialidad* o falta de transparencia en su desarrollo de cara al individuo, ello no obstante la evolución que ha experimentado en este aspecto el régimen con sus intentos de apertura hacia el público general (mediante comunicados de prensa, difusión de prácticas habituales del Comité, publicación actualizada de la lista y de los resúmenes de los motivos de inclusión en la lista). El núcleo central del régimen; es decir, los procedimientos de inclusión y exclusión de la lista, sigan tapados por el velo de la confidencialidad. Si bien es de agradecer el esfuerzo en conseguir una publicación de la lista lo más temprana y completa posible, así como en que se comunique al individuo su inclusión en la misma, el afectado

¹⁰⁵ ÁLVAREZ, J. E.: “Hegemonic...”, *loc. cit.*, p. 876. Repetido ejemplo de ello es la persistente negativa de los Estados Unidos a procesar al opositor cubano Luis Posada Carriles, antiguo miembro de la CIA acusado entre otras cosas de ser el ideólogo del atentado terrorista contra un vuelo de la compañía Cubana de Aviación en 1976 en el que murieron 73 personas (junto a Orlando Bosh, que también se encuentra en los Estados Unidos). Cuba y Venezuela siguen exigiendo su extradición para su posterior procesamiento en el segundo país por sus delitos, y sin embargo, el Sr. Posada Carriles fue puesto en libertad bajo fianza el 19 de abril de 2007 después de ser acusado de ¡mentir sobre su nacionalidad a la hora de solicitar su ciudadanía! (Vid. el comunicado de prensa SC/9170, de 14 de noviembre de 2007, emitido tras una reunión informativa del Consejo de Seguridad con los Presidentes de los Comités de Sanciones, en la que el representante cubano Rodrigo Malmierca Díaz dejó bien claro que “double standards in the fight against terrorism must not prevail”, lo que dio lugar a un intercambio de opiniones entre EE.UU. y Cuba y Venezuela. Vid., también, la Carta del Embajador venezolano en Estados Unidos Bernardo Álvarez Herrera, “A terrorist goes free”, en *The New York Times*, 21 de abril de 2007, y *El País*: “EE.UU. deja en libertad al anticastrista Posada Carriles”, 20 de abril de 2007. A ello también hace referencia de manera crítica REMIRO BROTONS, A.: “Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden”, *loc. cit.*, p. 167).

continuará separado de la toma de decisiones que le afectan directamente, y sólo tendrá acceso a aquellos elementos de su expediente que los Estados estimen «comunicable»¹⁰⁶.

IV.2. El procedimiento de inclusión de los nombres en la lista

IV.2.1. La solicitud de la inclusión de un nombre en la lista

El procedimiento comienza con la solicitud por parte de un Estado (miembro o no del Consejo de Seguridad) de la adición del nombre de un individuo o entidad en la lista. En este punto hay que precisar que los únicos capacitados para realizar esta petición son únicamente los Estados; en ningún caso podrán proponer nombres organizaciones internacionales o individuos. Ni siquiera el mismo Comité de Sanciones puede *motu proprio* llevar a cabo peticiones. De hecho, el Equipo de Vigilancia ha propuesto que se le otorgue la competencia para sugerir nombres, “a intervalos de tres meses”, dada la aparente reticencia de muchos Estados para proponer nombres para la lista, y hasta el momento su propuesta no ha sido aceptada¹⁰⁷.

- *Origen de la información:* en la mayoría de los casos, el origen exacto de la información que da lugar a una inclusión en la lista no se conoce con precisión¹⁰⁸. CAMERON señaló hace años que hay varias posibilidades en cuanto a la procedencia de la información sobre posibles financiadores de Al-Qaeda y los Talibanes. Así, si bien formalmente suelen ser fuentes públicas (registros en compañías, informes bancarios de transacciones sospechosas...), en la práctica “secret intelligence material can

¹⁰⁶ *Directrices del Comité para el desempeño de su labor*, § 6 e), que dice exactamente que «Las modificaciones de la lista se comunicarán inmediatamente a los Estados Miembros. Cuando se añadan nombres nuevos a la lista, la Secretaría [del Comité de Sanciones], incluirá en la correspondiente comunicación la parte de la exposición que se pueda hacer pública (...)». Hay que anotar que EE.UU. sigue la práctica de comunicar a sus aliados y a posibles Estados afectados sus propuestas de inclusión con un plazo cinco días laborables antes de proponer un nuevo nombre (ROSAND, E.: “The Security Council’s effort...”, *loc. cit.*, p. 748).

¹⁰⁷ *Vid.* 7º Informe del Equipo de Vigilancia, p. 12. Según el mismo documento, esta reticencia se debe a un conjunto de temores: «políticos» (temor a que la proposición de nombres extranjeros sea considerada como una injerencia en los asuntos de otros Estados, y a que se reconozca internacionalmente que tienen problemas de terrorismo); «internos» (temor a estigmatizar un segmento de la población o a que la propuesta sea considerada como una actuación política contra ciertos líderes locales); «prácticos» (temor a entorpecer actuaciones policiales); y «judiciales» (temor a impugnaciones judiciales de las medidas sancionatorias). La conclusión es que «la pertinencia de la Lista no es proporcional a la amenaza actual y sigue socavando la eficacia del régimen de sanciones» (pp. 11-12).

¹⁰⁸ El Equipo de Vigilancia lo ha dicho más claramente imposible: «las pruebas dadas al Comité generalmente son confidenciales» (3º Informe del Equipo de Vigilancia de 9 de septiembre de 2005, S/2005/572, p. 19).

assumed almost invariably to lie behind the listing”¹⁰⁹. Más aún, para ser más precisos, se puede presumir que los servicios de inteligencia de los Estados Unidos están detrás de muchos de los nombres, sobre todo de aquellos propuestos durante los primeros años post-11 de septiembre. De hecho, es sabido que un diplomático del Consejo de Seguridad ha llegado a reconocer que “there was enormous goodwill and a willingness to take on trust any name that the U.S. submitted” durante los primeros días de después de los atentados de las Torres Gemelas¹¹⁰.

Esta situación dio lugar a que numerosas inscripciones se realizaran más bien por motivos políticos sin estar sujetas a estrictos criterios de legalidad¹¹¹. Una posible consecuencia de ello han sido las numerosas impugnaciones judiciales que se han producido en varios países que han aplicado las sanciones, como en EE.UU., Suiza o la Unión Europea. Ello no cuestiona como tal la calidad de la información que suministran los servicios de inteligencia a los Estados, sino que simplemente pone de relieve la necesidad de unas garantías procedimentales adecuadas para que los intereses políticos no distorsionen la utilidad de los datos que los citados servicios facilitan. No es casualidad que un trabajo del WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES se apoyara en un paralelismo con las causas de la crisis financiera para proponer la supresión de aquellos nombres “tóxicos”, introducidos injustificadamente, a fin de reducir la creciente litigiosidad ante los Tribunales nacionales y reducir las críticas hacia el trabajo del Comité de sanciones¹¹². Con ello se reduciría el riesgo de que la inteligencia sea utilizada, en la

¹⁰⁹ CAMERON, I.: *The European Convention on Human Rights...*, *op. cit.*, p. 5.

¹¹⁰ Citado en ROSAND, E.: “The Security Council’s effort...”, *loc. cit.*, p. 749. Con el tiempo, esta predominancia ha ido disminuyendo en buena medida, como matiza HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. (“Las sanciones del Consejo de Seguridad...”, *loc. cit.*, p. 743, nota al pie nº 30).

¹¹¹ De hecho, una acreditada voz como la de SUE ECKERT, del WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES, declaró en una entrevista en el programa “Day to Day” de la cadena de radio estadounidense NPR que “the problem cases that we see are really those cases in the immediate aftermath of 9/11. Since then, there have been improvements in the process” (disponible en http://www.watsoninstitute.org/news_detail.cfm?id=731, consultado el 14 de febrero de 2008). La misma NATIONAL COMMISSION ON THE TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES ha reconocido, en referencia a las inscripciones post-11/S, que “The goal (...) was to conduct a public and aggressive series of designations to show the world community and our allies that the United States was serious about pursuing the financial targets (...) some of the evidentiary foundations for the early designations were quite weak” (*op. cit.*, p. 79).

¹¹² WATSON INSTITUTE, *Adressing challenges...*, *doc. cit.*, p. 24.

ingeniosa fórmula de HUGUES, del modo en que una persona ebria usa una farola: para apoyarse, en vez de para iluminarse¹¹³.

Con todo, esta visión que acabamos de presentar no dibuja con total precisión la realidad, puesto que es indudable que el Equipo de Vigilancia –como su antecesor, el Grupo de Vigilancia-, ha adquirido en el ejercicio de sus funciones un conocimiento tan profundo de los mecanismos de financiación del terrorismo que no es de extrañar que se haya ofrecido para proponer nombres para la lista. En efecto, después de entrevistas con autoridades nacionales y regionales, con expertos en el sistema financiero internacional, y de numerosos viajes a países de interés, el Equipo ha desarrollado una cierta capacidad de inteligencia que le ha aportado algo de autonomía respecto de los servicios secretos nacionales, y le ha capacitado como fuente de información muy relevante en materia de lucha contra la financiación del terrorismo¹¹⁴.

- *Exposición de motivos:* toda propuesta de inclusión de un nombre ha de incluir una «exposición en apoyo de la propuesta de inclusión en la lista»¹¹⁵ que incluya los datos concretos que demuestren la asociación o las actividades atribuidas, la procedencia de los *indicios* y otros documentos complementarios que puedan aportarse. Esta

¹¹³ HUGUES, T. L.: “The Fate of Facts in a World of Men: Foreign Policy and Intelligence-Making”, *Headline Series*, December 1976, p. 24; citado en CHESTERMAN, S.: “The spy who came in from the Cold War: Intelligence and International Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 27, p. 1100. Laten aquí dos problemas de fondo relativos al uso de los recursos de inteligencia por parte de los Estados y su relación con las Naciones Unidas, a los que el mismo CHESTERMAN ha dedicado atención: su utilización «selectiva» de acuerdo con intereses políticos o como “moneda de cambio” en intercambios de inteligencia; y el enorme poder de ciertos servicios de inteligencia que les posiciona en una situación de «oligopolio» con respecto a los demás miembros de la Comunidad Internacional (sobre todo, CIA, FBI, MI6). En el ámbito del Consejo de Seguridad y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, esto se traduce en una incongruencia entre el uso del Consejo como foro para justificar e implementar políticas de supuesto carácter multilateral y la incapacidad general de las Naciones Unidas para manejar información sensible, que los Estados con más peso prefieren evitar. Trasladando esto al campo de la lucha contra el terrorismo, el resultado es, siempre según el mismo autor, que “the role of the United Nations (...) will not extend beyond that of chorus” (Vid. de forma general, CHESTERMAN, S.: “Shared secrets: Intelligence and collective security”, *Paper from the Lowy Institute for International Policy*, n° 10, 2006, disponible en <http://www.lowyinstitute.org/Publication.asp?pid=360>, visitado por última vez el 14 de enero de 2008. Allí se ilustra esta problemática con numerosos ejemplos de la práctica del Consejo. Vid. también, del mismo autor, “Does the United Nations have intelligence?”, *Survival*, vol. 48, n° 3, Autumn 2006, pp. 149 y ss.).

Sin embargo, tampoco conviene mitificar en exceso el poder de este «oligopolio» en el ámbito de la obtención de información sobre la financiación del terrorismo. A este respecto, una fuente tan rigurosa como la NATIONAL COMMISSION ON THE TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES, ya citada varias veces en este trabajo, recuerda que uno de los retos del gobierno de los EE. UU. en la lucha contra la financiación del terrorismo es su “reliance on foreign government reporting for intelligence” (*op. cit.*, p. 7).

¹¹⁴ De todo ello da fe el 7º Informe: “El Equipo informa de sus contactos con el sector privado y la intensificación de sus relaciones con los servicios de inteligencia y de seguridad. Esas relaciones han sido de gran utilidad para el Comité (...)” (p. 5).

¹¹⁵ Vide *Directrices del Comité para el Desempeño de su Labor*, § 6 d).

obligación¹¹⁶ es un imperativo imprescindible en un régimen de sanciones que pretende crear procedimientos medianamente justos, ya que facilita el uso por parte de los particulares –a través de sus Estados- de los mecanismos de retirada de la lista¹¹⁷. Pues bien, durante los primeros años del mecanismo los Estados declinaron a menudo hacer referencia los motivos por los que se proponían nombres, y tampoco se esforzaron en mostrar de manera detallada el vínculo de estos con Al-Qaeda o los Talibanes¹¹⁸. Ésta fue, sin duda, una de las grandes críticas que se esgrimieron contra el sistema, y que de hecho siguen siendo esbozadas a pesar del avance que ha supuesto obligar a los Estados a exponer los motivos de las solicitudes de inclusión.

Radican aquí dos cuestiones de fondo que explican el porqué de estas críticas. Por un lado, una que ya conocemos: que en última instancia son los Estados los que deciden qué es publicable y qué no, por lo que las exposiciones de motivos serán lo detalladas que estos consideren. Por otro lado, y como ha recordado de manera insistente el Comité de sanciones, no es necesario el inicio de ningún proceso penal a nivel nacional –ni de ninguna investigación policial- para que se apruebe una congelación de bienes a un individuo o entidad, por lo que no hay ninguna necesidad de que exista una medida «oficial» a nivel nacional en contra de un particular para que se inicie un procedimiento de inclusión¹¹⁹.

Recientemente se ha ampliado esta obligación de motivación, y las actuales Directrices del Comité de sanciones muestran un gran detalle a la hora de precisar en qué consiste la obligación de “presentar una obligación detallada en apoyo de la propuesta de inclusión de la lista”: datos concretos que la persona o entidad cumple los requisitos para

¹¹⁶ Añadida a las Directrices en virtud del mandato del p. 4 de la resolución 1617 (2005).

¹¹⁷ Además, facilita la aplicación efectiva del régimen, ya que permite a los Estados centrarse en los aspectos sancionatorios que más relación tengan con los motivos de la inclusión. Así, «si una persona ha sido incluida porque el principal peligro que entraña es de carácter financiero y los Estados lo supieran, podrían esforzarse especialmente en encontrar sus bienes; si el principal riesgo es que la persona facilita los viajes o imparte adiestramiento o proporciona armas, entonces podrían adquirir prioridad otras medidas» (7º Informe del Equipo de Vigilancia, p. 14).

¹¹⁸ ROSAND, E.: “The Security Council’s effort...”, *loc. cit.*, pp. 748-49.

¹¹⁹ «No es necesario para la inclusión en la lista, que se hayan presentado cargos contra una persona o se la haya condenado, puesto que las sanciones tienen carácter preventivo» (*Directrices del Comité para el Desempeño de su Labor*, § 6 c).

ser incluida en la lista, detalles sobre toda conexión con cualquier persona o entidad que ya esté incluida en la lista, procedencia de las pruebas acreditativas, etc.¹²⁰

- *Datos identificativos de las entidades o individuos*: igual de importante que la exposición de motivos es la obligación de detallar con precisión a quiénes se van a aplicar las medidas congelatorias. El régimen Al-Qaeda/Talibanes encuentra aquí otro talón de Aquiles, no obstante la enorme preocupación que ha suscitado esta cuestión en el Comité de sanciones¹²¹. A este respecto se han realizado varias mejoras para la correcta identificación de los listados, como su designación mediante un número identificativo o la inclusión de los nombres en la lengua original; mas sin duda la novedad más notoria ha sido la creación de un «formulario de remisión de las propuestas enviadas al Comité» que incluye una serie de casillas con categorías de datos personales que los Estados han de rellenar «en la medida de lo posible»¹²². Aunque es de esperar que la normalización del uso de este formulario contribuya a mejorar la calidad de la información de la lista, hay que aceptar que la cambiante realidad de nombres, pasaportes, domicilios y alias irá siempre por delante de los datos contenidos en la lista, por lo que será inevitable el riesgo de sancionar a objetivos equivocados¹²³.

IV.2.2. Admisión a trámite de la propuesta, deliberación y aprobación

¹²⁰ *Directrices del Comité*, § 6 e).

¹²¹ De hecho, el Décimo Informe del Equipo de Vigilancia este órgano seguía insistiendo en la necesidad de mejorar la calidad de la lista consolidada, sobre todo en lo que respecta a los Talibanes. *Vide Carta de fecha 8 de enero de 2008 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Presidente del Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1267 (1999) relativa a Al-Qaida y los Talibanes y personas y entidades asociadas*, S/2008/25, p. 3. El 7º Informe del Grupo de Vigilancia reconocía que «Los Estados y los encargados del cumplimiento en los bancos y otras instituciones constantemente señalan que la falta de datos identificativos en la Lista es el principal motivo de que no haya una aplicación rigurosa» (p. 13).

¹²² *Directrices del Comité*, § 6 d). La tabla se encuentra anexada a la resolución 1735 (2006).

¹²³ Claro que «lejos están los días del Comité de Sanciones de Angola cuando no más información que el apodo “Big Freddy” era considerado información suficientemente identificativa en el caso de un individuo listado» (WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES, *op. cit.*, p. 29, traducción propia). Al menos parte de las mejoras dependen de contactos directos de miembros del Comité de Sanciones con las autoridades nacionales de Estados donde se encuentran individuos para que éstas aporten más información. Por ejemplo, en el caso de Argelia, se realizaron mejoras en las entradas de 13 individuos y 3 entidades de la lista tras una reunión con sus autoridades (*Vid. Press Release: Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee approves amendments to 13 individuals, 3 entities on consolidated list*, SC/9296, 10 de abril de 2008).

Una vez realizada una propuesta, el Comité la recibirá independientemente de que haya sido elevada por uno de sus miembros o no. Al recibirla, la remitirá a todos los miembros del Comité, lo que dará lugar a la fase de deliberación, que en teoría ha de durar 10 días hábiles desde que el Comité recibió la propuesta. Ello no obstante, algunos Estados estarán ya al corriente de la propuesta, puesto que nada impide que se realicen consultas antes de formalizarla¹²⁴.

El plazo de 10 días¹²⁵ podrá ser en ocasiones demasiado breve como para realizar una valoración precisa de las pruebas presentadas. De hecho, a partir del año 2005, y debido al progresivo contexto de “humanización” del régimen, la práctica fue alargando este período en función de las necesidades de los Estados, pasándose a una media de 65 días de deliberación para los individuos durante el año siguiente¹²⁶. Esta tendencia se encuentra reconocida en las Directrices del Comité, que incluyen la posibilidad de un “examen más detallado” si así lo solicita alguno de sus miembros¹²⁷.

Si pasado el plazo no se reciben objeciones, o si el Estado que pidió la suspensión del procedimiento fue sustituido por un miembro no permanente del Consejo de Seguridad que decide continuarlo, el Comité dará por aprobada la solicitud. En cambio, si algún Estado presenta objeciones habrá que alargar la fase de deliberación hasta que se éstas o la propuesta se retiren, ya que las decisiones se adoptan siempre por consenso.

IV.2.3. La congelación de los fondos

¹²⁴ Inferior si así lo estima el Presidente del Comité en situaciones de urgencia. Según el 6º Informe del Equipo de Vigilancia, es lo que habitualmente sucede (p. 18). Por el contrario, según el conocido documento del WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES, “there is typically little advance consultation with affected Member States, particularly if they are not currently serving on the Security Council”... (*Strengthening Targeted Sanctions...*, p. 28). Parece que esto tiende a suceder en la práctica; al menos en una reunión de febrero de 2007 en el Centro de Naciones Unidas de Bangkok de miembros del Equipo de Vigilancia con altos funcionarios encargados de la lucha contra el terrorismo de Estados tan relevantes como Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia; estos plantearon la cuestión de las consultas a los Estados afectados antes de proponer cualquier nombre para la lista (7º Informe del Equipo de Vigilancia, p. 39).

¹²⁵ Inferior si así lo estima el Presidente del Comité en situaciones de urgencia (*Directrices del Comité*, § h).

¹²⁶ 6º Informe del Equipo de Vigilancia, pp. 18-19,

¹²⁷ *Directrices del Comité*, § 6 j).

El resultado de todo este proceso es la obligación por parte de los Estados de congelar inmediatamente¹²⁸ los recursos financieros de los designados en la lista del Comité –amén de otras medidas sancionatorias que no son objeto de estudio en este trabajo-. Si bien no existe una definición del término «congelación» en los documentos de este régimen de sanciones, sí que hay varias definiciones que son usadas como referencia por el Comité y los Estados a la hora de aplicar las sanciones, aunque no todas tienen el mismo alcance material. Así por ejemplo, la definición estándar que se utiliza en la Unión Europea nos parece especialmente amplia, mientras que el régimen de sanciones de Irak establecido en virtud de la resolución 1483 (2003) excluye expresamente los intereses comerciales «razonables». En cambio, la definición del Grupo de Acción Financiera hace referencia a algunos elementos del término «congelación» que no aparecen en ninguna otra definición formalizada.

Así las cosas, y sin pretender entrar demasiado en detalles que más bien pertenecen a otras ramas del Derecho, podemos extraer los siguientes rasgos generales de toda congelación impuesta en el marco de un régimen de sanciones inteligentes financieras:

- Se trata de una *prohibición* de transferir, convertir, disponer, mover, usar o efectuar cualquier otro tipo de alteración en los recursos económicos y financieros del individuo listado que resulte en un cambio de volumen, propiedad, posesión, carácter, destino, etc. La mayoría de las definiciones utilizan el término «prevención» que nos parece un tanto eufemístico, ya que a nuestro juicio estamos ante una prohibición en toda regla.
- No se produce un cambio en la «propiedad» de los recursos congelados, es decir, que dicha «propiedad» no pasa al poder público que lo congela ni se subasta ni se reparte, sino que permanece en manos del titular original. Hemos de entender que «propiedad» es un término estrecho que abarca todo tipo de títulos que se puede ostentar sobre los bienes congelados, como un derecho de hipoteca, una opción de compra, el cobro de una deuda contractual, etc. Eso sí, nada impide que el sujeto activo de la congelación – el Estado- administre los recursos congelados en aras de su mantenimiento hasta una hipotética retirada del sujeto pasivo de la lista.

¹²⁸ El § 3 de la resolución 1267 fue la única que no seguía esta norma general al establecer un plazo de 30 días para que se aplicaran las medidas sancionatorias, lo cual fue criticado con razón en la medida en que facilitó la evasión de fondos por parte de los futuros listados.

- Por su propia naturaleza, la congelación es prorrogable en el tiempo a voluntad del poder público que la impone. En el caso del régimen Al-Qaeda/Talibanes las sanciones pueden llegar a ser, como veremos, de carácter *indefinido*.

A partir de aquí las definiciones se separan en pequeños –pero importantes– matices, ya que si bien algunas incluyen la gestión de una cartera de valores como alteración en los recursos financieros que debe ser objeto de «congelación» (régimen de Irak, definición estándar de la UE), sólo una (régimen de Irak) excluye el cobro de intereses «razonables» de su ámbito de aplicación. El resultado final de todo ello es parecido al que llegamos en otros ámbitos del régimen, es decir, que al no haber unas definiciones estándar que puedan ser aplicadas universalmente, las «pequeñas» diferencias entre unos sistemas jurídicos y otros muestran que los Estados –por sí mismos o en el seno de organizaciones internacionales– implementan el régimen de una manera desigual y con un cierto margen de discrecionalidad¹²⁹.

Más profundas aún son las grietas que se han abierto en el régimen a raíz de la existencia de diferentes mecanismos jurídicos para implementar a nivel nacional la congelación de los activos e incorporar la lista. Las resoluciones del Consejo de Seguridad no hacen ninguna referencia a esta cuestión, y en teoría los Estados son libres de recurrir al método que mejor se adecúe a sus sistemas jurídicos, como puede ser la promulgación de una ley o un reglamento que habilite de manera general a aplicar las medidas congelatorias a la lista del Comité, y que luego se actualiza mediante un reglamento de carácter ordinario (como se hace en Argentina, Australia, Rusia, Suiza, Canadá o la Unión Europea); la creación de listas a nivel interno que coincidan e incluso amplíen las listas del Comité de sanciones (caso de Nueva Zelanda, Tanzania, las Bahamas o los Estados Unidos) o la aplicación directa de las listas sobre la base de su legislación original de participación en Naciones Unidas (tal es el caso de Pakistán).

¹²⁹ Aunque este margen de discreción no siempre va a ser negativo para el régimen en general y para los individuos afectados en particular. Así, algunos Estados que han congelado bienes han tenido en cuenta las circunstancias concretas del caso y se han encargado de la gestión de negocios que de no haber sido así se habrían arruinado, o en otros casos, *con la participación de los Tribunales*, han distribuido la parte de un edificio en régimen de copropiedad entre los demás propietarios del mismo (lo cual es ya una confiscación en toda regla). *Vid.*, para el primer caso en Italia, el 4º Informe del Equipo de Vigilancia, de 10 de marzo de 2006, S/2006/154, p. 20; para el segundo, referido a las «Torres Gemelas» de Albania, uno de cuyos propietarios era Yasin Al-Qadi, que figura en la lista, el 5º Informe del Equipo de Vigilancia de 20 de septiembre de 2006, S/2006/750, p. 25, énfasis añadido).

El problema surge con los Estados que utilizan la legislación penal –y en consecuencia los procedimientos penales- para congelar los activos o mantener una congelación que se había impuesto de manera provisional, con o sin la creación de una lista de sancionables¹³⁰, poniendo así en entredicho las designaciones llevadas a cabo por el Comité de sanciones. La opinión «oficial» del Consejo de Seguridad es que estas sanciones no tienen en ningún caso carácter penal. En este sentido, y con un lenguaje que no deja lugar a dudas, se manifiesta el preámbulo de las resoluciones 1735, 1822 y 1904¹³¹, y así lo han reiterado en numerosas ocasiones tanto el Comité de sanciones como el Equipo de Vigilancia¹³². Más importante aún, dado que los Estados tienen la ineludible obligación de congelar los bienes de los individuos listados que se encuentren en su territorio por mandato de las resoluciones 1267 y sucesivas, deberán *al menos* abstenerse de recurrir al uso de procedimientos penales en la medida en que ello les impida cumplir con las obligaciones que imponen dichas resoluciones. Dado que la sentencia *Kadi (II)* del Tribunal de Justicia ha exigido un control judicial de todas las listas europeas, sean o no autónomas, dejaremos abierto el problema para abordarlo en profundidad en otro lugar de este estudio¹³³.

¹³⁰ Tal es el caso (según los datos del Informe facilitado en 2003), de la India que congela los bienes mediante el recurso a una Ley (penal) de prevención de terrorismo de 2002 a través del Código de Procedimiento Penal de 1973; Vietnam, que en su informe de 20 de octubre de 2003 daba cuenta de las carencias de su sistema jurídico para aplicar las sanciones del Consejo de Seguridad: además de recurrir al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal, especificaba que la Convención Internacional para la represión de la financiación del terrorismo era su base jurídica para la aplicación de las sanciones. Además, Angola ni siquiera tiene un delito específico de terrorismo en su Código Penal (Informe de India conforme al párrafo 6 de la resolución 1455 de 11 de junio de 2003, S/AC.37/2003/(1455)/49, p. 2; Informe de Vietnam de 20 de octubre de 2003, S/AC.37/2003/(1455)/77, p. 4; Informe de Angola de 15 de abril de 2003, S/AC.37/2003/(1455)/3, p. 1). A este problema hace referencia también BIANCHI, A.: “Assessing the effectiveness of the UN Security Council’s anti-terrorists measures: the quest for legitimacy and cohesion”, *EJIL*, vol. 17, nº 5, 2006, p. 894). Merecen ser citados en este contexto los tres procesos (Interlaken, Bonn-Berlin y Estocolmo), cada uno de los cuales recomendó su propia «Ley modelo» a fin de garantizar una aplicación más efectiva y uniforme de las sanciones (para la última, que pretendió mejorar los defectos de las anteriores, *Vid.* WALLENSTEEN, P.; STAIBANO, C.; ERIKSSON, M. (Eds.): *Making Targeted Sanctions...*, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

¹³¹ Resolución 1735 (2006) de 22 de diciembre de 2006, preámbulo, § 10: «*Reiterando* que las medidas (...) son de carácter preventivo y no se basan en criterios penales establecidos en el derecho interno».

¹³² *Vid.*, por todos, el 3º Informe del Equipo de Vigilancia: «[el sistema de aplicación de sanciones mediante procedimientos penales] es problemático y generalmente no cumple con las prescripciones de las sanciones ordenadas por el Consejo de Seguridad (...) Significaría que los jueces nacionales podrían poner en entredicho a posteriori la decisión del Comité establecido en virtud de la resolución 1267 basándose en su propio examen de las pruebas, que pueden no ser las mismas pruebas que se presentaron al Comité (porque las pruebas dadas al Comité generalmente son confidenciales). Además, esto haría que los tribunales nacionales juzgasen la inclusión en la lista de las Naciones Unidas basándose en las normas penales de prueba, a pesar de que la lista no tiene carácter penal. Esto es indefendible» (p. 18).

¹³³ *Cfr.* Capítulo VIII.

IV.2.4. Notificación a los afectados y publicidad general de la medida

La garantía procedimental esencial que constituye la notificación de la inclusión en la lista a los individuos o entidades afectados por las sanciones ha sido uno de los avances más notables del régimen de sanciones¹³⁴. Hoy en día caben pocas dudas de que estamos frente a una obligación de los Estados que nace después de la publicación de la lista y que debe ser cumplimentada no más tarde de dos semanas desde la aprobación de la inclusión de un nombre¹³⁵. De hecho, en estos términos imperativos se expresan las directrices del Comité de sanciones: « (...) los Estados *deben* informar por escrito, en la medida de lo posible, a las personas y entidades incluidas en la Lista Consolidada sobre las medidas impuestas (...)»¹³⁶.

¹³⁴ La publicidad de estas medidas congelatorias no sólo concierne a los afectados. Bien sea por razones de efectividad en la implementación de las sanciones, bien por una sana voluntad de transparencia hacia la comunidad internacional, las entidades bancarias y no bancarias (entre estas últimas, fondos de pensiones, compañías de seguros o instituciones de préstamo financiero) han de ser informadas puntualmente de las novedades del régimen para hacer posibles las obligaciones positivas y negativas que éste impone, es decir, para congelar fondos y no poner recursos económicos a disposición de los financiadores del terrorismo. Esta obligación, que corresponde a los Estados, no siempre ha sido cumplida con la amplitud y profundidad que requiere este sistema (*Vid.* 2º Informe del Grupo de Vigilancia, p. 14).

Junto a ellos, la Interpol también será objeto de comunicación de los nombres de la lista. Como es sabido, Naciones Unidas firmó en 1997 un Acuerdo de Cooperación con esta organización en cuyo artículo 9 autorizaba a firmar acuerdos complementarios en el caso de que se produjera una de las situaciones del artículo 4(1) del mismo, es decir, que una organización requiriera a la otra cooperación cuando la segunda estuviera en posición de ayudar a la primera. Pues bien, dada la necesidad de que la lista del régimen Al-Qaeda/Talibanes sea distribuida a las autoridades policiales con la mayor amplitud y celeridad posible, sólo era cuestión de tiempo que se intensificara la colaboración entre ambas organizaciones. Así, la resolución 1617 pedía al Secretario General de Naciones Unidas en su párrafo 8º que tomara medidas en este sentido, y meses más tarde una Resolución de la Asamblea General de la OIPC-Interpol instaba a la Secretaría General de esta organización, entre otras disposiciones, a crear una difusión especial de la Interpol para personas que figuren en la lista (Resolución de la Asamblea General de la Interpol AG-2005-RES-05 de 22 de septiembre de 2005, cuyo § 1 a) ordena la creación del sistema de difusión internacional «a fin de alertar a los Estados de que las Naciones Unidas han impuesto sanciones a determinadas personas (...)). Además, prescribe que se «incorpore a las difusiones internacionales de la Interpol ya existentes una nota que indique que una determinada persona figura en la lista del Comité» [§ 1 b)], o que «incorpore a la base de datos de Interpol, a la que pueden acceder los Estados miembros, nombres y datos sobre personas incluidas en la Lista del Comité» [§ 1 d)]. Dicha difusión comenzó a funcionar el 6 de diciembre de 2005 (*Vid.* Comunicado de prensa “INTERPOL publica las primeras difusiones sobre presuntos terroristas que figuran en la lista de sanciones de la ONU” de 6 de diciembre de 2005, disponible en la <http://www.interpol.int/public/ICPO/PressReleases/PR2005/PR200549Es.asp>, consultado el 12 de abril de 2008).

¹³⁵ Directrices del Comité, § 6 h). Nótese que las dos semanas se cuentan a partir de la inclusión en la lista y no de la congelación efectiva de los fondos, por lo que es perfectamente posible que un individuo reciba una notificación antes de que se congelen todos sus fondos, al no haber podido (o querido) localizarlos el Estado obligado a ello.

¹³⁶ Directrices, § 6 n).

El contenido de la comunicación no se ha de limitar a una simple notificación de la imposición de las medidas. Si bien sólo «en la medida de lo posible» -dado que en muchas ocasiones los afectados se encuentran en paradero desconocido-, los Estados tienen además la obligación de explicar el procedimiento que ha llevado a incluir a los afectados en la lista, así como de informar sobre los medios legales de que disponen para ser retirados de ella, y por último de proporcionar una copia de la parte de la exposición de motivos que el Estado aportó al Comité, y que pueda hacerse pública. De acuerdo con el Equipo de Vigilancia, ello prueba los esfuerzos que está llevando a cabo el Comité de Sanciones para ofrecer unos procedimientos justos: a 2 de octubre de 2009, se habían enviado resúmenes de los motivos de inclusión de 293 de las 511 personas incluidas en la Lista a los Estados proponentes para que hagan observaciones al respecto y dentro de poco estos resúmenes se sumarían a otros 83 que ya figuran en el sitio web del Comité¹³⁷.

Dado el secretismo que rodea todo el procedimiento de inclusión en la lista, no es irrazonable sospechar que numerosas exposiciones de motivos utilizadas hasta la fecha habrán sido insuficientes para el ejercicio de sus derechos de defensa¹³⁸, y que por lo tanto le servirá sólo para conocer el origen de la congelación de sus fondos y el régimen jurídico al que está sujeta. Y ello, en el caso de que se produzca tal notificación. De hecho, tampoco resulta novedoso decir en esta sede que hay Estados que carecen de la capacidad efectiva e incluso la voluntad de llevar a cabo su obligación de notificar¹³⁹.

Por último, el público general también debe ser informado de las variaciones que se produzcan en la lista. En este punto hay que constatar la buena labor del Comité de sanciones, que luego de la aprobación de la adición –o supresión- de un nombre emitirá la correspondiente nota de prensa que lo hará público y la pondrá «rápidamente» a disposición del Comité en su sitio web. También se encuentran disponibles los resúmenes

¹³⁷ 10º Informe, p. 5. Hoy en día son muchos más, aunque no es fácil extraer una cuantificación total porque los resúmenes aparecen separados por categorías en el sitio web del Comité (<http://www.un.org/spanish/sc/committees/1267/narrative.shtml>, visitado por última vez el 16 de abril de 2011).

¹³⁸ Se recomienda a este respecto la entrevista a YOUSSEF NADA realizada por el diario *Daily Motion*, vídeo disponible en http://www.dailymotion.com/video/x65uph_lincroyable-histoire-de-youssef-nad_news, visitado por última vez el 20 de febrero de 2009.

En el sitio web del Comité los resúmenes de motivos suelen ser prolijos en hechos, pero no suelen hacer referencia a la fuente, a no ser que la inclusión en la lista se haya fundamentado en una sentencia judicial previa.

¹³⁹ *Vid.* WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES, *op. cit.*, p. 30.

de los motivos de inclusión en la lista. Teniendo en cuenta que los Comités de sanciones han sido calificados como la «cara» de Naciones Unidas en la imposición de sanciones¹⁴⁰, esta celeridad hace efectiva una de las funciones de dicha cara, y, al mismo tiempo, contribuye a minimizar la percepción de oscurantismo de los procedimientos de los Comités.

IV.3. El examen periódico de las entradas de la lista

La necesidad de un examen periódico de las entradas de la lista no puede ser puesta en duda¹⁴¹. En palabras de MARTIN SCHEININ, en su calidad de Relator Especial de Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, «sin estas garantías, las listas pueden terminar teniendo duración ilimitada y, en consecuencia, se puede dar lugar a que sanciones transitorias, como la congelación de fondos, que equivale a la confiscación de fondos, se conviertan en medidas permanentes. La confiscación de fondos es una medida penal muy severa que exige las garantías procesales pertinentes»¹⁴².

Después de la propuesta de creación de este mecanismo por varias instituciones y organismos –entre ellos, el equipo de Vigilancia-, el Comité de sanciones tomó buena nota y modificó sus directrices en noviembre de 2006 en este sentido. Posteriores resoluciones del Consejo de Seguridad han perfeccionado el mecanismo de revisión de nombres, y además, la resolución 1822 (2008) encomendó al Comité que revisara todos los nombres de la lista a más tardar el 30 de junio de 2010¹⁴³, dando lugar a una intensa actividad de revisión de la

¹⁴⁰ WALLENSTEEN, P.; STAIBANO, C.; ERIKSSON, M. (Eds.): *Making Targeted Sanctions...*, *op. cit.*, p. 15, § 19. En este sentido el mismo documento advierte de que “In the absence of continuous and effective public communication, UN sanctions efforts remain vulnerable to myriad misperceptions, including active anti-sanctions propaganda campaigns, which can erode commitment among Member States” (p. 16, § 22).

¹⁴¹ A fin de no incurrir en equívocos, aclararemos que por «examen periódico» nos referimos en este apartado a la revisión que el Comité ha de hacer anualmente de aquellos nombres que no se hayan actualizado –es decir, revisado en profundidad-, durante al menos tres años. Distinguimos así este examen de la actualización que el Comité puede hacer de cualquier entrada de la lista en el momento en que un Estado presente una solicitud de revisión –que no es obligatoria ni periódica-; de la mera actualización ocasional de los datos o de la revisión general de la necesidad de las medidas que el Consejo de Seguridad ha ido llevando a cabo desde el comienzo del régimen de sanciones cada 12 ó 18 meses.

¹⁴² *Vid.* el citado informe A/61/267 de 16 de agosto de 2006, § 34, p. 17.

¹⁴³ S/RES/1822(2008), § 25.

pertinencia de *todos* los nombres de la lista que ha dejado sentada la práctica del actual procedimiento de revisión de nombres¹⁴⁴.

El funcionamiento del sistema es el siguiente¹⁴⁵: cada año, el Comité revisará todos los nombres de la lista que no se han actualizado durante al menos tres años o más. Para ello comunicará esos nombres al Estado o Estados proponentes, junto con la justificación de la propuesta y el formulario de remisión originales. El Comité pedirá al Estado o Estados proponentes y/o de nacionalidad –que no tienen por qué ser miembros del Comité de sanciones–, que presenten al Comité en el plazo de los tres meses siguientes cualquier información actualizada sobre los motivos de inclusión en la lista. Se instará a dichos Estados a que indiquen si consideran que la presencia en la lista sigue estando justificada¹⁴⁶.

Esta fase dura como máximo tres meses, menos si el Estado proponente y/o el de residencia o nacionalidad suministran la información requerida. El Presidente del Comité de sanciones distribuirá entonces toda la información recabada a los miembros del Comité de sanciones y el Equipo de Vigilancia, que en plazo máximo de un mes podrán presentar información adicional sobre el nombre sometido a examen¹⁴⁷. Al vencimiento de este plazo, el Comité adoptará una decisión respecto de esa entrada sometida a examen. La exclusión sólo se podrá producir, previa propuesta de un miembro del Comité, por el mismo consenso que justificó su inclusión¹⁴⁸. La decisión final se notificará al Estado(s) proponente y al Estado(s) de residencia/nacionalidad, los cuales a su vez son alentados a adoptar “todas las medidas posibles, de conformidad con su legislación y práctica nacionales”, para notificar o informar a la persona o entidad de la decisión del Comité¹⁴⁹.

¹⁴⁴ De acuerdo con el último Informe del WATSON INSTITUTE, “The workload associated with the 1822 review has been extraordinary for 1267 committee members, staff, national governments, and especially those States responsible for the most designations or with the largest number of designees either as citizens or located in their territory (...) the 1822 review process seems to have changed the culture of the 1267 committee, with much greater discussion and deliberation during meetings rather than only reporting instructions from capitols” (*Addressing challenges...*, *loc. cit.*, pp. 16-17).

A fecha de 11 de mayo de 2010 el procedimiento de revisión de todos los nombres de la lista no había terminado, ni había visos de que así sucediera (S/PV.6310, de 6 de mayo).

¹⁴⁵ *Cfr.* § 10 a) de las Directrices del Comité,

¹⁴⁶ *Directrices del Comité*, § 10(a)(i) y (ii).

¹⁴⁷ *Ibid*, § 10(a)(iii).

¹⁴⁸ *Ibid*, § 10(a)(iv).

¹⁴⁹ *Directrices del Comité*, § 10(a)(iv).

La introducción de este mecanismo es en su conjunto loable y supone un salto adelante en legitimidad y justicia procedimental. Se ha discutido que el plazo de años sin revisión para que un nombre deba ser examinado es excesivamente largo. En su 2º Informe sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, el Relator Especial MARTIN SCHEININ hacía referencia a un plazo de entre 6 y 12 meses¹⁵⁰ para que dicha revisión se debiera dar, lo cual entendemos que es mucho más ajustado a la supuesta provisionalidad de las medidas. Es indudable que la frontera entre lo permanente y lo temporal no es fácil de delimitar, pero permitir que un nombre esté en la lista durante cuatro largos años sin revisión se acerca más bien a la perennidad, o al menos a la indefinición temporal.

Una interesante propuesta que ha sido positivamente valorada por el Equipo de Vigilancia¹⁵¹ es la de establecer un plazo máximo de expiración de las entradas, a partir del cual se exige el consenso de todos los Estados miembros del Comité para el *mantenimiento* de un nombre en la lista (y no para su supresión). Esta fórmula evitaría el veto negativo de cualquier Estado miembro del Comité respecto del mantenimiento de nombres en la lista, y contribuiría eliminar cualquier inercia en la gestión de las entradas, como sugiere el Equipo de Vigilancia. Sin embargo, presenta la doble objeción (no insalvable, a juicio de éste), de incentivar al Comité a desatender la revisión de la necesidad de mantener nombres de la lista hasta que llegue el plazo de expiración; y de desviar excesivamente su labor hacia la necesidad de justificar por qué los nombres han de permanecer en la lista al término del plazo de tres años.

Es cierto que la introducción de este sistema no resolvería el problema de fondo, que es la ausencia total del afectado en el transcurso del procedimiento. Sin embargo, acercaría mucho más la lógica del Comité de sanciones a su supuesta finalidad preventiva, al exigir un esfuerzo de los Estados en justificar afirmativamente, después de un plazo razonable de tiempo, por qué un nombre debe seguir objeto de medidas coercitivas; en vez de lo que sucede actualmente, donde sin plazo alguno la prueba exigida para abandonar la

¹⁵⁰ *Ídem*, § 34. p. 17.

¹⁵¹ *Vid.* 10º Informe, §§ 53-54. También el último Informe del WATSON INSTITUTE se mostraba favorable a esta solución (*Addressing challenges...*, *doc. cit.*, p. 24. Se hace referencia a un período de 3 años para exigir unanimidad en el *mantenimiento* del nombre en la lista). El Relator Especial SCHEININ ha recomendado a los Estados un plazo máximo de 1 año para mantener un nombre en la lista, prorrogable si existe posibilidad de revisión judicial (A/HRC/16/51, § 35).

lista es la contraria; es decir, que basta aportar evidencias de que no conviene ser retirado de ella.

IV.4. La retirada de nombres de la lista

La garantía esencial de temporalidad de las sanciones inteligentes del régimen Al-Qaeda/Talibanes es el procedimiento de retirada de la lista. Aquí el sistema ha dado otra muestra de los esfuerzos diplomáticos por conseguir mejorar los procedimientos, pues cuando en 1999 el Consejo de Seguridad concibió el régimen, en ningún caso previó la necesidad de formalizar un mecanismo de retirada de los afectados de la lista, quizás por no ser consciente del desarrollo que iba a experimentar en años posteriores. Tampoco lo hizo en el año 2000; ni siquiera durante los meses después del 11 de septiembre, cuando los Estados del Consejo comprendieron mejor la amplitud de la amenaza terrorista. Y sin embargo, dos de las novedades más recientes introducidas en el sistema conciernen a este crucial aspecto.

En este apartado expondremos el funcionamiento del mecanismo de retirada de nombres de la lista, como hemos hecho en apartados anteriores, de una manera sistemática, basándonos sobre todo en el art. 8 de las Directrices del Comité tal y como quedaron reformadas tras la introducción del *Ombudsman*. Para ello posaremos nuestra mirada sobre cuatro aspectos diferenciados del sistema: la capacidad para solicitar el inicio del procedimiento, los motivos por los que se puede iniciar, el desarrollo del procedimiento en sí y los efectos que se derivan de una conclusión satisfactoria.

En lo que se refiere a la *capacidad para solicitar el inicio del procedimiento*, en un primer momento, tras la reforma operada por la resolución 1730, ésta correspondía a los individuos o entidades incluidos en la lista, o bien al representante legal de los mismos, y siempre a través del Estado en que residieran o del que fueran nacionales o dirigiéndose directamente al punto focal. Actualmente, los individuos deberán ponerse en contacto con la Oficina de la *Ombudsman*, que pondrá en funcionamiento el mecanismo de retirada; o bien proponer su solicitud por conducto del Estado de residencia o nacionalidad¹⁵². Como es de suponer que las futuras solicitudes se tramitarán mayoritariamente a través de la

¹⁵² *Directrices del Comité*, § 7(a).

Oficina de la *Ombudsman*, se permite que los Estados decidan como norma general, que sus nacionales acudan a ella para tramitar los expedientes de retirada de la lista¹⁵³.

Junto a los individuos o entidades afectados, cualquier Estado puede *motu proprio* proponer la retirada de la lista después de celebrar consultas bilaterales con el Estado o los Estados proponentes. El desarrollo de este procedimiento es más ágil que el que describiremos en breve, pues basta la inclusión de la solicitud de retirada en el orden del día del Comité y la adopción de una decisión al respecto, en la que el Estado que realiza la propuesta no puede votar pero sí presentar sus opiniones en el período de un mes.

Pasando ya a analizar los *motivos por los que se puede solicitar el inicio del procedimiento*, detallados en el párrafo 14 de la resolución 1735, estos deben intentar ajustarse a dos criterios que el Comité tomará en cuenta a la hora de adoptar decisiones: o bien que se haya producido un error de identificación, o que la persona haya dejado de reunir los requisitos para estar incluido en la lista, es decir, los que expusimos durante nuestro análisis del ámbito personal de aplicación de la lista: dejar de pertenecer a la red Al-Qaida o a los Talibanes o de estar «asociados» con ellos¹⁵⁴. El primer supuesto no plantea demasiados inconvenientes, pero en el segundo caso la carga de la prueba puede ser enormemente onerosa para los afectados, dado que en muchas ocasiones no será nada fácil demostrar la falta de vínculo con una red terrorista internacional sin que ni siquiera se conozcan las pruebas que llevaron a la inclusión en la lista, dada la desconfianza entre muchos Estados para intercambiar información confidencial entre sí. Ello ha justificado el uso de los adjetivos crípticos para describir la realidad de los individuos afectados por las listas negras; “kafkiana” para unos¹⁵⁵, y “draconiana”¹⁵⁶ o “inquisitorial” para otros¹⁵⁷.

¹⁵³ *Ibid*, § 7 e).

¹⁵⁴ Es evidente que también el fallecimiento de la persona o la disolución de la entidad puede motivar la solicitud de exclusión. La cuestión parece estar resuelta al menos desde que una Nota Verbal de abril de 2006 del Comité dirigida a los Estados miembros autorizó a los familiares o representantes legales de los fallecidos a acudir al punto focal para presentar sus solicitudes (Nota verbal SCA/2/06(8), de abril de 2006). Actualmente el mecanismo de contacto con el Comité se encuentra regulado en el § 7(i) de las Directrices.

¹⁵⁵ Informe elaborado por DICK MARTY para la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (*Commission des questions juridiques et des droits de l'homme. Listes noires du Conseil de sécurité des Nations Unies* (Rapporteur Dick Marty) As/Jur (2007) 14, 19 de marzo de 2007), p. 1. También utiliza este adjetivo SCHEININ en la introducción al Informe del EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS *Blacklisted: Targeted sanctions...*, *doc. cit.*, p. 4.

¹⁵⁶ SCHABAS, W.: “Judicial review of Security Council blacklists”, <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2009/06/judicial-review-of-security-council.html>, visitado por última vez el 17 de abril de 2011.

El *desarrollo del procedimiento* es complejo y de connotaciones claramente políticas. En primer lugar, el *Ombudsman* se encarga de la recepción de las solicitudes de exclusión de nombres, así como de la recopilación de información en posesión de los Estados relativa a la persona que envía la solicitud. Esta fase dura dos meses; en ella el *ombudsman* no sólo contacta con los Estados, sino también con el Equipo de Vigilancia, el cual deberá ofrecerle toda la información disponible, así como “evaluaciones basadas en los hechos de la información proporcionada por el autor de la solicitud que sea pertinente para la solicitud de supresión de un nombre de la Lista”¹⁵⁸.

Terminada esta primera fase (que puede prorrogarse dos meses más si fuera necesario), la *Ombudsman* presentará información actualizada al Comité sobre los avances logrados. Seguidamente se inicia la fase de diálogo, de otros dos meses prorrogables, durante la cual contactará con la persona o los representantes de la entidad objeto de medidas sancionadoras y se coordinará con los Estados a fin de facilitar una suerte de diálogo indirecto entre ambos¹⁵⁹. Es aquí donde los afectados tendrán la oportunidad de exponer sus argumentos que justifiquen la exclusión de la lista. Ello permitirá a la *Ombudsman*, al finalizar esta fase, elaborar un Informe que sintetice toda la información disponible. El Comité resolverá la solicitud de manera confidencial a los treinta días de la presentación del Informe de la *Ombudsman*, acto que puede ir precedido de la formulación de preguntas concretas por parte de los Estados del Comité, y en el que también estará presente el Equipo de Vigilancia¹⁶⁰. La *Ombudsman* transmitirá toda la información a los interesados, que incluirá, en caso de rechazo de la solicitud, una serie de comentarios explicativos del Comité y un resumen actualizado de los motivos para la inclusión¹⁶¹.

IV.5. Las derogaciones humanitarias de la congelación de fondos

Debido a las evidentes y profundas consecuencias que estas sanciones inteligentes financieras pueden tener sobre la vida diaria de afectados, bien sean individuos o entidades, y teniendo en cuenta que estas sanciones surgieron para evitar los devastadores

¹⁵⁷ HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: “Las sanciones del Consejo de Seguridad...”, *loc. cit.*, p. 747.

¹⁵⁸ *Directrices del Comité*, Anexo, § 3 b).

¹⁵⁹ *Ibid*, §§ 5-6.

¹⁶⁰ *Ibid*, § 9.

¹⁶¹ *Ibid*, § 12.

efectos que las sanciones económicas generales habían tenido sobre la población de ciertos Estados, resulta lógico que el Consejo de Seguridad tuviera en cuenta la posibilidad de aplicar derogaciones humanitarias desde los mismos albores del régimen de sanciones. Se trataba, en efecto, de humanizar lo que de por sí es más humano, a fin de evitar que la concentración del ámbito de aplicación de las medidas en una serie de objetivos concretos supusiera una carga excesivamente pesada sobre las espaldas de los sancionados. Claro que, en un principio, los términos de las derogaciones no estaban bien definidos en el caso de las sanciones financieras¹⁶², dado que el objetivo primario de las primeras era «evitar que se produzcan consecuencias humanitarias perjudiciales para la población del Afganistán»¹⁶³. Ello reflejaba el debate predominante sobre las consecuencias de las sanciones, que en ese momento no había tomado consciencia del problema de las repercusiones negativas de las sanciones inteligentes financieras sobre los objetivos de las mismas, al estar todavía determinado por la experiencia de las sanciones contra Irak y sus graves efectos sobre la población del país.

Como el régimen fue creciendo al hilo de los acontecimientos internacionales, se fue haciendo más patente la necesidad de crear un mecanismo de derogaciones humanitarias que paliara las consecuencias negativas de estas sanciones financieras. Fue la resolución 1452 (2002) la encargada de llenar este vacío mediante un sistema de exenciones y excepciones que posteriormente sería introducido en regímenes de sanciones como los de Liberia, Costa de Marfil o Corea del Norte, aunque con alguna ligera variación¹⁶⁴. Pasados algunos años desde su creación, es posible obtener algunas conclusiones sobre la estructura y funcionamiento del mecanismo, tal y como haremos posteriormente. Pero antes de ello conviene realizar algunas precisiones terminológicas.

Como hemos afirmado, el sistema creado por la resolución 1452 (2002) establece un régimen de exenciones y excepciones. Aceptando que la diferencia entre ambas categorías reside en el hecho de que en el caso de las primeras no es necesaria en principio la autorización por parte del Comité de sanciones para utilizar los fondos, sino que lo que

¹⁶² La resolución 1267 sólo indicaba que los Estados debían congelar los fondos de los Talibanes «excepto los que pueda autorizar el Comité en cada caso, por razones de necesidad humanitaria» [§ 4 b)]. En cambio, la posterior resolución 1333 no incluía expresamente esta excepción.

¹⁶³ S/RES/1333, preámbulo, § 16.

¹⁶⁴ Resoluciones S/RES/1532 (2004) de 12 de marzo de 2004 para el caso de Liberia (§ 2); S/RES/1572 (2004) de 15 de noviembre de 2004 para Costa de Marfil (§ 12); y S/RES/1718 (2006) de 14 de octubre de 2006 en el caso de Corea (§ 9).

en teoría hay es una derogación automática para esas tipologías de bienes exentos¹⁶⁵, encontramos que el párrafo 1 de la resolución 1452 contiene ambas categorías.

Así, en el apartado a) se hace referencia a una lista no exhaustiva de productos «necesarios para sufragar gastos básicos» (como el pago de alimentos, hipotecas, tratamientos médicos o el reembolso de gastos asociados con la prestación de servicios jurídicos). Para esta categoría de bienes existe una exención automática que va a permitir el acceso a los fondos, activos o recursos –cuentas bancarias, bienes sujetos a garantías reales, etc.- desde el mismo momento en que el Estado, previa solicitud del individuo, notifique su aplicación al Comité de sanciones, y siempre y cuando este último no se oponga antes de 48 horas (actualmente 3 días laborables¹⁶⁶). Por el contrario, en el caso de los bienes «necesarios para sufragar gastos extraordinarios» (apartado b), es necesaria la aprobación del Comité después de la notificación estatal. Es decir, que nos encontramos frente a un caso claro de excepción humanitaria.

Por ello resulta algo confusa la terminología utilizada por el Equipo de Vigilancia o por el mismo Comité, que recurren indistintamente a ambas categorías. Pero en todo caso se trata de una diferenciación más bien formal, puesto que desde el punto de vista procedimental tanto exenciones como excepciones requieren el *placet* del Comité de sanciones, bien sea por no oposición en 3 días laborables o por autorización expresa. Claro que el hecho de que haya un plazo concreto para las exenciones facilita enormemente su aprobación, dado que con ello se elimina la posibilidad de que las solicitudes se demoren

¹⁶⁵ La diferenciación no procede de las resoluciones del Consejo, sino de los procesos de Bonn-Berlín e Interlaken (p. 79 del documento en el primero; p. 20 en el segundo). A ella recurre en sus análisis TEHINDRAZANARIVELO, D. L., concretamente en “Le droit des Nations Unies et les limites au pouvoir de sanction du Conseil de sécurité”, en FORLATI, L. P.; SICILIANOS, L.-A. (Eds.): *Les sanctions économiques et le droit international – United Nations sanctions and International Law*, Nijhoff, Leiden-Boston, p. 25. El término «derogación» que utiliza el autor malgache y que usamos también aquí por razones estilísticas admite objeciones a la luz de la letra de las resoluciones. En efecto, uno podría pensar que en realidad no se produce tal «derogación», dado que los términos de la resolución 1452 (2002) dan a entender que las medidas congelatorias, en puridad, «no son aplicables a los fondos y otros activos financieros o recursos económicos» (§ 1). Para que haya derogación la medida ha de ser en principio aplicable y luego revocada; por el contrario, en este caso, y siempre en teoría, la medida no es aplicable desde el principio, aunque en la práctica se produzca primero una congelación de bienes y luego se requiera un procedimiento para descongelarlos. Esta objeción parece clara en el caso de las exenciones, en las que hay definidas unas categorías de gastos para cuya sufragación es posible el uso de los activos y bienes congelados; aunque no lo parece tanto en el caso de las excepciones, en las que hay unas categorías de gastos en principio prohibidas, pero autorizadas luego por el Comité. Mas incluso en este último caso la letra de las resoluciones (que afirma que las sanciones «no son aplicables» a los gastos extraordinarios), deja lugar a dudas.

¹⁶⁶ S/RES/1735, párrafo 15. Las Directrices del Comité fueron enmendadas en consecuencia [§ 9, apartado a)].

indefinidamente en el tiempo, contrariamente a lo que pasa con las excepciones, para cuya aprobación no hay ningún plazo fijado.

En todo caso, una cosa es la letra de las resoluciones y otra la evolución de la práctica en lo que se refiere a la aplicación de estas derogaciones. Y es que no son pocos los problemas que ha suscitado esta garantía humanitaria de las sanciones en lo que se refiere a su implementación, como ha destacado en varias ocasiones el Equipo de Vigilancia, que en su 4º Informe se mostró muy crítico con el escaso uso que casi todos los Estados hacían de este mecanismo¹⁶⁷. Así, teniendo en cuenta que a la altura de la fecha de dicho Informe había ya 345 individuos y entidades listados, el Equipo recordó que sólo se habían recibido solicitudes en relación con 23 individuos, y además todas procedentes de un pequeño grupo de países, principalmente Reino Unido y Alemania¹⁶⁸. Esta tendencia a la infrutilización del mecanismo, según se puede leer en informes posteriores, apenas se ha corregido. De hecho, los últimos Informes del Equipo de Vigilancia siguen notando el preocupante y escaso uso que hacen los Estados de esta posibilidad, del que “sistemáticamente” se hace “caso omiso” (salvo los pocos Estados más preocupados por la aplicación efectiva del régimen)¹⁶⁹.

Pero la falta de uso no es la única dificultad que tiene que superar el mecanismo de exenciones y excepciones. Otro problema proviene de la reticencia de algunos Estados a notificar que se han recibido solicitudes y que se están aplicando derogaciones a las obligaciones sancionatorias financieras que establece el régimen, al parecer por temor a que el Comité deniegue las solicitudes y los Estados se vean en consecuencia sometidos a críticas por vulnerar derechos humanos. Esta reacción de algunos Estados explica en parte la falta de solicitudes que recibe en el Comité mencionado en el párrafo anterior.

Ambos problemas habrían encontrado una solución muy sencilla en posibilitar a los afectados el acceso indirecto al Comité a través del punto focal. Resultaba poco comprensible que los particulares puedan disponer de esta estructura únicamente para comenzar los procedimientos de supresión de la lista, y no para hacer lo mismo con las

¹⁶⁷ *Vid.* 4º Informe del Equipo de Vigilancia de 10 de marzo de 2006, S/2006/154, §§ 51-60; pp. 18 y ss.

¹⁶⁸ 5º Informe del Equipo de Vigilancia, § 56, p. 19. Ambos Estados ha realizado el 75% de las solicitudes presentadas al Comité hasta la fecha del informe (septiembre de 2006).

¹⁶⁹ 9º Informe del Equipo de Vigilancia, p. 28; 10º Informe del Equipo de Vigilancia, pp. 23-24.

derogaciones humanitarias, tal y como propuso por ejemplo el WATSON INSTITUTE¹⁷⁰. Como actualmente el punto focal ha desaparecido de la estructura del Comité de sanciones, quizás fuera conveniente habilitar al *Ombudsman* para que gestione estas solicitudes sin tener que pasar por el filtro estatal, dado que no se entiende muy bien por qué su labor permite tramitar lo máximo (la retirada de un nombre de la lista), pero no lo mínimo (las derogaciones por motivos de humanidad). Otra opción posible, a la que es favorable el Equipo de Vigilancia¹⁷¹, es dejar a los Estados la gestión de las exenciones por gastos básicos. Actualmente el mecanismo de decisión sobre estos gastos ordinarios es rígido, pues el Comité suele necesitar de un tiempo superior a los 3 días hábiles actuales para considerar una solicitud (por ejemplo, por haberse aportado insuficiente información¹⁷²). Como el plazo se sitúa en un procedimiento de no objeción, habrá *exenciones* que serán aprobadas sin que el Comité haya tenido el tiempo suficiente de estudiarlas. Y por el contrario, cuando se trata de *excepciones* humanitarias, el plazo para su aprobación es indefinido, lo que da lugar, como adelantamos anteriormente, a que las solicitudes se puedan paralizar en el tiempo, lo que ya ha sucedido en alguna ocasión¹⁷³.

Un último problema que ha pervivido a lo largo de los años sin respuesta clara es el relativo a la concesión de derogaciones humanitarias a las personas jurídicas que lo solicitan. En efecto, en teoría, las empresas, ONG o fundaciones cuyos bienes son congelados están perfectamente legitimadas para acceder al mecanismo de derogaciones humanitarias. Sin embargo, no son pocas las dificultades que su acceso al mismo puede generar, sobre todo porque muchas de estas entidades, de carácter transnacional, son difícilmente controlables y pueden hacer circular con facilidad sus recursos de un Estado a otro. Un conocido caso al que hicimos referencia en páginas anteriores, el de un hotel italiano que pasó a ser gestionado por poderes públicos a fin de evitar la quiebra de la entidad¹⁷⁴, no es fácilmente aplicable, por ejemplo, a una entidad dedicada a las remisiones de dinero mediante el uso del sistema *hawala* como Al-Barakaat. La cuestión de fondo quizás radique en el hecho de que estas excepciones parecen estar más bien pensadas y

¹⁷⁰ WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES: *Strengthening...*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁷¹ *Vid.* 9º Informe, pp. 28-29.

¹⁷² Por ello las Directrices recuerdan que en las peticiones «se deberá incluir, si procede» información sobre el receptor, finalidad del pago, intereses, información bancaria del receptor, fondos específicos que se descongelan, etc. [§ 9 c)].

¹⁷³ Hay una solicitud concreta que ha permanecido sin resolución al menos entre el 4º y el 5º Informe del Equipo, lo que hace como mínimo 5 meses y medio (6º Informe, § 55, p. 21).

¹⁷⁴ A él hace referencia el Equipo de Vigilancia en su 4º Informe, p. 20.

diseñadas para aliviar la situación de los individuos listados y los familiares de ellos dependientes, y no de las entidades (sobre todo empresas), cuyas necesidades humanitarias no son evidentes de determinar y cuya mera supervivencia requiere en ocasiones un uso extensivo de los recursos congelados (si es que ha conseguido sobrevivir al cierre¹⁷⁵).

En conclusión, el mecanismo de aplicación de derogaciones humanitarias a las medidas congelatorias del régimen Al-Qaeda/Talibanes presenta carencias, tanto desde el punto de vista de su diseño como del de su efectiva implementación en la práctica, que explican por qué su impacto efectivo en la mejora de las condiciones de vida de los afectados por las sanciones ha sido reducido, al menos si nos atenemos al número de solicitudes realizadas. Es por ello por lo que el Comité de sanciones y el Equipo de Vigilancia habrán de mejorar su diseño –acercándolo al individuo-, y sobre todo deberán intentar crear un mecanismo de control de su aplicación¹⁷⁶, para intentar paliar los problemas que hemos pretendido poner de relieve en este apartado.

¹⁷⁵ Como llegara a afirmar la Corte del Distrito de Pennsylvania, “[b]eing closed down is the ultimate harm that a business can suffer” (texto de la sentencia de una de las apelaciones de IPT, compañía estadounidense que tuvo que cerrar después de que sus bienes fueron congelados por la OFAC en el marco de las sanciones contra Yugoslavia, citado en FITZGERALD, P.: “If property rights...”, *loc. cit.*, p. 6, nota al pie 9).

¹⁷⁶ Curiosamente el § 3 a) de la resolución 1452 encargaba al Comité que elaborara una lista de Estados en los cuales estuvieran en vigor exenciones para gastos ordinarios, pero tal lista no se elaboró nunca, ni la obligación de realizarla fue transpuesta a las Directrices.

CAPÍTULO II: LAS SANCIONES INTELIGENTES COMO “SANCIONES”: ¿MECANISMOS CENTRALIZADOS DE EJECUCIÓN FORZADA?

INTRODUCCIÓN

Dado que la primera palabra que da título a este trabajo es una noción tan relevante en Derecho como la de “sanción”, resulta casi obvio que este estudio, como cualquier otro de pretensiones científicas, intente definir en algún momento su objeto de análisis a fin de delimitar qué se va a tratar y qué no (de hecho, parte del trabajo ha sido realizado ya, al referirnos al porqué del adjetivo “inteligentes” que cualifica el sustantivo “sanciones”). Tal imperativo analítico no sólo facilita la lectura del trabajo, sino que contribuye al mejor conocimiento de la materia y evita errores innecesarios en su desarrollo -y por ende en las conclusiones- por no tener claro el punto de partida.

En nuestro caso, el problema radica en que el concepto a estudiar es nada menos que el de “sanción”, uno de los grandes temas no ya de la ciencia del Derecho Internacional, sino del Derecho mismo. Es decir, que intentar aportar una respuesta definitiva a la problemática de la definición de sanción sería ingenuo y pretencioso. Además, adentrarse exhaustivamente en esta cuestión nos conduciría a un interminable análisis teórico que nos desviaría del objetivo principal de este trabajo.

En este Capítulo, lejos de pretender dar respuestas definitivas a un concepto eminentemente teórico y de difícil configuración, recurriremos a la teoría para intentar aportar respuestas que bien pueden ser útiles en la práctica de las sanciones inteligentes. Esta operación resulta especialmente pertinente en nuestro caso, pues como ha apreciado CAVARÉ, “l’application d’une sanction concourt à préciser la règle”¹⁷⁷. Si hay sanción, hay norma violada y, como veremos, el contenido de ésta, no es irrelevante para el disfrute de garantías judiciales por parte de los afectados. Para comprender cómo ello es así habrá que ir diseccionando previamente los distintos elementos de las diferentes nociones de sanción en Derecho internacional, a fin de, previa elección de nuestra definición, contextualizarlos en el ámbito de las medidas del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁷⁷ CAVARE, L.: « Les sanctions dans le cadre de l’ONU », *RCADI*, Vol. 80, t. I, 1952, p. 199.

I. EL CONCEPTO DE SANCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL

I.1. La aproximación “negativa” de la Comisión de Derecho internacional: sanción vs. contramedida

Si bien a menudo exigencias teóricas y realidad jurídica no están de acuerdo, el paso de los años ha ido perfilando una noción *negativa* de sanción en el Derecho internacional positivo que parece haberse impuesto a ambos niveles, doctrinal y práctico. En efecto, por encima de los interminables debates doctrinales sobre el concepto de sanción, tanto la Comisión de Derecho Internacional como la Corte Internacional de Justicia (CIJ) han contribuido a clarificar el concepto amplio de sanción que desde 1963 se comenzara a discutir en el seno del Subcomité sobre la Responsabilidad Internacional de la Comisión de Derecho Internacional (CDI). Ello, con el fin de separarlo de las medidas de autotutela que violan una obligación previa de Derecho Internacional; es decir, de las llamadas “contramedidas” que quedaron fosilizadas en el artículo 30 del proyecto finalmente aprobado en segunda lectura por la CDI¹⁷⁸. Mediante esta operación, las sanciones abandonaron el modelo relacional para integrarse en el “nuevo” modelo institucional cuyo paradigma era (y es) el Capítulo VII de la CNU.

Si bien es verdad que la noción de “sanción” ya se encontraba presente en el trabajo del Primer Relator Especial de la CDI en materia de responsabilidad internacional del Estado, GARCÍA-AMADOR, centrado como es bien sabido en la responsabilidad internacional por daños producidos a ciudadanos extranjeros¹⁷⁹, nos situaremos sin embargo más adelante para presentar una de primeras apariciones en escena relevantes del concepto de sanción en la Comisión de Derecho internacional. Más concretamente, nos referimos al debate preparatorio del programa de trabajo del Subcomité encargado de

¹⁷⁸ Disponible en Doc. A/CN.4.SER.A/1979/Add.1 (Part 2), *ACDI*, 1979, Vol. II, Part II, pp. 115 y ss.

¹⁷⁹ La noción de sanción aparecía en tanto que sinónimo de medida aflictiva que se debía imponer al Estado que violara alguna obligación fundamental, es decir, que se concebía como la consecuencia natural -y punitiva- de la comisión de tal “crimen internacional”. Por ello se les añadía siempre el adjetivo *penales* (*Cfr.* p.e., Primer Informe del Relator Especial GARCÍA-AMADOR, Doc. A/CN.4/96, *ACDI*, 1956, Vol. II, pp. 209 y ss. (donde se proponen las directrices sobre las formas de reparación en derecho internacional y se las relaciona con las *sanciones penales*). En el Sexto Informe del mismo Relator Especial, A/CN.4/134 and Add.1, *ACDI*, Vol. II, 1961, pp. 2-3; 7-8; 15-16; 37, se recurre a una noción muy amplia de sanción que abarca cualquier tipo de medida ejecutiva derivada del ilícito internacional (p. 8), entre ellas la reparación.

elaborar el Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados, entonces bajo la dirección del nuevo Relator Especial ROBERTO AGO¹⁸⁰.

Durante dicho debate, que tuvo lugar en el año 1963, varios miembros destacaron la necesidad de estudiar la relación entre la responsabilidad internacional del Estado y la aplicación por estos de una medida aflictiva que responda a una previa violación del derecho por parte del Estado afectado, haya sido ésta aprobada o no por una organización internacional. Esta relación revestía tanta importancia que de ella dependía en parte la naturaleza del régimen de reacciones al ilícito que resultara del proyecto. Pues bien, de los Informes disponibles se deduce que en aquel debate se utilizó el término de “sanción” como sinónimo de “pena”, dado que ciertas ponencias se refirieron al carácter exclusivamente reparatorio o no de la responsabilidad internacional, e incluso a su naturaleza civil o penal¹⁸¹. Además, resulta destacable una intervención, la de JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, que introducía la problemática de si se pueden aplicar al mismo tiempo sanciones individuales y colectivas en caso de violarse una obligación internacional¹⁸².

Las consideraciones de los miembros de la Subcomisión fueron tenidas en cuenta por el Relator Especial AGO en su programa de trabajo, aprobado por la Comisión¹⁸³. Por ello más tarde su 8º Informe proponía la “aplicación legítima de una sanción” como cláusula de exclusión de la ilicitud en el artículo 30, dentro del capítulo IV¹⁸⁴. La noción de “sanción” había de ser entendida en el sentido que el mismo autor había propuesto cuarenta años antes en su Curso de la Academia de la Haya¹⁸⁵, es decir, como punición –no en el

¹⁸⁰ Vid. Doc. A/CN.4/152, App. I, *ACDI*, 1963, Vol. II, pp. 267 y ss.

¹⁸¹ Vid. las intervenciones del Sr. PAREDES, para quien sanción, pena y responsabilidad criminal del Estado van juntas; del Sr. BRIGGS, para quien la responsabilidad criminal se refiere únicamente al individuo y por ende la responsabilidad del Estado sólo es civil; de los Sres. TUNKIN y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, quienes intentaba huir de las analogías dicotómicas con el derecho nacional, precisando el segundo además que hay que evitar el término de “responsabilidad penal del Estado” (Doc. A/CN.4/152, Ap. I, pp. 269 y ss.).

¹⁸² *Ibid*, p. 270.

¹⁸³ Vid. punto 4,2,3) del programa de trabajo, *ibid*, p. 295.

¹⁸⁴ El artículo 30, bajo el título de “ejercicio legítimo de una sanción”, y con una redacción un tanto intrincada, delimitaba así esta causa de exoneración de la ilicitud: “la ilicitud internacional de un hecho que no esté en conformidad con lo que en otro caso exigiría de un Estado una obligación internacional para con otro Estado quedará excluida si ese hecho se ha realizado en ejercicio legítimo de una sanción contra ese otro Estado con motivo de un hecho internacional ilícito que éste haya perpetrado”.

¹⁸⁵ En este Curso sobre la noción de “delito internacional”, AGO había diferenciado claramente entre “sanción” y “reparación”. Para el jurista italiano, la noción de “sanción” es “l’effet du *délit* qui revêt un caractère afflictif et répressif (...) elle est fin pour soi-même : sa fonction unique est de réprimer le tort ». La reparación, « sert au contraire à permettre au sujet lésé par le tort d’obtenir la restauration de son droit ou du moins une satisfaction par équivalent de ce droit » (AGO, R. : « Le *délit* international », *RCADI*, Vol. 68, 1939, pp. 428-429, énfasis original).

sentido estrictamente penal del término-. Ahora bien, se matiza mejor la determinación del objeto de estas medidas, que pasa a ser no sólo el castigo del culpable, sino también el aseguramiento de la actuación conforme a Derecho por parte del violador de la norma¹⁸⁶. Además, se dejan de lado aquellas sanciones, como la expulsión de una organización internacional, cuya aplicación no implica la violación de una norma de Derecho internacional porque, evidentemente, éstas quedan fuera del régimen de responsabilidad internacional por actos ilícitos del Estado y no necesitan justificar ilicitud alguna¹⁸⁷. En todo caso, el Relator Especial sigue incluyendo en el mismo precepto tanto aquellas sanciones adoptadas por un Estado individualmente como las que éste ejecute en cumplimiento de una decisión adoptada por el órgano correspondiente de una organización internacional¹⁸⁸.

El debate surgido en la Subcomisión en torno a esta propuesta del Relator Especial es enormemente clarificador de las diferentes opciones a barajar para la redacción final del artículo 30. Destacaremos, para nuestros propósitos, la discusión principal sobre el empleo de la palabra “sanción” en dicho artículo. Así, en una primera reacción YANKOV se mostraba “inquieto” por el empleo de dicho término, “por la simple razón de que la tendencia del derecho internacional moderno es calificar de sanciones las medidas adoptadas por una organización internacional” (noción de sanción *strictu sensu*¹⁸⁹). Otros miembros eran de la misma opinión, como NJENGA o FRANCIS¹⁹⁰. Ello no quiere decir que dichos miembros excluyeran el ejercicio legítimo de una sanción por un órgano supraestatal del Proyecto de artículos. Por ejemplo, el mismo YANKOV defendía un artículo 30 que abarcara dos causas similares –que no iguales- de exclusión de la ilicitud: “medidas de reacción tomadas por un Estado de conformidad con el derecho internacional” y

¹⁸⁶ Octavo Informe del Relator Especial ROBERTO AGO, Doc. A/CN.4/318 y Adds. 1-3, *ACDI*, 1979, Vol. II (1), § 79, p. 39.

¹⁸⁷ “En el lenguaje de las Naciones Unidas, como en el de la Liga de las Naciones, el uso de la palabra sanción es menos estricto” (*ibid.*, § 92, p. 43)

¹⁸⁸ Incluso lleva a cabo un sucinto estudio sobre las sanciones de las Naciones Unidas en el informe (*ibid.*, § 92, p. 43).

¹⁸⁹ *Strictu sensu* desde el punto de vista del órgano que la aprueba, más adelante veremos que a este criterio hay que yuxtaponerle otros igualmente esenciales.

¹⁹⁰ Las opiniones manifestadas a lo largo del debate se encuentran recogidas en el documento A/CN.4/318 y Add.1 a 3, A/CN.4/L.291, A/CN.4/L.292; A/CN.4/L.293, *ACDI*, Vol. I, 1979, pp. 54 y ss.

“sanciones aplicadas en virtud de una decisión válida de una organización internacional”¹⁹¹.

Finalmente, el Comité de redacción recogió las preocupaciones expuestas y varió en consecuencia los términos del proyecto introduciendo el novedoso término de “contramedidas”¹⁹², originario, como es bien sabido, del ámbito de la estrategia militar estadounidense e introducida en el mundo jurídico por la sentencia arbitral en el *asunto relativo a los servicios aéreos de 27 de marzo de 1946* (Estados Unidos c. Francia)¹⁹³ de 1978. Hemos de subrayar, sin embargo, que el artículo 30 del Proyecto de artículos aprobado en primera lectura sin oposición de los Estados no realizaba una distinción clara entre sanciones y contramedidas, por la simple razón de que consideraba que las primeras constituían un subconjunto de las segundas. En otras palabras, las sanciones no se separaban todavía de las contramedidas desde el punto de vista conceptual, puesto que tanto en los debates de la Subcomisión como en el comentario del artículo 30 elaborado por AGO se aprecia claramente que se admite la calificación de contramedidas a las medidas adoptadas por instituciones internacionales¹⁹⁴. Ello ha conducido a LEBEN a afirmar que « le mécanisme de l'article 30 est bien un mécanisme de sanction de la violation du droit international même si la Commission a préféré réserver ce terme aux décisions des organisations internationales et en particulier à celles de l'ONU¹⁹⁵ ».

¹⁹¹ El Sr. TABIBI se hizo también referencia específica a las sanciones militares de los órganos competentes de las Naciones Unidas, en el sentido de que su acción es necesaria para que éstas puedan ser impuestas, y “para sancionar los crímenes internacionales previstos en el art. 19 del proyecto” (*ibid*, p. 60). Por interesante que sea la cuestión de la noción de crimen internacional y su relación con el mantenimiento de la paz y la seguridad por las Naciones Unidas, esta cuestión queda fuera del ámbito material de este trabajo y sólo será abordada cuando se relacione directamente con nuestros propósitos.

¹⁹² Doc. A/CN.4/SERA/1979/Add.1 (Parte I), *ACDI*, Vol. II (2), 1979, pp. 111 y 138 y ss.

¹⁹³ *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, sentencia arbitral de 9 de diciembre de 1978, *R.S.A.* Vol. XVIII, §§ 81-84, p. 483. ALLAND traza de una manera más precisa los límites y lo encuentra citado en la práctica diplomática de principios de siglo (ALLAND, D.: *Justice privée et ordre juridique International. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Pedone, Paris, 1994, p. 24).

¹⁹⁴ Doc. A/CN.4/SERA/1979/Add.1, §§ 12 y 22, pp. 142 y 145.

¹⁹⁵ LEBEN, CH.: *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées : recherches sur les sanctions internationales et l'évolution du droit des gens*, Bruylant, Bruxelles, 1979, p. 17. *Vid.* ABI-SAAB, G.: « Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 207, t. III, 1987, pp. 293-294; DUPUY, P.-M.: "Observations sur la pratique récente des "sanctions" de l'illicite", *RGDIP*, Vol. 87, 1983, pp. 528-530. *Contra*, SICILIANOS, L.-A.: "Sanctions institutionnelles et contre mesures: tendances récentes", en PICCHIO FORLATI, L.; SICILIANOS, L.-A. (Dirs.): *Les sanctions...*, *op. cit.*, pp. 4-5.

Además, esta categoría amplia de “contramedidas” se iguala a la noción tradicional de sanción en otro aspecto, el de su finalidad, ya que el artículo 30 recoge medidas cuyo objetivo es, “por definición”, infligir una pena o asegurar la actuación conforme a derecho de su violador¹⁹⁶. En definitiva, el cambio que se lleva a cabo en el artículo 30 tras su paso por la Subcomisión, pasando de “sanción” a “contramedida”, es simplemente nominal, una operación de maquillaje terminológico. Así lo evidencian por ejemplo los debates mantenidos entre 1982 y 1984 sobre las consecuencias de la noción de “crimen internacional del Estado”, en los que el término contramedidas se emplea frecuentemente con ambos significados¹⁹⁷.

Sería, pues, a partir del trabajo posterior de la Subcomisión en materia de causas de exoneración de la ilicitud bajo la dirección del Relator Especial ARANGIO RUIZ¹⁹⁸, que se asentara la separación neta entre ambas categorías en materia de responsabilidad internacional, y como tal ha pasado al proyecto finalmente aprobado en segunda lectura por la Comisión tras la puesta a punto del Proyecto del Relator Especial CRAWFORD¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Doc. A/CN.4/SERA/1979/Add.1, § 3, p. 138.

¹⁹⁷ A pesar del inconmensurable interés que la noción de “crimen internacional” ha suscitado en la Comisión de Derecho Internacional y en el Sexto Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y del innegable nexo existente entre este concepto y la imposición de sanciones al Estado responsable de un “crimen internacional” –lo cual plantea en última instancia importantes cuestiones relacionadas con la naturaleza del sistema de la Carta-, nosotros evitaremos aquí adentrarnos en el análisis del concepto y de sus consecuencias al no aportar éste retos terminológicos relativos al concepto de sanción. Por el contrario, el crimen internacional justifica interrogantes sobre la *necesidad* de la aplicación de sanciones contra el responsable de un crimen, lo cual es una cuestión distinta. Por ello, a fin de no desviarnos de nuestro objeto de análisis, trataremos únicamente la problemática de los “crímenes internacionales” (*id est*, de las “violaciones graves de obligaciones resultantes de normas imperativas de derecho internacional general”), en tanto que se relacione directamente con nuestro ámbito de estudio.

¹⁹⁸ ARANGIO-RUIZ decidió mantener la eliminación del concepto de “sanción” del proyecto, aún reconociendo su importancia analítica para el estudio de la responsabilidad internacional. Sin embargo, matiza: el término se mantendrá cuando se discutan las consecuencias de los crímenes de Estado, aplicándose a aquellas medidas que “although emanating from States collectively, would not qualify as measures taken by an international body” (Tercer Informe del Relator Especial ARANGIO-RUIZ, Doc. A/CN.4/440 y Add.1, *ACDI*, 1991, Vol. II(1), § 15, p. 10). En cuanto a las contramedidas, éstas quedan entendidas *strictu sensu* como aquellas medidas horizontales que excluyen la legítima defensa y la retorsión (*idem*, § 27, p. 12). Su posterior Cuarto Informe daría buena cuenta de ellas (*Vid. infra*).

¹⁹⁹ Arts. 22 y 39 y ss del Proyecto, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, texto aprobado por la CDI en su 53ª período de sesiones, disponible con comentarios en la Doc. A/56/10 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Informe de la AG sobre su 56º Período de Sesiones, Suplemento nº 10, 2001, pp. 10 y ss). La versión española del proyecto y de los comentarios que hemos consultado se encuentra disponible en CRAWFORD, J.: *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, Dykinson, Madrid, 2004. En lo que respecta al trabajo del Relator Especial RIPHAGEN, éste se centró en las partes segunda y tercera del proyecto, es decir, en las consecuencias del ilícito y en la ejecución de la responsabilidad internacional. El proyecto de artículo 8 presentado en su Cuarto informe hacía una distinción entre las contramedidas cuyo objetivo es restablecer una situación de estricta reciprocidad entre las partes y aquéllas que tienen por objeto forzar al destinatario a respetar la obligación violada (represalias). Dicha distinción, que complicaba el régimen de responsabilidad con escasa operatividad en la práctica y que fue finalmente rechazada, no aporta

Ello, sobre todo, desde el punto de vista *ratione personae*, en la medida en que las medidas restrictivas de derechos adoptadas por un órgano representativo de la sociedad internacional *contra sus miembros*²⁰⁰ se han reservado exclusivamente a las sanciones y han quedado fuera del proyecto definitivo²⁰¹. Sin embargo, la distinción no es tan neta desde el punto de vista de su finalidad. Por un lado, si bien el texto del art. 49, así como su comentario, dan a entender que el objetivo de las contramedidas ha de ser forzar el respeto de la norma violada, las contramedidas pueden asemejarse a la sanción “clásica” en ciertos casos. Así, como ha subrayado SICILIANOS, en los supuestos de violación de una obligación *erga omnes* o de una norma imperativa de Derecho internacional, las posibles contramedidas pueden tener no sólo la finalidad de forzar el cumplimiento de la norma violada, sino también revestir un carácter correctivo tendente a reconstituir la igualdad entre las parte

Por otro lado, el fin de muchas sanciones, y entre ellas hemos de incluir las del Capítulo VII de la Carta, se sitúa no tanto en el castigo del “culpable” sino más bien en el ejercicio de una presión sobre un Estado para que adopte una conducta determinada, a fin

tampoco nada a los propósitos de nuestro análisis (Sexto Informe del Relator Especial RIPHAGEN, Doc. A/CN.4/389 y Add.1, ACDI, 1985, vol. II(1), p. 11).

Merece ser citada la afirmación contenida en el Cuarto Informe del mismo Relator Especial, según la cual “las Naciones Unidas tienen «jurisdicción» si se ha cometido un crimen internacional y que es concebible que la comunidad internacional en su conjunto, cuando establece una norma primaria que califica ciertos actos de crimen internacional, *faculte al mismo tiempo a determinados órganos de las Naciones Unidas para decidir acerca de la adopción de contramedidas concretas contra el Estado autor de ese crimen*” (Cuarto Informe del Relator Especial RIPHAGEN, A/CN.4/366 y Add., ACDI, Vol. II(1), 1983, § 63, p. 13, énfasis añadido). Si nuestra interpretación es correcta, el Relator Especial no perfila todavía la distinción entre “sanciones” y “contramedidas”, ni siquiera en su comentario del artículo 3 del proyecto, que subordina el derecho de la responsabilidad a las “disposiciones y procedimientos contenidos en la Carta de las Naciones Unidas relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, de donde no se pueden extraer conclusiones (Sexto Informe..., p. 5). Para un extenso análisis y crítica de la distinción operada por RIPHAGEN, *vid.* (BOISSON DE CHAZOURNES, L: *Les contremesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, pp. 43-51).

²⁰⁰ Diferente es el caso de las medidas adoptadas por una organización internacional contra un Estado *no miembro* o incluso contra otra organización internacional, que no son sanciones sino contramedidas. A ellas se ha referido el Relator Especial GAJA se ha referido en su Sexto Informe sobre la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales (Doc. A/CN.4/597, 1 de abril de 2008, §§ 41-66, proyecto de artículos 55 y ss.), excluyendo su ilicitud en la propuesta de artículo 19 presentada en su Séptimo Informe (Doc. A/CN.4/610, pp. 25 y ss.). Para un análisis reciente, GALLO COBIÁN, V.: “La titularidad de las contramedidas en el caso de las organizaciones internacionales”, *REDI*, 2009, n° 1, Vol. LXI, pp. 275 y ss.

²⁰¹ Ahora bien, el Relator Especial CRAWFORD puntualiza: no todo lo que se adopta por una organización internacional contra un Estado, que disminuya sus derechos, es una sanción. Por ejemplo, las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad en el ámbito del Capítulo VII de la Carta son simplemente eso, “medidas”, lo cual abarca “una gama muy amplia de actos, incluido el uso de la fuerza armada” (CRAWFORD, J.: *Los artículos de la Comisión...*, *op. cit.*, p. 330. La cuestión se complica aún más debido a la existencia de contramedidas “colectivas”, que suponen la reacción descentralizada –pero no individual– al ilícito. *Cfr.* ELAGAB, O.: *The legality of non-forcible counter-measures in International Law*, Oxford: Clarendon Press, New York, 1988).

de restablecer la paz y la seguridad internacionales²⁰². En este contexto, sanción y contramedida comparten una finalidad *restauradora*²⁰³.

Un último problema concierne a la diferenciación entre el concepto final de contramedida adoptado por la CDI y la vieja noción de “represalia” tal y como fue definida por el *Institut de Droit International* en su sesión de París de 1934/5. Si para este último las represalias eran

« des mesures de contrainte, dérogoires aux règles ordinaires du Droit des Gens, prises par un Etat à la suite d'actes illicites commis à son préjudice par un autre Etat et ayant pour but d'imposer à celui-ci, *au moyen d'un dommage*, le respect du droit »²⁰⁴,

un importante sector doctrinal ha puesto de manifiesto que esta definición coincide con la de contramedida, calificando así la introducción de esta última de innecesaria y conceptualmente confusa. No en vano, ambas compartirían tanto medios de realizarse –una violación del Derecho internacional-, como finalidades y carácter descentralizado. Ciertamente es que el recurso a la fuerza armada como medio de respuesta al ilícito no fue descartado por el *Institut de Droit International*, y por ello el artículo 3 de la resolución de 1934 diferenciaba expresamente entre represalias armadas y represalias no armadas (limitando las primeras a las normas sobre el recurso a la guerra). Pero ello no merma la identidad entre ambos conceptos, una vez prohibida la amenaza o el uso de la fuerza por el art. 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas. Simplemente, las represalias han reducido sus medios de realización. Por lo tanto, la noción de contramedida no ha aportado finalmente grandes novedades conceptuales al Derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y como ha señalado ABI-SAAB, quizás lo único reseñable del nuevo concepto sean tanto su énfasis descriptivo del ilícito que se comete, en tanto que reacción a otro previo (debido al uso de

²⁰² SICILIANOS, L.-A.: “Sanctions institutionnelles...”, *loc. cit.*, p. 13, COMBACAU, J. : *Le pouvoir de sanction de l'ONU. Étude théorique de la coercition non militaire*, Pedone, Paris, 1974, pp. 23-24, Asamblea General de NN.UU., resolución A/Res.51/242, de 15 de septiembre de 1996, §§ 5-6.

²⁰³ CIJ, *asunto relativo al proyecto Gabčíkovo Nagymaros* (Hungría c. Eslovaquia), sentencia de 25 de septiembre de 1997, *Recueil CIJ 1997*, pp. 53-54, § 87. El Relator Especial ARANGIO-RUIZ ilustró las dificultades prácticas para diferenciar la finalidad de las sanciones en su Cuarto Informe, reconociendo que “Es fácil, por supuesto, presumir que todo Estado que recurre a contramedidas contra un Estado infractor no lo hace sin que medie cierto grado de intención punitiva”. Acompaña su razonamiento con una nota al pie en la que proporciona cinco ejemplos de contramedidas con fines exclusivamente punitivos, destacando los casos de expropiación de propiedad privada extranjera y las reacciones a las violaciones de derechos humanos (Cuarto Informe del Relator Especial ARANGIO-RUIZ, Doc. A/CN.4/444 y Add.1-3, ACIDI, 1992, vol. II(1), §§ 3-4, p. 7). Por ello concluye que no sería apropiado prohibir las contramedidas con función punitiva dado que los principios de proporcionalidad y “otras limitaciones” se encargan de prevenir excesos (*idem*, § 4, p. 7).

²⁰⁴ IDI, « Le régime de représailles en temps de paix » (rapporteur NICOLAS POLITIS), *AIDI*, Vol. 38, 1934, p. 708.

la preposición “contra”); como su carácter conceptualmente “neutro”, es decir, carente de las connotaciones vengativas del término “represalias” que asimilan dicha institución a la del “ojo por ojo”²⁰⁵.

Sea como fuere, el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional nos despeja un único aspecto de la noción de sanción en Derecho Internacional. En la medida en que su objeto de estudio concernía “toda la responsabilidad internacional y solamente la responsabilidad internacional”²⁰⁶, la aproximación de éste órgano fue *ad hoc* y acabó por dejar fuera del Proyecto las sanciones, por lo que será necesario acudir a la doctrina iusinternacionalista y en último lugar a la teoría general del derecho para encontrar un apoyo más firme.

I.2. Aproximaciones doctrinales

I.2.1. Parámetros últimos de la cuestión: el debate *Kelsen-Hart*

La compleja relación del binomio “derecho-sanción” se encuentra en la base de una de las discusiones tópicas para los estudiosos del Derecho internacional (a estas alturas de la Historia del pensamiento jurídico, ya superada): el carácter jurídico de este orden normativo. Campo de analogías –a menudo desacertadas– con el derecho interno de los Estados²⁰⁷ y lugar de experimentos científicos doctrinales, el Derecho internacional ha sido objeto de debate hasta por grandes teóricos del derecho, que en ocasiones han encontrado en él un campo de pruebas idóneo para poner a prueba sus propuestas. No llama por ello la atención, aunque sea destacable, que dos de las consideradas obras maestras de la teoría del

²⁰⁵ ABI-SAAB, G.: “Cours général...”, *loc. cit.*, pp. 292-294. Todo depende del alcance de las lentes con las que se observe el concepto de contramedidas. Si uno aplica un concepto amplio de contramedida, podremos definirlas como “réaction contre des mesures préalables” (LEBEN, C.: *Les sanctions privatives...*, *op. cit.*, p. 16), incluyendo pues también las medidas de retorsión). Si en cambio se restringe el concepto, nos situamos a los parámetros del proyecto final de la CDI, cuyo comentario las considera como “that part of the subject of reprisals not associated with armed conflict” (*Draft articles...*, p 128, § 3). Es precisamente el hecho de tratarse de una noción de geometría variable lo que ha sido ensalzado o criticado por la doctrina. Para una ilustrativa presentación de esta característica concepto, *cifr.* BOISSON DE CHAZOURNES, L.: *Les contremesures...*, *op. cit.*, pp. 21-35. ALLAND mantiene la postura más restrictiva, de manera acorde con la visión final del proyecto de artículos de la CDI. De todas maneras, dicha postura puede explicarse por las pretensiones específicas de su conocido estudio, que concierne la justicia privada en derecho internacional (*Justice privée...*, *op. cit.*, pp. 24-26).

²⁰⁶ Doc. A/CN.4/152, App. I, ACDI, 1963, Vol. II, p. 294. La afirmación es del mismo Relator Especial AGO.

²⁰⁷ Destacaremos la sabia e ilustrada defensa de la especificidad del derecho internacional llevada a cabo en el ensayo de VIRALLY, M.: “Sur la prétendue “primitivité” du droit international”, en VIRALLY, M.: *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Puf-IHEID, Paris-Genève, 1990, pp. 98 y ss.

derecho del siglo XX, como la *Teoría pura del derecho* de KELSEN²⁰⁸ y *El concepto de derecho* de HART²⁰⁹, incluyen sendos Capítulos dedicados específicamente a esta rama del Derecho. Hacer referencia a ambos trabajos resulta obligatorio, puesto que han marcado en gran medida los parámetros de una discusión a la que nosotros no podemos sino hacer una breve referencia aquí.

Para KELSEN, recordemos, el Derecho es mandato acompañado de amenaza de castigo por el incumplimiento del mandato. Tanto es así que la norma que otorga carácter jurídico al sistema es la norma sancionadora; es decir, que el Derecho es sobre todo la sanción que acompaña al incumplimiento de la norma²¹⁰. Así pues, en el binomio “obligación-sanción”, la segunda adquiere un claro protagonismo sobre la primera, pues es la condición esencial para la existencia; y además, se concibe en sus términos más simples y primitivos, es decir, como coacción sobre el incumplidor mediante la amenaza del uso de la fuerza. En cuanto a su naturaleza, no puede constituir una obligación nueva, precisamente porque la característica esencial de la sanción es la de romper “la cadena normativa”, es decir, que es pura coacción en respuesta a una obligación violada²¹¹.

Aplicado el razonamiento al Derecho internacional, resultaba perfectamente defendible que éste tenga naturaleza jurídica porque contiene una serie de reglas de reacción frente al incumplimiento de los mandatos que prescribe, como son la guerra y las represalias. El hecho de que tanto la determinación de la existencia de una violación de la norma como la determinación de las consecuencias que de ella se derivan y su ejecución sea realizada por los Estados, es decir, por los mismos sujetos a los que se dirigen los mandatos, no constituye en sí un obstáculo a la defensa de la teoría, pues en tal caso el Estado puede ser considerado como un órgano de la comunidad internacional.

La visión de HART critica la concepción positivista de KELSEN, de claras connotaciones austinianas, puesto que simplifica la naturaleza de las normas jurídicas en tanto que medio de control social. Así, las normas jurídicas que establecen conductas no

²⁰⁸ KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, 14ª Ed., Ed. Porrúa, México, 1993.

²⁰⁹ HART, H. L.: *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.

²¹⁰ Diferenciamos, claro está, esta cuestión con la de la *grundnorm* o norma que otorga fundamento obligatorio al sistema, que en el contexto del derecho internacional KELSEN analizara en uno de sus Cursos en la Haya (KELSEN, H.: “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international”, *RCADI*, Vol. 14, t. V, 1926, pp. 227-231), discutida más tarde por TRUYOL Y SERRA (“Théorie générale du droit international. Cours général de droit international public”, *RCADI*, Vol. 1981, t. IV, pp. 127-130).

²¹¹ LEBEN, C. : *Les sanctions privatives...*, *op. cit.*, p. 39.

pueden reducirse a simples “fragmentos”²¹² de normas dirigidas a una autoridad social competente para aplique una sanción en caso de incumplimiento; de la misma manera que tampoco es correcto afirmar que el Derecho se pueda resumir en una distinción simple como la de “normas que establecen mandatos” y “normas que sancionan por el incumplimiento de los mandatos”²¹³. El Derecho es por el contrario una técnica compleja de control social que establece no sólo órdenes, sino también potestades a autoridades públicas o privadas que no pueden ser interpretadas como órdenes respaldadas por amenazas. Tal sería, por ejemplo, la naturaleza de la norma del artículo 19 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que permite a los Estados formular reservas a los Tratados en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, con las salvedades que dicha disposición establece. Deducir de esta norma su carácter jurídico por la eventual amenaza del uso de la fuerza por parte de otro Estado, aparte de desconocer el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas, supondría retorcer el significado de una norma dirigida a los Estados con el exclusivo fin de regular los supuestos en los que se encuentran facultados para formular reservas, no de habilitar o requerir al resto de Estados a que sancionen la violación de esta norma con el uso de la fuerza.

En base a este tipo de razonamiento HART diferencia entre normas primarias y secundarias. Las primeras se definen como las normas que establecen mandatos, mientras que las segundas son las “normas sobre las normas”²¹⁴, es decir, las normas que determinan las condiciones de validez de la norma originaria. Tales son: la norma de reconocimiento de las reglas del sistema; la norma de cambio, que determina el procedimiento por el que se alteran las normas jurídicas; y la norma de adjudicación, que establece los mecanismos por los que se han de dirimir las controversias en torno a la interpretación de las normas. La articulación de ambos sectores de normas perfila los rasgos esenciales de todo orden jurídico.²¹⁵ El Derecho internacional, por su parte, no es

²¹² O, como lo formulara QUADRI refiriéndose la responsabilidad internacional del Estado en derecho internacional, « l'obligation juridique qu'on appelle « primaire » n'est qu'une manière de se représenter la conséquence du fonctionnement général de l'ordre juridique objectif qui consiste dans le déclenchement de la sanction à la suite de la conduite illicite. L'obligation dite « primaire » n'a donc aucune existence autonome et séparée par rapport à la situation de responsabilité » (QUADRI, R. : « Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 113, t. III, 1964, p. 455).

²¹³ HART, H. L.: *The concept of...*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

²¹⁴ *Ibid*, p. 101.

²¹⁵ ABI-SAAB, G.: “Cours général...”, *loc. cit.*, p. 121.

ajeno a la existencia de normas primarias desarrolladas, si bien carece de normas secundarias al tratarse de un ordenamiento primitivo²¹⁶.

Aunque el análisis del profesor de Oxford no presenta en sí una teoría de las sanciones, dado que su objetivo principal es precisamente eliminar éstas –en su concepción más restrictiva- del fundamento del concepto de Derecho, no es menos cierto que cualquier análisis del concepto de sanción ha de tener bien presente su esquema conceptual y sus repercusiones sobre él. Además, su visión es útil a la hora de depurar términos, pues no debemos incurrir en el equívoco de confundir, por un lado, las normas primarias y secundarias de HART (pertenecientes al debate sobre el concepto de derecho); y por el otro las normas primarias y secundarias de AGO (a emplazar en el contexto de la responsabilidad internacional de los Estados, aunque admitimos que la cuestión no está del todo clara²¹⁷).

I.2.2. Más allá de la coerción material: la sanción en la doctrina iusinternacionalista. Tendencias del concepto

Si bien las propuestas de Kelsen siguen muy presentes en el análisis doctrinal actual, y lo estarán en este apartado, es cierto que importantes contribuciones a la teoría de la sanción en el Derecho internacional han superado la visión restrictiva del autor austríaco²¹⁸. Lo común a estas concepciones es extender con más o menos entusiasmo la

²¹⁶ HART, H. L.: *The concept of...*, *op. cit.*, pp. 263-292. Para una crítica de esta postura, ABI-SAAB, G.: “Cours général...”, *loc. cit.*, p. 122 y ss.

²¹⁷ Sobre la diferenciación entre normas primarias y secundarias, COMBACAU, J. y ALLAND, D.: “Primary and secondary rules in the law of State responsibility: categorizing international obligations”, *NYIL*, 1985, pp. 81 y ss.; DAVID, E.: “Primary and secondary rules”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S.: *The Law of International Responsibility*, OUP, New York, 2010, pp. 27 y ss.; DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, *loc. cit.*, pp. 361 y ss.; JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional”, en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (Prep.): *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado. XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Alicante, 1990, pp. 24 y ss. Sobre la relación entre las normas primarias y secundarias de HART y las de AGO, *cfr.* CRAWFORD, J.: “Multilateral rights and obligations in international law”, *RCADI*, Vol. 319, 2006, p. 457, nota al pie 290. Su concepción la desarrolla en posterior trabajo *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 35 y ss., en el que duda de que HART se haya inspirado en la terminología de AGO, que según el mismo CRAWFORD se remonta en última instancia al trabajo del Relator Especial GARCÍA-AMADOR (p. 35). También muestran dudas al respecto el DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, *loc. cit.*, p. 361; ZEMANEK, K.: “The legal foundations of the international system. General course on public international law”, *RCADI*, Vol. 266, 1997, p. 233, nota al pie 775. *Vid.* también CASANOVAS Y LA ROSA, O.: “Unidad y pluralismo en Derecho internacional público”, *Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, esp. p. 60.

²¹⁸ Atribuiremos aquí Kelsen la concepción del derecho como orden de autoridad, es decir, como mandato seguido de sanción, por simplicidad analítica. En realidad, la formulación del filósofo-jurista austriaco no es sino una más entre las concepciones positivistas de la sanción, que encuentra antecedentes (incluso más

noción de sanción a otro tipo de consecuencias del ilícito internacional. Se aceptan así la validez de las llamadas “sanciones morales” (la reprobación, la culpa, la retirada de representación diplomática, etc.²¹⁹), a través de las cuales la Comunidad internacional muestra su desaprobación de una conducta ilícita y presiona para su cesación, no repetición y castigo; así como las llamadas “sanciones jurídicas” o “sanciones civiles” (de consecuencias exclusivamente jurídicas como la nulidad, la anulabilidad, la *exceptio non adimpleti contractus*²²⁰), y hasta las llamadas “sanciones positivas” o premiales²²¹, que de hecho, suelen ser un fenómeno habitual en la práctica jurídica. También la reparación constituye un modo de sanción²²². Esta extensión del concepto a fenómenos *prima facie* tan dispares se explica por la ampliación de la noción de sanción que, liberada de los estrictos parámetros del positivismo estatocentrista, se aplica a “otras” e incluso a “todas” las consecuencias del ilícito. Si bien esta concepción no es en absoluto novedosa (de hecho precede al jurista vienés)²²³; no deja de ser reseñable el interés con la que se ha apreciado en la doctrina iusinternacionalista.

Ahora bien, independientemente de la concepción más o menos amplia que uno defienda respecto de la noción de sanción, y a fin de enfocar con precisión los términos de

estrictos) en SPINOZA, HOBBS, PUFENDORF, THOMASIVS, KANT, ROUSSEAU, AUSTIN o VON JHERING. De hecho, la concepción de KELSEN es más abierta que la de estos últimos puesto que admite la existencia de órdenes jurídicos con sanciones no centralizadas, como el derecho internacional. (Para una introducción histórica, *cf.* KOLB, R.: *Réflexions de philosophie du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 400-408).

²¹⁹ Nuestro análisis sólo puede presentar algunos de los grandes rasgos de la discusión, pues la noción de sanción se encuentra íntimamente ligada al eterno debate sobre el concepto de derecho y su aplicabilidad al Derecho internacional, cuyas líneas principales se encuentran bien resumidas en el capítulo IV del curso general de la Haya de TRUYOL Y SERRA (“Théorie générale...”, *loc. cit.*, pp. 104 y ss.). Por ejemplo, antes de KELSEN algunas escuelas de pensamiento jurídico reducían el Derecho internacional a una especie de cortesía internacional, de *comitas gentium*, que veían en la opinión pública su única sanción, en realidad su sanción específica (TRUYOL Y SERRA, A.: «Genèse et structure de la société internationale», *RCADI*, Vol. 96, 1959, t. 1, p. 631).

²²⁰ *Vid.*, por ejemplo, el análisis de VERHOEVEN en su Curso general de la Haya: « Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 334, 2008, pp. 155 y ss.).

²²¹ BLOKKER, M. N.; SCHERMERS, H. G.: *International institutional law. Unity within diversity*, 3ª Ed., Martinus Nijhoff, The Hague-Boston, 1995, p. 903.

²²² GUGGENHEIM, P.: *Traité de droit international public*, t. II, 1954, Librairie de l’Univ. George & Cte S.A., Genève, pp. 63 y ss; VERHOEVEN, J. : « Considérations... », *loc. cit.*, pp. 174 y ss.

²²³ Por ejemplo, en 1932 el Profesor de la Universidad de París ALBERT DE LA PRADELLE ofreció uno de los pocos cursos generales en la Haya que no han sido publicados. Si bien el contenido exacto del mismo no es conocido, sí que ha llegado hasta nosotros el índice del mismo. Pues bien, en su tercera parte, el que fuera Vicepresidente del *Institut de Droit International* ofrecía un estudio de las diferentes formas de sanción cuyo sumario aporta una idea de la concepción amplia del concepto que debió defender su autor, al referirse a las “sanciones unilaterales, sanciones colectivas, sanciones-garantías de derechos, sanciones económicas, sanciones militares y sanciones morales” (KOLB, R.: *Les cours généraux de droit international public de l’Académie de la Haye*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 9, nota al pie 7).

nuestro análisis, es nuestra intención aquí llamar la atención sobre dos vectores que han dirigido a la doctrina iusinternacionalista mayoritaria que se ha ocupado del concepto de sanción. El primero, ya apuntado anteriormente, el de la centralización, cuya tipología ha sido cuidadosamente estudiada. El segundo, más novedoso, el de la ampliación de los fines de las sanciones más allá de la punición del “culpable”. Ambas direcciones merecen un comentario.

a) El giro “centrípeto” del concepto de sanción

Voces cualificadas han defendido que menospreciar el orden jurídico internacional tildándolo de “primitivo” o “primario” supone un desconocimiento manifiesto de la naturaleza de este orden jurídico, bien provisto de normas secundarias en el sentido hartiano²²⁴. Sin dejar de ser cierto, el Derecho internacional sí adolece de carencias en el aspecto orgánico-institucional debido a las limitaciones de sus instituciones para asegurar con agilidad su cumplimiento (si se nos permite una licencia que contradice el trabajo de antropólogos del Derecho²²⁵ y de no pocos iusinternacionalistas²²⁶). Ahora bien, es

²²⁴ Para una defensa apasionada de esta posición (aparte del trabajo de VIRALLY ya citado), ABI-SAAB, G.: “Cours général...”, *loc. cit.*, p. 123. También LEBEN, C.: *Les sanctions privatives...*, *op. cit.*, p. 17 (nota al pie 33); TRUYOL Y SERRA, A.: « Cours général... », *loc. cit.*, p. 119 y ss.; WEIL, P.: « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 237, t. VI, 1992, pp. 54 y ss. En realidad, podemos encontrar ya en la idea kantiana de la paz perpetua un antecedente de la visión “primitivista” del Derecho internacional, en la medida en que este proyecto lo concebía como un sistema en evolución hacia una federación de Estados que realizara los fines últimos dictados por la Razón humana. El modelo de “derecho privado” que luego desarrollarían las teorías positivistas –especialmente la versión voluntarista–, sería un simple estadio en el proceso de *perfeccionamiento* del Derecho internacional (para un análisis reciente del modelo kantiano, *cfr.* DE FROUVILLE, O.: *L’intangibilité des droits de l’homme en droit international*, Pedone, Paris, 2004, pp. 31 y ss.). En este contexto, las medidas de autotutela (represalias, retorsiones) no serían sino la expresión del subdesarrollo del Derecho internacional, en el que la Ley del Talió beneficiaría únicamente a los más fuertes (SCELLE, G.: “Règles générales du droit de la paix”, *RCADI*, Vol. 46, t. IV, 1933, pp. 671 y ss.).

Ahora bien, se puede matizar: negar el destino “estatalista” al Derecho internacional como modelo más perfecto a alcanzar no querría decir que éste no haya evolucionado de estadios menos desarrollados. O incluso, que no hayan existido a lo largo de la historia “derechos internacionales” menos avanzados, a los que el *ius gentium europaeum* se haya impuesto, como en China, el sub-continente africano o la América precolombina. (*Cfr.* p.e. KOLB, R.: *Esquisse d’un droit international public des anciennes cultures extra-européennes*, Pedone, Paris, 2010, pp. 6 y ss.).

²²⁵ Entre los cuales es habitual considerar “imperialista” o “colonialista” la concepción de los sistemas jurídicos organizados *modernos* como un estadio más avanzado en la evolución darwiniana de los órdenes de Derecho. Entre otras razones: (1) porque el Derecho es un concepto que desde el punto de vista sociológico encuentra múltiples manifestaciones más allá de las normas promulgadas por el Estado, que abarca también a la sanción como procedimiento jurídico social; (2) porque no es seguro que los sistemas jurídicos de sociedades “inferiores”; “primitivas” o “salvajes” sean menos avanzados que los de las sociedades occidentales; dicha afirmación se explica por el desconocimiento y la falta de observación de dichos sistemas. (*Vid.*, por ejemplo, BLANKENBURG, E.: “Legal culture on every conceptual level”, en CHIBA, M. (Ed.): *Sociology of Law in non-Western countries*, Oñati, IISJ, 1993, pp. 103 y ss.; CHIBA, M.: “Three dichotomies of law. An analytical scheme of legal culture”, *Tokai Law Review*, Vol. 1, 1987, pp. 279 y ss.;

indudable es que, a pesar de sus carencias, el Derecho internacional ha sufrido una incipiente pero inequívoca evolución “centrípeta” desde el final de la Segunda Guerra Mundial que ha centralizado e institucionalizado parcialmente la elaboración de normas internacionales, así como la toma de decisiones sancionatorias²²⁷.

Esta evolución ha influenciado a una parte importante de la doctrina iusinternacionalista hasta el punto –impensable anteriormente- de reservar la noción de sanción a ciertos actos normativos adoptados por un órgano representativo de la comunidad de los Estados²²⁸. La justicia privada, pues, se encontraría cada vez más apartada del fenómeno sancionatorio, pues el Derecho tiende a ser una estructura solidaria

KOLLEWIJN, R. D.: “Conflicts of Western and non-Western law”, *The International Law Quarterly*, Vol. 4, 1951, pp. 307 y ss.; MERRY, S. E.: “Legal pluralism”, *Law and Society Review*, Vol. 22, 1988, pp. 869 y ss.; ROBERTS, S.: “Anthropology and legal pluralism”, en *Law & Society*, Oñati, ISSJ, 2000, pp. 11 y ss.).

²²⁶ WEIL, P.: “Le droit international...”, *loc. cit.*, p. 55, quien considera que un sistema es bueno si cumple sus funciones en el medio ambiente social, y no si se ajusta a un modelo “ideal” de moldes estatales.

²²⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2ª Ed., 2004, p. 13; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, P.: *Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 445 y ss.; JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “La codificación...”, *loc. cit.*, esp. pp. 57 y ss. y 92 y ss.

²²⁸ ABI-SAAB, G.: “Cours général...”, *loc. cit.*, pp. 301-302; GOWLLAND-DEBBAS, V.: “Introductory report”, en GOWLLAND-DEBBAS, V.; HADJ-SAHRAOUI, H., GARCÍA-RUBIO, M. (Eds.): *United Nations sanctions and International Law*, Nijhoff, The Hague, 2001, p. 7); LESAFFRE, H.: “Circumstances precluding wrongfulness in the ILC articles on State responsibility: countermeasures”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S.: *The Law of...*, *op. cit.*, p. 472; RIPOLL CARULLA, S.: *El desarrollo de la potestad sancionadora del Consejo de Seguridad. Contribución al estudio del concepto de sanción internacional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2003, pp. 47 y ss.; SÁNCHEZ, V. M.: *La potestad coercitiva de las organizaciones regionales para el mantenimiento de la paz. Medidas que no implican el uso de la fuerza armada*, J. M. Bosch, Barcelona, 2005, p. 51; SICILIANOS, L.-A.: “Sanctions institutionelles...”, *loc. cit.*, pp. 4 y 17-22; ABASS, A.; WHITE, N.: “Countermeasures and sanctions”, en EVANS, M. (Ed.): *International Law*, 2nd Ed., Oxford, New York, 2006, p. 526; LEBEN, C.: *Les sanctions privatives...*, *op. cit.*, pp. 22-23; (estableciendo la « legalidad » y la « legitimidad » como dos características esenciales que ha de tener toda sanción, y criticando posteriormente el fenómeno de la “juridización” de las contramedidas al suponer éste la consagración jurídica de la “ley del más fuerte” en su artículo “Les contremesures inter-étatiques et les réactions à l’illicite dans la société internationale”, *AFDI*, Vol. 28, 1982, pp. 9 y ss.) *Vid.* también las conclusiones de CAVARÉ, L.: “Les sanctions dans le Pacte...”, *loc. cit.*, p. 118; de DUPUY, P.-M., en su artículo “Sécurité collective et organisation de la paix”, *RGDIP*, nº 3, 1993, p. 626); WEIL, P.: “Le droit international...”, *loc. cit.*, p. 362.

Contra el estudio de PICCHIO FORLATI, L.: *La sanzione nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1974, p. 25; KOLB, R.: *Réflexions...*, *op. cit.*, p. 412. Desde el punto de vista de la teoría general del derecho, *vid.* por ejemplo, aparte de las opiniones de KELSEN y HART, *cfr.* BOBBIO, N.: *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1999, p. 124 y 132 y ss. Este último se aparta de la tendencia aquí apuntada al considerar que la guerra y las represalias son sanciones, refutando las teorías institucionalistas que sólo otorgan carácter jurídico a la sanción centralizada. La diferencia entre autotutela y heterotutela es una cuestión de grado, no de sustancia. Aunque el argumento histórico sobre el que se apoya este autor nos parece abierto a la discusión – que el Derecho internacional surge con la reglamentación de la guerra en tanto que forma de sanción-, sí que compartimos su crítica al uso abusivo de la analogía con el derecho estatal para explicar el Derecho internacional, y en definitiva, la noción de ordenamiento jurídico como algo no reservado exclusivamente al derecho promulgado por una autoridad *supraindividual*.

que busca su perfección en un orden integrado y racional²²⁹. Lo hemos intentado ejemplificar con el largo debate mantenido en el seno de la CDI durante la elaboración del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado, pero seguramente se encontrarán más expresionistas las palabras de CH. DE VISSCHER cuando afirmaba que “there is no sanction properly speaking except where solidarities generally and firmly felt lend to the use of force the impersonal character of constraint in the service of law”²³⁰.

No obstante, hay que puntualizar: la centralización no ha sido perfecta. Ésta se produce en general en los planos de la constatación de la violación y en el de la decisión de la adopción de la sanción, *pero no en el de la ejecución*. El *fallido* artículo 43 de la Carta de las Naciones Unidas quizás constituya el supuesto más conocido de ello. LEBEN lo intuye claramente cuando plantea el problema del cumplimiento por parte de los Estados de las sanciones ya decididas : « puisqu’il ne s’agit pas d’une sanction “de dernier ressort”, mais seulement d’une obligation nouvelle venant sanctionner le manquement à une première obligation, il faudrait prévoir une « sanction-contrainte » pour en assurer le respect »²³¹. Claro que el problema planteado por el autor francés no es exclusivo del Derecho internacional. En el Derecho interno la cuestión se puede plantear de una manera muy similar, dado que, por ejemplo, en el Derecho penal, la autoridad que ejecuta la sanción de encarcelar y mantener en la cárcel al culpable no es la misma que la que la decide, y por lo tanto será necesaria otra “sanción-coacción” para asegurar el respeto de la obligación de sancionar por parte de la autoridad policial²³². Ello remite en última instancia

²²⁹ Lo cual no quiere decir que la justicia privada esté fuera del Derecho, y mucho menos del Derecho internacional. Aún así, algunas corrientes de pensamiento califican al Derecho internacional como un sistema en evolución o formación, más que como un orden jurídico existente (KOLB, R.: *Réflexions...*, *op. cit.*, pp. 417-420).

²³⁰ DE VISSCHER, C.: *Theory and reality in public international law*, Princeton University Press, Princeton, 1957, p. 72.

²³¹ LEBEN, C.: *Les sanctions privatives...*, *op. cit.*, p. 113.

²³² De la relación entre la autoridad que decide la sanción y el Estado destinatario de la misma surge otra compleja problemática que no se puede obviar en este análisis, la de la naturaleza sancionatoria de las medidas *recomendadas* o *autorizadas* por el órgano representativo de la sociedad de Estados. Es lo que se ha denominado la “proyección de lo relacional sobre lo institucional”, es decir, la introducción del modelo estatocéntrico de derecho internacional sobre el modelo organizacional. Aquí parece que nos encontramos, como apunta SICILIANOS, en un modelo “híbrido” (“Sanctions institutionnelles...”, *loc. cit.*, pp. 26 y ss) en el que nos encontramos a medio camino entre la decisión comunitaria y la unilateral del Estado. La primera aporta una de las características de la sanción –legitimidad– (LEBEN, C., *Les sanctions privatives...*, *op. cit.*, p. 22); la segunda permite atribuir al Estado la responsabilidad por los actos cometidos. Nos encontramos, pues, en los parámetros del “desdoblamiento funcional” de SCELLE (*Manuel de droit International public*, Domat-Montchrestien, París, 1948, p. 22).

al problema de la *grundnorm* o la regla de reconocimiento que fundamenta el sistema, ajeno en todo caso a la esfera de análisis de este estudio²³³.

Sea como fuere, se han de reconocer estas limitaciones, aunque matizando que no todas las sanciones centralizadas en Derecho internacional presentan esta naturaleza “imperfecta”. Así, este orden jurídico no está falto de sanciones cuya ejecución se encuentra totalmente centralizada, como la pérdida del derecho de voto o la expulsión de la organización, que en cierto modo rompen la tendencia apuntada²³⁴.

b) La “despenalización” de las sanciones internacionales

El segundo vector es relativo a la *normativización* del concepto de sanción en tanto que fenómeno también jurídico-normativo, que abarca la responsabilidad internacional del Estado o la *exceptio non adimpleti contractus* y el no-reconocimiento. Y es que, más allá de la coerción que busca aplicar un castigo por el incumplimiento de la norma o que pretende la ejecución forzada, la sanción se abre a fines últimos como la reparación o el mero respeto del orden jurídico violado –la nulidad de un tratado-²³⁵. En este sentido, son idénticos sanción y régimen general de responsabilidad internacional del Estado, al menos tal y como ha sido codificado por la CDI en su proyecto de 2001²³⁶. En efecto, al tener este último por fundamento la salvaguarda de la integridad normativa del orden jurídico violado (y no tanto la reparación del daño originado), responsabilidad y sanción se funden desde el punto de vista teleológico. « La responsabilité internationale est fondée sur un acte illicite, c'est-à-dire sur la violation d'une règle de conduite; elle est essentiellement une sanction », como afirmara REUTER²³⁷.

²³³ En palabras del mismo autor, se trata e « la norme fondamentale qui déclare la loi et la coutume faits générateurs de droit » (KELSEN, H. : « Les rapports de système... », *loc. cit.*, p. 265).

²³⁴ *Ibid*, pp. 120-121. De sobra es sabido que el sistema jurídico de la UE ofrece abundantes ejemplos de ejecución directa de la sanción por la organización internacional, sanción no sólo contra el Estado, sino también contra individuos o empresas. A algunos de ellos se hará referencia en el Capítulo IX.

²³⁵ GOWLLAND-DEBBAS, V.: “Responsibility and the United Nations Charter”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S.: *The Law of...*, *op. cit.*, esp. p. 133.

²³⁶ Aparte dejamos el problema de la responsabilidad internacional del Estado por daños derivados de actividades lícitas, en estudio por la CDI, y que queda totalmente fuera del ámbito de este trabajo.

²³⁷ REUTER, P.: “Principes de droit international public”, *RCADI*, Vol. 103, t. II, 1961, pp. 590 y 595 y ss.

Múltiples razones conceptuales se han esgrimido en defensa de esta apertura²³⁸, pero también se pueden aportar experiencias de la práctica. Por ejemplo, un conocido estudio de P. M. DUPUY muestra cómo la práctica “sancionadora” de los Estados, cuando estos reaccionan de manera colectiva aunque descentralizada al ilícito -es decir, mediante contramedidas colectivas-, no deja entrever con claridad una finalidad única de las medidas adoptadas por los Estados. Basándose en los casos de las medidas adoptadas contra la URSS (invasión de Afganistán), Irán (crisis de los rehenes), Argentina (guerra de las Malvinas), Polonia (estado de guerra de 1981) e Israel (guerra en el Líbano), el autor muestra cómo “les buts de ces sanctions sont (...) multiples (...): *cessation* (...), *exécution* des obligations qui lui sont consécutives (...), d’exprimer une *condamnation* formelle de ladite violation (...), d’exercer une *punition* ou une *répression* à l’égard de l’auteur de la même violation »²³⁹. Similares argumentos se pueden añadir a las sanciones del Consejo de Seguridad, donde a menudo no es posible determinar una finalidad única de la medida coercitiva²⁴⁰. La “chaqueta penal” se ha quedado muy pequeña, más cuando la guerra y las represalias armadas han perdido su sitio en el orden jurídico internacional²⁴¹. Con ella se priva equivocadamente de carácter sancionatorio a la mayoría de medidas coercitivas del Derecho internacional, excluyéndolas de un concepto perfectamente ajustado a ellas desde el punto de vista técnico-analítico.

²³⁸ Incluso desde un punto de vista positivista no muy lejano al de KELSEN, COMBACAU atribuye carácter sancionatorio a cualquier medida situada fuera del derecho que responda a la consecuencia normativa sujeta a la violación de la norma, sea ésta la reparación o la simple expulsión de una organización internacional. Lo importante es que la medida rompa la “cadena normativa” (COMBACAU, J.: *Le pouvoir...*, *op. cit.*, pp. 43 y ss.). Por ejemplo, el régimen reparatorio establecido por el Consejo de Seguridad contra Irak tras la Primera Guerra del Golfo sería sancionatorio en la medida en que el Fondo de Compensación se financiaba con un 30% de los beneficios petroleros del Estado iraquí. Dicho en términos simples, dicho régimen “reparaba” de manera forzosa con fondos iraquíes (S/RES/1409, de 14 de mayo de 2002).

Otros autores, como GUGGENHEIM, aun aceptando que existen sanciones penales en derecho internacional (citando las medidas especiales dictadas por el Tribunal arbitral contra México en el asunto *Janes* de 1927 como ejemplo de ello), niegan que la guerra, las represalias o las “sanciones colectivas” del Consejo de Seguridad constituyan verdaderas penas en el sentido del derecho penal. La razón es su falta de carácter retributivo y preventivo (lo cual nos parece discutible) (GUGGENHEIM, P.: *Traité de...*, *op. cit.*, pp. 81 y ss).

²³⁹ DUPUY, P.-M.: « Observations sur la pratique... », *loc. cit.*, pp. 542 y 545. En realidad, y siempre según el mismo autor, dicha práctica no hacía sino confirmar la visión del Relator Especial AGO sobre la diversidad de fines de las contramedidas ya expuesta.

²⁴⁰ *Vid. infra* en lo que respecta a las sanciones inteligentes.

²⁴¹ *Contra*, RIPOLL CARULLA, quien en su monografía niega el carácter de “sanción” a las medidas no represivas. El autor afirma coincidir con la definición *strictu sensu* propuesta por ABI-SAAB (*Vid. infra*) pero sin embargo encontramos una diferencia en su concepción respecto del maestro egipcio: el carácter punitivo. En efecto, tal y como comprendemos el texto de la obra de CARULLA, la sanción tiene por finalidad el restablecimiento de la integridad normativa, no el castigo del culpable (La referencia clave se encuentra en RIPOLL CARULLA, S.: *La potestad sancionadora...*, *op. cit.*, p. 59).

II. LAS SANCIONES INTELIGENTES A LA LUZ DEL CONCEPTO *STRICTU SENSU* DE SANCIÓN

Realizada esta necesaria explicación de la evolución del concepto de sanción en Derecho internacional, este trabajo deberá escoger la noción que mejor se adapte a sus pretensiones. Para ello acudiremos a una concepción *strictu sensu* que descartará las medidas no coercitivas de su ámbito conceptual; es decir, que acudirá a la definición más tradicional del término. La decisión no es caprichosa, sino que responde a la voluntad de poner a prueba la naturaleza de las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta en la lucha contra el terrorismo de Al-Qaeda y los Talibanes. En efecto, creemos que, cuando más se les acerque al “núcleo duro” de la sanción (si es que ello es posible), mejor será la fotografía que obtendremos de la verdadera naturaleza de este régimen de medidas colectivas.

Aunque el concepto de sanciones inteligentes ha sido admitido sin más discusión en los análisis doctrinales tanto sobre su naturaleza diferenciada de las sanciones comprensivas, como sobre sus repercusiones sobre los derechos humanos de las personas a las que se imponen, es necesario de manera preliminar examinar cómo el sustantivo “sanción” se adapta a nuestro objeto de estudio. Ello es así, como ya hemos anticipado, no tanto por razones sustantivas, sino por una necesidad metodológica. En efecto, el proceso de deconstrucción de los diferentes elementos de la noción restrictiva de sanción, y el posterior escrutinio de las sanciones inteligentes a la luz de dichos elementos, nos aportará una mejor comprensión de la compleja naturaleza teórica de estas medidas, matizando además algunos apriorismos que el mismo Consejo de Seguridad ha considerado de una manera acrítica como válidos, y que bien pueden ser útiles en lo que se refiere a la aplicación de diversos elementos del derecho a un juicio justo.

Para ello creemos cobijarnos en buena sombra al basarnos en la definición *strictu sensu* de sanción propuesta por ABI-SAAB²⁴². Para este autor, tres elementos han de ser tenidos en cuenta a fin de delimitar los perfiles del concepto: “medidas coercitivas”, “contra” y el “elemento de centralización”.

Pues bien, en primer lugar, las sanciones inteligentes son impuestas *por un órgano centralizado* que actúa en nombre de la comunidad de Estados del mundo, el Consejo de

²⁴² ABI-SAAB, G.: “Cours général...”, *loc. cit.*, pp. 300-302.

Seguridad. No cabe ninguna duda, pues, de que este requisito se cumple si lo aplicamos a nuestro objeto de análisis.

Además, las sanciones han sido diseñadas para producir, y de hecho producen, “una privación o una pérdida (un valor negativo) en relación con la situación anterior de su destinatario, una disminución de su patrimonio material o moral” (“*contra*”). Este requisito también se cumple en nuestro caso; de hecho es precisamente esta “privación” o “pérdida” la que ha captado la atención de la comunidad jurídica por las posibles violaciones a los derechos humanos que originan.

Sin embargo, el tercer elemento, el de la *coerción*, es bastante más problemático. Las “sanciones” son medidas coercitivas en la medida en que suponen una “coerción material, o moral, o puramente legal”. El significado de la coerción es para ABI-SAAB el hecho de que se imponen “contra la voluntad del Estado destinatario” (*against the will*), con la finalidad de “hacerle volver a la conducta compatible con las prescripciones legales” (*to bring it back*). En este punto, las sanciones inteligentes difieren de las sanciones tradicionales en la medida en que se imponen contra individuos o entidades –y no Estados–, y en que son preventivas por naturaleza.

Por un lado, sus destinatarios no son los sujetos tradicionales de Derecho internacional –los Estados o las Organizaciones internacionales–, ya que la personalidad internacional del individuo sigue siendo objeto de debate²⁴³. Ello no debe suponer un obstáculo si se tiene en cuenta que los individuos pueden también violar normas de Derecho internacional, la perpetración de crímenes internacionales siendo el ejemplo más evidente (« ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international », como se afirmara en los juicios de Nüremberg²⁴⁴). Por ello, siempre y cuando la sanción sea decidida a nivel

²⁴³ Vid. por ejemplo DISTEFANO, G.: « Observations éparées sur les caractères de la personnalité juridique internationale », *AFDI*, Vol. 53, 2007, pp. 105 y ss.

²⁴⁴ Vid. Documento *Le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. Historique et analyse (Mémoire du Secrétaire général)*, A/CN.4/5, 3 marzo 1949, p. 44. Menos conocida es la cita de LAUTERPACHT que se contraponen a este énfasis centrado en la responsabilidad *penal* del individuo: « il ne peut guère y avoir d'espoir pour le droit international et la morale si l'individu, agissant comme l'organe de l'Etat peut, en violant le droit international, s'abriter effectivement derrière l'Etat impersonnel et métaphysique; et si l'Etat, en cette capacité, peut éviter le châtement en invoquant l'injustice de la punition collective » (LAUTERPACHT, H.: “Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, Vol. 62, t. IV, 1937, p. 352). Por ello reclamaba igualmente la responsabilidad *penal* del Estado por la comisión de crímenes internacionales. A fin de cuentas, “s'ils réussissent, ces actes profitent à tous; s'ils ne réussissent pas, on en appelle à l'injustice du châtement collectif” (*Ibid*, p. 351). Sobre esta cuestión, Vid. como referencia general el capítulo redactado por PÉREZ GONZÁLEZ en el manual de DÍEZ DE VELASCO (*Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª Ed.,

supraestatal²⁴⁵, los individuos pueden ser objeto de sanción en el sentido tradicional del término, al menos en su formulación de coerción material²⁴⁶.

Sin embargo, la segunda objeción merece una consideración más detallada, dado que el propósito de las sanciones inteligentes no es “to bring back”, sino prevenir; e incluso más decisivamente, la prescripción legal cuyo respeto pretenden imponer no está del todo clara.

II.1. La determinación de la norma violada

II.1.1. Tres hipótesis sobre los poderes de calificación del Consejo de Seguridad

Comenzaremos con el segundo punto. Si queremos determinar la prescripción legal cuyo respeto las sanciones inteligentes pretenden restaurar, es necesario considerar las diferentes teorías que explican la naturaleza del marco jurídico donde se insertan; más concretamente, necesitamos evaluar la naturaleza legal o política de la operación de determinación de la existencia de una “amenaza para la paz y la seguridad” al amparo del artículo 39 de la Carta, pues esta disposición es la clave de bóveda que predetermina la evolución de nuestro análisis relativo a las sanciones inteligentes. Se trata de una cuestión delicada objeto -otra vez- de eternos debates doctrinales y desde luego volvería a resultar fatuo y sobre todo innecesario pretender aportar una respuesta definitiva a tan compleja materia. Nuestro objetivo será más modesto, limitándonos a exponer los diferentes puntos de vista existentes para hacer hincapié en aquél o aquellos que nos aportan más amplias posibilidades teóricas. Tengamos en cuenta también que las hipótesis se plantean en

Tecnos, Madrid, 2009, pp. 880 y ss.); y las apreciaciones de DECAUX, E.: “The definition of...”, *loc. cit.*, pp. 249-257 sobre la intersección entre responsabilidad del Estado y del individuo en derecho internacional. *Vid.* también el análisis de CANÇADO TRINDADE, A. A.: “International Law for Humankind: Towards a new *ius gentium*. General Course on Public International Law (I)”, *RCADI*, Vol. 316, 2005, pp. 412 y ss. A esta cuestión volveremos de todas maneras en nuestras conclusiones al presente capítulo.

²⁴⁵ PÉREZ GONZÁLEZ, M., *loc. cit.*, p. 881. Tiempo antes MONACO afirmaba que “il peut y avoir aussi des représailles dirigées contre des organes ou des personnes privées ressortissant de cet Etat » (MONACO, R.: “Cours général de droit international public”, *RCADI*, Vol. 125, t. III, 1968, p. 319).

²⁴⁶ Coerción “material” entendida aquí como ejercicio presión física sobre el individuo. Ahora bien, también es posible una sanción puramente jurídica, puesto que nada impide que una norma de derecho internacional derive por ejemplo de la comisión de un acto de terrorismo la pérdida de la nacionalidad del Estado donde la comete cuando ésta última no es originaria.

términos simples y excluyentes para más claridad metodológica, aunque la separación estricta entre alguna de ellas pueda no ser del todo clara²⁴⁷.

Primera hipótesis: las calificaciones que el Consejo de Seguridad realiza al amparo del artículo 39 no han de ser analizadas como respuesta a la comisión de un ilícito previo. Según esta teoría, la decisión del Consejo de Seguridad de considerar una situación particular como una amenaza para la paz y la seguridad se explica por la naturaleza exclusivamente política de sus poderes de calificación. Usando las repetidas palabras de KELSEN: “The purpose of the enforcement action under article 39 is not to maintain or restore the law, but to maintain or restore peace, which is not necessarily identical with the law”²⁴⁸. Como paz y seguridad y Derecho internacional son dos conceptos diferentes –que incluso pueden operar en sentidos opuestos–, ninguna resolución del Consejo de Seguridad que imponga medidas contenidas en los artículos 41 o 42 pretende reaccionar a una violación del derecho en sí. Por ello, si seguimos esta teoría, las sanciones inteligentes son sanciones más bien por una cuestión de conveniencia estilística que por estrictas razones sistemático-jurídicas.

Segunda hipótesis: las calificaciones del Consejo siempre responden a la violación previa de una norma. Dos opciones se nos ofrecen en este punto:

²⁴⁷ El esqueleto de esta diferenciación se puede encontrar en LAGRANGE, E.; EISEMANN, P. M.: “Article 41”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M. (Eds.): *La Charte...*, op. cit., pp. 1999 y ss.

²⁴⁸ KELSEN, H.: *The Law of the United Nations*, Stevens and Sons Ltd., London, 1951, p. 294. Cfr. también AZNAR GÓMEZ, M. J.: *Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, MAE, Madrid, 2000, p. 138 (aunque reconociendo un cierto nexo entre el Derecho y la paz en el artículo 39 de la Carta, pero de importancia secundaria); DUPUY, P.-M.; KERBRAT, Y.: *Droit international Public*, 10ª Ed., Dalloz, Paris, 2010, p. 675; KOSKENNIEMI, M.: “The place of law in collective security”, *MJIL*, Vol. 17, Winter 1996, p. 474; MONACO, R.: “Cours général...”, p. 323, nota al pie 9 (subsumiendo la paz y la seguridad en la noción más amplia de “interés general”); TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: “Los límites a los poderes del Consejo de Seguridad. El caso de la Comisión de compensación de Naciones Unidas”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2009, p. 242; VERDROSS, A.: “Idées directrices de l’Organisation des Nations Unies”, *RCADI*, Vol. 85, t. II, 1953, p. 49. Vid. también las críticas a la naturaleza “cuasi-legislativa” de la operación de calificación ya referidas.

Ésta fue la posición mantenida por ejemplo por Brasil, a fin de justificar su cumplimiento con las resoluciones del Consejo de Seguridad S/RES/731(1992) y S/RES/748(1992), que demandaban al gobierno libio a entregar los sospechosos de los atentados de *Lockerbie* independientemente de que se les enjuiciara en territorio libio, excediéndose pues de los términos de la Convención de Montreal de 1962. El gobierno brasileño, aparentemente poco seguro de la legalidad de la resolución, encontró un cómodo (aunque peligroso) apoyo en el argumento de que “as the Security Council cannot pass judgment on the merits of a criminal case, we understand that the action taken by the Council is aimed exclusively at addressing a political problem involving a threat to international peace and security. It cannot be construed in a manner inconsistent with the presumption of innocence” (Statement of the Brazilian representative before the SC during its 3312th Session, S/PV.3312, 11 de noviembre de 1993, p. 50. Para una evaluación de la posición brasileña y sus implicaciones, cfr. ANGELET, N.: “Protest against Security Council decisions”, en WELLENS, K. (Ed.): *International law: theory and practice. Essays in honour of Eric Suy*, Kluwer Law, 1998, pp. 280-281).

- a) Las medidas del Consejo de Seguridad son respuestas colectivas “contra un Estado que ha cometido una ofensa de un determinado contenido o gravedad”²⁴⁹. De acuerdo con esta visión, las medidas de los artículos 41 y 42 constituyen siempre reacciones a violaciones previas del Derecho internacional; no necesariamente aquéllas contenidas en la Carta de las Naciones Unidas. Una sofisticada formulación de esta teoría se basa en la noción de “derecho subjetivo a la paz”²⁵⁰, de acuerdo con la cual cada amenaza para la paz y la seguridad internacionales viola este derecho subjetivo de los Estados. Ahora bien, otras opciones son también posibles, y de lo que en definitiva se tratará en cada caso será de determinar el contenido y la fuente de la norma violada a la que las sanciones del Consejo pretenden responder. A esta cuestión nos referiremos más adelante.
- b) Las medidas del Consejo bajo el Capítulo VII responden siempre a un hecho internacionalmente ilícito previo, pero éste no es necesariamente uno que derive de una norma convencional o consuetudinaria (o incluso un principio de la Carta de las Naciones Unidas), sino que encuentra su fundamento en la violación de la obligación, implícita en el artículo 39 de la Carta, de no cometer un acto que amenace la paz y la seguridad internacionales (COMBACAU²⁵¹). El contenido de dicha obligación se

²⁴⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1958, p. 384. Discusión sobre la noción de crimen internacional aparte, podemos encontrar un cierto apoyo en la práctica del Consejo de Seguridad. Como ha apuntado GOWLLAND-DEBBAS, “although the Council is not *required* to react to violations of international law, its practice –in the form of contingency decisions which are the outcomes of political activity- produces recognizable legal patterns which change the legal positions, not only of states, but also of individuals, engendering legal consequences and making possible new normative expectations” (“Introductory...”, en GOWLLAND-DEBBAS, V. (Ed.): *United Nations sanctions...*, *op. cit.*, p. 9). *Cfr.* también la opinión manifestada por el Sr. YANKOV en el debate de la Subcomisión sobre Responsabilidad de los Estados sobre el artículo 30 propuesto por el Octavo Informe del Relator Especial AGO: “(...) El Consejo de Seguridad o la Asamblea General no aprueba (*sic*) una recomendación encaminada a que se tomen sanciones contra un Estado dado salvo que éste hubiera cometido una violación grave de derecho internacional” (A/CN.4/318 y Add. 1 a 3, A/CN.4/L.291, A/CN.4/L.292; A/CN.4/L.293, *loc. cit.*, p. 58, § 36). Si esto es así en el caso de las recomendaciones, *a fortiori* lo será en el caso de las decisiones obligatorias.

²⁵⁰ VIRALLY, M.: *L’Organisation mondiale*, Armand Collins, 1952, pp. 451-453. Para FORTEAU, « la dichotomie traditionnellement fait entre la paix et le droit devrait alors faciliter la réflexion et autoriser à conclure *a contrario* que l’article 39 n’exige pas la violation d’une obligation », FORTEAU, M.: *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale de l’État*, Pédone, Paris, 2006, p. 106.

²⁵¹ COMBACAU, J.: *Le pouvoir de sanction...*, *op. cit.*, p. 16; también TEHINDRAZANARIVELO, D. L.: “Le droit ...”, *loc. cit.*, p. 212. Esta posibilidad había sido ya sugerida por KELSEN, H.: “The Law of...”, *op. cit.*, pp. 735-737; e incluso antes: KELSEN, H.: “Sanctions in...”, *loc. cit.*, pp. 520-522. El maestro austríaco deducía la existencia de esta obligación del hecho de que las medidas coercitivas del Consejo de Seguridad constituyen una “interference in the sphere of interests of States”, sólo justificable si tal interferencia constituye una sanción, es decir, si constituye la respuesta a una violación previa de una obligación internacional. La razón de ello es que –siempre para el mismo autor- es necesario ajustar las disposiciones de la Carta al respeto del derecho internacional, donde las “interferencias” en la soberanía del Estado sólo son permitidas como respuesta a cierto tipo de violaciones del derecho. Sin embargo, esta necesidad no ajusta

concreta en las resoluciones del Consejo de Seguridad²⁵², cuyas calificaciones se pueden explicar de dos maneras diferentes:

- Si se considera que la norma no tiene casi un contenido preexistente, si se encuentra prácticamente a merced de las decisiones del Consejo, las resoluciones de alguna manera definirán y adaptarán la norma a la realidad de la paz y la seguridad del momento, convirtiendo las calificaciones del Consejo en precedentes “cuasi-legislativos”²⁵³. En pocas palabras: el Consejo crea su propia legalidad²⁵⁴.
- Si por el contrario, la norma tiene un claro contenido preexistente, el Consejo califica unos hechos y los interpreta al mismo tiempo. Entonces, como ha señalado SALMON, “la liaison entre qualification et interprétation résulte du fait

automáticamente el Capítulo VII de la Carta al derecho internacional general, dada la falta de correspondencia entre los conceptos de “amenaza para la paz y la seguridad” del artículo 39 de la Carta y el de “amenaza o uso de la fuerza” propio del primero. Esto explica, en definitiva, que el autor vienes proponga una interpretación del artículo 39 de la Carta que se identifique con la prohibición del uso de la fuerza en derecho internacional general, a fin de aportar coherencia a su teoría (p. 522). De no ser así, “la qualification de l’emploi licite de la force de “menace por la paix” au sens de l’article 39 ruinerait cette thèse” (LAGRANGE, E.: “Le Conseil de sécurité peut-il violer le droit international?”, *RBDI*, nº 2, 2004, p. 578, nota al pie 22).

Algunos autores contribuyen *conscientemente* a esta teoría intentando ofrecer una definición de “amenaza para la paz y la seguridad internacional” (*Vid.* p.e. MARTENZUK, B.: “The Security Council, the International Court and judicial review: what lessons from Lockerbie?”, *EJIL*, 1999, Vol. 10, nº 3, p. 543).

También conviene apuntar con FORTEAU que COMBACAU « limitait cette obligation à la seule abstention de « tout acte constitutif » d’une menace contre la paix, d’une rupture de la paix ou d’un acte d’agression », y que por lo tanto no extendía esta obligación a la obligación más amplia de abstenerse de crear “una situación” de las supuestamente prohibidas por el artículo 39 (FORTEAU, M.: *Droit de la sécurité collective...*, *op. cit.*, p. 109).

²⁵² Las interpelaciones que el Consejo de Seguridad hace a los Estados para que restablezcan la situación preexistente y/o lleven a cabo una serie de medidas que él especifica pueden ser interpretadas en este sentido, siguiendo la conocida cita del Secretario de Estado Estadounidense JOHN FOSTER DULLES (“El Consejo de Seguridad no es un órgano que simplemente aplica el derecho acordado. Es por sí mismo un derecho”). Citado en BEDJAOUI, M.: *Nuevo orden mundial y control de legalidad y los actos del Consejo de Seguridad*, IVEP, Bilbao, 1995, p. 19). Estas interpelaciones se pueden asimilar a las que los Estados han de realizar antes de adoptar una contramedida, y que se encuentran recogidas en el artículo 52(1)(a) del citado proyecto de artículos de la CDI. *Vid.* también BENNOUNA, M.: “Les sanctions économiques...”, *loc. cit.*, p. 24: “La sanction a donc pour fonction de faire pression sur le destinataire pour l’amener à se conformer à la légalité internationale, telle qu’elle ressort des décisions du Conseil de sécurité. Elle n’a donc pas de caractère punif”.

²⁵³ ABI-SAAB, G.: « The Security Council as legislator and as executive in its fight against terrorism and against proliferation of weapons of mass destruction: the question of legitimacy », en WOLFRUM, R.; RÖBEN, V. (Eds.): *Legitimacy in international law*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2008, p. 119; CARDONA LLORÉNS, J.: “El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, en DÍEZ DE VELASCO, M.: *Las organizaciones internacionales*, 16ª Ed. (SOBRINO HEREDIA Coord.), Tecnos, Madrid, 2010, p. 237.

²⁵⁴ SOREL, J.-M.: “Le caractère discrétionnaire des pouvoirs du Conseil de sécurité: remarques sur quelques incertitudes partielles”, *RBDI*, nº 2, 2004, pp. 470-471. *Contra*, p.e., CAHIN, G.: « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », *RGDIP*, nº 3, 2003, pp. 562-563, para quien la selectividad en la práctica del Consejo es una regla inherente a la naturaleza del Capítulo VII de la Carta; no habría, pues, prohibición de *venire contra factum proprium*.

que la somme des qualifications constitue une jurisprudence et, partant, une interprétation”²⁵⁵. La diferencia entre ambas posibilidades es de matiz pero caracteriza de manera muy diferente los poderes del Consejo, pues en el primer caso estamos ante un poder más bien legislativo, y en el segundo, ante una función de connotaciones judiciales (si bien se trataría de un juez especialmente “creativo”).

En la mayoría de casos, la norma general que impide a los Estados o individuos que amenacen la paz y la seguridad internacionales se referirá a actos que coinciden con violaciones de normas de Derecho internacional, pero ello no es estrictamente necesario. Además, desde la óptica de esta teoría, no todo acto ilegal en Derecho internacional está cubierto por el artículo 39 (entiéndase “Derecho internacional” como el Derecho “externo” al ordenamiento jurídico de la Carta de las Naciones Unidas).

Esta segunda sub-hipótesis presenta la ventaja de que convierte en legal lo que ha sido calificado de concepto político, permitiendo que las resoluciones del Consejo adoptadas bajo el amparo del capítulo VII de la Carta sean cuestionables jurídicamente desde el pórtico de la calificación²⁵⁶. De lo contrario, el lugar natural de estas resoluciones sería la llamada “cuestión política” (*political question*)²⁵⁷, lo que implicaría que el jurista se vería privado de la competencia para cuestionar las calificaciones del Consejo de Seguridad desde el punto de vista de la legalidad internacional.

Sin embargo, esta opción se abre a la obvia contestación de que en la práctica el Consejo de Seguridad no ha tratado situaciones idénticas o muy similares de la misma manera, siguiendo un imperativo de coherencia con una norma general cuyo contenido él mismo ha determinado previamente²⁵⁸. De hecho, si uno ha de elegir una crítica recurrente de la práctica del Consejo de Seguridad, ésa es precisamente su cuestionable política de

²⁵⁵ SALMON, J.: “Quelques observations sur la qualification en droit international public”, en VV.AA.: *Mélanges Fernand Dehousse*, Eds. Labor, Bruxelles, 1979, t. 1, p. 99.

²⁵⁶ TPIY, *Fiscal c. Dusko Tadic a/k/a “Dule”*, Appeals Chamber, Decision of 2 October 1995 on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No IT-94-1-A, §§ 23 y ss. y 28 y ss.

²⁵⁷ *Contra*, CONFORTI, B.: « Le rôle de l'accord dans le système des Nations Unies », *RCADI*, Vol. 142, t. III, 1974, pp. 219, quien considera que los poderes del Consejo no son « discrecionales » porque, a fin de cuentas, éste ha de respetar las formalidades establecidas en la Carta y en el derecho derivado de la misma. El argumento es claramente formalista y poco aporta a nuestro debate.

²⁵⁸ De hecho, en el “caso haitiano” (amenaza para la paz y la seguridad internacionales derivada del golpe de Estado contra el Presidente Aristide el 30 de septiembre de 1991), el Presidente del Consejo de Seguridad se esforzó en remarcar que la calificación del Consejo no había de servir de precedente (BENNOUNA, M.: “Les sanctions...”, *loc. cit.*, p. 33).

“doble rasero” (deux poids, deux mesures)²⁵⁹. ¿Cómo se puede entonces explicar la existencia de una obligación legal en el artículo 39 cuando el contenido de la misma –y su aplicación al caso práctico- es tan impredecible y variable? Una posible respuesta a esta crítica es argumentar que la política de “doble rasero” es un problema más dependiente del equilibrio de fuerzas políticas existentes en un determinado momento, que de un imperativo de coherencia legal²⁶⁰. El problema residiría más en el diseño del mecanismo de toma de decisiones del Capítulo VII que en los poderes otorgados al mecanismo. En otras palabras: mediante las medidas del artículo 41 de la Carta el Consejo²⁶¹ responde siempre a la violación de no quebrantar la paz y la seguridad internacionales implícita en el artículo 39, pero en la práctica sólo hace frente a las infracciones de la norma que considere oportuno²⁶².

²⁵⁹ DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, *loc. cit.*, p. 377. Con ello ilustra el autor las dificultades que sufre el « sueño institucionalizador » de los crímenes de Estado para hacerse realidad. Así, la institucionalización de los crímenes de Estado en el Consejo de Seguridad sólo será “parcial” y “aleatoria”, como lo es la actividad del Consejo. Sobre esta política de doble rasero y su alejamiento de las exigencias del Derecho Internacional, *Vid.* también FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C.: “El poder y el derecho en las Naciones Unidas: la discrecionalidad del Consejo de Seguridad”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C.; QUEL LÓPEZ, F. J.: *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 40 y ss.

²⁶⁰ Para SOREL, “cette sélectivité inhérente au système, n’est néanmoins pas le fruit du hasard puisqu’elle correspond bien souvent à l’adéquation entre le consensus obtenu, la cohérence internationale et, surtout, la faisabilité de l’action à suivre (...)” (SOREL, J.-M.: “Le caractère discrétionnaire...”, *loc. cit.*, p. 469).

²⁶¹ Es habitual que el Consejo haga referencias vagas al Capítulo VII. Este fenómeno de “dissociation de l’objet et du motif” presenta problemas teóricos que han sido ya bien estudiados por COMBACAU (*Le pouvoir de sanction...*, *op. cit.*, pp. 85 y ss).

²⁶² Otra objeción sugiere problemas más graves aún derivados de la aceptación de esta teoría. Si el Consejo de Seguridad interpreta este poder “cuasi-judicial” en un sentido más literal, éste considerará que dispone de una amplia discreción para definir la obligación de no amenazar la paz y la seguridad mediante sus resoluciones. Así, este órgano posiblemente intentará hacer esta obligación más previsible a fin de responder mejor a las violaciones de la norma, legitimando así su actuación y haciéndola más efectiva. Para ello, el lenguaje abstracto de aplicación general representa la opción ideal, pues permite una acción más coherente por parte del órgano que la ha de aplicar –el Consejo- e indica con más precisión la conducta a la que los destinatarios se han de someter. De alguna manera, *limita* al Consejo *a futuro*, evitando situaciones “caprichosas” como la de *Lockerbie* (según ABI-SAAB, G.: “The Security Council *legibus solutus*? On the legislative forays of the Council”, en BOISSON DE CHAZOURNES, L.; KOHEN, M. (Eds.): *International Law and the quest for its implementation. Le droit international et la quête de sa mise en œuvre*. Liber amicorum Vera Gowlland-Debbas, Martinus Nijhoff, The Hague, 2010, p. 28).

El problema es que, de esta manera, el Consejo se erige en verdadero legislador. En efecto, si la norma que prohíbe amenazar la paz y la seguridad internacional se define en tales términos abstractos, hay sólo un paso a la elaboración de normas de conducta de aplicación generalizada y de sanciones por su violación, todo ello bajo el dudoso cobijo legal de los artículos 41 y 42. Un ejemplo real de esta (aparente) hipótesis académica lo encontramos precisamente en el caso del terrorismo, en el que la generalización del *terrorismo* en tanto que amenaza para la paz y la seguridad internacionales ha llevado al Consejo a elaborar la discutida resolución 1373, que impone a los Estados una serie de obligaciones generales en materia de lucha contra esta forma de violencia. A esta cuestión volveremos *infra*. (ARANGIO-RUIZ, G.: “On the Security Council’s “law-making””, *RIDI*, Vol. LXXXIII, n° 3, 2000, pp. 609 y ss.).

Explicadas en estos términos, pues, las sanciones inteligentes serían medidas aprobadas bajo el amparo del artículo 41 de la Carta cuyo objetivo es hacer frente a ilícitos internacionales, es decir, *a violaciones del artículo 39 de la Carta*. Aplicada esta perspectiva a nuestro ámbito de análisis, el artículo 39 prohibiría a los Estados –e incluso a particulares y grupos armados- cometer ciertos actos considerados como terrorismo internacional en tanto que variación del tema general constituido por la obligación de no amenazar la paz y la seguridad internacionales. En definitiva, como las sanciones inteligentes buscan salvaguardar el respeto de una obligación internacional, serían auténticas sanciones²⁶³.

*Tercera hipótesis: independientemente de la existencia de una obligación legal “ficticia” en el artículo 39 de la Carta, cuando el Consejo de Seguridad determina que la violación de una norma particular de derecho internacional amenaza la paz y la seguridad internacionales, lo que de hecho está haciendo en la mayoría de casos es asegurar el cumplimiento de dicha norma, previa determinación “cuasi-judicial” de su violación*²⁶⁴. Con ello se permite aproximar “violación de la paz” y “violación del Derecho”, aunque no se quiera concluir que podamos (en palabras de DUPUY) “réduire la mise en oeuvre du Chapitre VII [...] a celle d’un pur régime de responsabilité »²⁶⁵. Pero es innegable que

²⁶³ Otra posibilidad es definir la obligación violada como “no ponerse en situación de que el Consejo de Seguridad pudiera eventualmente determinar la existencia de una tal situación”. Sin embargo, esta propuesta se encuentra vacía de contenido, al remitir el contenido de la obligación a la calificación que le dé el Consejo de Seguridad, y por ello no nos parece defendible (HUESA VINAIXA, R.: “El derecho de la responsabilidad internacional y la Carta de las Naciones Unidas: consideraciones desde la perspectiva de las relaciones entre sistemas”, *REDI*, Vol. LIV, nº 2, 2002, p. 606. La misma autora califica de “poco razonable” dicha opción).

²⁶⁴ SCHACHTER, O.: “The quasi-judicial role of the UN Security Council and the General Assembly”, *AJIL*, Vol. 58, 1964, pp. 960 y ss.; más tarde LAUTERPACHT, E.: *Aspects of the administration of international justice*, Cambridge, 1991, pp. 37; y más recientemente DE WET, E.: *The Chapter VII powers of the United Nations Security Council*, Hart, Oregon, 2004, pp. 338 y ss.; DUPUY, P.-M.; KERBRAT, Y.: *Droit international...*, *op. cit.*, p. 659; POZO SERRANO, P.: « La Corte Internacional de Justicia y las competencias del Consejo de Seguridad en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales », *ADI*, nº 14, 1998, p. 428 ; ZAMBELLI, M.: *La constatation des situations de l'article 39 de la Charte des Nations Unies par le Conseil de sécurité : le champ d'application des pouvoirs prévus au chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Helbing & Lichtenhahn, Genève-Bale, 2002, p. 97. La Corte Internacional de Justicia ha constatado por el contrario en el asunto *Nicaragua* que “the Council has functions of a political nature assigned to it, whereas the Court exercises purely judicial functions. Both organs can therefore perform their separate but complementary functions with respect to the same events” (*CIJ, Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), Competencia del Tribunal y admisibilidad de la demanda, Sentencia de 26 de noviembre de 1984, Recueil CIJ 1984*, p. 435, § 95. Este *dictum* del Tribunal ha sido utilizado por D’ARGENT *et al* para negar la calificación de “sanciones” a las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad (D’ARGENT *et al*: “Art. 39”, en COT, J.-P., PELLET, A., FORTEAU, M.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Economica, 2005, Vol. I, p. 1139). Para una interesante (previa) crítica de este argumento, v. COMBACAU, J.: *Le pouvoir de sanction...*, *op. cit.*, pp. 15-16.

²⁶⁵ DUPUY, P.-M.: “Après la guerre du Golfe... », *loc. cit.*, p. 632 ; FORLATI PICCHIO, L.: *La sanzione...*, *op. cit.*, p. 187 ; SPINEDI, M.: « International crimes of State. A legislative history », en WEILER, J. H. H.;

ambos se encuentran muy cerca, tanto es así que “le corpus des règles sur la responsabilité des États n’est pas absent de ce régime, loin de là”²⁶⁶. En palabras de SOREL, “chaque fois que le Conseil ne se contente pas de constater une situation menaçant la paix mais qu’il fait découler la qualification du constant d’une atteinte à la légalité, il franchit le fragile rubicon vers la mise en cause d’une responsabilité et un système de sanctions”²⁶⁷. Así, « although the Council is not *required* to react to violations of international law, its practice –in the form of contingency decisions which are the outcomes of political activity– produces recognisable legal patterns which change the legal positions, not only of states, but also of individuals, engendering legal consequences and making possible new

CASSESE, A.; SPINEDI, M. (Eds.): *International crimes of State. A critical analysis of the ILC’s Draft article 19 on State responsibility*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1969, pp. 65-66; en el marco de las discusiones mantenidas por los Estados en el seno de la CDI relativas a las consecuencias de la noción de “crimen internacional”. *Vid.* también en el mismo sentido el Octavo Informe del Relator Especial AGO, en el que el autor reconoce que el uso del término sanción en el contexto del Capítulo VII de la Carta es menos estricto, ya que “it does not mean exclusively comportment injurious to what, in other circumstances, would constitute a genuine right (...) the sanctions (...) may constitute measures no doubt harmful to the interests of the State against which they are directed, but not necessarily and in all situations involving a breach of the provisions of international obligations towards that State” (*Octavo Informe...*, pp. 43-44; § 92).

Para CARDONA LLORÉNS, “no caben medidas punitivas que tengan por finalidad “castigar” al responsable de la amenaza (...) las funciones del Consejo de Seguridad se deben ceñir al ámbito político de mantener la paz y no deben entrar en el ámbito jurídico de la exigencia de responsabilidad. Si alguna vez lo hace, se extralimita en sus competencias” (*ibid.*, p. 241). El autor se sitúa aquí en el plano de las consecuencias del ilícito, descartando la “punición” del responsable de la amenaza para la paz. Ello no debe implicar, a nuestro juicio, la separación estricta entre mantenimiento de la paz y responsabilidad internacional, dado que esta última no está orientada hacia la *punición* del culpable, como hemos podido ver. El deber de cesar el ilícito, de no repetirlo (art. 30 Proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado), o la *restitution in integrum* (art. 35), son ejemplos de ello.

²⁶⁶ DIPLA, H.: “Les résolutions du Conseil de Sécurité imposant des mesures coercitives et leur mise en œuvre : quelques réflexions concernant la responsabilité des États », en RUIZ-FABRI, H. ; SICILIANOS, L.-A., MOREL, J.-M. (Eds.): *L’effectivité des organisations internationales, Mécanismes de suivi et de contrôle*, Sakkoulas and Pedone Publishing, Athens-Paris, 2000, p. 56. Esta relación entre la Carta y el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados ya había sido sugerida entre otros por el mismo Relator Especial RIPHAGEN en contexto de la discusión sobre la noción de “crimen internacional” (Cuarto Informe del RS RIPHAGEN..., § 60, pp. 11-12). Otros autores subrayan el hecho de que en ciertas situaciones –como el establecimiento de un sistema de reparaciones por la resolución 687 del Consejo en la situación provocada por el atentado de *Lockerbie*– el Consejo ha creado su propio Derecho, arriesgándose a provocar una disociación entre Derecho internacional y Derecho de la Carta de peligrosas consecuencias (ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: fundamento jurídico y discrecionalidad política”, en PÉREZ GONZÁLEZ, M.: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 17; FRANCK, T. M.: “The Security Council and “threats to peace”: Some remarks on remarkable recent developments, en DUPUY, R.-J. (Ed.): *Le développement du rôle du Conseil de sécurité. Peace-keeping and peace-building*, Colloque de l’AFDI, Nijhoff, Leiden-Boston, 1993, p. 84).

²⁶⁷ SOREL, J. M.: “L’élargissement de la notion de menace contre la paix”, en SFDI: *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Colloque de Rennes*, Pedone, Paris, 1994, p. 52. Al mismo tiempo el autor admite la validez de la tesis de KELSEN-COMBACAU cuando no se produce esta situación (*ibid.*, p. 53 y ss.). En el mismo sentido, CAHIN, G.: “La notion de pouvoir...”, *loc. cit.*, pp. 569-570.

normative expectations »²⁶⁸. La asociación entre responsabilidad y seguridad colectiva es por lo tanto posible, aunque se efectúe de manera “circunstancial”²⁶⁹.

Desde esta perspectiva es necesario, pues, relativizar la oposición radical y dogmática entre el “gendarme” y el “juez”: el Consejo de Seguridad puede convertirse, a veces, y sólo a veces, en una suerte de *justiciero* internacional²⁷⁰; en la medida en que sea necesario para mantener la paz y la seguridad internacionales. Algunos incluso observan un “arrière-plan juridique” en *cada* actuación del Consejo en virtud del Capítulo VII:

« la légalité internationale est aux deux bouts du processus de mise en oeuvre du chapitre VII de la Charte par le Conseil. Les atteintes à cette légalité en sont certes la condition nécessaire, bien que non suffisante (la politique se réservant toujours le dernier mot) ; mais les sanctions une fois activées, c'est le retour à la légalité qui est le critère de leur efficacité »²⁷¹.

La consecuencia de esta teoría es que cuando el Consejo de Seguridad adopta medidas del capítulo VII de la Carta para forzar el respeto de una obligación de Derecho internacional habrá algo parecido a un verdadero restablecimiento de la integridad normativa del orden jurídico internacional. Si por el contrario no hay violación de una obligación claramente delimitable, sino una “simple” amenaza para la paz y la seguridad internacionales, hay desde luego un acto de coerción, pero no sanción²⁷². Es importante

²⁶⁸ GOWLLAND-DEBBAS, V.: “UN sanctions and international law: and overview”, en GOWLLAND-DEBBAS, V. (Ed.): *United Nations sanctions...*, *op. cit.*, p. 11. En el mismo sentido, ÁLVAREZ, J. E.: *International organizations...*, *op. cit.*, pp. 421 y ss.

²⁶⁹ FORTEAU, M.: *Droit de la sécurité...*, *op. cit.*, p. 525. *Vid.* también pp. 494 y ss.

²⁷⁰ SICILIANOS, L.-A.: “Après l’Irak: où va le Conseil de sécurité?”, en VV.AA.: *Soberanía...*, *loc. cit.*, t.2, p. 1328. A modo de ejemplo, las resoluciones S/RES/1718(2006), S/RES/1874(2009), S/RES/1928(2010), relativas a la amenaza provocada por la nuclearización de Corea del Norte. Las tres hacen múltiples referencias al régimen internacional convencional en materia de proliferación nuclear, incluso “expresando su firme convicción de que debe mantenerse el régimen internacional de no proliferación de las armas nucleares y recordando que la República Popular Democrática de Corea no puede tener la condición de Estado poseedor de armas nucleares de conformidad con el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares” (preámbulo de las dos primeras, § 4).

²⁷¹ BENNOUNA, M.: “Les sanctions économiques... », *loc. cit.*, pp. 26-27.

²⁷² ABI-SAAB, G.: “Cours général...”, *loc. cit.*, pp. 305-306; ÁLVAREZ, J. E.: “Judging the Security Council”, *AJIL*, Vol. 90, n° 1, p. 22; COHEN-JONATHAN, G.: “Le Conseil de sécurité et les droits de l’homme”, en VV.AA.: *Mélanges Schwob: Droit des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 37 y ss. (aunque también apoya la primera hipótesis que hemos propuesto: p. 39); GOWLLAND-DEBBAS, V.: “Responsibility and the United Nations...”, *loc. cit.*, pp. 125-126; KOLB, R.: *Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, 2ª Ed., Helbing Lichtenhahn, Bâle; Bruylant, Bruxelles, pp. 97-99; ZEMANEK, K.: “Is the Security Council the sole judge of its own legality?”, en VV.AA.: *Liber amicorum Mohammed Bedjaoui*, Kluwer, The Hague-Boston, 1999, p. 635. También es posible considerar que el Consejo de Seguridad crea *ex novo* una obligación cuando requiere a un Estado, un grupo rebelde o un individuo a que se abstenga de una cierta conducta o a que actúe de una determinada manera mediante sus interpelaciones *ex* Capítulo VII (*Cfr.* p.e. BONDÍA GARCÍA, D.: “Reflexiones teóricas sobre la progresividad en la imposición de sanciones por parte del Consejo de Seguridad”, en VV.AA.: *Derecho Internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Barcelona, Vol. 1, 2009, esp. pp. 67-68. Se trata de otra modalidad de la cita de JOHN FOSTER DULLES,

diferenciar esta tercera hipótesis de la explicación “judicial” de la segunda sub-hipótesis anteriormente presentada, pues la técnica jurídica es diferente. En este apartado, la amenaza para la paz y la seguridad internacionales es un concepto de geometría variable que se relaciona con el Derecho dependiendo del origen de la amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Si éste es una violación del derecho, la íntima conexión entre la violación y la amenaza *juridizará* la calificación del art. 39, pero la determinación será “cuasi-judicial” porque el Consejo actúa de “cuasi-juez” con respecto a la violación de la obligación internacional (posiblemente ajena a la Carta), y no con respecto al concepto del art. 39. En cambio, recordemos, la explicación “judicial” de la segunda sub-hipótesis se refería al Consejo en tanto que “juez” que interpretaba y aplicaba la obligación jurídica, implícita en la Carta, de no amenazar la paz y la seguridad internacionales, y no otra obligación internacional ajena al texto de San Francisco.

En todo caso, como se podrá observar, tanto la opción a) de la segunda hipótesis como la hipótesis tercera recurren a una técnica idéntica para explicar la naturaleza de los poderes jurídicos del Consejo. De hecho, la diferencia entre ambas estriba más bien en la exigencia de una base jurídica última para explicar las acciones del Consejo. Así, mientras aquella requiere la existencia de una norma última que explique la naturaleza de las medidas del Consejo, la segunda se limita simplemente a sugerir esta posibilidad, fruto más bien de una constatación empírica basada en la práctica del Consejo que de una construcción apriorística de sus poderes. En otras palabras, para los defensores de la segunda sub-hipótesis que hemos presentado, el Consejo es *necesariamente* un órgano sancionador; y lo es *desde dentro de la Carta* (artículo 39); mientras que en la tercera

antes transcrita. Mediante estas interpelaciones o “decisiones” (en el sentido del art. 41 de la Carta), se crearía una cadena normativa que extiende el carácter sancionador de las medidas de los artículos 41 y 42 en tanto que respuesta a la violación de una norma primaria previa creada por el mismo órgano. Ello significaría que “la imposición de sanciones a Estados miembros sería, entre muchas, una de las posibles medidas a adoptar por el Consejo de Seguridad y en caso de que se recurriera a la imposición de sanciones, éstas convivirían con otras medidas, de naturaleza diversa, con las que no deben confundirse” (*ibid. Contra*: RIPOLL CARULLA, S.: *El desarrollo...*, *op. cit.*, p. 69, p. 94). Aceptando esta opción, FORLATI PICCHIO precisa que “nell’ipotesi che lo Stato o gli Stati in questione non ottemperino spontaneamente alle ingiunzioni del Consiglio, possono scattare i mezzi di pressione previsti dall’art. 41, e in tal caso le sanzioni adottate in ossequio alle decisioni del Consiglio avrebbero funzione riparatorio-esecutiva (se non addirittura preventiva), piuttosto che punitiva” (FORLATI PICCHIO, L.: *La sanzione...*, *op. cit.*, p. 192, énfasis añadido).

Por otro lado, esta teoría, al reconocer la responsabilidad internacional como una de las *opciones* del Consejo, respeta el sentido del art. 103 como norma que permite al Consejo ir más allá del derecho internacional positivo y/o establecer consecuencias que el mismo no establece o que incluso prohíbe (incluso en los casos en que el Consejo responde a la violación de normas primarias de derecho internacional). La jurisprudencia del CIJ en el asunto *Lockerbie* (a la que volveremos en el capítulo VI) resulta ejemplar a este respecto.

hipótesis *puede* serlo desde fuera de la Carta, acudiendo al lenguaje del Derecho internacional.

Resulta imposible valorar aquí con detalle los pros y los contras de cada una de las tres hipótesis, pues ello nos remite a un trabajo con propósitos diferentes a los nuestros. Simplemente apuntaremos de manera sumaria que es imposible desligar categóricamente paz y seguridad, por un lado, y Derecho internacional, por otro, como si fueran compartimentos estancos. El clásico paralelismo que compara al Consejo de Seguridad con el “gendarme” de los órdenes internos, si bien pedagógicamente útil, resulta limitado cuando apreciamos las funciones del Consejo como órgano de una Organización internacional con poderes institucionales para crear órganos subsidiarios judiciales; que normalmente, en las situaciones del artículo 39, no contará con un juez que califique con precisión los hechos y determine el régimen de responsabilidad aplicable, y cuyas determinaciones de la violación del Derecho no pueden ser desde luego indiferentes para el jurista²⁷³.

En definitiva, “the purpose of the enforcement action under article 39 is not to maintain or restore the law, but to maintain or restore peace, which is not necessarily identical with the law”, volviendo a la conocida cita de KELSEN. Cierto, pero *a contrario*, el propósito de la acción coercitiva bajo el artículo 39 *puede ser* el de mantener o restablecer el Derecho, en la medida en que éste coincida con el mantenimiento o restablecimiento de la paz.

Independientemente de las conclusiones de este (interminable) debate que ni mucho menos pretendemos agotar, existe una razón para escoger la “tesis de la proximidad” para punto de partida en este trabajo. Y es que ésta nos obliga a formularnos diversas cuestiones jurídicas sobre el régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes que contribuyen a fijar algunos de nuestros postulados esenciales sobre el mecanismo de activación de estas

²⁷³ Pensemos, por poner un ejemplo, en las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas a la lucha contra la piratería en Somalia. Las calificaciones que hace el Consejo de Seguridad de los actos cometidos en las aguas del Índico tienen muy presentes los tres elementos de la definición consuetudinaria de piratería que se encuentra en el art. 111 de la Convención de Montego Bay (a la que se hace referencia expresa); tanto es así que diferencian claramente entre “actos de piratería” y actos de “robo a mano armada”, aludiendo claramente al hecho de que los actos de piratería se cometen, por lo menos, en el alta mar (la cuestión es discutida en lo que respecta a la zona económica exclusiva, aunque un Informe de Secretario General de 26 de julio de 2010 sobre las posibles opciones para enjuiciar a las personas responsables de piratería en Somalia apuntaba a una respuesta afirmativa. *Vid.* S/2010/394, p. 13). Es evidente que la calificación que hace el Consejo de estos actos no puede ser ni mucho menos ajena para el jurista (Preámbulos de resoluciones S/RES/1816(2008), de 2 de junio de 2008; S/RES/1897(2009), de 30 de noviembre de 2009; S/RES/1918(2010), de 27 de abril de 2010; S/RES/1950(2010), de 23 de noviembre de 2010).

sanciones. Por ejemplo, como veremos en seguida, analizar si el Consejo sanciona *involuntariamente* a los miembros relacionados con Al-Qaeda o los Talibanes por cometer alguna conducta ilícita por el Derecho Internacional; así como estudiar las sanciones impuestas por el Consejo a la luz del derecho en materia de terrorismo vigente para los Estados, no sólo ayuda a aclarar el contenido del régimen de sanciones, sino que contribuye a esclarecer sus finalidades últimas. Y si además añadimos varios elementos de nuestro análisis sobre la relación entre sanciones y contramedidas, los resultados pueden ser casi inesperados, como se verá en la “conclusión-epílogo” que cierra este capítulo.

Pero para todo ello se ha de ir paso a paso desgranando los diversos elementos de una deconstrucción del régimen Al-Qaeda/Talibanes como mecanismo estrechamente relacionado con patrones jurídicos. Así, comenzaremos intentando localizar dónde se encuentra la norma primaria que el Consejo toma como referencia; haremos lo propio con la secundaria y, aclaradas estas cuestiones preliminares, perfilaremos los rasgos básicos sobre la “naturaleza” y la “finalidad” de las sanciones.

II.1.2. La ejecución de sanciones contra Al-Qaeda y los Talibanes

a) El Consejo de Seguridad reprime una conducta individual de manera indirecta aunque inequívoca

En lo que respecta a esta cuestión, nuestra propuesta es la siguiente. Las resoluciones 1267 y 1333 nunca indican en términos claros el contenido de las conductas que se proscriben. Como hemos expuesto anteriormente, ambos textos sólo hacen referencia al ámbito de aplicación *ratione personae* de las sanciones: “Usama bin Laden y de las personas y entidades con él asociados indicados por el Comité, incluidos los de la organización Al-Qaida (...)”²⁷⁴. Asimismo, hemos precisado que la definición de “asociados” de la resolución 1617 contiene dos posibles criterios útiles para precisar el ámbito de aplicación *ratione personae* de las sanciones: el de pertenencia a un grupo terrorista y el de participación en actividades criminales.

Pues bien, independientemente del análisis “penalista” o “administrativista” que se quiera utilizar para explicar los diferentes elementos de la “sanción”, *es innegable que definiendo el ámbito de aplicación ratione personae de las sanciones, el Consejo ha*

²⁷⁴ S/RES/1333, § 8.

definido al mismo tiempo las conductas proscritas. En efecto, el párrafo 2 de la resolución 1617 que, como hemos visto, define lo que es estar “asociado” con Al-Qaeda y los Talibanes (participación en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos, etc.), se expresa en términos lo suficientemente abstractos y precisos como para considerarlo una norma general que determina una conducta prohibida aplicable a todos los individuos del planeta. Por ello, ya no se puede afirmar que “the Security Council decrees lay down no prohibited activity against which the named individuals' actions or omissions are to be measured”²⁷⁵.

Esta conclusión tenía sentido antes de la adopción de la resolución 1617 del Consejo puesto que no era posible deducir el contenido preciso de la norma prohibitiva de los textos que iba adoptando, pero éste no es el caso hoy día. Las sanciones inteligentes contra Al-Qaeda y los Talibanes responden pues a la voluntad del Consejo de forzar el respeto de una obligación que ha sido definida de manera general y exhaustiva, al modo en que lo hacen los códigos penales o las normas de Derecho Administrativo sancionador. Ahora bien, que ello responda a la pretensión de forzar el respeto de una norma de Derecho internacional, o que se esté creando *ex novo* una nueva norma que contiene una nueva obligación –derivación o no de la obligación general de no amenazar la paz y la seguridad internacionales, es una cuestión diferente –aunque relacionada- a la que nos referiremos *infra*²⁷⁶.

Antes de ello, no podemos obviar una particularidad del mecanismo de prevención/represión de la conducta en tanto que garante del respeto de una obligación, y es su carácter doblemente indirecto. En efecto, por un lado el texto de las resoluciones que establecen el mecanismo de las sanciones inteligentes nunca formula directamente una conducta a seguir en tanto que obligación positiva o negativa para los individuos –ni siquiera en la misma resolución 1617-. Ello es así porque, por otro lado, es el Estado el destinatario de sus resoluciones, es decir, es el sujeto obligado a congelar los bienes de los individuos sospechosos de realizar alguna de las conductas enumeradas en las

²⁷⁵ CAMERON, I.: “The European Convention...”, *loc. cit.*, p. 10. Hemos de remarcar que dicho documento fue elaborado y publicado meses antes de la adopción de la resolución 1617 por el Consejo.

²⁷⁶ Descartamos pues recurrir a la explicación que aporta la teoría kelseniana de la estricta separación entre los conceptos de paz y legalidad. Por un lado, porque aunque acertada, nos parece simplista, ya que los vínculos entre legalidad y seguridad son eminentemente complejos. El restablecimiento de la paz y la seguridad puede ser el primer objetivo del Consejo, pero eso no resuelve todas las complejas cuestiones de la relación entre ésta y la legalidad. Por otro lado, además, la teoría no nos es útil para explicar los diferentes elementos del régimen jurídico de las sanciones inteligentes.

resoluciones. En otras palabras, al individuo parece no exigírsele expresamente ninguna obligación, y por ello parecería refutar nuestra tesis sobre las sanciones inteligentes como represión/prevenición de una conducta constitutiva de un ilícito internacional.

A nuestro parecer este argumento no supone una objeción válida. Bien de manera directa o indirecta, al individuo/entidad se le sanciona en tanto que violador de una obligación implícita –pero claramente- establecida en la resolución 1617: la de no asociarse con Al-Qaeda y los Talibanes²⁷⁷. Es cierto que las resoluciones se destinan a los Estados no por mero afán estilístico, sino porque son ellos los que van a ejecutarlas; es decir, que se redactan así por el carácter descentralizado del mecanismo de implementación de las sanciones del artículo 41 de la Carta, erigiendo pues a los Estados como receptores directos de la obligación. Pero quedarse aquí sería a nuestro juicio no correr el velo jurídico que oculta a su vez la otra obligación, ésta ya destinada a los individuos. *Mutatis mutandis*, es lo mismo que sucede, por poner un ejemplo, en el artículo 547 del Código Penal español, en el que se afirma que “los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, cometan cualquier otra infracción con alguna de las finalidades expresadas en el artículo 571, serán castigados con la pena señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior”. Aquí tampoco se desvela ninguna obligación para los individuos, sino sólo para el juez; y sin embargo, de ella derivamos una responsabilidad penal individual.

b) La obligación primaria existe en Derecho internacional, aunque no está claro si el Consejo se refiere a ella

Realizadas estas apreciaciones previas, la cuestión que surge entonces es la de si este párrafo 2 de la resolución 1617 es la expresión de una norma de derecho convencional o consuetudinario o si por el contrario el Consejo de Seguridad *crea* una nueva obligación, es decir, ejerce lo que se ha sido calificado de “función normativa derivada”²⁷⁸, opción esta

²⁷⁷ Es cierto que con ello nos aproximamos a la tesis atribuida a COMBACAU, original de KELSEN (segunda opción de la segunda hipótesis sobre la naturaleza del poder de calificación del Consejo de Seguridad; es decir, los poderes de calificación del Consejo responden a la violación de una norma internacional, implícitamente contenida en la Carta, de no amenazar la paz y la seguridad internacionales). Por esta razón volveremos a la teoría de la obligación implícita en las conclusiones de este Capítulo.

²⁷⁸ La expresión es de FORTEAU, M., en su tesis doctoral (que dio lugar a la obra que venimos citando) *Recherche sur les relations entre le droit de la Charte des Nations Unies et le droit de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, thèse Parix X-Nanterre, 2002, p. 183, citado en LAGRANGE, E.; EISEMANN, J.-P.: "Article...", *loc. cit.*, p. 1200. No nos ha sido posible encontrar la expresión exacta en la

última que ya sugerimos como posible explicación de la naturaleza del mecanismo de calificaciones del Consejo bajo el capítulo VII de la Carta. Aquí es posible encontrar argumentos que apoyen ambas visiones.

Por un lado, es evidente que las resoluciones del Consejo de Seguridad (en especial la 1617) van más allá de lo establecido en casi todas las Convenciones internacionales sobre terrorismo. Por un lado, *desde el punto de vista del elemento subjetivo de los crímenes*, no está claro que conductas como “el reclutamiento” o en general el “apoyo de cualquier otro tipo” entren dentro del ámbito de aplicación *ratione materiae* de éstas. Así, entre las diferentes Convenciones internacionales sobre terrorismo aprobadas hasta 1996, dos de ellas (la Convención de Tokio de 14 de septiembre de 1963 sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves y la Convención de Viena de 3 de marzo de 1980 sobre la protección de los materiales nucleares) no condenaban la “complicidad” como forma de participación en la comisión de los actos terroristas que pretenden prevenir y reprimir (suponiendo que la complicidad se corresponda con el “reclutamiento” o el “apoyo de cualquier tipo”, dudoso en lo que respecta al último comportamiento). De hecho, sólo las tres convenciones adoptadas a partir de 1996 definen las formas de participación en los actos delictivos que ellas mismas condenan en términos similares a los que utiliza el Consejo de Seguridad, cláusula de cierre incluida²⁷⁹. Pero sin embargo, lo hacen con el matiz que exigimos en el primer capítulo, es decir, cerrando aceptablemente la cláusula “otro tipo de apoyo” a fin de evitar interpretaciones abusivas con el requisito de que ese “otro tipo de apoyo” sea “intencionado” o “deliberado”.

En definitiva, existen ciertas diferencias –cuya importancia no conviene exagerar– entre el elemento subjetivo o mental del crimen de terrorismo que reprimen las sanciones

voluminosa obra resultante de esta tesis doctoral que venimos citando, FORTEAU, M.: *Droit de la sécurité...*, *op. cit.*).

²⁷⁹ Véase la Convención internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 15 de diciembre de 1997, art. 2; el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 9 de diciembre de 1999, art. 2; el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, de 13 de abril de 2005, art. 2. En cuanto al resto de Convenciones sobre terrorismo, encontramos la “complicidad” en el artículo 1 del Convenio de la Haya de 16 de diciembre de 1970 para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves; en el art. 1 de la Convención de Montreal de 23 de septiembre de 1971 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (aplicable al Protocolo de Roma de 10 de marzo de 1988 que le complementa); del art. 2 de la Convención de 14 de diciembre de 1973 sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; en el art. 1 de la Convención internacional de 17 de diciembre de 1979 contra la toma de rehenes; y en el art. 3 de la Convención de Roma de 10 de marzo de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. Son todas las que están pero no están todas las que son; entre otras faltan las convenciones regionales. Para una lista más exhaustiva a este respecto, *Vid.* DAVID, E.: *Eléments de droit international pénal et européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 1109 y ss.

contra Al-Qaeda y los Talibanes y dicho elemento tal y como aparece en el Derecho internacional convencional²⁸⁰.

Desde el punto de vista del *elemento objetivo* de los crímenes, la resolución 1617 reprime “todos los actos o actividades ejecutados por Al-Qaeda”²⁸¹, abarcando otra vez posibilidades que no ofrece el Derecho convencional. Recordemos que el régimen convencional de lucha contra el terrorismo no ha ofrecido todavía una definición general de terrorismo que derive de la misma un régimen uniforme de consecuencias jurídicas, sino que ha seguido una pragmática estrategia basada en una aproximación sectorial hacia *actos* terroristas concretos, pero evitando el nudo gordiano de la discordia.

Sin embargo, resulta obligado referirse a la opinión defendida por CASSESE (recientemente confirmada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano²⁸², por él presidida), para quien las conductas específicas prohibidas en las convenciones sectoriales sobre terrorismo se encuentran *implícitas* en la definición general de terrorismo que se aporta en la Convención Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo²⁸³. Es decir, que el terrorismo como delito autónomo de

²⁸⁰ Además, la resolución 1373 y la labor de su Comité contra el Terrorismo están ciertamente contribuyendo a reducir esta falla del derecho convencional, en la medida en que su párrafo 2 e) exige que los Estados “aseguren el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o *preste apoyo* a esos actos”. Lo interesante de esta resolución es que aproxima paz y seguridad y derecho internacional no sólo desde el punto de vista del “tipo penal” –el crimen de terrorismo–, sino que también lo hace desde el punto de vista de las sanciones a adoptar como respuesta, es decir, de las consecuencias del ilícito. Ello bien pudiera interpretarse como un desarrollo normativo de la obligación, contenida en el art. 4(b) de la Convención Internacional para la Supresión de la Financiación del terrorismo, de “Sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su carácter grave”. Claro que nuestro lenguaje aquí es exclusivamente penalista; y nuestra referencia es siempre una Convención Internacional de naturaleza eminentemente penal, cuando el Consejo de Seguridad insiste en la naturaleza eminentemente administrativa de estas sanciones.

²⁸¹ S/RES/1617, § 2.

²⁸² TEL, *Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging*, sentencia de 16 de febrero de 2011, Case nº STL- II – 01 11, §§ 83 y ss.

²⁸³ CASSESE, A.: *International criminal law*, 2ª Ed., Oxford, 2008, p. 171, énfasis original. La idea se encuentra desarrollada con mayor detalle en su artículo “The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law”, *JICJ*, Vol. 4, 2006, pp. 933 y ss., y había sido defendida ya en la versión de 2003 del mismo manual (pp. 120 et ss.): “the treaties at issue either restate customary rules or are indicative of, or have contributed to, the formation of customary rules” (p. 130). Una posición muy similar es mantenida por JIMÉNEZ GARCÍA, para quien “existe una definición, e incluso un régimen general de terrorismo resultado de un proceso de formación consuetudinario (...), que el autor liga a la abundante práctica de los Estados y tribunales nacionales, a la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad y a los diferentes tratados internacionales en materia de terrorismo (JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “Derecho internacional penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. VI, 2006, pp. 313-318. *Vid.* también DAVID, E.: “Les Nations Unies et la lutte contre le terrorisme internationale”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M.: *La Charte...*, *loc. cit.*, pp. 163 y ss. Para una posición contraria, *cfr.* FLETCHER, G. P.: “The indefinable concept of terrorism”, *JICJ*, Vol. 4, 2006, pp. 894; HIGGINS, R.: “The general international law definition of terrorism”, en HIGGINS, R. y FLORY,

derecho consuetudinario abarca todas las conductas que han sido definidas en las diferentes convenciones internacionales sobre terrorismo, las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, las resoluciones del Consejo de Seguridad y otros textos aprobados a lo largo de cuarenta años²⁸⁴. Esta posición supone que todas las formas de participación en actividades terroristas están cubiertas por el derecho consuetudinario y que, en consecuencia, el Consejo de Seguridad intenta hacerles frente a través de sus resoluciones, bien sea de manera directa o indirecta, dependiendo cuál de las tres hipótesis presentadas anteriormente a las que nos adhiramos. En apoyo de esta idea acude el hecho de que el mismo Consejo no es ajeno al desarrollo normativo de la represión de diversos actos terroristas, dado que varias de sus resoluciones habían ya “preparado el terreno” que luego ocuparía la resolución 1373 (2001), *condenando* la comisión de ciertos actos terroristas y *exhortando* a los Estados a adoptar una serie de medidas en respuesta; es decir, legislando contra el terrorismo²⁸⁵. El problema de la definición de terrorismo en Derecho internacional sería una cuestión de límites o de “bordes”; pues existe un núcleo conceptual

G.: *Terrorism and international Law*, Routledge, London-New York, 1998, esp. pp. 27 y ss, y HENKIN, L.: “General course on Public International Law”, *RCADI*, Vol. 216, 1989, 9, p. 159. Para estos dos últimos autores, el terrorismo “is not a useful legal concept”. AUST, refiriéndose a la definición contenida en el artículo 2 de la Convención para la supresión de la financiación del terrorismo del año 2000, afirmaba discretamente en un artículo aparecido tras su adopción que ésta “is only for the convention. Whether it will be the basis of a general definition of terrorism, is still to be seen”, AUST, P.: “Counter-terrorism. A new approach: the International Convention on the financing of terrorism”, *MPYUNL*, Vol. 5, 2001, p. 299. LAVALLE considera que “the offences criminalized by those treaties can hardly not be punishable under the general criminal law of any state (...). Such is clearly not the case, however, with the offences criminalized by the Financing Convention, which, given their nonviolent, victimless and extremely specific nature, are not likely to constitute offences under the general criminal law of states (*sic*)” (LAVALLE, R.: “The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism”, *ZaöRV*, Vol. 60, 2000, p. 505). Sin embargo, el mismo autor concede que “at the close of the Rome conference [para la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional] a resolution was adopted without a vote by which it was recognized, inter alia, that “terrorist acts, by whomever and wherever perpetrated and whatever their forms, methods or motives, are serious crimes of concern to the international community (...)” (*Ibidem*, p. 492). Si bien las opiniones de AUST y de LAVALLE podían tener cierto sentido en los años previos a los atentados del 11 de septiembre, los importantes desarrollos legislativos en materia de lucha contra el terrorismo desde la resolución 1373 hacen cada vez más difícil no adherirse a la opinión de CASSESE.

²⁸⁴ Ello es así incluso a pesar de la falta de acuerdo con una definición convencional de terrorismo. El argumento de CASSESE al respecto se basa en que hay un acuerdo global en los principales elementos de la definición de terrorismo, aunque no en sus aspectos “límite” (“movimientos de liberación nacional”, “terrorismo estatal”, etc. *International criminal... op. cit.*, note 33, p. 163).

²⁸⁵ El estudio de DENIS lo ilustra perfectamente evaluando conjuntamente las resoluciones S/RES/286 (1970) de 9 de septiembre de 1970; S/RES/579 (1985), de 18 de diciembre de 1985; S/RES/635 (1989), de 14 de junio de 1989; S/RES/638 (1989), de 31 de julio de 1989; S/RES/1269 (1999), de 19 de octubre de 1999; y S/RES/1368 (2001), de 12 de septiembre 2001) en tanto que antecedentes de la “legislativa” resolución 1373. En cuanto a los actos que dichas resoluciones tratan de hacer frente, se trata de (1) toma de rehenes a mano armada y otras injerencias en vuelos internacionales (resoluciones 286 y 635); toma de rehenes en general (resoluciones 579 y 638); “todos los actos, métodos y prácticas terroristas” en general (resolución 1269, § 1; resolución 1368, § 1). En todo caso, se trata de resoluciones no normativas en sentido estricto puesto que ninguna de ellas tiene carácter vinculante (DENIS, C.: *Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité. Portée et limites*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 134-144).

que los Estados han demostrado aceptar, cuya síntesis se encuentra en el artículo 1 c) de la Convención internacional para la prevención de la financiación del terrorismo de 1999.

Es verdad que uno podría argumentar, en la línea de lo que ANGELET ha mantenido respecto a las provisiones legislativas de la resolución 1373, que se está lejos de una legitimación de la cualificación como “amenaza para la paz” de una incriminación internacional existente en derecho internacional general²⁸⁶. De hecho, el Consejo de Seguridad no se expresó en términos de “legalidad” cuando afirmó que “las sanciones son un instrumento importante para el mantenimiento y el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales”²⁸⁷. Pero a nuestro entender no estamos lejos de ello. Por ejemplo, el Consejo de Seguridad ya había requerido a los Estados *antes del 11 de septiembre*, en la resolución 1269, que cumplieran con todas las convenciones internacionales sobre terrorismo, condenando “todos los actos, métodos y prácticas terroristas por considerarlos *criminales* e injustificables”²⁸⁸. Incluso más decisivamente aún, el mismo Consejo llegó a calificar inequívocamente los ataques del 11 de septiembre como “horrendos ataques terroristas”²⁸⁹, instando a los Estados a que “colaboren con urgencia para someter a la acción de la justicia a los autores, organizadores y patrocinadores de estos ataques terroristas y subraya que los responsables de prestar asistencia, apoyo o abrigo a los autores, organizadores y patrocinadores de estos actos tendrán que rendir cuenta de sus actos”. Si a los terroristas y sus cómplices había que llevarlos a la justicia, el Consejo se estaba refiriendo a algo más que a paz y seguridad²⁹⁰.

Con el salto cualitativo adoptado por la legislativa resolución 1373, el Consejo se ha investido de un poder legislativo más allá de toda situación concreta que amenace la paz y la seguridad internacionales²⁹¹. Se puede discrepar con la filosofía subyacente al régimen del Comité contra el Terrorismo, que plantea preocupantes interrogantes desde el punto de vista de los fundamentos contractuales del Derecho internacional al *forzar* a los Estados la

²⁸⁶ ANGELET, N.: « Vers un renforcement de la prévention et la repression du terrorisme par des moyens financiers et économiques ? », en CHRISTAKIS, T., CORTEN, O. ; DELCOURT, B. : *Le droit international face au terrorisme : Après le 11 septembre 2001*, CEDIN-Paris I, Cahiers internationaux, No. 17, Pedonne, p. 226.

²⁸⁷ *Cfr.*, p.e., S/RES/1822 (2008), 30 junio de 2008, preámbulo § 8.

²⁸⁸ Resolución S/RES/1269 (1999), 19 octubre de 1999, § 1.

²⁸⁹ Resolución S/RES/1368 (2001), 12 septiembre de 2001, § 1.

²⁹⁰ GOWLLAND-DEBBAS, V.: “Responsibility and the UN...”, *loc. cit.*, p. 129.

²⁹¹ No está de más recordar, además, que la resolución S/RES/1566(2004), de 8 de octubre de 2004 incluye en su articulado una definición no vinculante de terrorismo que reenvía a las convenciones internacionales en la materia.

adhesión a los principales convenios internacionales en materia de terrorismo (“exhortar”, según la resolución 1373). Pero es indudable que, como afirma PELLET,

« c’est, ici, d’une véritable législation internationale qu’il s’agit; la mutation est essentielle. En légiférant de la sorte, le Conseil de sécurité rend obligatoire pour les Etats le respect de dispositions figurant dans des conventions qu’ils n’ont pas forcément ratifiées, notamment celle de 1999 pour la répression du financement du terrorisme à l’égard de laquelle nombre de gouvernements, à commencer par celui des Etats-Unis, avaient manifesté une grande défiance »²⁹²

En resumen, existen serios argumentos para reconducir el régimen convencional y/o consuetudinario en materia de terrorismo a los parámetros de acción del Consejo para luchar contra Al-Qaeda y los Talibanes, y defender que las sanciones inteligentes se encuentran (al menos) muy cerca de las sanciones *strictu sensu*, como mínimo desde la aprobación de la resolución 1617 (si no ya desde la resolución 1267). El ligamen entre ambos es posible por la operación de ese complejo mecanismo que en ocasiones aproxima un concepto legal –la participación en la comisión de actos terroristas- a un concepto de ambigua naturaleza, como es el “amenaza para la paz y la seguridad”²⁹³. Mediante esta discutible interpretación extensiva del artículo 39, el Consejo de Seguridad ha intentado evitar que la red terrorista Al-Qaeda viole obligaciones de Derecho internacional, obligaciones que el jurista podrá encontrar con ciertos matices relevantes en el derecho convencional y/o consuetudinario –para el elemento material u objetivo de las sanciones-; y en el derecho convencional –en lo que se refiere al elemento mental o subjetivo de los crímenes²⁹⁴.

²⁹² PELLET, A. : « L’adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale. Conférence inaugurale, session de droit international public », *RCADI*, Vol. 329, 2008, p. 34. A día de 15 de abril de 2011, con reservas discutibles o no (léase Qatar), con la presión del Consejo de Seguridad o no, un número nada despreciable de 173 Estados son partes en la Convención Internacional para la prevención del terrorismo de 1999 (http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-11&chapter=18&lang=en#EndDec).

²⁹³ *Contra*, GOODWILL-GILL y MCADAM, para quienes “the Security Council’s approach reflects recognition that it is not a legislative body as such, and it is careful to locate its action within the existing legal environment (...) it has not chosen to determine, at the “legislative” level, the generally constituent elements of the act; nor has it at any time proclaimed that “terrorism”, as such an apart from the conventions making specific provision in particular respects, is an international crime” (GOODWIN-GILL, G.; MCADAM, J.: *The refugee in International Law*, 3ª Ed., Oxford, New York, 2007, p. 194).

²⁹⁴ En cambio, la obligación primaria que se impone de manera constante a los Estados de “cerciorarse de que sus nacionales u otras personas que se hallen en su territorio no pongan esos u otros fondos, activos financieros o recursos financieros, directa o indirectamente, a disposición de esas personas [que se encuentran en la lista]”, que ya analizamos en el primer capítulo de este trabajo, no encuentra precedente en el derecho internacional consuetudinario, ni siquiera en la Convención Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo”, aunque luego será confirmada e incluso detallada en el apartado d) del primer párrafo de la resolución 1373 (DENIS, C.: *Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité. Portée et limites*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 155-156).

c) La obligación secundaria no existía en derecho internacional en 1999, aunque la resolución 1373 abre nuevas posibilidades

Nuestro análisis quedaría incompleto sin referirse a la existencia y a la naturaleza jurídico-internacional de la obligación secundaria que exige a los Estados congelar los bienes de los individuos y entidades relacionados con el terrorismo en los términos ya analizados con anterioridad. En este punto hay que reconocer que no hemos encontrado ningún precedente en la práctica de los Estados “pre-Comité de sanciones Al-Qaeda/Talibanes” que nos pudiera servir como referencia; ni siquiera la actividad convencional de los Estados ha exigido o recomendado la congelación de fondos como medida preventiva o represiva de la participación *en actividades terroristas*.

En efecto, ni la Convención de 1999 para la represión de la Financiación del Terrorismo, ni ningún otro Convenio anti-terrorista prevían dicha medida. Tampoco es posible encontrarla en ninguna resolución del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General, ni siquiera en la resolución A/48/60 de 9 de diciembre 1994, “sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional”. Además, es cierto que el artículo 12(2) de la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 recoge la congelación de fondos como medida a aplicar contra los responsables de algunas de los crímenes que el texto contempla. Sin embargo, el apartado i) del artículo 5(1)(a) de esta Convención parece excluir el terrorismo en cuanto tal. Ello se debe a que dicho precepto, que define los crímenes a los que se aplica la Convención, sólo se aplica a la criminalidad organizada en tanto que “acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un *propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material* y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado”²⁹⁵. Al requerir un beneficio económico “u otro beneficio de orden material”, quedan fuera los delitos de orden ideológico.

²⁹⁵ Tampoco el apartado ii) del mismo artículo se refiere al terrorismo, dado que considera aplicable la Convención a “ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en: a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita”.

Cierto que el terrorismo es una actividad que aporta en realidad cuantiosos beneficios económicos para muchos de los individuos y entidades con él relacionados, y que además se encuentra relacionado con otro tipo de actividades delictivo-lucrativas que sí entran directamente en el ámbito de la Convención de Palermo²⁹⁶. Pero deducir de ahí una obligación general de congelar los bienes de aquellos sospechosos de colaborar con actividades terroristas nos parece ir demasiado lejos en la interpretación de la citada disposición²⁹⁷.

A partir de la resolución 1373 las cosas pueden haber cambiado, dado que los Estados estarán obligados a congelar los fondos y otros activos financieros de las personas relacionadas con el terrorismo²⁹⁸. A la labor del Comité contra el Terrorismo²⁹⁹, encargado de velar por la aplicación por los Estados de las medidas en ella prescritas, y al debate sobre la legalidad de su actuación, nos remitimos³⁰⁰. Además, otros organismos internacionales de naturaleza intergubernamental, como el Fondo Monetario Internacional o el Grupo de Acción Financiera (GAFI), vienen realizando desde hace años recomendaciones a los Estados en este sentido. Ahora bien, sin negar la relevancia política de la actuación de estos órganos, no está del todo claro que podamos extender al derecho consuetudinario la obligación de congelar fondos a los individuos simplemente “asociados” con el terrorismo por la mera aplicación de las resoluciones de estos órganos. Ni siquiera es seguro afirmarlo respecto de las obligaciones del párrafo primero de la resolución 1373, aunque el mecanismo de ejecución de este texto se encuentre bastante

²⁹⁶ DENIS, C.: *Le pouvoir normatif...*, loc. cit., pp. 158-160.

²⁹⁷ Si acaso, el artículo 3 del Convenio Europeo sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos de un delito de 8 de noviembre de 1990, determina que “Cada una de las Partes adoptará aquellas medidas legislativas o de otra clase que puedan ser necesarias para permitir identificar y localizar propiedades que sean susceptibles de confiscación en virtud de lo dispuesto en el Artículo 2, apartado 1, e impedir que se comercien, transmitan o enajenen dichas propiedades”. La congelación de fondos es una medida idónea para conseguir los fines perseguidos por este artículo, pero claro, ni está expresamente prevista por el artículo 3, ni el Convenio es universalmente aplicable.

²⁹⁸ Los términos exactos del apartado d) del párrafo Primer de la resolución 1373 (2001) del Consejo son los siguientes: El Consejo de Seguridad (...) *decide* que todos los Estados: “congelen sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo sus órdenes, inclusive los fondos obtenidos o derivados de los bienes de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades asociadas con ellos”.

²⁹⁹ <http://www.un.org/sc/ctc/>.

³⁰⁰ Recientemente el Relator Especial SCHEININ se ha sumado al él al negar la legalidad y la legitimidad de las medidas establecidas en la resolución 1373 (A/65/258, de 6 de agosto de 2010, §§ 33 y ss.

más desarrollado y esté motivando numerosas adhesiones a la Convención Internacional para la Prevención de la Financiación del Terrorismo³⁰¹.

Sea como fuere, de lo que no cabe ninguna duda es que el Consejo de Seguridad aplica actualmente Derecho internacional al ordenar la congelación de bienes de individuos/entidades listados. Se trata del Derecho que se encuentra recogido en el artículo 41 de la Carta, que permite al Consejo adoptar medidas aflictivas contra el Estado, grupo armado o individuo objeto de sus resoluciones. Paralelamente a como se hiciera en su momento con los Tribunales penales internacionales contra Yugoslavia y Ruanda, el Consejo está creando su propio Derecho penal contra el terrorismo³⁰²: se fijan tipos penales, y se deriva de ellos una consecuencia aflictiva.

En definitiva, tenemos de momento (casi) los tres elementos de la noción de sanción tal y como la definió ABI-SAAB: hay una medida aflictiva prevista por el sistema, que se impone contra la voluntad del sancionado, y en relación con el respeto de una conducta prescrita por el sistema. Queda por ver si la naturaleza *preventiva* de las sanciones inteligentes contra Al-Qaeda y los Talibanes nos impide hablar de verdaderas sanciones internacionales.

II.2. Sobre la “naturaleza preventiva” de las sanciones y otros aspectos relacionados

II.2.1. El fin preventivo no es la única constante en la acción del Consejo de Seguridad

³⁰¹ Ello no quiere decir que entendamos que las resoluciones del Consejo de Seguridad (sobre todo, la 1373) no puedan ofrecer la base de una práctica y *opinio iuris* creadora de una norma consuetudinaria en materia de terrorismo. El mismo Consejo lo ha admitido *sensu contrario* cuando, en materia de lucha contra la piratería en Somalia, recuerda constantemente en la parte dispositiva de sus resoluciones que “la autorización conferida en la presente resolución sólo es aplicable a la situación en Somalia y no afectará a los derechos, obligaciones o responsabilidades que incumban a los Estados Miembros en virtud del derecho internacional, incluidos cualesquiera derechos u obligaciones en virtud de la Convención, respecto de ninguna otra situación, y subraya en particular que *no se considerará precedente del derecho consuetudinario internacional*” (se refiere a la autorización Estados y organizaciones internacionales de entrar en aguas de Somalia para capturar a los piratas). *Vid.* S/RES/1816(2008), de 2 de junio de 2008, § 9; S/RES/1897(2009), de 30 de noviembre de 2009, § 8; S/RES/1918(2010), de 27 de abril de 2010, preámbulo, § 4; S/RES/1950(2010), de 23 de noviembre de 2010, § 8.

En el caso del terrorismo, las obligaciones legislativas que establece el Consejo de Seguridad no se circunscriben a una situación concreta (como en Somalia), sino que abarcan *todas* las situaciones, precisamente por su carácter legislativo.

³⁰² PELLET, A.: “L’adaptation...”, *loc. cit.*, pp. 33-34.

Una vez presentadas la norma primaria y secundaria del régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes, y estudiada su posible existencia en derecho internacional en base a las teorías sobre el mecanismo de funcionamiento del Capítulo VII de la Carta, nos encontramos en condiciones de valorar el acierto de la afirmación que contienen las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la supuesta “naturaleza preventiva” de las sanciones inteligentes, de la que se deriva que dichas medidas “no se basan en criterios penales establecidos en el derecho interno”.

Tanto el Consejo de Seguridad como sus órganos subsidiarios han insistido constantemente en la naturaleza preventiva de las sanciones inteligentes como justificación de la falta de garantías procedimentales³⁰³. De hecho, parece razonable concluir *prima facie* que a la luz del carácter aparentemente provisional de estas medidas (con revisiones periódicas de las entradas en la lista), junto con el hecho de que simplemente congelan (y no embargan) los fondos de las personas y entidades listados, uno debería otorgarle el beneficio de la duda al Consejo de Seguridad en este aspecto. Además, los particulares que entran en la lista del Consejo son formalmente “sospechosos”, y no “condenados”, aunque en realidad puedan ser lo segundo.

Ello quiere decir –al menos en teoría- que estos podrán o no haberse involucrado en actividades terroristas, pero lo decisivo para el Consejo será no tanto el comportamiento *pasado* en violación de una norma de Derecho internacional, sino el probable comportamiento *futuro* en este sentido. En definitiva, lo único que nos ha de inquietar respecto de las sanciones inteligentes no es tanto su naturaleza preventiva, sino más bien la tendencia emergente en la práctica “post-11 de septiembre” de los Estados a configurar un “Derecho penal del enemigo”, de naturaleza excepcional, basado en la mera *sospecha*, en el *riesgo* de favorecer una determinada conducta, y no en una determinación objetiva de la participación en actos criminales³⁰⁴.

Nuestro análisis previo ha intentado mostrar que esta conclusión, si bien se acerca a la verdad, no recoge todos sus matices. Y es que, aunque se trate de una puntualización ya

³⁰³ Cfr., p.e., Resolución S/RES/1822(2008), preámbulo, § 13, y *Octavo Informe del Equipo de vigilancia*, § 42, p. 17.

³⁰⁴ Sobre este particular, *Vid.* las interesantes reflexiones de BONET PÉREZ, J.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la existencia de una amenaza excepcional en el Reino Unido tras los atentados del 11-s de 2001: ¿continuidad o evolución en su jurisprudencia frente a la violencia terrorista?”, *RGDE*, Vol. 19, 2009, <http://www.iustel.com/v2/revistas/>, visitado por última vez el 14 de noviembre de 2010, esp. pp. 10 y ss.

histórica, en lo que se refiere a los Talibanes, el Consejo parecía en sus resoluciones 1267 y 1333 pretender forzar a los Talibanes a actuar positivamente, y no simplemente a abstenerse de una determinada conducta ilegal. Así, tanto las resoluciones 1267, 1333 y incluso la 1390 (de enero de 2002) insistían en la obligación de estos de cesar de proporcionar refugio a los terroristas de Al-Qaeda, e incluso les exigían la entrega de Osama bin Laden y sus terroristas a las autoridades de un país donde pudieran ser enjuiciados. Evidentemente, es imposible que hubiera congelación de fondos y restricciones a la libertad de viajar con fines preventivos aquí, puesto que habría resultado absurdo pretender *prevenir* la entrega de terroristas de Al-Qaeda a autoridades interesadas en juzgarles. La congelación de fondos y las restricciones de viajar, en cuanto sanciones, son sólo preventivas cuando su fin es prevenir; el criterio decisivo es el uso que se hace de ellas, su función en el caso concreto en que se aplican. Y al menos en el supuesto del régimen Talibán, la finalidad de las medidas era más bien asegurativa: forzar al régimen Talibán a la entrega los terroristas responsables de los atentados de Kenya y Nairobi y cesar de proporcionarles refugio en el territorio que controlan³⁰⁵.

Después del 11-S las resoluciones del Consejo de Seguridad dejaron de diferenciar entre los Talibanes y el grupo terrorista Al-Qaeda, por lo que las medidas que se impusieran contra Osama Bin Laden y sus secuaces habían de ser extendidas a sus protectores *con los mismos fines*. Dicha reacción no fue instantánea. Así, el preámbulo de la resolución 1390 todavía lamentaba que “(...) los Talibanes no han respondido a las exigencias formuladas en el párrafo 13 de la resolución 1214 (1998), de 8 de diciembre de 1998, el párrafo 2 de la resolución 1267 (1999) y los párrafos 1, 2 y 3 de la resolución 1333 (2000) –las obligaciones de entregar a los terroristas, etc³⁰⁶. Es decir, el Consejo parecía perseverar en las pretensiones de las resoluciones 1267 y 1333³⁰⁷. Sin embargo, las siguientes resoluciones, menos ingenuas, ya no incluyen dichas demandas, y especialmente a partir de la resolución 1617 (2005), se calificaron las actividades de los Talibanes de

³⁰⁵ En sentido similar respecto de las sanciones impuestas en Sudán por el Consejo, MIRON, A.: “Les “sanctions ciblées” du Conseil de sécurité des Nations Unies. Réflexions sur la qualification juridique des listes du Conseil de sécurité », *RMCUE*, n° 529, 2009, p. 361.

³⁰⁶ Preámbulo, § 6.

³⁰⁷ Al respecto de los ataques estadounidenses contra una planta farmacéutica de Sudán el 20 de agosto de 1998, en respuesta a los atentados de Kenia y Nairobi, CASSESE afirmó que el país norteamericano recurrió a la fuerza basándose “on the principle that such countries, *by harbouring terrorist organizations, in some way promoted or at least tolerated terrorism and where therefore accomplices*” (CASSESE, A. : « Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of International Law », *EJIL*, Vol. 12, No. 5, 2001, p. 996).

“terroristas”³⁰⁸. Quizás acogiendo la tesis defendida por el Presidente Bush en su discurso frente a la Asamblea General sobre la identidad entre los Talibanes y Al-Qaeda³⁰⁹, o quizás simplemente declarándoles cómplices de los actos terroristas de esta última (la práctica siempre es más compleja que las categorías jurídicas), lo cierto es que al menos desde 2002 entre los fines de las sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad en lo que respecta a los Talibanes se destaca claramente la prevención.

Por el contrario, el caso de Al-Qaeda es diferente. Como hemos expuesto, el objetivo del Consejo de Seguridad aquí ha sido siempre no tanto hacer frente a la comisión de infracciones pasadas (como los atentados de Kenia y Nairobi), sino que parece ser evitar que individuos y entidades puedan involucrarse en actividades terroristas futuras, bien sea por su participación en la comisión de ciertos actos concretos o por la mera pertenencia a la organización. En ambos casos, el Consejo buscaría evitar todo tipo de relación con la red Al-Qaeda a fin de evitar la comisión de futuros crímenes, y por ello, aquí las sanciones parecen ser más fácilmente catalogables como *preventivas*.

³⁰⁸ “*Expresando su preocupación por el uso que Al-Qaida, Osama bin Laden y los Talibanes y quienes están asociados con ellos hacen de distintos medios de información, incluida la Internet, como instrumentos de propaganda del terrorismo*”. (Preámbulo, § 3). La resolución 1822 (2008) es aún más clara: “*reiterando su condena inequívoca de Al-Qaida, Osama bin Laden, los Talibanes, y otras personas, grupos, empresas y entidades asociados con ellos, por los constantes y múltiples actos criminales de terrorismo (...)*” (preámbulo, § 2).

³⁰⁹ “The Taliban are now learning this lesson. That regime, and the terrorists who support it, are now virtually indistinguishable. Together, they promote terror abroad and impose a reign of terror on the Afghan people (...)” (disponible en <http://www.un.org/webcast/ga/56/statements/011110usaE.htm>, visitado por última vez el 10 de diciembre de 2009). Evidentemente, dicha tesis facilitaría la justificación de la posterior invasión de Afganistán. Sin pretender embarcarnos en este tan exhaustivamente abordado debate sobre los límites del *ius ad bellum* en el contexto de la guerra de Afganistán, no podemos resistirnos a resaltar aquí el contraste entre dos posiciones mantenidas por autoridades estadounidenses respecto a las relaciones entre Al-Qaeda y los Talibanes. La primera, la citada posición del Presidente Bush en su discurso frente a la Asamblea General, similar a la del memorándum elaborado el 25 de enero de 2002 por el Consejero Jurídico de la Casa Blanca ALBERTO GONZALES (este último calificando a los Talibanes de “terrorist-like group”, texto disponible en http://www.lawofwar.org/Torture_Memos_analysis.htm, visitado el 10 de diciembre de 2009). La segunda, la del Representante Permanente de los Estados Unidos en Naciones Unidas, JOHN NEGROPONTE, quien afirma más matizadamente que “el gobierno de mi país ha obtenido información clara y convincente de que la Al-Qaeda, que recibe apoyo del régimen Talibán en el Afganistán, tuvo un papel central en los ataques” (S/2001/946, 7 de octubre de 2001). Los títulos de imputabilidad de los atentados a los Talibanes y la naturaleza de sus relaciones son bien diferentes en ambos casos. Para ERIC DAVID, ambas posibilidades dan lugar en todo caso a la existencia de una agresión imputable al gobierno *de facto* de Afganistán, y por ende, de un conflicto armado, a raíz de los atentados del 11 de septiembre -que no de una “guerra contra el terrorismo”- (DAVID, E.: *Principes de droit des conflits armés*, 4^{ème} Ed., Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 125-126. *Contra*, STERN, B.: “11 septembre 2001: Quelles responsabilités juridiques internationales”, en VV.AA.: *Liberté, justice, tolérances. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Vol. II., Bruylant, Bruxelles, pp. 1467 y ss., quien prefiere hablar de « crimen contra la humanidad » o de « violación del deber de vigilancia en materia de terrorismo internacional »).

Ello no obstante, un análisis riguroso ha de hacer pasar tal conclusión por dos filtros: el del terrorismo como amenaza para la paz y la seguridad internacionales y el filtro de la teoría de la sanción. A ambos dedicaremos los dos siguientes apartados, con el fin de poder adoptar una postura definitiva al respecto.

II.2.2. El “fin” preventivo de las sanciones en el contexto de la acción antiterrorista del Consejo de Seguridad: tentativa de objetivación

La “justificación ideológica” de las sanciones, es decir, la finalidad con la que parecen imponerse en el caso concreto, era objeto de desconfianza para KELSEN, pues se trata de un elemento maleable que no encajaba bien con una concepción pura del Derecho. El maestro austríaco desconfiaba de las razones reales por las que un órgano impone una medida, dado que *en realidad* pueden diferir de aquéllas por las que se afirma imponerla. Es lo que el Derecho penal soluciona diferenciando entre “móvil” y “motivo”. El primero, de carácter subjetivo, es una categoría metajurídica; es decir, constituye un hecho totalmente irrelevante para el Derecho aplicable al caso concreto. El segundo, en cambio, se presta a la objetivación y es aprehendido, o mejor dicho, *forma parte inherente* de este Derecho.

Aplicadas estas apreciaciones al ámbito de las relaciones entre Estados, tal distinción no es sino una toma de posición sobre la compleja intersección entre política y derecho que no ha pasado desapercibida a algún autor, que la ha aplicado a un ámbito tan cercano al nuestro como el de las contramedidas³¹⁰. La pregunta que surge entonces es si resulta posible objetivar la finalidad de una medida independientemente de la voluntad de las razones que alega el órgano que la impone. Para nosotros sí lo es, y a ello nos prestaremos en este apartado: a concretar el *motivo* o causa jurídica por el que el Consejo adopta sus sanciones inteligentes antiterroristas. Para ello, claro está, habrá que analizar el

³¹⁰ Cfr. ALLAND, D.: *Justice privée...*, *op. cit.*, pp. 60-62. La formulación del principio nos parece tan brillante que merece la pena transcribirla aquí: “(...) l’utilisation du motif pour “couvrir” le mobile ressortit à une manipulation quasi-quotidienne du droit à des fins politiques ; c’est là un des rôles de la « politique juridique extérieure » magistralement analysée par GUY DE LACHARRIERE. Mais cela n’empêche pas de les penser séparément, puisque les uns (les motifs) sont pertinents pour prouver la réception du phénomène [des contremesures] dans l’ordre juridique international, tandis que les autres (les mobiles) n’ont guère qu’une vertu explicative, propre à dévoiler les mécanismes et les ressorts « psychologiques » de l’utilisation politique du droit ».

texto en su contexto³¹¹. Y el contexto aquí es el del terrorismo como amenaza para la paz y la seguridad internacionales.

El Consejo de Seguridad pretende hacer frente a una amenaza para la paz y la seguridad internacional, calificativo que él mismo extiende intencionadamente al *terrorismo* como tal, y no a todo *acto* de de terrorismo. La evolución no es casual, a la luz de sus consecuencias prácticas que van más allá de la mera retórica.

Así, la resolución 1368, respuesta inmediata del Consejo a los atentados del 11 de septiembre, fue la primera resolución que consideró “estos actos [en referencia a los atentados del 11 de septiembre], *al igual que todo acto de terrorismo internacional*, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”³¹². En comparación con reacciones anteriores del Consejo frente a actos terroristas³¹³, los términos de la resolución 1368 presentan un alcance bastante más amplio y, por primera vez, se encuentran definidos de manera generalista, extendiéndose a *todos* los *actos* perpetrados por terroristas internacionales. « C’est donc dire que, désormais, tout acte présenté comme relevant du terrorisme international, en faisant totalement abstraction de sa gravité, de l’ampleur de ses effets, du contexte qui l’entoure, etc., est susceptible de conduire le Conseil à se placer dans le cadre du chapitre VII de la Charte », como afirmó CONDORELLI³¹⁴.

Claro que, como ya apuntamos anteriormente, calificar de manera abstracta un fenómeno como amenaza para la paz y la seguridad internacionales no sólo supone condenar el fenómeno en su totalidad y facilitar intervenciones posteriores del Consejo,

³¹¹ « Two central themes are first, the need, when interpreting Security Council resolutions, to have particular regard to the background, both the overall political background and the background of the related Council action ; and, second, the need to understand the role of the Council under the Charter of the United Nations, as well as its working methods and the way SCRs are drafted » (WOOD, S.: « The interpretation of Security Council resolutions », *MPYUNL*, 1998, p. 74. Sobre la interpretación de las resoluciones del Consejo, *cfr.* también KOLB, R.: *Interprétation et création en droit international. Esquisse d’une herméneutique en droit international moderne*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 256 y ss).

³¹² Resolución 1373, preámbulo, p. 3, énfasis añadido.

³¹³ KLEIN, P.: “Le droit international...”, *loc. cit.*, pp. 328 y ss. *Contra*, STAHN, C.: “Security Council Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001): what they say and what they do not say”, en <http://www.ejil.org/forum>, visitada por última vez el 15 de enero de 2010.

³¹⁴ CONDORELLI, L. : « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *RGDIP*, Vol. 105, n° 4, p. 835.

sino también abrir la puerta a resoluciones de carácter legislativo cuya legalidad es discutible. Pero ésa es una cuestión que ahora no podemos valorar³¹⁵.

³¹⁵ Aunque no nos parece inoportuno realizar dos breves apuntes al respecto de los poderes del Consejo para aprobar una resolución de naturaleza legislativa como la 1373 (2001) y su relación con la calificación del “terrorismo” como amenaza *in abstracto*. En primer lugar, y como ya apuntamos *supra*, tiene poco sentido realizar una calificación *in abstracto* bajo el art. 39 si de ello no derivamos la adopción de medidas de carácter general contra dicha amenaza genérica. Es decir, que al hacer frente a un *concepto*, y uno a una persona, un grupo o un Estado, el Consejo de Seguridad se abre a la adopción de medidas cuyos destinatarios sólo están delimitados mediante una categoría, la de terroristas, lo que le conduce al ejercicio de poderes de naturaleza legislativa (con más detalle, GILES-CARNERO, R.: “Terrorist acts as threats to international peace and security”, en Fernández-Sánchez, P. A. (Ed.): *International legal dimension of terrorism*, Martinus Nijhoff, Boston-Leiden-The Hague, 2009, esp. pp. 61 y ss.) En segundo lugar, en lo que respecta a la supresión sin más del elemento de internacionalidad del terrorismo, se trata de una ampliación del objetivo de las resoluciones de implicaciones que no pueden ser despreciadas, dado que se está aplicando el Capítulo VII de la Carta a organizaciones que por su carácter doméstico no parecen presentar una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Además, hay organizaciones terroristas con elementos de internacionalidad que difícilmente pueden dar lugar a la necesidad de imposición de medidas coercitivas del Capítulo VII de la Carta, aunque también son posibles organizaciones de pretensiones o estructura meramente nacional que sean una amenaza para la paz y la seguridad en la medida en que los efectos de sus acciones den lugar a ello.

Este problema nos conduce a la delicada cuestión de la discrecionalidad del Consejo de Seguridad a la hora de habilitar su actuación mediante el imperativo uso de las categorías del artículo 39 de la Carta, asunto que, si bien ha sido ampliamente abordado por la doctrina, sigue sin encontrar una clara respuesta. Como es de sobra conocido, el Consejo de Seguridad dispone de un amplísimo margen de discrecionalidad para calificar una «situación» como amenaza para la paz y la seguridad, según el art. 39. Además, la amenaza que esta situación representa no necesariamente ha de presentar un carácter internacional (al menos desde el punto de vista territorial). Así se deduce expresamente del texto del precepto (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, p. 374), y en este sentido ha evolucionado la práctica del Consejo, especialmente desde el comienzo de los años noventa del siglo pasado. El problema es que hasta ahora el uso de este poder se había ejercido siempre con referencia a «situaciones» concretas. Por ello, y aun reconociendo las dificultades que encontramos en el texto de la Carta para extraer conclusiones sobre los límites materiales del artículo 39, no podemos dejar de cuestionarnos la oportunidad de la calificación de todo tipo de terrorismo como amenaza para la paz y la seguridad, facultando así a los Estados a adoptar medidas coercitivas contra organizaciones que hasta ahora sólo han representado un problema meramente doméstico o de cooperación entre uno o varios Estados, como es el caso del independentismo vasco, el curso o el de ciertos movimientos separatistas del Norte de China.

Por ello nos parecen más ajustadas expresiones como la utilizada por la resolución 1189 (1998) para condenar los atentados de Kenia y Tanzania, refiriéndose a «todas las formas de terrorismo con consecuencias para la comunidad internacional en su conjunto» (preámbulo, *in fine*). Sobre la única-y errónea- condena de la banda terrorista ETA por el Consejo, *Vid.* O'DONNELL, T.: “Naming and shaming: the sorry tale of Security Council Resolution 1530 (2004)”, *EJIL*, vol. 17, nº 5, pp. 945 y ss. Sobre la discrecionalidad del Consejo para llevar a cabo calificaciones en el ámbito del art. 39, *Vid.* –sin pretensiones de exhaustividad–: D'ARGENT, P. *et al.*: «Article 39...», *loc. cit.*, pp. 1131 y ss.; COMBACAU, J.: *Le pouvoir de sanction de l'ONU...*, *op. cit.*, sobre todo en pp. 86 y ss., aunque su conocida definición tautológica de amenaza para la paz como «situation dont l'organe compétent pour déclencher una action de sanction déclare qu'elle menace effectivement la paix» se encuentra en la p. 10; CONFORTI, B.: «Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de Sécurité en matière de constatation d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'une acte d'agression», en DUPUY, R.-J.: *Le développement du rôle du Conseil de sécurité. Peacekeeping and peace-building. Colloque de la Haye*, 1992, Pedone, Paris, pp. 51 y ss.; FRANK, T. M.: “The Security Council and “threats to the peace”: some remarks on remarkable recent developments”, *ibidem*, pp. 83 y ss.; FORTEAU, M.: *Droit de la...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.; KOOIJMANS, P. H.: “The enlargement of the concept threat to the peace”, en DUPUY, R.-J.: *Le développement...*, *loc. cit.*, pp. 111 y ss.; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, en especial en pp. 334 y ss.

Sobre la capacidad del Consejo para adoptar resoluciones legislativas, la bibliografía es muy vasta. Podemos citar, entre otras obras ya citadas a lo largo de este trabajo, y la referida en la nota al pie siguiente: ABI-SAAB, G.: “The Security Council...”, *loc. cit.*, pp. 109 y ss.; ÁLVAREZ, J. A.: *International organizations...*, *op. cit.*, pp. 184 y ss.; FASSBENDER, B.: *The United Nations Charter as the Constitution of*

Ahora bien, el Consejo de Seguridad, de manera significativa, no se quedó ahí. La resolución 1535 (2004), creadora de la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo, órgano incardinado en el organigrama institucional de este régimen, se refiere ya al «terrorismo *en todas sus formas y manifestaciones*», calificándolo de «una de las amenazas *más* graves para la paz y la seguridad»³¹⁶. Esta extensión a todas las manifestaciones del terrorismo se haría también en el marco del régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes³¹⁷.

Pues bien, una de las principales manifestaciones del terrorismo en tanto que amenaza para la paz y la seguridad la han constituido siempre “Al-Qaida, Usama bin Laden, los Talibanes, y otros individuos, grupos sociedades y entidades asociados con ellos”³¹⁸. Lo afirma expresamente la resolución 1904 (2009). Si tenemos en cuenta que, como venimos reiterando a lo largo de este trabajo, el régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes reprime no sólo la comisión de *actos* terroristas sino “todas las manifestaciones” del actuar criminal de dichos grupos, incluida la mera pertenencia *sin necesidad de probar o sospechar que se participará en la comisión de actos terroristas*,

the International Community, Oxford, New York, 2009, pp. 94-97 ; KLEIN, P.: “Le Conseil de sécurité et la lutte contre le terrorisme : dans l'exercice de pouvoirs toujours plus grands? », *RQDI*, 2007 (hors série), pp. 133 y ss.; SOSSAI, M. : « UN SC Res.1373 (2001) and International Law-making: A Transformation in the Nature of the Legal Obligations for the Fight against Terrorism? », *ESIL Agora Papers*, 2005, disponible en <http://www.esil-sedi-org/english/papers.html>; SZASZ, P. : « The Security Council starts legislating », *AJIL*, Vol. 96, 2002, pp. 901 y ss.; SZUREK, S.: “Lutte contre le terrorisme sous l’empire du chapitre VII: un laboratoire normatif», en *RGDIP*, vol. 109, n° 1, 2005, pp. 5 y ss.; TOMUSCHAT, C. : « Obligations arising... », *loc. cit.*, pp. 344 y ss.; VOEFFRAY, F.: “Le Conseil de sécurité de l’ONU: gouvernement mondial, législateur ou juge? Quelques réflexions sur les dangers de dérives”, en KOHEN, M. (Ed.): *Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law. Liber amicorum Lucius Caflish*, Brill, Leiden, 2007, pp. 1195 y ss.; WOOD, M.: “The legal framework of the Security Council”, *2006 Sir Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*, 7 de noviembre de 2006, pp. 7 y ss.; disponible en http://www.lcil.cam.ac.uk/lectures/2006_sir_michael_wood.php, visitado por última vez el 29 de agosto de 2010.

³¹⁶ Resolución S/RES/1535, de 26 de marzo de 2004, preámbulo, § 2, cursiva añadida. Previamente lo había hecho ya en la Declaración Ministerial contenida en la resolución S/RES/1456 (2003), de 20 de enero de 2003, aunque al no ser ésta una resolución adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta, debemos concluir que se trata de una declaración de carácter político. La cuestión ha sido estudiada en profundidad por KLEIN, P.: “Le droit international à...”, *loc. cit.*, pp. 330 y ss. *Vid.* también CONDORELLI, L.: “Les attentants du 11 septembre...”, *loc. cit.*, p. 835; HAPPOLD, M.: “Security Council resolution 1373 and the Constitution of the United Nations”, *LJIL* n° 16 (2003), p. 600; HINOJOSA, L. M.: «La financiación del terrorismo...», *op. cit.*, pp. 161-162; ROSAND, E.: “The Security Council as “global legislator”: *ultra vires* or *ultra innovative?*”, *FILJ*, vol 28, n° 3, 2004-2005, pp. 554 y ss.; TALMON, S.: “The Security Council as world legislator”, *AJIL*, vol. 99, n° 1, Jan. 2005; pp. 180-181.

³¹⁷ Resol. S/RES/1526 (2004), de 30 de enero de 2004, preámbulo, §§ 6 y ss.

³¹⁸ Resolución S/RES/1904 (2009), preámbulo, *in fine*.

¿es correcto afirmar que el Consejo de Seguridad ha pretendido sólo prevenir la comisión de *futuros* actos terroristas, como afirmábamos *prima facie* con anterioridad?

El análisis contextualizado del régimen parece abrir dudas. De hecho, dicho análisis muestra que el Consejo, sancionando la mera asociación, a la que más tarde llegaría a catalogar como amenaza para la paz y la seguridad internacionales, puede llegar a reprimir también inevitablemente comportamientos *pasados* y *presentes* y no sólo prevenir actos futuros. Y si el comportamiento es sólo presente o pasado, no sólo hay prevención, también hay represión. Una congelación de fondos debido a la pertenencia a Al-Qaeda no sólo evita la financiación de posibles actos terroristas; también puede castigar la mera asociación a la organización si no se prueba la existencia de un vínculo suficiente con ella, y por lo tanto, con sus futuros actos terroristas. Dicho de otra forma, el “efecto sancionador” de las medidas preventivas se encuentra directamente relacionado con un elemento que opera como multiplicador: la *intensidad* del vínculo con la organización. Tanto más tenue es dicho vínculo, tanto más represivas son la congelación de fondos y la prohibición de viajar decididas por el Consejo de Seguridad.

Relacionado con este elemento causal encontramos otro importante multiplicador del “efecto sancionador” de las medidas preventivas, éste de naturaleza *temporal*, que opera en un doble sentido. Por un lado se puede afirmar que, tanto más duraderos los efectos de la medida, tanto más cuestionable la pretendida finalidad preventiva del órgano que la impone³¹⁹. Y por el otro, cuanto más lejano en el pasado se encuentre el comportamiento terrorista de la organización, más represiva es la congelación de fondos, al atenuarse la finalidad *preventiva* de actos terroristas futuros. Sendos asuntos resueltos por el Tribunal General de Luxemburgo han puesto en evidencia la importancia de estos argumentos, que ponen de relieve cómo las evaluaciones sobre el *riesgo* que suponen algunas organizaciones pueden resultar desmesuradas³²⁰.

³¹⁹ Sobre este problema nos pronunciaremos con más detalle en otro lugar de este estudio. *Cfr.* Cap. V, § II.3.2.

³²⁰ Esta argumento fue defendido por el Sr. *Kadi* ante el Tribunal General de la UE en el asunto *Kadi (III)*, del que daremos buena cuenta en la tercera parte de este estudio (§ 83). También fue propuesto por la Organización de Mujahedines del Pueblo de Irán (OMPI) en el asunto que dio lugar a la sentencia *OMPI (II)*, a la que también nos referiremos en su momento (§ 110). El caso de esta última organización es especialmente llamativo. Es un hecho probado ante los Tribunales europeos que esta organización abandonó hace años la lucha armada contra el régimen iraní, y sin embargo, las autoridades europeas insisten en incluirla en la lista con origen en la resolución 1373, dando lugar a varias sentencias (europeas y británicas) en las que se anulan los actos de inclusión al considerar que no existen elementos para justificar las medidas sancionatorias (TPI, *OMPI c. Consejo (I)*, sentencia de 12 de diciembre de 2006, T-228/02; *OMPI c. Consejo*

En definitiva, existen serias razones para afirmar que las medidas decretadas por el Consejo de Seguridad pueden ser inevitablemente punitivas, aunque éste no haya querido reconocerlo nunca³²¹: todo depende de la evaluación *objetiva* de éstas. La cuestión que radica aquí es, pues, la variabilidad y maleabilidad de los objetivos persiguen las sanciones inteligentes. El objetivo principal perseguido por el Consejo puede ser la prevención, pero ello no impide que para la consecución de éste se recurra a finalidades *mediatas*,

(II), sentencia de 23 de octubre de 2008, T-256/07 –aquí se incluyen referencias a jurisprudencia británica-; y *OMPI c. Consejo* (III), sentencia de 4 de diciembre de 2008, T-284/08).

En el asunto *OMPI* (II), a pesar del resultado final de la sentencia, el TG acabó aceptando los argumentos del Consejo y del Reino Unido basados en la “experiencia” de que “una organización con pasado terrorista interrumpa temporalmente sus actividades no constituye en sí mismo una garantía de que no las reinicie en cualquier momento”. La clave de bóveda, a juicio del TG, se encuentra en la amplia facultad de apreciación del Consejo, que le permite evaluar una organización como una amenaza “aunque haya suspendido sus actividades terroristas durante un tiempo más o menos largo *o incluso cuando haya puesto aparentemente fin a dichas actividades*” (§ 112, énfasis añadido).

Dos estudios más amplios sobre la historia de esta organización y los motivos que llevan a la insistencia de ciertos países en incluirla en sus listas de organizaciones terroristas se encuentra en BOWRING, B.; KORFF, D.: “Terrorist Designation with Regard to European and International Law: The Case of the PMOI”, *International Conference of Jurists, Paris 10 November 2004*, disponible en <http://www.statewatch.org/news/2005/feb/bb-dk-joint-paper.pdf>, visitado por última vez el 16 de febrero de 2011), y DAVID, E.: “L’Organisation des Modjahedines du peuple peut-elle être considérée comme une organisation terroriste ? » en *La Liste des groupes terroristes : L’approche du droit européen et du droit international, Conférence internationale de juristes*, Paris, L’Harmattan, 2004, pp. 27 y ss., y 123 y ss.

³²¹ Cuestión diferente es la de la legalidad de dicha acción preventiva. Así, HAPPOLD, en el contexto de la discusión sobre la legalidad de la resolución 1373, considera que el papel del Consejo es «essentially reactive», ya que «the Council can only react to particular threats. It cannot legislate to prevent them from arising», con lo que vincula «reacción» con «amenaza particular» y «prevención» con «legislar», sin aclarar si hemos de entender «reacción» sólo como «acción de respuesta *a posteriori*», o también como «anticipación», al menos frente a hechos inminentes. Hemos de aclarar que no existe una relación de necesidad entre «reacción» y «amenaza particular», dado que es posible prevenir amenazas particulares; y además, y además, resulta perfectamente posible dictar medidas generales después de determinar una amenaza concreta, independientemente de su legalidad (HAPPOLD, M.: “Security Council resolution 1373...”, *loc. cit.*, p. 600; en el mismo sentido, ZEMANEK, K.: “Is the Security Council...”, *loc. cit.*, pp. 636-637).

En realidad, el carácter exclusivamente «reactivo» que define la actuación del Consejo bajo el capítulo VII no puede ser interpretado en el sentido excesivamente estricto de exigir una acción sólo cuando la amenaza esté a punto de convertirse en quebrantamiento. Ya en 1958 afirmaba JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA en referencia a las medidas enumeradas en el art. 39 que «las sanciones no son ya de carácter represivo, (...) sino que pueden desempeñar una función preventiva, ser impuestas cuando todavía no existen hostilidades, pero las circunstancias de hecho revelan un estado latente e inminente de ruptura de la paz. Esto es necesario en un mundo moderno, en donde el primer golpe puede ser el decisivo». De esta manera consideraba que la naturaleza de las amenazas del momento exigía anticiparse a las circunstancias, si bien sólo a aquéllas inminentes (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, p. 374. En un sentido similar, KOLB, R.: *Ius contra...*, *op. cit.*, pp. 92-93). Aún más lejos, ligar “amenaza” con “prevención” y “ruptura” con “reacción” tampoco es correcto, ya que el Consejo puede perfectamente prevenir amenazas para la paz y la seguridad (KELSEN, H.: *The law of...*, *op. cit.*, pp. 14-15; FORTEAU, M.: *Droit de la sécurité...*, *op. cit.*, pp. 61-63; *contra* MONACO, *loc. cit.*, p. 324). Traída esta afirmación al presente, se puede entender que el Consejo no quiera esperar a que los terroristas se encuentren a punto de cometer un atentado para que actuar contra ellos. Por ello, es razonable concluir que el Consejo no excede en este aspecto las competencias a cuyo ejercicio le faculta los arts. 39 y 41 de la Carta (*contra*, LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M^a. E.: *Actualidad del Consejo de Seguridad: la legalidad de sus decisiones y el problema de su control*, Civitas, Madrid, 2003, p. 112, en el contexto de algunas de las medidas adoptadas por el Consejo en la resolución 687 (1991) contra Irak).

intermedias, que supongan la punición del violador de la norma, bien de manera directa, bien de manera colateral³²². Además, sus finalidades pueden evolucionar a lo largo del tiempo de ejecución de las medidas, perennizarse y acabar totalmente desvinculadas de la realidad de la relación entre un individuo o entidad con la comisión futura de actos terroristas. Es cierto que, al tratar de objetivar estas finalidades, se puede caer en el error de sustituir la subjetividad de la organización que las define por la subjetividad del autor o tribunal que las intenta objetivar es serio (problema que no es exclusivo del ámbito de las sanciones institucionalizadas). Pero ello no obsta para reconocer la necesidad de introducir una cierta racionalidad en las apreciaciones del poder ejecutivo, a fin de no incurrir en el error, más grave aún, de confundir margen de discrecionalidad con arbitrariedad.

II.2.3. La expresión “carácter preventivo” es utilizada abusivamente por el Consejo de Seguridad y presenta obstáculos dogmáticos (salvables)

Otro importante problema de fondo es que el Consejo de Seguridad, cuando afirma que las sanciones tienen carácter preventivo y que por ende no se basan en criterios de Derecho penal, confunde siempre dos planos de análisis y mezcla dos categorías diferentes: por un lado, la de la finalidad de las sanciones; y por otro, la de su naturaleza. La primera se refiere al plano teleológico; la segunda, al del campo del Derecho en que haya que situarla, y por ende, para nuestros propósitos, al procedimiento por el que ha de ser impuesta. Para valorar la naturaleza de las sanciones la finalidad puede ser un criterio a tener en cuenta, pero de ello no hay que derivar que la sanción deba ser emplazada en una u otra rama del Derecho. También hay sanciones preventivas en Derecho administrativo o civil.

En lo que respecta al aspecto teleológico (el segundo de los planos será analizado en el siguiente epígrafe), se ha dicho que la finalidad de las sanciones, al igual que el de las contramedidas, en tanto que actos de coerción³²³, es puramente instrumental, es decir, que

³²² ECKES, C.: *EU Counter-terrorist...*, *op. cit.*, p. 74. Este mismo argumento, en el ámbito de las contramedidas, ha sido propuesto en KOLB, R.: “La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – essai de clarification conceptuelle”, en PICCHIO FORLATI, L.; SICILIANOS, L.-A. : *Les sanctions...*, *op. cit.*, p. 422. Para una visión que igualmente diferencia entre las diversas finalidades de las contramedidas, pero que tiende a la fragmentación del régimen general, *cf.* CANNIZARO, E.: “The role of proportionality in the law of countermeasures”, *EJIL*, Vol. 12, n° 5, pp. 889 y ss.

³²³ ABI-SAAB muestra con gran simplicidad cómo las sanciones son vías de ejecución forzada en la concepción *strictu sensu* de sanción que él expone, mientras que por el contrario la ejecución forzada es un modo de sanción si seguimos el concepto *latu sensu* de sanción (“Cours général...”, *loc. cit.*, 286). Aunque

“dichas medidas no tienen otra finalidad que la de permitir la realización de normas que poseen su propia finalidad”³²⁴. Podemos así distinguir entre una función *mediata* de la sanción, que es la coacción al individuo o Estado que la sufre³²⁵, y una función *inmediata* de la sanción, que es la realización de los objetivos pretendidos por la norma: restaurativo, reparativo o ejecutivo. En este sentido, como hemos visto, hasta la resolución 1373 no ha existido en Derecho internacional una norma secundaria que exigiera congelar los bienes del individuo sospechoso de participar en actividades terroristas, a no ser que aceptemos que el Consejo mismo la había creado para el caso de los terroristas de Al-Qaeda y los Talibanes en sus resoluciones 1267 y 1333 (hipótesis del Consejo como “creador” de normas, ya vista). Actualmente, por el contrario, después de la aprobación de la “legislativa” resolución 1373, la norma parece existir en Derecho internacional y además con carácter vinculante para todos los Estados. Por el contrario, la norma primaria –la prohibición de participar en actos terroristas- existe y ha existido en Derecho internacional en derecho convencional y consuetudinario; precisamente a la prueba de ello hemos dedicado un apartado del presente Capítulo.

Pues bien, el correcto análisis de la *finalidad* –y no tanto de la naturaleza- de las sanciones inteligentes antiterroristas del Consejo ha de enlazar el fin instrumental de la sanción con los fines de las obligaciones primaria y secundaria. Y es que, como ya hemos expuesto, existen diferentes obligaciones primarias impuestas sobre Al-Qaeda y los Talibanes: no acoger a grupos terroristas en su territorio, no financiar a grupos terroristas, etc.³²⁶-, y una obligación secundaria que se dirige a los Estados: imponer medidas coercitivas sobre los individuos que violen dichas normas primarias. Puestas en relación la obligación secundaria con las diversas obligaciones primarias, observaremos que para el Consejo han existido tres *finalidades*: una asegurativa (entrega de miembros de Al-Qaeda a la justicia), otra preventiva (evitar futuros actos terroristas, evitar la pertenencia a organizaciones terroristas) y otra represiva (castigo de la asociación o pertenencia a Al-

“coerción” y “vía de ejecución forzada” no son la misma cosa, ambas son inseparables, ya que la primera es el medio por el que se realiza la segunda.

³²⁴ FORTEAU, M.: *Droit de la sécurité...*, *op. cit.*, p. 277.

³²⁵ Añadimos aquí la definición de coacción de COMBACAU (al hilo precisamente de las medidas del Capítulo VII de la Carta): “*il s'agit toujours, non de passer outre à la volonté de l'État, mais de faire pression sur elle, en proposant une alternative continue: ou bien la persistance de l'infraction et le maintien d'une situation défavorable, ou bien l'abandon de l'attitude illégale et l'abrogation de l'acte de sanction* » (COMBACAU, J.: *Le pouvoir...*, *op. cit.*, pp. 23-24, énfasis original).

³²⁶ También recae sobre ellos la obligación secundaria de entregar a los miembros de Al-Qaeda a una autoridad para que sean juzgados.

Qaeda y los Talibanes). Ello indica claramente que el objetivo último de la congelación de fondos exigida por el régimen Al-Qaeda/Talibanes no es sólo la prevención.

Si bien esta explicación es la que nos parece más adecuada, nos queda por salvar un último escollo teórico-dogmático al que en su momento hizo referencia KELSEN, como es el carácter aparentemente paradójico de la expresión “sanción preventiva”. Y es que como el maestro vienés definía sanción como “acto de coerción que un orden jurídico prevé a título de prevención o de represión de una conducta determinada, juzgada no deseable por la autoridad jurídica y en consecuencia prohibida por ella”³²⁷, resultaba evidente que si todavía no se ha incurrido en la conducta prohibida, no se puede hablar de sanción *strictu sensu* puesto que no se responde a la violación de una norma. En todo caso se podría hablar del ejercicio de una función de policía, pero no de sanción. Tal sería el problema en el caso de los fines parcialmente preventivos de las sanciones inteligentes.

La doctrina iusinternacionalista ha intentado responder a esta cuestión con resultados bien dispares. Trabajos clásicos como los de FORLATI PICCHIO o MONACO aceptan como sanción las mismas medidas preventivas adoptadas con el fin de evitar que se produzca el ilícito³²⁸. Para la primera, por ejemplo, éstas se encuentran también entre las *consecuencias* del ilícito. FORTEAU recurre a una explicación que pretende escapar del estricto kelsenianismo, al ampliar el concepto de sanción fuera la respuesta a un ilícito previo. Abriéndolo a la reacción contra una situación de trastorno del orden social, lo lleva más allá de la inseparable pareja “obligación jurídica-sanción” que caracteriza la visión positivista de KELSEN³²⁹. Finalmente, CAVARÉ se sitúa en un espectro de análisis diferente al referirse al *carácter* preventivo de las sanciones, en referencia a no tanto a la finalidad con la que se imponen sino a su *efecto*, que coexiste con su carácter represivo. Así, la sanción, además de “faire disparaître, dans toute la mesure possible, le trouble apporté à l’ordre juridique et social para la violation de la règle”, inspira un temor « de nature à rendre plus rares les manquements au droit positif »³³⁰.

³²⁷ FORTEAU, M.: *Droit de la sécurité collective...*, *op. cit.*, p. 276.

³²⁸ MONACO, R.: « Cours général... », *loc. cit.*, p. 314.

³²⁹ Aplicando la tesis de FORTEAU se puede responder al maestro vienés que *en ambos casos* (“sanción” como respuesta al trastorno del orden social” y “sanción” como respuesta a una violación del derecho) *la técnica jurídica es también muy similar*.

³³⁰ CAVARÉ, L.: “Les sanctions dans le Pacte...”, *loc. cit.*, pp. 195-196, la traducción es nuestra.

En un sector contrario encontramos un sector relevante de la doctrina que rechaza dogmáticamente la posibilidad de la existencia de sanciones preventivas. Por ejemplo, AGO, en su Curso de la Haya, al oponer los conceptos de “sanción” y de “reparación”, reserva el título de “sanción” para lo único que él considera que “tiene derecho a ese nombre, es decir, a ese efecto del *delito* que reviste un carácter afflictivo o represivo, en una palabra un carácter de pena, aunque sea en el sentido más amplio del término (...) su función única es la de reprimir el daño”³³¹. Más tarde aplicaría dicha noción en su labor como Relator Especial, al establecer como condición esencial para la existencia de una sanción como causa de exclusión de la ilicitud la “respuesta a un ilícito *previo*”³³². También SCELLE, o más recientemente P. M. DUPUY, diferencian en sus respectivos manuales entre sanción y prevención, aclarando que la segunda constituye una “intervención inhibitoria” para impedir la violación del derecho, previa a su violación³³³.

En este estudio partiremos de la concepción más amplia de sanción que acoge las medidas preventivas. Cierto es que el más riguroso dogmatismo conduce a la negación de la sanción preventiva, pero también resulta innegable que prevención y sanción son *técnicamente* idénticas, en la medida en que suponen la imposición coactiva de un mal al individuo que incurre en la violación de una obligación. El mismo KELSEN, dentro de su concepción pura del Derecho, lo reconoció refiriéndose a las sanciones penales. Para el citado autor, “la finalidad de la sanción no proviene –o no proviene en forma inmediata– del contenido del orden jurídico”³³⁴. En otras palabras, el carácter retributivo o preventivo de la sanción traduce solamente un cambio en la justificación ideológica de la técnica jurídica y no en la técnica misma. Es decir, que el fin específico de la prevención tal y como es concebido por el órgano que la decide y/o ejecuta es irrelevante; lo que importa es que la técnica de prevención de la violación sea idéntica a la de la sanción. Nada impide, pues, que nos sumemos a su posición para los propósitos de nuestro análisis³³⁵.

³³¹ AGO, R.: “Le délit...”, *loc. cit.*, pp. 428-429.

³³² Proyecto de artículo 30, Octavo Informe..., *loc. cit.*, pp. 39-47. Esta opinión ha sido seguida, entre nosotros, por RIPOLL CARULLA (*El desarrollo de la potestad...*, *op. cit.*, pp. 33-35).

³³³ DUPUY, P.-M. : *Droit international...*, *op. cit.*, p. 660; SCELLE, G.: *Manuel...*, *op. cit.*, p. 866.

³³⁴ KELSEN, H.: *Teoría pura...*, *op. cit.*, p. 124.

³³⁵ Ello, con independencia de cualquiera de las tres hipótesis que escojamos como explicación más correcta sobre la naturaleza de la operación de calificación por el Consejo de Seguridad *ex art.* 39 de la Carta. Ahora bien, de todas maneras, si seguimos la primera hipótesis no hay sanción, ya que paz y seguridad no son Derecho; a no ser que abramos la noción de sanción a la medida de policía como ya hemos expuesto que hace FORTEAU (*v. supra*).

II.2.4. Sobre la naturaleza “penal” o “civil” de las sanciones

Durante uno de los múltiples debates que se mantuvieron en el Sexto Comité de la Asamblea General sobre la noción de “crimen internacional del Estado”, el Representante de la República Democrática Alemana, preocupado por la posibilidad de que los Estados pudieran ser objeto de sanciones penales de acuerdo con el derecho internacional, realizó unas afirmaciones que resumen muy bien los parámetros de nuestro debate:

“la noción de derecho internacional (*sic*) debe ser separada de la noción de responsabilidad penal en derecho interno (...) los crímenes internacionales tienen consecuencias jurídicas especiales, y fue por esa razón que la Parte Primera del Proyecto realiza una distinción entre esos crímenes y otras violaciones del derecho internacional. El capítulo VII de la Carta hace especial referencia a esas consecuencias especiales, pero las medidas coercitivas provistas en ese capítulo, para asegurar la aplicación de obligaciones internacionales tan esenciales para la comunidad internacional (...) no tienen naturaleza punitiva”³³⁶.

Mutatis mutandis, estas consideraciones nos sugieren principalmente dos propuestas que aplicaremos al debate sobre la naturaleza “civil”³³⁷ o “penal” de las sanciones inteligentes.

La primera es *general*, sobre la imposibilidad de que el Consejo imponga sanciones punitivas. Y es que una cosa es la naturaleza de las sanciones, y otra bien diferente que el Consejo se encuentre habilitado para exigir las. Afirmar que el Consejo no se encuentra habilitado para imponer sanciones punitivas para negar carácter “penal” a una determinada sanción es cerrar los ojos a la realidad. También se puede argumentar que el Consejo no está habilitado para adoptar resoluciones legislativas, y sin embargo la resolución 1373 lo es, y se encuentra en vigor. No siempre es verdad que *ex facti oritur ius*; o al menos el jurista debe esforzarse por caracterizar y describir el Derecho vigente, aunque se pueda considerar ilegal. Las sanciones Al-Qaeda/Talibanes no son la excepción.

La segunda propuesta es *específica sobre la naturaleza de las sanciones*. Aquí abriremos la puerta a varias consideraciones.

³³⁶ Doc. A/C.6/38/SR.36, § 67. Para una visión contextualizada del debate en la CDI, *Vid.* SPINEDI, M.: “International crimes...”, *loc. cit.*, pp. 45 y ss.

³³⁷ Utilizaremos el término “civil” aquí en sentido lato, de manera similar a como lo hacen los tratados de derechos humanos cuando se refieren a “procedimientos civiles o penales” en sus disposiciones sobre el derecho a un juicio justo. Quiere decirse que el calificativo de civil admite sanciones “civiles” *strictu sensu* y también administrativas. A estas últimas nos referiremos; ambos términos serán sinónimos.

Primo, es más que evidente que “civil” (o administrativo) y “penal”, en sentido formal, no tiene por qué ser equivalente a “reparatorio” y “punitivo”. También hay sanciones formalmente civiles que pueden ser materialmente punitivas y sanciones penales con aspectos reparatorios³³⁸; de hecho la frontera entre unas y otras se encuentra cada vez más diluida en los sistemas jurídicos estatales³³⁹. Por ejemplo, en España, SUAY RINCÓN extrae la siguiente conclusión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de caracterización constitucional de sanciones administrativas:

[Para que haya sanción materialmente penal] “no basta, pues, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (...) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada autoridad. *Es preciso, que, de manera autónoma, o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho (...)* El carácter de castigo criminal o administrativo sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente”³⁴⁰.

Secundo, es erróneo afirmar que porque el terrorismo sea un *delito* internacional –y como tal regulado en el derecho internacional consuetudinario y en varios convenios internacionales-, la responsabilidad que dicho crimen engendra es exclusivamente “penal”. Los delitos suelen dar lugar a responsabilidad civil en derecho interno (aparte de las consecuencias penales); e incluso en Derecho internacional, el sepultado “crimen internacional del Estado” no daba lugar a la responsabilidad penal del Estado, sino a un tipo de responsabilidad *sui generis* agravada propia de este sistema jurídico, en ningún caso penal³⁴¹. Con este apunte evidente queremos remarcar que, si bien las fuentes a las que hemos recurrido para identificar las conductas proscritas por el Consejo como reguladas por el Derecho internacional forman parte del llamado “Derecho penal internacional”, no por ello las sanciones Al-Qaeda/Talibanes habrán de ser necesariamente penales. La “congelación de fondos” puede en puridad ser impuesta tanto por una

³³⁸ Como por ejemplo, la realización de trabajos a favor de la comunidad por la comisión de delitos contra la salud o el orden públicos.

³³⁹ Para un análisis centrado en el ejemplo del sistema jurídico estadounidense, *cfr.* MANN, K.: “Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law”, *Yale Law Journal*, nº 105, June 1992, pp. 1795 y ss.

³⁴⁰ SUAY RINCÓN, J.: “Concepto de sanción administrativa”, en Lozano Cutanda, B. (Ed.): *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, p. 170, énfasis añadidos salvo “o en concurrencia con esas pretensiones” y “un perjuicio añadido”, enfatizados en el original.

³⁴¹ Aunque el significado del término “crimen” no era del todo claro. Para el último Relator Especial, el término, más que “sepultado”, ha sido “diseccionado” para ser en dos partes diferenciadas: “consecuencias de las violaciones graves de normas emanadas de normas imperativas de derecho internacional” (Parte II del Capítulo III) e invocabilidad de la norma (art. 48) (CRAWFORD, J.: “Multilateral...”, *loc. cit.*, p. 473).

autoridad administrativa de acuerdo con criterios y procedimientos de Derecho administrativo como por una autoridad judicial penal.

Tertio, y enlazando con la apreciación anterior, para determinar si la sanción de congelación de fondos es “civil” o “penal” habrá que actuar basándose en criterios propios del sistema jurídico internacional³⁴². A este respecto, no existe –a nuestro conocimiento– una teoría unitaria sobre la “sanción administrativa” en Derecho internacional que unifique sus modalidades y fines. En realidad, no es necesario ir tan lejos, puesto que, como veremos, el DIDH utiliza sus propios criterios para concretar la naturaleza de las sanciones que se imponen a los individuos. Como es en el marco de esta rama del Derecho en el que analizaremos la cuestión de manera sectorial, a esta parte de nuestro estudio nos remitimos.

A modo de ilustración final de algunas de las propuestas planteadas, encontramos útil un ejemplo (no original nuestro³⁴³) de la Corte Penal Internacional. Poco después de que fuera enviado a la Haya para su procesamiento frente a este órgano jurisdiccional por crímenes de guerra (el 17 de marzo de 2006), THOMAS LUBANGA DYLIO fue objeto de una orden por la que se requería a los Estados que congelaran y embargaran todas las propiedades del imputado en sus respectivos territorios. La Orden de la Corte hace referencia expresa a los párrafos 13 y 14 de la resolución 1596 (2005) del Consejo de Seguridad³⁴⁴. El segundo de estos párrafos exigía a los Estados que congelaran los fondos de los individuos listados por el Comité de sanciones establecido conforme al párrafo 8 de la resolución 1533 (2004)³⁴⁵; entre ellos se incluiría al Sr. LUBANGA. El objetivo del Consejo era *grosso modo* paralizar la actividad de los grupos armados que operaban en la región de Ituri y prevenir la transferencia de armas. No había juicio alguno, simplemente decisión administrativa, como en el caso Al-Qaeda/Talibanes.

³⁴² No podemos dejar de anotar que hay autores que se refieren abiertamente a un “Derecho penal del Consejo de Seguridad”. Cfr. p.e. LABORDE, J.-P.: « Le nouveau désordre mondial et le droit pénal des Nations Unies », en VV.AA. : *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Ed. Cujas, Paris, 2006, esp. p. 1093; NIETO MARTÍN, A.: “Kadi (STJCE de 3 de septiembre de 2008) y sus consecuencias para el Derecho penal del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el Derecho penal de la Unión Europea”, en SERRANO-PIEDCASAS, J. R.; CRESPO, D. (Dirs.): *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 575 y ss.

³⁴³ Vid. CIAMPI, A.: *Sanzioni del consiglio di sicurezza e diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 420-427. La autora no plantea el ejemplo en el sentido que nosotros lo tratamos aquí, sino que lo relaciona con la perspectiva más abierta de la influencia de los poderes de la Corte en el Consejo de Seguridad, poniendo también de manifiesto el descrédito que puede suponer para este último una decisión no condenatoria de la Corte.

³⁴⁴ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares, Orden ICC-01/04-01/06, 31 marzo 2006, p. 3.

³⁴⁵ Resolución S/RES/1533 (2004), de 12 de marzo de 2004.

A pesar de las apariencias, la finalidad de la Orden de la CPI era otra muy distinta que la de nuestro objeto de estudio. Como deja bien claro, el texto pretendía asegurar el derecho de las víctimas del Sr. LUBANGA a reparación recogido en el artículo 75 del Estatuto. A fin de evitar la evasión de fondos, la Corte decidió bloquearlos hasta la sentencia definitiva. Es decir, que si bien el fin de la congelación/embargo era a primera vista preventivo-asegurativo, e incluso coincidía con las medidas de la misma naturaleza decididas por el Consejo, en última instancia era reparatorio. Finalidad reparatoria (¿“civil”?), en un procedimiento de clara naturaleza y finalidades penales; y con unas medidas cuyo *efecto* puede equivaler a la punición. La difícil intersección entre las sofisticadas construcciones dogmático-teóricas y el “estado en bruto” de la “materia prima” de la práctica jurídica salta pues a la vista.

III. CONCLUSIÓN-EPÍLOGO: ¿*QUID NOVIS* EN LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO POR ACTOS DE TERRORISMO?

“Lo normal es que sea el Derecho interno, a través de sus órganos y procedimientos estatales, el que se encargue de dilucidar las consecuencias de la comisión por el individuo de delitos internacionales como los considerados en el presente epígrafe”. Es la reflexión de PÉREZ GONZÁLEZ en relación a la posible existencia de la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de *delicta iuris gentium* como la piratería o el tráfico de esclavos. Así, el individuo sólo es sujeto de responsabilidad internacional penal previa determinación por un órgano *internacional*; si por el contrario es el Estado el que le juzga en virtud de sus normas internas basadas en la normativa internacional no hay responsabilidad internacional propiamente dicha³⁴⁶. Este último procedimiento, el “tradicional”, es el que por ejemplo ha seguido el Consejo de Seguridad en la resolución 1373, en la que obliga a los Estados a que “aseguren el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos (...)”³⁴⁷. Es el procedimiento también del Derecho de las

³⁴⁶ PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “La responsabilidad...”, *loc. cit.*, p. 881. Para un manual general con una visión contraria, DUPUY, P. M.; KERBRAT, Y.: *Droit international...*, *op. cit.*, pp. 586 y ss.

³⁴⁷ Los Estados, a través de sus Tribunales, deciden imputar la comisión de actos terroristas. El apartado 1(d) de la resolución también obliga a los Estados a congelar los fondos de los sospechosos de encontrarse “asociados” con entidades terroristas. Es evidente la similitud entre este apartado y las medidas del régimen Al-Qaeda/Talibanes, aunque consideramos prudente no extender nuestras reflexiones sobre la “finalidad

convenciones internacionales para la prevención y represión de determinados crímenes, como el genocidio o la tortura, y más decisivamente para nosotros, es el procedimiento de las convenciones sobre la prevención y la represión de actos relacionados con el terrorismo, entre ellos la financiación.

Esta teoría contrasta con algunas de las implicaciones de la posición propuesta por CASSESE para quien, recordemos, el terrorismo es un delito autónomo de Derecho internacional; y el responsable de dicha conducta cometerá pues una conducta ilícita para este derecho. No puede ser de otra manera pues, como apunta ABELLAN HONRUBIA, « la noción de responsabilité internationale pour des faits illicites et la pratique suivie en matière de responsabilité internationale de l'individu confirment que cette relation « individu-communauté internationale » implique l'existence d'une obligation juridique internationale concernant l'individu, ainsi qu'une faculté d'exercer une action de la part de la communauté internationale »³⁴⁸. Así pues, si hay violación de la norma se contrae necesariamente responsabilidad internacional. En otras palabras, no puede haber un ilícito sin responsabilidad.

¿Cómo se puede entonces sostener que el régimen de las convenciones internacionales contra diversos métodos terroristas ha derivado en la tipificación del terrorismo como delito de Derecho internacional consuetudinario, cuando éstas sólo crean un régimen en que son los Estados los responsables de enjuiciar y reprimir los actos delictivos conforme a su derecho interno?³⁴⁹ La única solución posible es acudir a la “ficticia”³⁵⁰ teoría del desdoblamiento funcional formulada por SCHELLE y reconocer que el Derecho internacional deja a los Estados la represión de los *delicta iuris gentium*, entre los

represiva” de estas medidas al apartado 1 (d) de la resolución porque ello dependerá del contexto de cada Estado –y de cada medida–, que no es el mismo que el de las resoluciones 1267 y ss.

³⁴⁸ ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La responsabilité internationale de l'individu”, *RCADI*, 1999, Vol. 280, p. 205.

³⁴⁹ *Vid.* en este sentido el análisis de ABELLÁN HONRUBIA, V., *ibidem*, pp. 285-293, donde se hace un repaso de (sólo) algunas convenciones de lo que viene a llamarse “derecho internacional penal” (entre ellas, la de Montreal de 1971); llega a la conclusión de que delitos como la apropiación ilícita de aeronaves o los delitos contra las personas protegidas son “crímenes de derecho interno” que no pueden dar lugar a responsabilidad penal internacional, ya que “leur qualification comme délit dans un traité international n'est pas suffisante” (p. 293). Para ello se basa en los trabajos de la CDI sobre el Proyecto de Crímenes para la Paz y la Seguridad Internacionales. El Primer Informe del Relator Especial THIAM se manifiesta en este sentido (Doc. A/CN.4/364, *ACDI*, 1983, Vol. II(I), § 32).

³⁵⁰ DUPUY, P.-M. ; KERBRAT, Y.: *Droit international...*, *op. cit.*, p. 445 : « elle repose (...) sur une conception largement idéale (...) elle permet cependant d'expliquer certains phénomènes et pourrait également connaître dans l'avenir certains développements liés à l'affirmation des droits de la communauté internationale comme à ceux de l'humanité perçue comme personne juridique (...) ».

cuales se encuentra el terrorismo³⁵¹. De esta manera el Tribunal interno ejerce una suerte de “ministerio público concedido por delegación del conjunto de Estados”³⁵², actuando como “agente” de una comunidad internacional que le “delega” el ejercicio de la función represiva³⁵³. El individuo condenado por un *delicta iuris gentium* en su Estado depura pues su responsabilidad internacional por la comisión de un delito de derecho internacional.

Claro que, cuando el Consejo de Seguridad comenzó a imponer sanciones inteligentes contra los Talibanes –primero- y contra Al-Qaeda –después-, dicho órgano dio un salto cualitativo en materia de sanciones al individuo por actos terroristas, y por primera vez se encargó directamente de la prevención-represión de estos delitos, función que hasta entonces había estado siempre en manos de los Estados. Es más, si seguimos la “tesis de la proximidad” entre el capítulo VII y el Derecho internacional, podemos arriesgarnos a afirmar que por primera vez el individuo (no la entidad) ha pasado a tener una responsabilidad *internacional* propiamente dicha por su participación en la comisión de actos terroristas, incluso desde la perspectiva de las teorías más exigentes sobre la responsabilidad internacional del individuo^{354 355}. Es cierto que anteriormente el Consejo

³⁵¹ La teoría del “desdoblamiento funcional” partía de una radical concepción “biológica” del derecho en la que el Estado no era un sujeto de derecho internacional, sino un agente que ejecutaba las decisiones de la comunidad de naciones (Para una crítica, *Vid.*, LE FUR, L.: « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, Vol. 35, t. IV, 1935, pp. 100 y ss. Una formulación de la teoría, más “moderada” que la de SCHELLE, se encontraba en KELSEN, H.: *Teoría pura...*, *op. cit.*, p. 330. Para una argumentación más reciente, DUPUY, P.-M.: “Unity in the application of international law at the global level and the responsibility of judges at the national level: reviewing Georges Scelle’s « Role splitting theory », en BOISSON DE CHAZOURNES, L.; KOHEN, M. (Eds.): *International Law and the quest for its implementation. Le droit international et la quête de sa mise en œuvre*. Liber amicorum Vera Gowlland-Debbas, Martinus Nijhoff, The Hague, 2010, pp. 417 y ss. *Cfr.* también FASSBENDER, B.: *The United Nations Charter...*, *op. cit.*, p. 134 ; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: “Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: Normes, faits et valeurs”, *RCADI*, Vol. 274, 1998, p. 137).

³⁵² KOLB, R.: *Droit international pénal*, Bruylant-Helbing Lichtenhahn, Bruxelles-Bâle, 2009, p. 19 (en referencia la piratería. La traducción es nuestra). *Contra*, REUTER, P.: “Principes de droit international public”, *RCADI*, Vol. 103, t. II, 1961, p. 587; QUADRI, R.: “Cours général...”, pp. 397-401. Este último aporta una visión que llega a ser excesivamente restrictiva incluso desde el punto de vista de los crímenes internacionales (p. 411). Más adelante volveremos a la teoría del desdoblamiento funcional cuando analicemos el papel de los tribunales internos en la revisión de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

³⁵³ EUSTATHIADES, CH. T.: “Les sujets du droit international et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances”, *RCADI*, Vol. 84, t. III, 1953, pp. 503-504.

³⁵⁴ Dejamos fuera la *lex specialis* del terrorismo ejercido durante los conflictos armados. Como es sabido, el derecho internacional humanitario prohíbe ya numerosos métodos terroristas en bastantes disposiciones tanto de las Convenciones de Ginebra como de sus Protocolos Adicionales (PA) de 1977. En el marco de los conflictos armados internacionales, encontramos: el art. 51(2) del PA I (prohibición de actos o amenazas de violencia cuyo fin principal sea provocar el terror entre la población civil); el art. 35(2) PA I (prohibición del uso de armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que causen males superfluos); arts. 48, 51(4) y (5) PA I (principio de distinción y prohibición de medios y métodos de guerra que o permiten distinguir entre civiles y militares); art. 51(5) PA I (prohibición de causar daños colaterales excesivos); arts. 52, 53, 54, 57-58 PA I (protección general de bienes de carácter civil, bienes culturales y lugares de culto, bienes

indispensables a la supervivencia de la población civil y principio de precaución, que ilegalizan numerosos aspectos del *modus operandi* de los grupos terroristas que actúan en el marco de los conflictos armados); prohibición de la perfidia (art. 37 del PA I). En el marco de los conflictos armados no internacionales, podemos citar el art. 4(2)(d) del PA II (prohibición explícita de los actos de terrorismo cometidos contra la población civil); el art. 3 común CG (que prohíbe la toma de rehenes) o el art. 13 (prohibición de los actos o amenazas de violencia cuyo fin es aterrorizar a la población civil). El derecho internacional humanitario consuetudinario tal y como lo “codificó” el CICR recoge igualmente dichas prohibiciones para ambos tipos de conflicto, cubriendo los “agujeros” de no ratificación que sufre el derecho convencional y sus puntos oscuros (reglas 1, 2, 7, 11, 12, 15, 22-24, 38, 42, 53, 54, 65, 70, 71 del compendio de DOSWALD-BECK, L.; HENCKAERTS, J.-M. (Dir.): *Customary International Law*, *op. cit.*). De hecho, las disposiciones de DIH son incluso más específicas que las de los tratados internacionales sobre terrorismo, sobre todo en lo que se refiere a medios y métodos de combate, e incluso se dirigen directamente a los actores no estatales. Ello permite claramente descartar la falaz tesis sobre la “guerra contra el terrorismo”, pues el DIH no fue construido para hacer frente a la guerra en tanto que fenómeno sociológico y sus límites *ratione materiae, temporae* y *loci* quedarían peligrosamente desdibujados (RONA, G.: “Interesting times for International Humanitarian Law: challenges from the “war on terror”, *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27, No 2, Summer/Fall 2003, pp. 55 y ss. *Vid.* también, sobre esta cuestión, CONDORELLI, L.; NAQVI, Y.: « The war against terrorism and *jus in bello* : Are the Geneva Conventions out of date ? », en BIANCHI, A. (Ed.) : *Enforcing International Law norms against terrorism*, Hart, 2005, pp. 25 et ss.; DUFFY, H. : *The « war on terror » and the framework of International Law*, CUP, Cambridge, 2005, esp. pp. 249 y ss.; McDONALD, A.: “Terrorism, counter-terrorism and the *ius in bello*”, en SCHMITT, M. N. et BERUTO, G. L. (Eds.): *Terrorism and International Law. Challenges and responses*, International Institute of Humanitarian Law, 2002, p. 57 y ss; MEGRET, F.: « War? Legal semantics and the move to violence », *EJIL*, Vol. 13, No. 2, 2002, pp. 361 y ss; O’CONNEL, M. E.: « When is war not a war ? The myth of the global war on terror », *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 12, No. 2, 2005, pp. 1 y ss; SASSÒLI, M. : « *Ius ad Bellum* et *Ius in Bello* – The separation between the legality of the use of force and humanitarian rules to be respected in warfare : crucial or outdated ? », en SCHMITT, M. N. et PEJIC, J. (Eds.) : *International Law and armed conflict : exploring the faultlines*, Koninklijke Brill BV, 2007, pp. 241 y ss.).

Lo que no está claro es la relación concreta entre el DIH y las convenciones internacionales sobre terrorismo. La cuestión ha sido ampliamente estudiada por SASSÒLI, quien ha resaltado la relación diferencia que muestran los diversos convenios internacionales antiterroristas. Así, mientras unos excluyen de su ámbito de aplicación *ratione materiae* las situaciones de “conflicto armado” tal y como se encuentran definidas por el DIH –art. 12 de la Convención de 1979 sobre la toma de rehenes-; otros excluyen solamente los actos cometidos por las fuerzas armadas de los Estados (art. 19(2) de la Convención de 1997). De entre las soluciones que propone el citado Profesor, y sin poder entrar en más detalles por razones evidentes de espacio, nosotros proponemos la siguiente: considerar que los actos cubiertos por el DIH sean excluidos de las convenciones sobre el terrorismo (aplicación paralela de las dos ramas a todos los actores en función de su conexión o no con el conflicto armado). Esta solución encuentra a nuestro modo de ver el justo equilibrio entre la necesidad de reprimir los actos terroristas cometidos durante las situaciones de conflicto armado y el respeto del principio de neutralidad en DIH, que impide condenar los actos violentos de una de las partes –los actores no estatales-, siempre que no violen el DIH (SASSÒLI, M.: « Terrorism and war », *JICJ*, No. 4, 2006, pp. 975 ss.).

Más decisivamente, muchas de esas prohibiciones dan lugar a responsabilidad penal internacional. Por ejemplo, en lo que se refiere a los “actos cuyo objetivo es sembrar el terror entre la población civil”, dicha prohibición fue contemplada tanto por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (p.e., asunto *Prosecutor vs Stanislav Galic*, Case No IT-98-29-T, Judgment and Opinion, 5 December 2003, § 769, donde se condenó al acusado por actos cuyo objetivo era sembrar el terror entre la población civil en tanto que “violaciones de las leyes y costumbres de la guerra *ex art 3* del Estatuto); como por Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (art. 4(d) y el Tribunal Especial para Sierra Leona (art. 3(d)). Y aunque es cierto que el Estatuto de la CPI no considera en el art. 8 este tipo de actos como crimen de guerra, es indudable que esta infracción (1) es una violación de las leyes y costumbres de la guerra en el sentido de la jurisprudencia *Tadic* ‘95 (y que por lo tanto es un crimen internacional en derecho consuetudinario); (2) que otras de las normas relacionadas con el terrorismo relacionado con el conflicto armado, mencionadas antes, sí se encuentran recogidas en el Estatuto de la CPI (ataques contra civiles, daños colaterales excesivos, perfidia, etc.) (*Vid.* JODOIN, S.: “Terrorism as a war crime”, *ICrLR*, N° 7, 2007, especialmente pp. 97 y ss.).

³⁵⁵ Dejamos aparte a las entidades asociadas con Al-Qaeda y los Talibanes, que no pueden tener responsabilidad penal internacional alguna. De hecho, una propuesta de Francia para incluir a las entidades corporativas bajo el jurisdicción de la Corte Penal Internacional “si los crímenes cometidos lo fueron en

había forzado a ciertos Estados a atenerse a sus obligaciones internacionales en materia de lucha contra el terrorismo (caso de *Sudán*³⁵⁶), incluso “creando” obligaciones nuevas que habían de aplicarse por encima del derecho internacional convencional en materia de actos ilícitos contra la navegación aérea (asunto *Lockerbie*)³⁵⁷. Es más, incluso el Consejo llegó en un caso a crear un Comité para supervisar, entre otros mandatos, la obligación del Ejército de Liberación de Kosovo de abstenerse de actos de terrorismo³⁵⁸-, condenando “todo el apoyo externo a las actividades terroristas en Kosovo, incluidas la *financiación*”³⁵⁹.

Sin embargo, en ninguna de esas situaciones se imputó a ningún individuo o entidad concreta no relacionada con un Estado (o no ejercitando *de facto* poderes estatales) la comisión de un crimen de terrorismo, derivando de ella la aplicación de una sanción concreta³⁶⁰. En este caso, sí; y aunque se opte por la tesis de la naturaleza *exclusivamente* política del poder coercitivo del Consejo de Seguridad, se debe conceder que estamos ante algo extremadamente parecido: como se ha intentado mostrar, las sanciones del Consejo rozan la responsabilidad internacional individual. El ropaje del mantenimiento de la paz y la seguridad que les viste es engañoso, pues más allá de las apariencias, el Consejo se aproxima en realidad al brazo ejecutor de un régimen normativo sobre financiación del terrorismo. Primero, determina la violación de una norma internacional que prohíbe la financiación del terrorismo por parte de unos particulares que incluye en una lista³⁶¹, y

nombre de dichas personas jurídicas o por sus agencias o representantes” fue expresamente rechazada, a pesar de haber sido incluida en el art. 23(5) del Proyecto de Estatuto de 1998. Las razones fueron, entre otras, que la responsabilidad penal de las entidades privadas no ha sido aceptada en muchos sistemas jurídicos nacionales, lo que provocaría problemas con el principio de complementariedad de la Corte (ESER, A.: “Individual criminal responsibility”, en CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J. R. W. D. (Eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, t. 1, Oxford, New York, pp. 778-779).

³⁵⁶ S/RES/1044 (1996), de 31 de enero de 1996, §§ 4 y 5; y sobre todo S/RES/1054 (1996), de 26 de abril de 1996, §§ 3 y 4.

³⁵⁷ S/RES/731 (1992), §§ 2-3; S/RES/748 (1992), de 31 de marzo de 1992, § 1; S/RES/883 (1993), de 11 de noviembre de 1993, § 1.

³⁵⁸ Resolución S/RES/1160 (1998), de 31 de marzo de 1998. *Curiosamente*, en dicha resolución –y en las siguientes–, los actos del Ejército de Liberación de Kosovo y de otros grupos violentos no estatales opuestos a Serbia se calificaban de “terroristas”, mientras que la violencia proveniente de las fuerzas policiales serbias “contra civiles y manifestantes pacíficos en Kosovo” constituían “un uso de la fuerza excesiva”.

³⁵⁹ S/RES/1160 (1998), preámbulo, § 3, énfasis añadido.

³⁶⁰ *Id.*, de manera general, BOLANI, M.-L.: “SC on non-state entities...”, *loc. cit.*, pp. 401 y ss.

³⁶¹ Ello, claro está, si se aceptan las dos últimas hipótesis sobre la naturaleza de los poderes del Consejo *ex* Capítulo VII de la Carta expuestas aquí. Pues insistimos en que si se sostiene que mantenimiento de la paz y derecho internacional son dos cosas diferentes, entonces no hay responsabilidad internacional individual estrictamente hablando.

segundo, deriva de ello una consecuencia aflictiva, con carácter preventivo y/o represivo³⁶². El Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes no sólo es aquí policía; también es juez, o “cuasi-juez” internacional, del particular-terrorista³⁶³. Lo que no está tan claro, eso sí, es que sea juez “penal” o juez “administrativo”, y que tal función no sea *ultra vires* respecto de los poderes que le otorga la Carta. A ambas cuestiones volveremos más adelante, en el Capítulo V.

³⁶² E incluso resocializador, como recientemente ha reconocido la *Ombudsman* en su Primer Informe (*Informe de la oficina...*, § 50, p. 10), dado que uno de sus fines es “provocar un cambio en la conducta” del afectado.

³⁶³ Para la misma conclusión, pero sobre la base de que el Derecho sobre la base del cual se imponen las sanciones es el Derecho “creado” por el Consejo en sus resoluciones, *cfr.* TOMUSCHAT, C.: “The responsibility of other entities: private individuals”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S.: *The Law of...*, *op. cit.*, pp. 319-320.

***PARTE II: SANCIONES INTELIGENTES FINANCIERAS Y
GARANTÍAS JUDICIALES EN DERECHO INTERNACIONAL:
DERECHO SUBJETIVO, LÍMITE Y RESPONSABILIDAD***

CAPÍTULO III: EL ESTATUS JURÍDICO-INTERNACIONAL DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES

INTRODUCCIÓN

Si uno se detiene a examinar la voluminosa cantidad de material normativo relativo al derecho a un juicio justo que se ha ido elaborando en los últimos sesenta años, en diferentes instancias internacionales, en diferentes contextos y con diferentes propósitos, resulta inevitable sentirse tentado a indagar los motivos de semejante hiperinflación reguladora. Tratados, protocolos, declaraciones, recomendaciones, principios directores, estándares mínimos, sentencias, informes, comunicaciones, diálogos, directrices, códigos de conducta o documentos de clausura de conferencias se suceden, a menudo de forma cacofónica, para reflejar por un lado el intenso esfuerzo realizado por tantos actores para desarrollar unos códigos universales de respeto del proceso equitativo.

Sin embargo, también se contribuye a la falta de sistemática y a la frustración constante ante la persistente violación, desdibujando las barreras de la normatividad del Derecho internacional, fenómeno esté último como hace ya tiempo analizara el clásico trabajo de WEIL³⁶⁴. La reflexión se puede extender desde luego a cualquiera de los demás derechos humanos reconocidos en cualquiera de los Convenios internacionales existentes, pero en el caso del derecho a un juicio justo encuentra un tinte especial que en nuestra opinión fundamenta de una manera particular su estandarización repetitiva. Y es que el derecho a un juicio justo es un derecho que se cree universal e indispensable, pero al que el Derecho “escrito”, es decir, el derecho internacional convencional de los derechos humanos, no le ha otorgado un estatus de derecho no sujeto a suspensión (con algunas destacables excepciones regionales). Se trata de un caso diferente al de otros derechos, como la prohibición de la tortura o de la esclavitud, o el derecho a la vida, de inequívoco estatus inderogable y similar empatía con el más elemental sentido de dignidad humana.

En consecuencia, las debilidades de la regulación convencional se intentan sustituir con la cantidad, a menudo a través de la repetición de instrumentos de *soft law*. Como a fin de cuentas, “le droit est beaucoup plus riche que la dichotomie entre l’être et le néant, le

³⁶⁴ WEIL, P.: “Towards relative normativity in international law?”, *AJIL*, Vol. 77, 1983, especialmente pp. 415 y ss.

robinet d'eau froide et le robinet d'eau chaude, les obligations conventionnelles et les déclarations oieuses"³⁶⁵, siempre hay un resquicio abierto para resistirse a aceptar como definitivo lo que los Estados han codificado.

En este Capítulo abordaremos el estudio de una de las nuevas caras del “prisma” de las sanciones inteligentes (siempre enfocándolo con la luz del Derecho internacional): la del modo en que el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) protege el derecho a un juicio justo de los individuos y entidades listados por el Consejo de Seguridad. Para ello no nos bastará con indagar sobre el estatus jurídico-internacional de este derecho. Más bien al contrario, tendremos que *defenderlo*, pues diferentes ojos ven la luz de diferente manera. En nuestro caso creemos que, diez años después del 11-S, existen argumentos normativos suficientes para no escatimar esfuerzos en justificar que el derecho a un juicio justo posee esas características que sólo son atribuibles a un reducido grupo de normas jurídicas del Derecho internacional³⁶⁶.

Para ello iremos dividiendo nuestro análisis en una secuencia de argumentos centrados respectivamente en el derecho convencional de los derechos humanos (II); en el derecho consuetudinario (III); en los principios generales del derecho; en el derecho humanitario (IV) y en el derecho imperativo (V). En este proceso numerosos escollos teóricos irán apareciendo por el camino, como la teoría de las fuentes del derecho en derecho internacional o la teoría del *ius cogens*. Todos ellos habremos de irlos salvando en la medida en que sea posible. Advertimos ya de que entre las abundantísimas referencias jurídicas que nos son útiles, mostraremos una preferencia por lo que DECAUX denomina el “contencioso de los derechos humanos”, frente a la “diplomacia de los derechos humanos”³⁶⁷ (es decir, de la jurisprudencia frente a la práctica de diálogo con órganos de supervisión). Sin pretender minusvalorar a esta última, el primero apuntala con muy sólidas razones jurídicas la base estructural del derecho a un juicio justo en el sistema internacional.

³⁶⁵ DECAUX, E.: “De la promotion à la protection des droits de l’homme”, en SFDI: *La protection des droits de l’homme et l’évolution du droit international*. Colloque de Strassbourg, Pedone, Paris, 1998, pp.

³⁶⁶ Muchos de ellos han sido ya analizados en QUISPE REMÓN, F.: *El debido proceso...*, *op. cit.* La obra de esta autora se centra sin embargo en el PIDCP y la CADH y en el “debido proceso”, no en el derecho de acceso al Tribunal, cuestión clave en este trabajo.

³⁶⁷ DECAUX, E.: «De la promotion... », *loc. cit.*, p. 85.

Una última doble precisión. Este Capítulo afrontará los elementos “estructurales” del proceso equitativo; es decir, los relacionados con su posición en el Derecho internacional y su posible suspensión durante los estados de emergencia. Ello quiere decir que este Capítulo se ha entendido como el pórtico del Capítulo IV, el cual se adentra ya en el contenido preciso de las garantías ofrecidas por los principales textos internacionales en materia de derechos humanos. En este contexto analítico, focalizaremos nuestra mirada en los artículos 14 PIDCP, 6 CEDH y 8 CADH, y dejaremos de lado el derecho a un recurso efectivo recogido en los artículos 2(3) PIDCP, 13 CEDH y 25 CADH³⁶⁸.

Esta preferencia encuentra su justificación en un motivo: salvo en el caso de la CADH, este derecho no exige un control *judicial* de las decisiones que puedan resultar lesivas de un derecho fundamental, sino que basta con un recurso *efectivo*³⁶⁹. Dado que a día de hoy son pocas las dudas respecto de la aplicabilidad de este derecho a la lista antiterrorista del Consejo de Seguridad³⁷⁰, creemos más interesante centrarnos en la medida en que el más estricto derecho al juez en los procesos penales puede ser exigido en este contexto. Como podremos explicar, tanto el Tribunal General de la UE como la Corte Suprema del Reino Unido han apuntado recientemente hacia el carácter *penal* de estas sanciones al evaluar la situación de algunos de los individuos incluidos en las listas. Este énfasis en el derecho a un *juez* conduce inevitablemente al imperativo de la articulación de un mecanismo judicial o cuasijudicial en el seno del Comité Al-Qaeda/Talibanes, con competencia para revisar las decisiones relativas a la lista que gestiona.

I. UN ESTÁNDAR UNIVERSAL

Que el Derecho internacional protege los principios elementales de un proceso equitativo es algo que no admite duda. En qué medida los protege y ampara, esa es otra cuestión. En este apartado afrontaremos esta cuestión desde una doble perspectiva amplia y estrecha, es decir, desde la perspectiva amplia de este derecho en tanto que norma

³⁶⁸ Lo cual no impide que se le haga una referencia ocasional.

³⁶⁹ Por ejemplo, FASSBENDER reconoce la existencia en derecho consuetudinario de un derecho a un recurso ante una autoridad independiente e imparcial, tomando elementos de Derecho comparado correspondientes al derecho a un juez y al derecho a un recurso efectivo (FASSBENDER, B.: “Targeted sanctions...”, *loc. cit.*, p. 15. La metodología utilizada por el autor difiere en parte de la que utilizaremos aquí, aunque entendemos que sus conclusiones son las mismas. En este estudio obviaremos el problemático derecho a un recurso efectivo, y nos basaremos en las opciones que ofrece una interpretación flexible del derecho a un juez que se adecúe a las particularidades de las sanciones inteligentes.

³⁷⁰ *Vid. p.e. WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES: Strengthening..., doc. cit.*, pp. 10 y ss.

privilegiada de Derecho internacional y desde la visión más concreta del conjunto garantías básicas que ofrece al individuo. Al hilo de este último punto podremos considerar los elementos imperativos y relativos de la tutela judicial efectiva; en otras palabras, aquellos que el Estado ha de garantizar en todo momento y aquellos de los que el Estado puede liberarse en ciertas circunstancias.

Cuando en 1945 los Estados se mostraron en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas “resueltos (...) a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre” y establecieron como propósito de ésta “realizar la cooperación internacional (...) en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”, los firmantes del texto no sólo afirmaron la voluntad estatal de situar al individuo en el centro del universo jurídico-internacional “refundado”, en claro giro copernicano, sino que *canalizaron* la voz de los pueblos de las Naciones Unidas para fundar “un nuevo proyecto de sociedad”³⁷¹.

Este “nuevo proyecto de sociedad”, surgido tras el desastre de la Segunda Guerra Mundial, iba a considerar el respeto a la dignidad del individuo, de la que los derechos humanos no son sino su manifestación más evidente, como uno de los fines más relevantes de la nueva Organización de aspiración mundial, anexo al fin primordial del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Claro que la historia de la contradicción entre la grandeza de las esperanzas humanas depositadas en el nuevo proyecto, frente a la timidez del texto de la Carta a este respecto, es bien conocida³⁷², y así la protección de los derechos humanos se dejó en un segundo plano, desplazándola, entre otras normas, a una disposición de apariencia más bien programática como el artículo 1(3) de la Carta y a las normas sobre cooperación económica y social del Capítulo IX. Pero lo importante es que no quedó fuera de la Carta.

Quedaría pues para los diplomáticos y los intérpretes de la Carta menos apegados a su letra la labor de reivindicar la originaria posición de los derechos humanos en la Carta. Entre los segundos, es inevitable citar aquí a H. LAUTERPACHT. Éste ya señalaba tempranamente que “it would be contrary both to these requirements [of good faith and of decency] and to the principle of effectiveness if the repeated and solemn provisions of the

³⁷¹ SZUREK, S.: “La Charte des Nations Unies. Constitution mondiale?”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3ème Ed., Economica, Paris, Vol. I, p. 40.

³⁷² Para una visión de conjunto citaremos el clásico de CASSIN, R.: “La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme”, *RCADI*, Vol. 79, t. II, 1951, especialmente pp. 245 y ss.

Charter in the matter of human rights and fundamental freedoms, coupled with the clear legal obligation to promote respect for them by joint and separate action, were interpreted as devoid of the obligation to respect them”³⁷³. Y en una línea de pensamiento no muy distante, CASSIN consideraba que el artículo 56 de la Carta, menos visible, impone a los Estados la obligación jurídica del respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales³⁷⁴.

La prueba más palpable de la relevancia de los derechos humanos en la CNU es que el 11 de diciembre de 1946 la recién inaugurada Asamblea General de las Naciones Unidas decidió, en su primera sesión, referir al Consejo Económico y Social un proyecto de Declaración de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales para su discusión y eventual aprobación³⁷⁵.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, texto programático resultante de la propuesta de la Asamblea General, es hoy día la “interpretación autorizada” de las disposiciones de la Carta sobre la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales del individuo. Su carácter vinculante para todos los Estados de la comunidad internacional es para una parte muy importante de la doctrina indiscutible³⁷⁶, aún con los matices con los que se puedan acoger algunos

³⁷³ LAUTERPACHT, H.: *International Law and Human Rights*, Stevens & Sons Ltd., London, 1950, p. 150. El mismo añade posteriormente que “this is a matter in which, perhaps more than in others, care must be taken not to permit the task of interpretation to degenerate into an attempt at deriving the maximum advantage from the economy of expression of a basic international instrument” (p. 151).

³⁷⁴ CASSIN, R.: « La Déclaration... », *loc. cit.*, p. 249. Más recientemente, FLAUSS, J. F.: “La protection des droits de l’homme et les sources du droit international”, en SFDI : *La protection...*, *op. cit.*, p. 15; TRUYOL Y SERRA, A.: *Los derechos humanos*, 4ª Ed., Tecnos, Madrid, 2000, p. 42. ALSTON y SIMMA recomiendan este mecanismo para obligar a estos no partes en tratados internacionales de derechos humanos, por encima del « método consuetudinario » que luego discutiremos (ALSTON, P.; SIMMA, B. : “The sources of human rights law: custom, ius cogens and general principles”, *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 1988-1989, p. 101).

³⁷⁵ Resolución 43/I de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946, Doc. A/234, p. 1.

³⁷⁶ DINSTEIN, Y.: “The interaction between customary law and treaties”, *RCADI*, Vol. 322, 2007, pp. 307-308; ORÁA, J.; GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, p. 78; RIEDEL, E.: “Article 55(c)”, en SIMMA, B. (Ed.): *The Charter of the United Nations. A commentary*, OUP, New York, 2002, p. 926. *Contra*, TOMUSCHAT, C.: *Human rights. Between Idealism and Realism*, 2ª Ed., Oxford, New York, 2008, p. 37; VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002; pp. 229-230. Ambos autores sólo reconocen el carácter consuetudinario de la Declaración en algunos de los derechos que recoge, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la protección de la libertad personal y la recocción de la discriminación por motivos de raza. En un sentido similar: CONDORELLI, L.: “La Charte, source des principes fondamentaux du droit international”, en CHEMAIN, R.; PELLET, A. (Dirs.): *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale?*, Pedone, Paris, 2006, p. 164; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “La protección internacional de los derechos humanos (I)”, en DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.:

derechos como el de “buscar” y “disfrutar” del asilo³⁷⁷. Y en tanto que primer pilar en la protección internacional de los derechos humanos, es el primer referente en el reconocimiento a todo individuo de las garantías judiciales.

Como ya anticipamos, en este apartado abordaremos el estatus de este derecho en el derecho internacional convencional de los derechos humanos. Nuestra intención será de momento la de mostrar los rasgos esenciales de este estatus, sin adentrarnos en los detalles más específicos sobre el contenido del derecho a las garantías judiciales en el derecho internacional convencional, que serán analizados en el próximo Capítulo.

I.1. Rasgos básicos de las garantías judiciales

Derecho complejo (no hay más que apreciar cómo la CADH se va obligada a recurrir al *plural* para referirse a ellas); derecho “de apariencias”, que exige no sólo prestar

Instituciones..., *op. cit.*, pp. 655-656; PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “La Declaración Universal de Derechos Humanos y el derecho internacional humanitario”, en PONS RAFOLS, X. (Coord.): *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998, p. 47; SCHACHTER, O.: “International law in theory and in practice. General course on public international law”, *RCADI*, Vol. 178, 1982, pp. 335-336; VERHOEVEN, J.: “Considérations...”, *loc. cit.*, p. 250; WEISSBRODT, D.; DE LA VEGA, C.: *International human rights law. An introduction*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2007, p. 25. En la doctrina anglosajona también matiza BROWNIE, quien considera que “some of its provisions either constitute general principles of law or represent elementary considerations of humanity” (BROWNIE, I.: *Principles of public international law*, 6th Ed., OUP, New York, 2003, p. 535), pero prefiere reservarle el puesto de “authoritative guide (...) to the interpretation of the provisions in the Charter”. Con los mismos términos, SUDRE, F.: “Organisation des Nations Unies”, en VV.AA.: *Dictionnaire des droits de l’homme*, PUF, Paris, 2008, pp. 574-575 (añadiendo que la declaración « fait partie du droit dérivé de l’organisation »).

³⁷⁷ El artículo 14 de la DUDH se expresa en los siguientes términos: “(1) En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. (2) Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”. Esta disposición limita su alcance a la “búsqueda” y al “disfrute” del asilo, sin conceder un derecho subjetivo a obtener el asilo (KJOERUM, M.: “Art. 14”, en EIDE, A. *et al*: *The Universal Declaration of Human Rights. A commentary*, Scandinavian University Press, Norway, 1992, p. 220). Y además, como es bien sabido, a pesar de sus limitaciones, el texto no pasó al PIDCP, aunque posteriormente la práctica convencional regional (sobre todo la latinoamericana) ofreciera una protección más extensiva. En todo caso, apoyándonos en MARIÑO MENÉNDEZ es posible concluir a que, a la luz de la práctica estatal de los últimos cincuenta años, el artículo 14 de la Declaración también forma parte del derecho internacional general (MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “Artículo 14”, en PONS RAFOLS, X. (Coord.): “La Declaración...”, *loc. cit.*, pp. 253-266, especialmente pp. 258. *Cfr.* también, p.e., CHÉTAIL, V.: « Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international », en CHÉTAIL, V.; FLAUSS, J.-F.: *La convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés-50 ans après: bilan et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 5. *Contra*, ALLAND, D.; TEITGEN-COLLY, C.: *Traité du droit de l’asile*, Puf, Paris, 2002, p. 42, quienes siguen sin considerar la DUDH como un texto « ayant une force juridique »; VILLÁN DURÁN, C.: *Curso...*, *op. cit.*, p. 231. Claro que las limitaciones del texto siembran dudas sobre el alcance verdadero del derecho a “buscar asilo”. De sobra conocida es la crítica de LAUTERPACHT al art. 14 de la DUDH, concluyendo que los Estados no tenían ninguna intención de contraer ninguna obligación siquiera moral al respecto (LAUTERPACHT, H.: *International law...*, *op. cit.*, p. 421. Sobre los *travaux préparatoires* y su continuación en la CDH, *Vid.* GOODWIN-GILL, G.; MCADAM, J.: *The refugee in international law*, 3rd Ed., OUP, New York, 2007, pp. 358-365).

atención a lo que se garantiza sino también a lo que parece que se garantiza; de naturaleza aparentemente procesal pero indudablemente sustantivo³⁷⁸; de carácter “mediato”³⁷⁹, se trata de uno de esos ejemplos que evidencian las limitaciones de la clasificación de los derechos humanos de “primera generación” como “derechos de abstención”, frente a los de

³⁷⁸ BANDRÉS SÁNCHEZ CRUZAT, J. M.: *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1996, p. 98; TAVERNIER, P.: «La droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l’homme des Nations Unies», *RTrDH*, Vol. 25, 2006, p. 14, quien presta atención al especial nexo de este derecho con la equidad. *Vid.* también el imprescindible estudio de MILANO, L.: *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Dalloz, Paris, 2006, dividido precisamente en dos partes, la primera dedicada a la “substancialidad” del derecho al juez; la segunda centrada en la “procedimentalización” del derecho a un tribunal (los términos son del autor, traducción propia). A ella haremos frecuente referencia en este capítulo.

Sin embargo, la afirmación no es ni mucho menos pacífica. Por ejemplo, CLAPHAM y MARKS consideran de una manera algo simplista que “so long as trial is formally correct, international human rights law has relatively little to say about sentencing” (CLAPHAM, A.; MARKS, S.: *International Human Rights Lexicon*, Oxford, New York, 2005, p. 161). Por su parte, TRECHSEL, desde la perspectiva de la CEDH, defiende la argumentación habitual del TEDH, que considera que otorgar un contenido sustantivo a las garantías judiciales convertiría al TEDH en una cuarta instancia de apelación de los procedimientos nacionales, la cual no es la función del Tribunal (TRECHSEL, S.: *Human rights in criminal... , op. cit.*, p. 83; y 105-106). Quizás se pueda proponer como respuesta a este argumento que una cosa es el contenido sustantivo del derecho, y otra diferente el alcance de la competencia del Tribunal para supervisar el respeto de este derecho. El mismo autor parece dar pie a esta conclusión cuando afirma primero que “the fact that those rights [los derechos de la defensa enumerados por los diferentes conventions] have been respected does not yet guarantee that the trial was fair”, y un poco más adelante que “in cases where the conviction was partly or wholly based on unlawfully obtained evidence, the Court has, as a result of the combination of its limited competence and this holistic approach, come to the conclusion that there has been no violation (...)” (*ibid.* pp. 86-87). De manera más directa LOUCAIDES considera que el TEDH ha de introducirse en la revisión de casos en los que la aplicación del derecho nacional por el tribunal nacional es “manifestly wrong” (LOUCAIDES, L. G.: “Questions of fair trial under the European Convention on Human Rights”, *HRLRev.*, Vol. 3, nº 1, 2003, pp. 27 y ss.), lo que ya hizo en el asunto *Duraulans c. Francia* que luego estudiaremos. Es más, el TEDH tampoco ha tenido problema para contradecir la evaluación de los hechos realizada por el juez nacional (TEDH, *Ribitsch c. Austria*, sentencia de 4 de diciembre de 1995, Ap. nº 18896/91). Y por último, ha llegado hasta a *sustituir* al juez nacional en la evaluación de los hechos cuando en fase nacional no se pudo llevar a cabo la instrucción, y se presentaron pruebas suficientes frente al TEDH (*Cfr.* por ejemplo, la Sentencia del TEDH, *Martínez Sala c. España*, 2 de noviembre de 2004, Ap. Nº 58438/00, §§ 125-146. Sobre esta sentencia, *Vid.* RUILOBA ALBARIÑO, J.: “La Sentencia del Tribunal Constitucional en el asunto Martínez Sala y otros contra España. Crónica de una muerte anunciada”, *REDI*, 2005, Vol. 57, N. 1, pp. 209 y ss.).

Como apoyo a esta concepción material podemos argumentar que en España el concepto de tutela judicial efectiva *latu sensu* (acceso al juez + debido proceso) es entendido como derecho que encierra la garantía del “derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente”, que si bien en ningún caso “puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, en un sentido u otro”, tampoco implica un “derecho a una sentencia acertada” (PICÓ I JUNOY, J.: *Las garantías constitucionales del proceso*, J. M. Bosh Editor, Barcelona, 1999, pp. 60 y 67; también BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M.: *Derecho fundamental... , op. cit.*, p. 34; RAMOS MÉNDEZ, F.: *El sistema procesal español*, 7ª Ed., Atelier, Barcelona, 2006, p. 388). Ello concuerda con el hecho de que la visión meramente formalista del derecho procesal se encuentra superada en el procesalismo moderno, en el sentido de que la tradicional distinción estricta entre derecho material y derecho formal ha dejado de tener sentido. El derecho al proceso justo tiene una dimensión sustancial (MONTERO AROCA, J. *et al.*: *Derecho jurisdiccional I. Parte General*, 15ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 284-285).

³⁷⁹ MILANO, L.: *Le droit à un tribunal... , op. cit.*, p. 51.

“segunda” e incluso “tercera generación”, los supuestos “derechos de prestación”³⁸⁰. Pues en efecto, aún tratándose de un derecho “de primera generación” ofrece, por encima de las garantías procesales que indudablemente requiere de los Estados, la exigencia de una obligación positiva³⁸¹: la puesta a disposición del particular de un aparato institucional que reúna los requisitos de independencia e imparcialidad³⁸². Como remacha el Comité de Derechos Humanos en su OG n° 31 (*La índole de la obligación jurídica general impuesta*), el artículo 2(2) del Pacto impone una obligación “de cumplimiento inmediato” de adoptar las medidas necesarias para “garantizar” el cumplimiento de los derechos que el Pacto recoge, sin posibilidad de justificaciones basadas en “consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas”³⁸³.

Esta exigencia se compadece mal con las características que durante años se han predicado de los derechos de primera generación, hoy difícilmente sostenibles con el desarrollo de la teoría de las obligaciones positivas. Nótese sin embargo cómo habitualmente se defiende que las garantías judiciales no exigen nunca un resultado, sino la *equidad* de un proceso en el que acusado, demandante o demandado puedan defender sus

³⁸⁰ Encontramos críticas a la categorización en generaciones de los derechos humanos p.e. en MEYER-BISCH, P.: “D’une système de générations à un système des droits humains”, en VV.AA.: *Les droits de l’homme à l’aube du XXIè siècle-los derechos humanos ante el siglo XXI-human rights at the dawn of the twenty-first century*. Karel Vasak amicorum liber, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 333-354, especialmente p. 338-341; SCHEININ, M.: “Characteristics of human rights norms”, en SCHEININ, M; KRAUSE, K. (Eds.): *International protection of Human Rights: a Textbook*, Abo Akademi University Institute for Human Rights, Turku/Abo, 2009, pp. 22-23. Para una posición más moderada: ENGLE, E.: “Universal human rights: a generational history”, *Ann. Surv. Int’l & Comp. L.*, Vol. 12, 2006, pp. 219 y ss.

³⁸¹ Como puntualiza SUDRE, “la notion d’“obligation positive” invite à dépasser le clivage artificiel, systématisé par les Pactes de 1966, opéré au sein des droits individuels entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels” (SUDRE, F.: *Droit européen et international des droits de l’homme*, 9ª Ed., Puf, Paris, 245). Para un análisis comprehensivo de la aplicación de la teoría de las obligaciones positivas por el TEDH, Vid. MOWBRAY, A.: *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Portland, Oregon 2004. En su capítulo dedicado al art. 6 CEDH, la autora analiza cómo una amplia jurisprudencia del TEDH ha ido concibiendo la extensión y contenido de las siguientes obligaciones positivas incardinadas en el art. 6: el derecho a la asistencia judicial, obligación de hacer públicas las pruebas por parte de la fiscalía, publicidad del proceso, tiempo razonable del procedimiento, garantías de independencia e imparcialidad del tribunal, publicidad de las sentencias y varios derechos de la defensa. Obligaciones positivas que el TEDH ha encontrado expresadas en el texto, o ha considerado que se encuentran implícitas, como tendremos oportunidad de estudiar en el próximo capítulo respecto del derecho de acceso al juez predeterminado por la ley.

³⁸² Así lo señalan diversas fuentes en contextos diferentes, p.e. ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: « Artículo 14 », en PONS RAFOLS, X. (Ed.): *La Declaración Universal...*, op. cit., p. 211; NOWAK, M.: *International Covenant on Civil and Political Rights. ICCPR Commentary*, 2ª Ed., Engel, 2005, p. 307. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, en el contexto constitucional español, vincula Estado social y derecho un proceso sin dilaciones indebidas (BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M.: *El derecho a un proceso...*, op. cit., p. 36).

³⁸³ Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo 2004, § 14. En el ámbito latinoamericano, Vid. CrIDH, *Velásquez Rodríguez vs Honduras (Indemnización compensatoria)*, sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C n° 4, § 66.

argumentos en pie de igualdad frente a un Tribunal que reúna los requisitos de independencia e imparcialidad. Daremos cuenta de este aspecto más adelante.

En cuanto a su naturaleza independiente, hemos de precisar que esta propiedad de las garantías judiciales no es absoluta. Por un lado, es indudable que la invocación de este haz de derechos no depende de la previa violación de otro derecho humano reconocido en el mismo texto, como por el contrario sucede con el *habeas corpus* o con el derecho a un recurso efectivo³⁸⁴. El único requisito para que entre en juego es la existencia de una acusación penal o de un “litigio” (*contestation, dispute*) de carácter civil. Pero por otro lado, la relevancia del derecho que esté en juego en un procedimiento concreto influirá en dos aspectos de las garantías judiciales: su rigor protector y su carácter derogable.

Así, si el derecho en disputa es un derecho inderogable (en la lista de derechos inderogables que ofrece cada texto internacional o regional), la intensidad de los requerimientos del *fair trial* será mayor que en los litigios relativos a la protección de otros derechos humanos no *fundamentales*³⁸⁵, y viceversa. Junto a ello, si el derecho es menor – un simple litigio para determinar el propietario de un bien, por ejemplo-, las garantías judiciales podrán *además* ser derogadas con ciertas condiciones³⁸⁶. Esto último, con la notable excepción de la Carta Africana de Derechos Humanos (CAfrDH), que no ha reconocido el mecanismo de derogaciones. La cuestión es en todo caso controvertida, como luego estudiaremos, no tanto por el hecho de considerar exento de suspensión a esta garantía básica, sino porque ésta se vincule sólo a la protección de otro derecho de carácter inderogable. Por ello discutiremos si el carácter derogable es atribuible a *todas* las garantías judiciales.

³⁸⁴ Cfr., p.e., FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 3ª Ed., Dilex, Madrid, p. 189.

³⁸⁵ Tal es el caso, por ejemplo, del derecho a la vida (SALADO OSUNA, A.: *La pena de muerte en derecho internacional: una excepción al derecho a la vida*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 91 y 128, respecto del PIDCP y la CEDH. Cfr. también GAGGIOLI, G.; KOLB, R.: “A right to life in armed conflicts? The contribution of the European Court of Human Rights”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37 (2007), pp. 115 y ss.; MELZER, N.: *Targeted killing in international law*, Oxford, New York, 2008, especialmente pp. 212-220), o la protección del individuo contra la tortura (Cfr. p.e. sentencias del TEDH *Sevtap Veznedaroglu c Turquía*, sentencia de 25 septiembre de 1997, Ap. nº 23178/94, p. 32; *Kmetty c. Hungría*, Ap. nº 57967/00, de 16 de diciembre de 2003, § 38; *Martínez Sala y otros c. España*, § 156. Esta jurisprudencia del TEDH ha sido aplicada en España de manera más reciente por el Tribunal Constitucional en la STC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3; y con mayor detalle en las SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FFJJ 5-7; más tarde en SSTC 52/2008, de 14 de abril; 107/228, de 22 de septiembre de 2008; y 123/2008; de 20 octubre de 2008).

³⁸⁶ CDH, Observación General nº 32, *Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 23 de agosto de 2007, Doc. CCPR/C/GC/32, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, § 6.

Otra particularidad de este derecho es que también constituye una herramienta de interpretación de otros derechos que se encuentran dispersos en los textos internacionales de derechos humanos. Existen variados ejemplos al respecto. El primero y más evidente es el del derecho a un recurso efectivo frente a los tribunales nacionales de los Estados partes por violación de otro derecho humano. Dicho derecho se emancipó hace tiempo de las garantías judiciales, de manera consistente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como un desarrollo más reciente en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a raíz de la sentencia *Kudla c. Polonia*³⁸⁷. Es decir, que cuando un particular acude a una instancia internacional de protección de los derechos humanos alegando una violación conjunta de las garantías judiciales y del derecho a un recurso efectivo por parte de su Estado, el Tribunal ya no considerará automáticamente violado el segundo al constatar la violación del primero, pues ambos ofrecen dos protecciones diferenciadas al individuo. Este rasgo de independencia se ve acentuado en el caso de la CEDH al apreciar que el artículo 13 no requiere que la garantía ofrecida por violación de un derecho fundamental sea judicial, sino efectiva³⁸⁸. Un *ombudsman* por ejemplo puede ser válido si cumple determinados requisitos, no es imprescindible un juez.

Pues bien, estas consideraciones no impiden que algunas de las garantías judiciales del artículo 6 irradian las del artículo 13 en lo que respecta al requisito de independencia del órgano que supervise su correcta aplicación³⁸⁹, o con respecto a la duración de los procedimientos³⁹⁰. Tal es así que autores cualificados como MOWBRAY han apuntado que “the further the procedures followed by a non-judicial body depart from those of ordinary courts the more likely the Court is to concluded that the particular body is not an effective remedy”³⁹¹. Además, en el caso de la CADH, los artículos 8 (garantías judiciales) y 25

³⁸⁷ TEDH, *Kudla c. Polonia* (GS), sentencia de 26 de octubre de 2000, Ap. n° 30210/96. Comentarios en MOWBRAY, A.: “An examination of the European Court of Human Rights’ approach to overruling its previous case-law”, *HRLRev*, Vol. 9, 2009, especialmente en pp. 186 y ss; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: “La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos”, en *Cursos Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2007, p. 249. Vid. también VAN DIJK, P. et al (Eds.): *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd Ed., Intersentia, Antwerpen, 2005, pp. 1017-1021.

³⁸⁸ TEDH, *Klass y otros c. Alemania*, sentencia de 6 de septiembre de 1978, Ap. n° 5029/71, § 56.

³⁸⁹ TEDH, *Mehmet Emin Yüksel c. Turquía*, sentencia de 20 de julio de 2004, Ap. n° 40154/98, § 37.

³⁹⁰ TEDH, *Kudla c. Polonia*, §§ 50 y ss.

³⁹¹ MOWBRAY, A.: *The development of positive... op. cit.*, p. 207.

(recurso por violación de derechos humanos), son invocados de manera conjunta frente a la CrIDH cuando el *derecho de acceso a la justicia* se estima violado³⁹².

Algo similar ocurre con otros varios derechos dispersos en los textos internacionales, a los que la aplicación de las garantías judiciales resulta aún más obvia: el recurso de *habeas corpus* para contestar la legalidad de la detención *frente a un Tribunal*, la prohibición de la imposición de penas retroactivas, el *ne bis in idem* e incluso la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos, crueles o degradantes. En estos supuestos es habitual la aplicación de criterios utilizados para interpretar las garantías judiciales a fin de precisar los conceptos de “procedimiento penal” o “infracción”³⁹³. E incluso en el caso particular del PIDCP las garantías y principios que recoge el artículo 14 se utilizan como criterios interpretativos de los estándares establecidos en *otros convenios internacionales sectoriales*, como los del artículo 15(1) del Convenio para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, o el artículo 5(2) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Es verdad que el fenómeno de la interacción interpretativa de los Tratados de derechos humanos no es desde luego exclusivo de este derecho³⁹⁴, pero sí lo es el carácter especialmente multidimensional que adquiere la interacción entre las garantías judiciales y

³⁹² Cfr. p.e. CrIDH, *Las Palmeras c. Colombia*, sentencia de 6 de diciembre de 2001 (fondo), Serie C. n° 90, §§ 58-60; *Caso del Tribunal Constitucional c. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001 (fondo), Serie C. n° 71, §§ 68-71 y 89-90; *Bamaca Velásques c. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2001 (fondo), Serie C, n° 70, §§ 187-191. Vid. también HENNEBEL, L.: *La convention américaine des droits de l'homme : mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 498-499, QUISPE REMÓN, F.: *El debido proceso...*, op. cit., pp. 524-525.

³⁹³ Un ejemplo interesante de ello es el uso por parte del TEDH de algunos de los criterios del artículo 6 CEDH para interpretar la noción de “procedimiento penal” en el artículo 4 del Protocolo Adicional 7 del CEDH, que consagra el *ne bis in idem* en el ámbito Europeo. Y es que el Tribunal se ha visto en varias ocasiones enfrentado a situaciones en las que de una misma infracción se derivaban tanto procedimiento penal como otro administrativo, dando lugar ambos a dos sanciones diferenciadas. Por ejemplo, en la decisión de inadmisibilidad *Haarvig c. Noruega* se discutía si el Estado Noruego impuso dos infracciones por el hecho de que un médico pasara unos meses en prisión por tenencia y consumo de drogas, y posteriormente una autoridad administrativa le suspendiera 10 meses de sus funciones por el mismo motivo. El Tribunal, concluyendo que en el caso concreto no se violó el citado art. 4 del Protocolo n° 7, sintetizó los criterios a utilizar para determinar la noción de “procedimiento penal”, basándose para ello como es habitual en la clásica sentencia *Engel y otros c. Países Bajos* que enumeraba los criterios del art. 6 CEDH para determinar la naturaleza penal de un procedimiento (sentencia de 8 de junio de 1976, Ap. n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, § 82): la clasificación de la infracción en el derecho nacional, su naturaleza y la naturaleza y el grado de severidad de la pena que de ella se deriva. A ellos añadió otros específicos del artículo 7 CEDH (prohibición de penas retroactivas), como la clasificación jurídica de la pena en derecho nacional, que la medida fue impuesta como siguiendo un procedimiento penal y la naturaleza de los procedimientos seguidos para ejecutar la sanción (TEDH, *Haarvig c. Noruega*, decisión de inadmisibilidad de 11 de diciembre de 2007, Ap. n° 11187/05, p. 11).

³⁹⁴ Cfr., para un análisis general, CANÇADO TRINDADE, A. A.: *El derecho internacional de los derechos humanos en el Siglo XXI*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 37 y ss.

otros textos, aplicándose a todo tipo de tratados sobre derechos humanos que protejan intereses definidos *ratione personae* (protección de la mujer³⁹⁵, del niño³⁹⁶), o *ratione materiae* (prohibición de la discriminación racial, prohibición de la tortura e incluso terrorismo³⁹⁷).

Estamos, en definitiva, ante un derecho-conjunto de derechos pluriforme y de una singular relevancia. De su respeto se deriva no sólo la protección de la dignidad de los particulares que en un momento determinado puedan ver violado un derecho concreto por parte de los poderes públicos, sino la salvaguardia *del mismo sistema democrático*, garantía de respeto del resto de derechos humanos y uno de cuyos tres pilares es la independencia del poder judicial. Otro principio muy cercano, el de primacía de la ley *-rule of law-*, reposa igualmente sobre él³⁹⁸. Esta vertiente sistémica de las garantías judiciales acentúa la

³⁹⁵ Art. 15(2) de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer, de 18 de diciembre de 1979.

³⁹⁶ Art. 12(2) de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), de 20 de noviembre de 1989. Cfr. SALADO OSUNA, A.: “Los derechos del niño ante la administración de justicia”, en ALDECOA-LUZÁRRAGA, F.; FORNER DELAYGUA (Dir.); GONZÁLEZ BOU, E.; GONZÁLEZ VIADA, N. (Coords): *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 73 y ss. La autora analiza aspectos de la protección que van mucho más allá de la letra de este párrafo: prevención de la delincuencia juvenil (varias disposiciones sobre derechos económicos y sociales del niño de la CDN), edad mínima para ser acusado penalmente (art. 40 CDN), juicio justo (también art. 40, pero basándose en las disposiciones del PIDCP), ciertas garantías procesales (art. 40(2)ii CDN –derecho a ser informado de la acusación por los padres o los representantes legales), etc.

³⁹⁷ Art. 5(a) de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 7 de marzo de 1966; Art. 15 (1) de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984. Respecto de esta última disposición, NOWAK relaciona la prohibición de la presentación de pruebas obtenidas bajo tortura con los estándares de equidad de los procesos cubiertos por el art. 14 PIDCP. Claro que es discutido si esta disposición se aplica únicamente a los procesos *judiciales* ex art. 14 PIDCP... (NOWAK, M.: *The United Nations Convention against torture. A commentary*, OUP, New York, 2008, p. 530-531).

En lo que respecta al terrorismo, *Vid.* la Convención de la ONU sobre Delitos contra Personas Protegidas Internacionalmente de 14 de diciembre de 1978, art. 9. En clave regional, *Vid. p.e.* la Convención Interamericana contra el Terrorismo, Convención Interamericana contra el Terrorismo, OAS AG/RES.1840 (XXXII-O/02) 3 de junio de 2002; artículo 15(3); y en Consejo de Europa (entre otras) el reciente Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo de 2005 (para un exhaustivo análisis de la obra del Consejo de Europa, SALINAS DE FRÍAS, A.: “La obra convencional del Consejo de Europa en la prevención y lucha contra el terrorismo internacional”, *AEDI*, Vol. XXV, 2009, pp. 435 y ss.).

³⁹⁸ TEDH, *Golder c. Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1975, Ap. n° 4451/70, § 34; *Ait-Mouhoub v Francia*, sentencia de 28 de octubre de 1998, Ap. n° 22924/93, § 52; CrIDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 convención americana sobre derechos humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, § 26. *Vid.* también BANDRÉS SÁNCHEZ CRUZAT, J. M.: *Derecho administrativo ...*, *op. cit.*, p. 98; DOSWALD-BECK, L.: “Fair Trial, Right to, International Protection”, *MPEPIL*, § A.1.2., actualizado por última vez en octubre de 2008; MOCK, P.: “Le droit à un process équitable en matière civile”, *RTrDH*, n° 23, Juillet 1995, p. 385; NOWAK, M.: *International Covenant...*, *op. cit.*, p. 305; TRECHSEL, S.: *Human rights...*, *op. cit.*, p. 84.

Como afirma CANÇADO TRINDADE, “without the *right to the law*, there is no rule of law, there is ultimately no Law at all” (CANÇADO TRINDADE, A. A.: Some reflections on the reassuring expansion of the

enorme relevancia que atrae este derecho y su troncalidad como estándar fundamental de protección del individuo³⁹⁹.

I.2. Reconocimiento generalizado de las garantías judiciales

Empecemos refrescando brevemente la memoria del lector con el recuerdo de que, en la cultura judeocristiana, la Biblia se encuentra repleta de episodios que han marcado el subconsciente colectivo de toda una civilización respecto del ideal de procedimiento justo. Mucho antes de los pasajes sobre el Juicio Final, el proceso de Jesucristo o las decisiones de Salomón en el Libro Primero de los Reyes, e incluso antes del mismo Libro de los Jueces, encontramos estas palabras de Moisés en el Deuteronomio:

“Al mismo tiempo, di esta orden a los jueces: “Escuchen a sus hermanos y hagan justicia, *cuando tengan un pleito entre ellos o con un extranjero*. No sean parciales en los juicios: escuchen a los humildes lo mismo que a los poderosos. No se dejen intimidar por nadie, porque el juicio pertenece a Dios (...)”⁴⁰⁰.

El pasaje reproducido recoge ya la idea de la *universalidad* y la igualdad en el juicio imparcial, ponderado y sereno que no se deja influenciar por el temor a los poderosos. No es desde luego nuestro propósito adentrarnos en una reflexión histórica sobre este derecho, pero sí ilustrar brevemente sobre su indudable entronque en el Ideal de Justicia que ha subsistido en nuestra civilización a pesar de sus miserias.

Estudios más cercanos en el tiempo han partido del Capítulo XXXIX de la Carta Magna de 1215 otorgada por Juan Sin Tierra⁴⁰¹ y se han apoyado en la tradición

material content of *ius cogens*”, en VV.AA.: *Liber Fausto Pocar. I. Diritti individuali e giustizia internazionale*, Giuffrè, Milano, p. 79, énfasis original).

³⁹⁹ Esta perspectiva sistémica de las garantías judiciales se apreció con especial intensidad en el comunicación del Comité de Derechos Humanos del PIDCP en el asunto *Bahamonde c. Guinea Ecuatorial*, relativo al arresto y persecución del principal miembro de la oposición al régimen de Theodor Obiang. A las alegaciones del Sr. Bahamonde relativas al control por parte del dictador del poder judicial, el Comité respondió que “that a situation where the functions and competences of the judiciary and the executive are not clearly distinguishable or where the latter is able to control or direct the former is incompatible with the notion of an independent and impartial tribunal”, 10 de noviembre de 1993, n° 468/1991, CCPR/C/49/D/468/1991, § 9.4.

⁴⁰⁰ Deuteronomio, Cap. I, vv. 16-17, énfasis añadido.

⁴⁰¹ El artículo 50 de la Carta Magna disponía que “quien hubiera sido desposeído de sus tierras ganadas, de sus libertades o derechos, sin un juicio justo por sus pares, será inmediatamente repuesto en ellos” (Traducción en BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M.: *Derecho fundamental...*, *op. cit.*, p. 46). El Edicto de Nantes, promulgado por el Rey Enrique IV para poner fin a años de guerras civiles y religiosas, y que protegía a los hugonotes o miembros de la religión Protestante reformada (llamado *sobre la pacificación de los disturbios de este reino*), promulgado en abril de 1598, incluía garantías procesales específicas para los protestantes (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: “El Edicto de Nantes”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G;

estadounidense que tanto influyó el constitucionalismo decimonónico latinoamericano. En España la Constitución de Cádiz de 1812 contenía un largo Título V dedicado a “Los Tribunales y la Administración de la Justicia en lo Civil y en lo Criminal” (67 artículos), cuyo artículo 242 prescribía que “la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales”⁴⁰².

Es precisamente la latinoamericana una de las influencias más relevantes que han quedado recogidas en la DUDH. No sólo el artículo 8, que recoge el derecho al *amparo*, es un claro ejemplo de ello⁴⁰³; también los artículos 10 y 11 responden en varios de sus planteamientos a propuestas de Cuba y del Comité Jurídico Inter-Americano⁴⁰⁴. No hay que olvidar que ocho meses antes de la aprobación de la DUDH había visto la luz la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en abril de 1948, que

FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Dir.): *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, pp. 687-712).

⁴⁰² De manera enfática aunque reiterativa el art. 243 remachaba que “Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos”.

⁴⁰³ El art. 8 de la DUDH es el resultado de una propuesta de última hora realizada por México en el seno de la 3ª Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas que recibió un eficaz apoyo de los países latinoamericanos (sobre todo Chile, Venezuela, Uruguay y Cuba). Se trata en palabras del Juez CANÇADO TRINDADE de la “contribución *“par excellence”* de Latinoamérica a la Declaración” (Voto particular del juez CANÇADO TRINDADE a la sentencia *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, § 17). Sin poder entrar en detalles técnicos que pertenecen al derecho constitucional comparado, se le han propuesto como antecedentes ciertas instituciones del derecho público de los Estados Unidos (concretamente, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes y el *habeas corpus*), una indirecta influencia española (el mismo nombre de *amparo* procede de antecedentes castellanos y aragoneses); y el derecho francés (influencia de varios elementos del *recours de cassation* (FIX-ZAMUDIO, H.: *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Porrúa, México, 2003, pp. 7-9; del mismo autor: “El derecho de amparo. Una contribución de Latinoamérica a la protección procesal de los derechos humanos”, en VV.AA.: *Rumbos del derecho internacional de los derechos humanos. Estudios en homenaje al Profesor Antonio Augusto Cançado Trindade*, Tomo II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2005, pp. 79 y ss.).

La propuesta mexicana cuajó en parte porque reflejaba tanto las múltiples significaciones de la noción de *amparo* en derecho español y los diversos sistemas jurídicos latinoamericanos, como la institución anglosajona del *habeas corpus*, que además, había sido eliminada del enunciado del art. 9 de la Declaración sobre la prohibición de las detenciones arbitrarias (MERTENS, P.: *Le droit de recours effectif devant les instances internationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1973, p. 23). Es de notar que el texto del artículo 8 omitió finalmente la referencia al carácter “judicial” del recurso, pero al mismo tiempo requiere que éste se plantee frente a los “Tribunales nacionales competentes” (WEISSBRODT, D.: *The right to a fair trial. Articles 8, 10 and 11 of the Universal Declaration of Human Rights*, Martinus Nijhoff, The Hague/Boston/London, 1998, pp. 29-32. *Cfr.* también los comentarios de CASSIN, R.: “La Declaration ...”, *loc. cit.*, pp. 328-329); y las críticas de ALSTON, GOODMAN y STEINER para quienes “the UDHR goes little beyond the bare declaration of rights to provide (art. 8) that everyone has the “right to an effective remedy by the competent national tribunals” for violations of fundamental rights”, contraponiéndolo al rigor de los párrafos 2 y 3 del Pacto (ALSTON, P.; GOODMAN, R.; STEINER, H. J.: *International human rights in context*, 3ª Ed, OUP, New York, 2007, p. 153).

⁴⁰⁴ Para un análisis de conjunto, *Vid.* WEISSBRODT, D.: *The right to a fair... , op. cit.*, pp. 11-33.

consagraba en sus arts. XVIII y XXVI el amparo y algunas garantías judiciales del proceso penal⁴⁰⁵. Más concretamente, el texto de esta última disposición afirmaba que

“se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se les imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.

Más prolijo en garantías que su predecesor bogotano, el artículo 10 del texto neoyorquino destaca que

“toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Es el reconocimiento explícito del derecho de acceso a un Tribunal, que hay que completar con las garantías del *due process* penal enumeradas en el artículo 11⁴⁰⁶. Es necesario destacar el énfasis del artículo 10 en el carácter independiente e imparcial del Tribunal que determine la responsabilidad penal, inexistente en la Declaración Americana⁴⁰⁷. También es destacable la insistencia en la igualdad de los individuos en el ejercicio del derecho de acceso a los tribunales, sello distintivo de la Declaración (de origen socialista) que quedaría reflejado en el texto del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Texto jurídicamente vinculante, lo mismo que la DUDH, a pesar de sus orígenes programáticos, como ha confirmado la CrIDH en su Opinión Consultiva sobre la *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC-10/89, 14 de julio de 1989, § 47. Su artículo XVIII señala que “toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. El amparo se reconocía en este caso en su versión más alejada de la tradición jurídica hispánica, en tanto que “procedimiento *sencillo y breve*” más asimilado en su aspecto procedimental –no material- al *habeas corpus* anglosajón (énfasis añadido).

⁴⁰⁶ (1) Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (2) Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

⁴⁰⁷ QUISPE REMÓN, F.: *El debido proceso...*, *op. cit.*, p. 312.

⁴⁰⁸ LEHTIMAJA, L.; PELLONPÄÄ, M.: “Art. 10”, en EIDE, A. *et al.* (Eds.): *The Universal Declaration...*, *op. cit.*, p. 160; NOWAK, M.: *International Covenant...*, *op. cit.*, p. 306. Para un análisis (cierto, ya antiguo) del tratamiento de la equidad en el contexto del art. 14 del PIDCP, *Vid.* TAVERNIER, P.: “Le droit à un procès...”, *loc. cit.*, pp.15 y ss. En el ámbito de la CADH, la Corte ha interpretado de manera muy extensiva esta condición general de igualdad en su Opinión consultiva sobre la *condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, § 109, en tanto que obligación del Estado respecto de todos los seres humanos que se encuentren bajo su jurisdicción, incluidos los inmigrantes sin documentos.

Desde la aprobación de la DUDH no ha habido texto internacional de derechos humanos que no haya recogido con mayor o menor extensión las garantías judiciales del individuo. Desde el artículo 6 del CEDH hasta el artículo 14 del PIDCP, pasando por los artículos 7 y 26 de la Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos de 1981, el artículo 6 de la Convención sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Estados Independientes de la Commonwealth⁴⁰⁹; y acabando en la criticada Carta Árabe de Derechos Humanos, que entró en vigor en el 15 de marzo de 2008, y que contiene numerosas –aunque insuficientes– garantías básicas del juicio justo⁴¹⁰; todos, absolutamente todos los textos universales y regionales recogen la idea de que todo individuo tiene el derecho a ser enjuiciado de manera equitativa e imparcial, especialmente, y con mayores garantías, en los casos en que se le priva de su libertad (o se le condena a muerte) con causa en la imposición de una pena. Es verdad que, como veremos más adelante, existen diferencias relevantes incluso entre los sistemas más avanzados de protección. Sin embargo, si negar la universalidad de la Declaración Universal es cada vez más complicado, aún más lo es hacer lo propio respecto de las garantías judiciales.

I.3. La suspensión de las garantías judiciales

I.3.1. Naturaleza de la operación de suspensión: entre la objetividad y la reciprocidad

Los tres sistemas de protección de derechos humanos más avanzados –el universal, el europeo y el americano– prevén que los Estados puedan adaptar el alcance de sus obligaciones en aquellas situaciones en las que no es posible salvaguardar todo el catálogo de derechos reconocido por el convenio. Con una redacción similar, tanto el artículo 4 del PIDCP, como el artículo 15 del CEDH y el artículo 27 de la CADH recogen el principio de

⁴⁰⁹ Para un análisis de la protección de las garantías judiciales por los Estados caribeños, *cf.* BYRE, A D.; BYFIELD, B. Y.: *International human rights law in the Commonwealth Caribbean*, Nijhoff, Dordrecht, 1991, especialmente capítulos III (the right to a fair trial), y IV (access to court).

⁴¹⁰ Así, los arts. 6 (*nullum crimen sine lege*), 7 (presunción de inocencia y sucinta mención a las garantías de la defensa), 8 (*habeas corpus*), 9 (derecho a un recurso “legal”), 10 (pena de muerte sólo en los casos más graves), 11 (prohibición de la pena de muerte por infracciones políticas), 12 (prohibición de pena de muerte para menores de 18 años o mujeres embarazadas o con menores de 2 años a su cargo). El art. 19 de la Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam de 1990 contenía en su apartado a) una garantía que falta en la Carta Árabe: el derecho de acceso a los tribunales de justicia en plena igualdad.

que cuando un peligro amenaza la “continuidad de la vida organizada de la comunidad”⁴¹¹, el sistema democrático que permite la protección de los derechos humanos puede dejar de respetar algunos de ellos para salvaguardarse a sí mismo. Es lo que el PIDCP y la CADH recogen bajo el término “suspensión”, mientras que la CEDH hace referencia al término de connotaciones más posibilistas de “derogación”. Suspensión/derogación no es lo mismo que limitación, puesto que esta última, que aparece también en el artículo 29 de la DUDH, se aplica en situaciones de normalidad democrática. Ambas difieren, por ejemplo, desde el aspecto procedimental: mientras que la suspensión/derogación requiere una notificación al órgano de supervisión establecido por el convenio; una limitación no requiere en cambio dicha formalidad.

Menos evidente es su diferenciación desde el punto de vista técnico, pues las dos suponen la permisión de una intromisión del Estado en la esfera privada de la persona o un abandono de sus obligaciones positivas. Sin embargo, la manera en que se encuentran redactadas las limitaciones da a entender que éstas gozan de un ámbito material de aplicación más amplio, ya que permiten la restricción de derechos en situaciones (como la protección de la moral pública) difícilmente justificables bajo las cláusulas de suspensión/derogación.

Otra noción importante relacionada con la que nos ocupa es la de intangibilidad. Intangibilidad no es lo mismo que inderogabilidad; entre otras cosas, no es un concepto que haya sido recogido por el DIDH; es una noción más abierta. Como interpreta un exhaustivo trabajo de DE FROUVILLE, la intangibilidad hace referencia a la concepción de los derechos humanos en tanto que manifestación de la dignidad del individuo y su relación con el régimen positivo de intromisiones en los mismos. Es decir, que es una noción que sistematiza la relación entre el derecho positivo de los derechos humanos y la esencialidad de estos desde una perspectiva amplia, no basada exclusivamente en el régimen de derechos inderogables. En otras palabras, todo derecho humano tiene un núcleo

⁴¹¹ En expresión de la CionEDH, *Dinamarca, Noruega, Suecia, y Países Bajos c. Grecia*, decisión de 5 de noviembre de 1969, Yearbook XII, p. 153. En el caso del artículo 15(1) del CEDH se habla de “guerra y otro peligro público que amenace la vida de la nación”. El hecho de que el derecho a la vida recogido en el artículo 2(2) del CEDH permita limitaciones en el caso de “revuelta o insurrección” (apartado (c)) ha llevado a DOSWALD-BECK a afirmar que el término “guerra” del artículo 15(1) se refiere a los conflictos armados internacionales y el término “revuelta o insurrección” ha de reservarse a los conflictos armados internos. A nuestro modo de ver no le encontramos apoyo en la jurisprudencia del TEDH. Además, esta posición discrimina innecesariamente el régimen jurídico de los conflictos armados internacionales y el de los no internacionales (DOSWALD-BECK, L.: “The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?”, *IRRC*, Vol. 88, n° 864, December 2006, pp. 883-884).

intangibles; la cuestión es apreciar en qué medida esto es así⁴¹². Por eso el Profesor francés, para determinar el carácter derogable o inderogable de un derecho, toma como referencia más la *naturaleza* y la *sustancia* del derecho en discusión que su estatus jurídico-positivo⁴¹³.

En realidad, como la doctrina ha puesto de relieve, la técnica jurídica de la suspensión mediante declaración del estado de emergencia hunde sus raíces en ámbitos más generales del Derecho internacional, como pueden ser el derecho de los tratados y el derecho de la responsabilidad internacional. En este sentido se han buscado anclajes normativos en las instituciones de la suspensión de la aplicación de las disposiciones de un tratado (Sección III de la Parte V de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, CVDT), o en las causas de exclusión de la ilicitud de un hecho internacionalmente ilícito (Capítulo V de la Parte I del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado). Más concretamente, se ha afirmado que el derecho de los Estados a suspender sus obligaciones en materia de derechos humanos encuentra claros paralelismos con el cambio fundamental de circunstancias y el estado de necesidad.

En el primer caso, se argumenta que el artículo 15 de la CEDH se asimila a la cláusula *rebus sic stantibus*. En efecto, la existencia de una “guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación” constituye una circunstancia que ciertamente hace “excesivamente onerosa” la ejecución de ciertas disposiciones de la Convención. Junto a ello, la suspensión/derogación impide la actuación unilateral sin comunicación previa de la decisión a los Estados (en este caso un órgano de supervisión), como también hacen los artículos 65 y 67 de la CVDT. Además, la ejecución de la suspensión no puede violar otras normas de Derecho internacional que obliguen al Estado, como exige el artículo 43 de la CDVT respecto de la cláusula *rebus sic stantibus*⁴¹⁴. Y por último, en el ámbito de la Carta

⁴¹² DE FROUVILLE, O.: *L'intangibilité...*, *op. cit.*, p. 62 y 118. Para una visión crítica con este concepto, desde una perspectiva más estrecha *Vid.* KOLB, R.: “*Ius cogens*, intangibilité, intragressibilité, dérogation “positive” et “négative”, *RGDIP*, Vol. 109, n° 2, esp. p. 326, donde el autor considera que su uso en el ámbito de los derechos humanos no es del todo preciso. En efecto, hasta los derechos humanos más “intocables” son “tocables” desde un punto de vista positivo. En otras palabras, no es posible derogar el régimen de protección de los derechos humanos no “derogables”, pero sí es posible “tocarlo” para ofrecer al particular una protección más beneficiosa que la concedida por el régimen internacional de protección de los derechos humanos.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 69.

⁴¹⁴ ERGEC, R.: *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l'article 15 de la CEDH*, Bruylant, Bruxelles, 1987, p. 44.

Africana, se ha subrayado que la limitación de derechos que ésta permite ha de limitarse estrictamente a los derechos relacionados con la causa (principio de necesidad), requisito también recogido en el artículo 44(3) de la CVDT⁴¹⁵. Este último razonamiento puede ser extendido desde luego al resto de tratados internacionales en materia de derechos humanos, y no sólo a las limitaciones; también a la suspensión/derogación.

Además, el efecto de ambas instituciones (suspensión *ex* artículo 15 CEDH y cambio fundamental de circunstancias *ex* artículo 61 CVDT) parece ser el mismo. Siguiendo la letra del artículo 72 CVDT, ambas pueden entenderse como que “[eximen] a las partes entre las que se suspenda la aplicación del tratado de la obligación de cumplirlo en sus relaciones mutuas durante el período de suspensión”⁴¹⁶. Junto a ello, la suspensión “no afectará de otro modo a las relaciones jurídicas que el tratado haya establecido entre las partes”⁴¹⁷. Y por último, “las partes deberán abstenerse de todo acto encaminado a obstaculizar la reanudación de la aplicación del tratado”⁴¹⁸.

En lo que respecta al estado de necesidad, los paralelismos son evidentes. Por un lado, el régimen general de la responsabilidad del Estado supone la existencia de un peligro “grave e inminente”, igual que en el régimen particular de los estados de emergencia. Junto a ello, la violación de la disposición aplicable en tiempo normal ha de ser “el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial”, como requiere el artículo 25(1)(a) del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado (criterio de la *necesidad*). Además, el Proyecto de 2001 impide la invocación de esta causa de exclusión del ilícito si la obligación violada “excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad”. Esta posibilidad se refleja en los convenios de protección de derechos humanos en forma de derechos inderogables incluso en situaciones de emergencia.

En realidad, nos parecen mucho menos objetables los paralelismos con la institución del estado de necesidad que los referidos al cambio fundamental de circunstancias. Es cierto que la situación de guerra es admitida como causa que pueda

⁴¹⁵ OUGERGOUZ, F.: « L’absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l’homme : les réponses du Droit international général », *RGDIP*, Vol. 98, n° 2, 1994, p. 319.

⁴¹⁶ CVDT, art. 72(1)(a).

⁴¹⁷ CVDT, art. 72(1)(b).

⁴¹⁸ CVDT, art. 72(2).

justificar la suspensión de la aplicación de ciertas disposiciones de un tratado⁴¹⁹, pero en el ámbito específico de los derechos humanos existen ciertas diferencias de principio que desequilibran la transposición del régimen de la cláusula *rebus sic stantibus* a este régimen de Derecho internacional.

Primero, se ha argumentado con evidente lógica, y así ha quedado recogido en el artículo 62(1) CVDT, que la cláusula *rebus sic stantibus* hace referencia a una situación que no fue prevista en el momento de la elaboración del tratado. No es éste el caso en las situaciones de emergencia, que precisamente fueron previstas en el momento de la elaboración de los convenios sobre derechos humanos⁴²⁰.

Segundo, siguiendo la persistente opinión de CANÇADO TRINDADE respecto de las reservas, el recurso al mecanismo de solución de controversias previsto en la Sección IV de la Parte V de la CVDT para las causas de suspensión y terminación de tratados es difícilmente compatible con el mecanismo obligatorio de supervisión judicial internacional

⁴¹⁹ Ejemplo clásico es la sentencia del entonces TJCE en el asunto *Racke*, cuestión preliminar en la que se discutía la validez de un Reglamento del Consejo que suspendía la aplicación de un Acuerdo de Cooperación entre la CE y la República Federativa Socialista de Yugoslavia (JOCE L 41, de 14 de febrero de 1983, p. 1) basándose en el cambio fundamental de las circunstancias originado por las hostilidades y el desmembramiento yugoslavo, siendo la falta de voluntad de las autoridades yugoslavas de aplicar lo dispuesto en el acuerdo de paz de la Haya de 1991 el detonante del Reglamento. El TJCE desestimó las alegaciones de la empresa *Racke* (cuyas importaciones de vino se beneficiaban de ciertas disposiciones del Acuerdo), recurriendo al criterio del “error manifiesto de apreciación” del Consejo en la evaluación de la aplicabilidad del cambio fundamental de circunstancias al Acuerdo de Cooperación. Entre otros motivos, el Tribunal argumentó que “la aplicación de las normas de Derecho consuetudinario internacional de que se trata no presupone la imposibilidad de cumplir las obligaciones y que no tenía sentido seguir otorgando preferencias, con objeto de estimular el comercio, dado que Yugoslavia estaba escindiéndose” (TJCE, *Racke GmbH & Co c. Hauptzollamt Mainz*, 16 de junio de 1998, asunto C-162/96, Rec. I-3655, 313-315, § 57. Volveremos a esta sentencia en el Capítulo VIII).

⁴²⁰ HARTMAN, J. F.: “Derogation from human rights treaties in public emergencies. A critique of implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee”, *HILJ*, Vol. 22, nº 1, Winter 1981, p. 12. En palabras de SHAW y FOURNET: « si l’interprétation du traité révèle qu’il renferme une clause tacite *rebus sic stantibus*, il ne s’agit plus d’un cas d’extinction par application de la règle de droit, mais d’un cas d’extinction prévu par le traité lui-même (...) » (SHAW, M. N. ; FOURNET, C. : “Article 62”, en CORTEN, O. ; KLEIN, P. : *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 2253).

Ello explica por ejemplo que haya una referencia a los tratados en materia de derechos humanos en el Proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados sobre los tratados, en tanto que ejemplo de tratados que no admiten suspensión durante conflicto armado. En origen se encontraban en el art. 7(2)(d) propuesto por el Relator Especial BROWNLIE en su Segundo Informe (A/CN.4/570, de 16 de junio de 2006, p. 10). El Proyecto de artículos aprobado en Primera Lectura optó finalmente por un Anexo (A/CN.4/L.727/Rev.1/Add.1, de 31 de julio de 2008), con una « lista indicativa » de tratados cuya vigencia sigue en pie durante los conflictos armados, y cuyo apartado d) sigue recogiendo los tratados en materia de derechos humanos (el Anexo se incluye por remisión del art. 5 del Proyecto de artículos, disponible en CDI, *Proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados sobre los tratados : Textos de los proyectos de artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6 [5 bis], 7 [5], 8, 9 [8 bis], 10 [8 ter], 11 [8 quater], 12 [9], 13 [10], 14 [11], 15, 16 [12], 17 [13] y 18 [14]*, de 31 de julio de 2008). Sobre la cuestión, vide p.e. SANTOS VARA, J. : « El efecto de los conflictos armados en los tratados », *REDI*, Vol. LVIII, nº 1, 2006, pp. 147 y ss.

establecido por los convenios internacionales de derechos humanos⁴²¹. Luego también hay diferencias *procedimentales* entre ambas instituciones, aunque el mecanismo de solución de controversias no sea un elemento inherente a la *naturaleza jurídica* de ambas nociones.

Tercero, el cambio fundamental de circunstancias no puede resultar “de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte del tratado”⁴²². Si bien el comentario de SHAW y FOURNET afirma sobre esta condición que “ce principe n’a jamais été contesté ni remis en cause, et ne suscite aucun commentaire en particulier”⁴²³ cabe sospechar que el hecho de que la Comisión Europea de Derechos Humanos no se cuestionara en el *Asunto Griego* la legalidad de la invocación del estado de emergencia que la misma Junta Militar griega había provocado supone la aceptación tácita de una posibilidad que el cambio fundamental excluye expresamente⁴²⁴. En otras palabras, la existencia de un peligro público que amenaza la vida de la nación puede producirse “si hay un Estado que ha, deliberadamente, provocado tal situación o no”⁴²⁵: ello no es posible en el cambio fundamental de circunstancias⁴²⁶.

Y sobre todo, cuarto, la institución del cambio fundamental de circunstancias, incardinada como está en la lógica de la reciprocidad inherente al derecho de los tratados, no acaba de encajar bien con la naturaleza objetiva de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Este carácter objetivo bajo el que subyace la idea de la dignidad irrenunciable del individuo provoca desajustes cuando se traspaasa al derecho de

⁴²¹ CANÇADO TRINDADE, A. A.: “International law for mankind...”, *loc. cit.*, pp. 68-69.

⁴²² CVDT, art. 62(3).

⁴²³ SHAW, M. N. ; FOURNET, C. : “Article 62”, *loc. cit.*, p. 2253.

⁴²⁴ HIGGINS explica en un conocido artículo sobre la materia que los demandantes remarcaron en una audiencia de septiembre de 1968 que no es posible invocar una situación de emergencia “which they themselves created, as a justification for derogating from the Articles of the Convention in order to remain in power” (Audiencia de septiembre de 1968, p. 155, disponible en HIGGINS, R.: “Derogations under human rights treaties”, *BYIL*, Vol. XLVIII, 1976-1977, pp. 306-307).

⁴²⁵ ÚBEDA DE TORRES, A.: *Democracia y derechos humanos en Europa y en América: estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Reus, Madrid, 2007, p. 583. Vid. también SVENSSON-MCCARTHY, A.-L.: *The international law of human rights and states of exception : with special reference to the "travaux préparatoires" and case-law of the international monitoring organs*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1998, pp. 141-143.

⁴²⁶ Añadamos que en el caso de las cláusulas de suspensión de derechos no hay “caducidad del tratado”, como se produce en el cambio fundamental de circunstancias (la expresión es de REUTER, P.: *Introduction au droit des traités*, 3ª Ed., Puf, Paris, 1995, p. 169). El régimen jurídico del convenio sigue intacto, no se suspende: sólo se suspende la garantía de protección de ciertos derechos *por previsión del mismo convenio*. El efecto *práctico* es el mismo, pero no el mecanismo jurídico, ni los efectos estrictamente *jurídicos*.

los tratados, dominado por la voluntad de los Estados y el equilibrio entre sus obligaciones. Como se ha afirmado constantemente por la doctrina (y no sólo la especializada en derechos humanos), la relación en un convenio internacional de protección de los derechos humanos es *sobre todo* una relación “Estado-individuo”, y no “Estado-Estado”⁴²⁷. Esta importantísima diferencia trastoca la aplicación del régimen de la CVDT al DIDH, y entre los ámbitos que se ven afectados se encuentra el del cambio fundamental de circunstancias.

Y es que, como la misma CDI remacha, éste requiere como condición esencial la modificación “radical” del equilibrio de obligaciones (excesivamente onerosa). Es la lógica sinalagmática, la del *do ut des*. Esta perspectiva parece desenfocada en materia de derechos humanos, donde el Estado debe en primer lugar a sus súbditos y no a otros Estados. No hay tal sinalagma en materia de derechos humanos, un Estado no reconoce *si otro Estado reconoce*. Así, cuando se declara un estado de emergencia puede haber una variación o *acomodación* de un equilibrio, sí, pero en todo caso éste ni será el equilibrio interestatal, ni siquiera el equilibrio entre el Estado y el individuo, pues como señala HIGGINS, “the accommodation is not between the State and the individual; rather it is between the individual’s rights and freedoms and the rights and freedoms of the community at large”⁴²⁸. No es en sí el Estado el que “gana” un derecho, aunque así parezca desde el punto de vista meramente jurídico-positivo, sino que es la comunidad de individuos-detentadores de derechos la que lo tiene. Y además, el individuo no cede en sí el derecho

⁴²⁷ *Ibid*, p. 69; CARRILLO SALCEDO, J. A.: “Droit international et souveraineté des états. Cours général de droit international public », *RCADI*, *loc. cit.*, p. 182; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “La protección internacional...”, *loc. cit.*, p. 173. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.: “Derecho internacional...”, *loc. cit.*, p. 101-103; MANGAS MARTÍN, A.: *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Ed. Univ. de Salamanca, 2ª Reimp. 1999, p. 141 (respecto de las obligaciones humanitarias, aunque el argumento lo entendemos transponible al derecho internacional de los derechos humanos); PELLET, A.: “*Droit-de-l’hommeisme...*”, *loc. cit.*; PROVOST, R.: *International human rights and humanitarian law*, Cambridge, New York, 2002, pp. 121 y ss.; REMIRO BROTONS, A. et al: *Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 301-302; SUDRE, F.: *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 61, SIMMA, B.: « From bilateralism to community interest in International law », *RCADI*, Vol. 250, 1994, t. VI, p. 343; TOMUSCHAT, C.: “International law: ensuring...”, *loc. cit.*, p. 321; VILLÁN-DURÁN, C.: *Curso...*, *op. cit.*, p. 242. Cfr. también CIJ, *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia a pesar de la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, Opinión consultiva de 21 de junio de 1971, *Recueil CIJ 1971*, p. 55, § 122 –refiriéndose a “ciertas convenciones de carácter general, como las convenciones de carácter humanitario (...)-. La lista de citas queda incompleta sin las referencias (doctrinales y jurisprudenciales) que se ofrecen *infra* cuando analicemos las reservas a los derechos humanos imperativos, donde volvemos a esta idea del carácter absoluto de las obligaciones en material de derechos humanos.

Ello no quiere decir, claro está, que consideremos que la reciprocidad se encuentre totalmente ausente del régimen convencional de protección de los derechos humanos en materias como celebración de tratados o resolución de disputas. Pero esa es una cuestión que queda fuera del ámbito de estudio de este trabajo (Para una posición favorable, *Vid.* SIMMA, B.; PULKOWSKI, D.: “Of Planets and the Universe: self-contained regimes in International Law”, *EJIL*, Vol. 17, nº 3, 2006, pp. 527 y ss.).

⁴²⁸ HIGGINS, R.: “Derogations under...”, *loc. cit.*, p. 282.

(aunque también lo parezca), porque éste le es inherente e irrenunciable, sino que cede *el disfrute* del derecho⁴²⁹.

Se comprenderá que en estas condiciones la analogía con el derecho de los tratados haya de ser aceptada con cautela, reduciéndola sólo a algunos paralelismos incompletos con el cambio fundamental de circunstancias; al contrario de la que refiere al estado de necesidad, que respeta mejor la idea de la intangibilidad de los derechos humanos, pues cuando esta causa se aplica la obligación no deja de existir (y por lo tanto el derecho), sino que al Estado no le es exigible la responsabilidad por su violación. Insistimos otra vez, ello es así si se acepta la noción más amplia de “intangibilidad” que no aparece en los convenios internacionales de derechos humanos.

I.3.2. Aspectos básicos de las declaraciones de estados de emergencia

Como ya anticipamos, los tres principales regímenes de protección de derechos humanos previeron que el Estado pueda hacer frente a un peligro que se cierne sobre la vida democrática de la nación mediante el mecanismo de suspensiones/derogaciones. Utilizaremos aquí preferentemente el término “suspensión” por tratarse de la noción más correcta desde un punto de vista técnico-jurídico⁴³⁰.

A lo largo de los años se ha ido sedimentando una jurisprudencia⁴³¹ en los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos que poco a poco ha ido nutriendo

⁴²⁹ En este sentido se refiere SVENSSON-MCCARTHY a la “guarantee of their full enjoyment for a certain period of time” (SVENSSON-MCCARTHY, A.-L.: *The international... , op. cit.*, p. 375). Es la “tesis absolutista” de la restricción de derechos, que se basa en la distinción tradicional clásica en derecho civil entre la restricción del ejercicio de un derecho y la restricción de su titularidad (MILANO, L.: *Le droit à un tribunal... , op. cit.*, p. 223).

⁴³⁰ Cuando un Estado declara la existencia de una situación de emergencia, no hay derogación en sentido propio. El artículo 15 CEDH no utiliza, pues la terminología correcta. Dos motivos principales podemos esgrimir a este respecto: (1) el régimen de protección de derechos humanos no queda desplazado por otro posterior, pues es este mismo régimen el que prevé la suspensión, no se hace más que aplicar sus previsiones; (2) la suspensión se realiza en el plano del derecho nacional, no en el internacional; y con respecto a sus propios ciudadanos. No son los Estados los que derogan, ni siquiera un solo Estado con respecto a los demás Estados. En las palabras de KOLB, “ce qui est en cause ici est la restriction par un acte législatif unilatéral, non la substitution d’un régime juridique général par un autre applicable prioritairement *inter partes*” (KOLB, R.: “*IUS COGENS*, intangibilité...”, *loc. cit.*, p. 323, nota al pie 47).

⁴³¹ Utilizaremos por razones estilísticas el término “jurisprudencia” para referirnos también a las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos Humanos del PIDCP en las comunicaciones individuales, a pesar de que este órgano no tiene dicha naturaleza (Hay quien sostiene lo contrario; p.e.: AMOR, A.: “Le Comité des droits de l’homme des Nations Unies –aux confins d’une juridiction internationale des droits de l’homme?”, en ANDO, N. (Ed.): *Towards implementing universal human rights. Feitschrift for the twenty-fifth anniversary of the Human Rights Committee*, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 41 y ss. En la misma obra colectiva, con una

un *corpus iuris communis* en materia de suspensiones que hoy en día se puede considerar perfectamente extensible a los tres regímenes ya citados. En efecto, no es de extrañar que la OG nº 29 sobre “estados de excepción y suspensión de derechos”, elaborada por el Comité de Derechos Humanos del PIDCP en agosto de 2001, haya recogido básicamente las mismas condiciones para la suspensión de uno o varios derechos humanos que ya anticipara hace muchos años el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Lawless*⁴³², que la Corte Interamericana acogiera más tarde en su Opinión consultiva sobre *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*⁴³³ y que abundantes comentarios doctrinales han ido recogiendo. A fin de cuentas, la redacción de los diferentes textos es similar y reúne las condiciones siguientes:

- La proclamación oficial del estado de emergencia con notificación oficial al órgano de supervisión supranacional;
- La gravedad y la excepcionalidad de dicho estado de emergencia;
- La limitación de las medidas suspensivas a lo “estrictamente requerido por las exigencias de la situación” (aquí entran los análisis sobre la necesidad o proporcionalidad de las medidas);
- La inderogabilidad de una serie de derechos (cuestión que nos acerca a nuestro ámbito de estudio, las garantías judiciales);
- La prohibición de la aplicación discriminatoria de las medidas derogatorias.

No es nuestra intención repetir aquí lo que ya ha sido analizado con profusión: el significado exacto de estas condiciones⁴³⁴. Más interesante será por el contrario valorar la

posición más matizada, SCHEININ, M.: “The Human Right’s Committee’s pronouncements on the right to an effective remedy – an illustration of the legal nature of the Committee’s work under the Optional Protocol”, *ibid*, p. 101).

⁴³² TEDH, *Lawless c. Irlanda* (nº 3), sentencia de 1 de julio de 1961, Ap. nº 332/57, §§ 23-47.

⁴³³ CrIDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, § 19.

⁴³⁴ La bibliografía al respecto es muy abundante. A la que ya hemos venido citando en nuestra discusión previa, añadiremos sin pretensiones de exhaustividad: CLAPHAM, A.: “Terrorism, national measures and international supervision”, en BIANCHI, A. (Ed.): *Enforcing international law...*, *loc. cit.*; COSTAS TRASCASAS, M.: *Violencia interna y protección de la persona. Una laguna jurídica del derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 281 y ss.; CRYSLER, E.: “Brannigan and McBride v. U.K.: a new direction on article 15 derogations under the European Convention on Human Rights?”, *RBDI*, nº 2, 1994, pp. 603 y ss.; EL-KOUHENE, M.: *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l’homme*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986, pp. 87 y ss.; FAÚNDEZ LEDESMA, H.: *El sistema interamericano...*, *op. cit.*, pp. 98-140; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio”, en GARCÍA-ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (Coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, 2ª Ed., CEPC, Madrid, 2009, pp. 765 y ss.; FITZPATRICK, J.: *Human rights in crisis. The international system for protecting human rights during states of emergency*, Univ. of Philadelphia Press, Philadelphia, 1994; GROSS ESPIELL, H.: “La Convention américaine et la

más reciente sentencia del TEDH en el asunto *A et al c. Reino Unido*, que pondera la aplicación de estos criterios en el marco de las amenazas para la paz y la seguridad post-11 de septiembre.

Ahora bien, no queremos dejar pasar al hecho de que estas condiciones forman hoy parte integrante del derecho internacional consuetudinario⁴³⁵, por lo que son exigibles a los Estados independientemente de su reconocimiento convencional⁴³⁶. En otras palabras, el derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos permite que los Estados suspendan sus obligaciones si se cumplen estos requisitos, y *entre ellos*, la obligación de no violar otras disposiciones más protectoras de los derechos humanos. Subrayamos este matiz porque algunos convenios no admiten derogación, y por lo tanto un Estado que sea parte en un Convenio que permita suspender derechos, y que al mismo tiempo lo sea de otro que no lo permite, habrá de respetar los derechos garantizados por el segundo.

El ejemplo más prominente de ello es la Carta Africana de Banjul de 1981, a la que, como se ha explicado, se ha intentado añadir un “mecanismo” de derogaciones por la puerta de atrás del régimen general de tratados y de responsabilidad internacional⁴³⁷. Como es sabido, la Comisión Africana, en los asuntos *Commission Nationale des Droits de*

Convention européenne des droits de l’homme. Analyse comparative”, *RCADI*, Vol. 218, 1989, p. 294-303; KLEIN, C.: “Protection des droits de l’homme et circonstances exceptionnelles”, *RCADE*, Vol. III-2, 1992, pp. 91 y ss.; MERON, T.: *Human rights in internal strife: their international protection*, Oxford, New York, 1987; NOWAK, M.: *International Covenant...*, *op. cit.*, especialmente pp. 83 y ss.; ORÁA ORÁA, J.: *Human rights in states of emergency in international law*, Oxford, New York, 1992; PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “Las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, 1997, especialmente pp. 351-367; PROVOST, R.: *International human rights...*, *op. cit.*, pp. 269 y ss.; QUISPE REMÓN, F.: *El debido proceso...*, *op. cit.*, pp. 263 y ss.; SCHAUERT, C.: “Derogations of human rights in situations of public emergency: the experience of the European Convention on Human Rights”, *Yale Journal of World Public Order*, Vol. 9, n° 113, 1982-1983, pp. 113 y ss.; SIEHR, A.: “Derogation measures under article 4 ICCPR, with special consideration of the “war against terrorism””, *GYIL*, vol. 47, 2005, pp. 543 y ss.; RIVAS POSADA, R.: “Los estados de excepción y la protección de los derechos humanos”, en ANDO, N.: “Towards implementing...”, *loc. cit.*, pp. 117 y ss.; ÚBEDA DE TORRES, A.: *Democracia y derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 577 y ss.; ZIMMERMANN, A.: “The right to a fair trial in situations of emergency and the question of emergency courts”, en WEISSBRODT, D.; WÖLFRUM, R.(Eds.): *The right to a fair trial*, Springer, Berlin, 2003 pp. 747 y ss.

⁴³⁵ ORÁA ORÁA, J.: “The protection of human rights in emergency situations under customary international law”, en BROWNLIE, I.; GOODWIN-GILL, G.; TALMON, S. (Eds.): *The reality of international law. Essays in honour of Iain Brownlie*, Oxford, New York, 1992, pp. 413 y ss.

⁴³⁶ Para una aplicación reciente de la doctrina de la independencia de las fuentes, *cfr.* TEDH, *Cudak c. Lituania* (GS), sentencia de 23 de marzo de 2010, Ap. n° 15869/02, § 66, sentencia sobre inmunidades en la que el Tribunal consideró que la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004 le era aplicable al Estado báltico en tanto que derecho consuetudinario, a pesar de aún no ser parte en ella. Volveremos a este pronunciamiento en el siguiente capítulo.

⁴³⁷ OUGHERGOUZ, F.: “L’absence de clause de derogation...”, *loc. cit.*, pp. 289 y ss.

*l'Homme et des Libertés c. Chad y Constitutional Rights Project et al. c. Nigeria*⁴³⁸ descartó con vigor esta opción⁴³⁹. Pues bien, en el caso africano, aunque incluso el régimen consuetudinario de derechos humanos permite las suspensiones en situaciones de emergencia, un Estado que sea parte del PIDCP y de la Carta africana⁴⁴⁰ no podrá dejar de aplicar las obligaciones que le impone esta última. Ello, porque lo impide la Carta de Banjul, a la que se remite el requisito de la aplicación de la norma más favorable del artículo 4(1) del PIDCP, y porque lo impide también el mismo requisito recogido por el derecho consuetudinario.

I.3.3. La labor del CDH y el fallido Proyecto de Tercer Protocolo Adicional al PIDCP

Abordadas estas cuestiones preliminares, estamos en condiciones de entrar en materia de garantías judiciales, probablemente la cuestión más debatida cuando se analiza el contenido de la suspensión de derechos. Y es que los diversos regímenes y la jurisprudencia de sus respectivos órganos de supervisión han ofrecido soluciones diversas al problema de los límites a la obligación de los Estados de ofrecer garantías judiciales al individuo. Los matices histórico-políticos de cada región explican en gran medida estas diferencias⁴⁴¹.

En lo que respecta al régimen internacional del PIDCP, el análisis de los trabajos preparatorios del texto de 1966 muestra que no hubo debate sobre la posible admisión del derecho a las garantías judiciales en la lista de derechos fundamentales que no admiten suspensión, codificada en el definitivo artículo 4(2) del Pacto. De hecho, fue pacífica la temprana admisión de la prohibición de las sanciones penales retroactivas a raíz de una

⁴³⁸ CionAfrDH, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés c. Chad*, 11 de octubre de 1998, Com. n° 74/92, 8° Rep., p. 30; *Constitutional Rights Project et al. c. Nigeria*, 5 de noviembre de 1999, Com. n° 140/94 et al, 13th Rep., p. 31.

⁴³⁹ Merece la pena transcribir el *dictum* de la Comisión en el primero de los casos citados: “The African Charter, unlike other human rights instruments, does not allow for states parties to derogate from their treaty obligations during emergency situations. Thus, even a civil war in Chad cannot be used as an excuse by the State violating or permitting violations of rights in the African Charter” (p. 30).

⁴⁴⁰ Prácticamente todos, porque 51 de los 53 Estados africanos son partes al PIDCP. Los dos restantes, Comoros y Guinea-Bissau, lo firmaron el 25 de septiembre de 2008 y el 12 de septiembre del 2000, respectivamente, y está pendiente su ratificación.

⁴⁴¹ *Vid.* el análisis contextualizado de la legalidad de los tribunales militares que juzgan a civiles en ALSTON, P.; STEINER, H. J.; GOODMAN, R.: *International human rights...*, *op. cit.*, pp. 432 y ss. (esp. p. 433). De manera más general, comparando jurisprudencia europea e interamericana, ÚBEDA DE TORRES, A.: *Democracia y derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 577 y ss.

propuesta del Reino Unido durante la 5ª Sesión de la Comisión de Derechos Humanos⁴⁴², entonces recogida en un proyecto de artículo 14, pero no consta que hubiera propuestas de inclusión de las garantías del juicio justo en la lista de derechos no sujetos a suspensión. Sería la labor del Comité de Derechos Humanos la que iría adaptando los requisitos del artículo 4 a la evolución del derecho internacional en materia de derogaciones. Dos grandes líneas se pueden trazar a este respecto.

La primera línea vincula la no suspensión de las garantías judiciales con aquellos derechos recogidos en la lista del artículo 4(2) del PIDCP, sobre todo la protección del derecho a la vida y la prohibición de la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes. Respecto del primero, hoy día es jurisprudencia consolidada del Comité que los procesos que puedan dar lugar a la imposición de una pena de muerte han de respetar las garantías recogidas en el artículo 14 (y todas las garantías, no sólo las esenciales, como enfatizó hace tiempo el Comité en el asunto *Smith c. Jamaica*⁴⁴³). De manera similar, una confesión obtenida mediante tortura no puede ser utilizada como prueba durante un procedimiento⁴⁴⁴.

En realidad, esta jurisprudencia no expande el *numerus clausus* del artículo 4(2) del Pacto, sino que modula sus aplicaciones relacionándolas con las disposiciones sobre garantías procesales. No hay cambio, sino interpretación.

Una segunda línea más novedosa ha modificado el contenido del artículo 4(2), o más bien ha reajustado su contenido para hacerlo más sistemático. Nos explicaremos. Hace tiempo que el CDH entendió en la sentencia *González del Río c. Perú* que “el requisito de competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del artículo 14 es un derecho absoluto que no está sujeto a excepción alguna”. Se trataba de una sentencia

⁴⁴² Doc. E/CN.4/319, de 13 de junio de 1949; y Doc. E/CN.4/188 de 16 de mayo de 1949. Un análisis más extenso de los *travaux préparatoires* del artículo 4 se encuentra en NOWAK, M.: *International Covenant...*, *op. cit.*, pp. 88-89; SVENSSON-MCCARTHY, A. L.: *The international system...*, *op. cit.* (no ofrecemos páginas concretas pues las referencias a los *travaux préparatoires* de cada principio que condiciona las derogaciones se analizan en cada uno de los capítulos de la obra y por cada uno de los textos internacionales); WEISSBRODT, D.: *The right to a fair trial...*, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

⁴⁴³ CDH, *Leaford Smith c. Jamaica*, 31 de marzo de 1993, Com. n° 282/1988, § 12. De “fórmula excesiva” la calificó hace tiempo TAVERNIER esta decisión del Comité, prefiriendo este autor únicamente la extensión de las garantías “esenciales”, opinión que no compartimos por ser excesivamente restrictiva (TAVERNIER, P.: “Le droit à un procès...”, *loc. cit.*, p. 21).

⁴⁴⁴ *Vid.*, entre la abundante jurisprudencia, CDH, *Kholida Turaeva v. Uzbekistán*, 20 de octubre de 2009, Com. n° 1284/2004, § 9.3.; *Berry v. Jamaica*, 4 de julio de 1994, Com. n° 330/1988, § 11.7. La carga de la prueba de que la confesión auto-inculpatoria no fue obtenida a la fuerza le corresponde al Estado (CDH, *Kelly c. Jamaica*, 8 de abril de 1991, Com. n° 253/1987, § 5.5.

relativa al caso del director de una prisión peruana que fue acusado de malversación de fondos, y cuyas demandas por violación de sus derechos fundamentales se demoraron durante años en el Tribunal Supremo del país andino sin que su honor, reputación y puesto oficial fueran restituidos por el Poder Judicial⁴⁴⁵.

En su momento fue comentado respecto de este caso que “ces formules vigueruses (...) s’expliquent par les particularités de l’espèce”⁴⁴⁶. Pero hay que subrayar que en aquella Comunicación, y a pesar de la gravedad de los hechos, no estaba en juego ninguno de los derechos reconocidos no sujetos a suspensión por el Pacto. No hubo tortura, pena de muerte o aplicación retroactiva de penas, por ejemplo; y sin embargo varias de las garantías judiciales recogidas en el artículo 14 se consideraron inderogables. Quizá fuera un “exceso verbal” frente a una situación concreta, dado que a nuestro conocimiento un *dictum* como éste no se ha vuelto a aplicar por el Comité en ninguna otra comunicación. Pero el caso es que mucho más tarde la OG n° 32 lo ha vuelto a recoger en los mismos términos y al margen del contexto concreto de aquella Comunicación⁴⁴⁷, por lo que habremos de considerarla aplicable en todo momento⁴⁴⁸.

Pero ahí no acaba todo, pues falta referirse a un paso importante en el proceso de ampliación del artículo 4 que aporta interesantes evidencias. Y es que antes de la OG n° 32 del Comité, la OG n° 29 vinculaba el contenido de la lista de derechos no sujetos de suspensión al derecho internacional imperativo y al derecho humanitario, para acabar reconociendo que “la inobservancia de los principios fundamentales del juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia”, no puede ser negada nunca⁴⁴⁹. Con ello respondía a los variados acontecimientos que en materia del derecho a las garantías judiciales habían ido teniendo lugar a lo largo de la década anterior, a los que nos referiremos más adelante. La idea de la “inderogabilidad” de las garantías judiciales, pues, estaba ya asentada antes de la OG n° 32; de hecho, esta última no hizo sino reconocer un principio que deriva de esos “principios fundamentales del juicio imparcial” que reconocía la n° 29.

⁴⁴⁵ CDH, *Miguel González del Río c. Perú*, 28 de octubre de 1992, Com. n° 263/1987, § 5.2.

⁴⁴⁶ TAVERNIER, P.: “Le droit à un procès...”, *loc. cit.*, p. 19.

⁴⁴⁷ CDH, *Observación General n° 32*, § 19.

⁴⁴⁸ Así lo entiende también el Relator Especial SCHEININ en su Cuarto Informe sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (A/63/223, de 6 de agosto de 2008, §§ 12 y ss.).

⁴⁴⁹ CDH, *Observación General n° 29*, 24 de julio de 2001, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, § 11.

De lo afirmado se deduce que el Comité, pues, no hizo sino *concretar y trasladar* la condición de no violar otras obligaciones de derecho internacional a la hora de suspender la obligación de respetar ciertos derechos humanos (artículo 4(3) del PIDCP) a la lista de derechos que no admiten suspensión del artículo 4(2)⁴⁵⁰. El paso dado por el Comité ha de ser en todo caso valorado positivamente. Ahora bien, no podemos pasar por alto la complejidad técnica del régimen de suspensiones del artículo 14 del PIDCP en lo que respecta a las garantías judiciales, originada por la no menos técnica aplicabilidad *ratione materiae* de este derecho. El párrafo 6º de la OG nº 32 lo evidencia con claridad. Transcribiremos aquí los fragmentos relevantes para facilitar el análisis:

“Si bien el artículo 14 no está incluido en la lista de derechos que no pueden suspenderse, que figuran en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto, los Estados que en circunstancias de emergencia pública decidan dejar en suspenso los procedimientos normales previstos en el artículo 14 deben asegurarse de que tal suspensión no vaya más allá de lo que exija estrictamente la situación. Las garantías procesales nunca podrán ser objeto de medidas derogatorias que soslayan la protección de derechos que no son susceptibles de suspensión (...) [El Comité ofrece a continuación una serie de ejemplos en los que las garantías del artículo 14 se han de vincular a la protección de los derechos no derogables]. En ningún caso cabe desviarse de los principios fundamentales del juicio imparcial, incluida la presunción de inocencia”⁴⁵¹.

El Comité permite por un lado la suspensión de las garantías judiciales (por ello se refiere a los “Estados que (...) decidan dejar en suspenso”); pero por otro lado la niega respecto de una serie de garantías básicas del juicio imparcial, “incluida la presunción de inocencia”. Tampoco es posible la suspensión de las garantías judiciales cuando éstas se vinculan a la protección de un derecho no sujeto a suspensión. En otras palabras, el artículo 14 contiene un *minimum* no sujeto a suspensión, con un ámbito de aplicación *ratione materiae* concreto (procedimientos vinculados a la protección de derechos no sujetos a suspensión). Fuera de este ámbito de aplicación *ratione materiae*, la suspensión podrá ser total. Ello es así porque la aplicabilidad de los “principios fundamentales del juicio imparcial” que son inderogables en todo momento no es absoluta, sino que dependerá de que el Estado decida o no suspender el derecho de acceso a un tribunal cuando éste no se vincule a la protección de derechos no comprendidos en el artículo 4(2) PIDCP. Si el Estado suspende legítimamente el derecho de acceso a un Tribunal, no habrá “principios fundamentales del juicio imparcial” que aplicar. Esta afirmación puede predicarse también del régimen de *limitaciones* que contienen el artículo 14 PIDCP o el artículo 6 del CEDH,

⁴⁵⁰ Vid., *mutatis mutandis*, FLAUSS, J.-F.: «La protection...», *loc. cit.*, p. 78, con respecto a la incorporación de los estándares mínimos del derecho humanitario al derecho internacional de los derechos humanos.

⁴⁵¹ Énfasis añadido.

pues existen límites implícitos que pueden excluir la aplicabilidad *total* de las garantías judiciales al privar al individuo del derecho de acceso a un tribunal (sobre todo en materia de inmunidades)⁴⁵².

Hasta aquí por lo que se refiere a la defendible postura mantenida por el CDH en sus comunicaciones individuales y sus OG. Todo lo dicho no obstante, los Estados siguen teniendo un vigoroso argumento para considerar que las garantías del artículo 14 del PIDCP siguen siendo un derecho que admite la suspensión total con las salvaguardias del artículo 4 cuando éstas no se encuentre vinculadas al respeto de otro derecho no derogable.

Brevemente explicado, el problema es el siguiente: en 1994 se sometió a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para su eventual aprobación un Proyecto de Tercer Protocolo Adicional al PIDCP “encaminado a garantizar en cualquier circunstancia el derecho a un juicio imparcial y a interponer recurso”, cuyo título expresa claramente el objetivo del texto⁴⁵³. El Proyecto no salió adelante. Lo más interesante del debate fueron las alegaciones del CDH y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), basadas en el argumento de que los Estados que no sean partes en el Protocolo pueden “sentirse libres” para suspender sus obligaciones al no considerarse obligados por ninguna obligación convencional. Más importante aún, el CICR añadía que no sería “viable” pretender que *todas* las obligaciones del artículo 14 en el proyecto puedan salvaguardarse durante los estados de emergencia⁴⁵⁴.

Sin pretender cuestionar los argumentos pragmáticos planteados tanto por el CDH y el CICR, órganos que desde luego se encuentran en una situación privilegiada para valorar la realidad de la protección de los Derechos por parte de los Estados, lo cierto es que el rechazo del Proyecto de Protocolo evita que los Estados no partes en un Tercer Protocolo se sientan libres para suspender, sí; pero también facilita ahora a *todos* los Estados la justificación de la suspensión de las garantías judiciales independientemente de que el

⁴⁵² Vid. nuestro análisis de los límites a las garantías judiciales del Capítulo IV.

⁴⁵³ El proyecto de Tercer Protocolo se encuentra disponible en el Informe final preparado por los Relatores Especiales STANISLAV CHERNICHENKO y Sr. WILLIAM TREAT de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/24, de 3 de junio de 1994, Anexo I, p. 67, al que nos referiremos más adelante.

⁴⁵⁴ Los escritos presentados por ambos órganos se encuentran en el Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/26, de 13 de junio de 1994, pp. 14 y ss. El informe de los Relatores Especiales CHERNICHENKO y TREAT argumentaba que, a pesar de no encontrarse el art. 14 en la lista de derechos no “derogables” del art. 4, “probablemente, en ningún otro momento será tan importante el derecho a un juicio imparcial como en caso de conflicto civil o internacional. Sin embargo, es precisamente en ese momento cuando el derecho a un juicio imparcial resulta vulnerable con arreglo al artículo 4” del PIDCP (“Informe final...”, *doc. cit.*, § 131). Lo mismo se exige respecto de los recursos de *habeas corpus* y *amparo* (§ 159).

Comité del PIDCP afirme lo contrario en sus Observaciones Generales, pues el hecho final es que no ha habido ni se espera que haya un Tercer Protocolo. Parece ser que en el fondo pesaron dos argumentos para desaconsejar la elaboración de un nuevo protocolo: uno, el pesimismo respecto de las opciones reales de ratificación generalizada del Tercer Protocolo (o de su ratificación por los Estados que más violan las garantías judiciales⁴⁵⁵); dos, el hecho de que la mayoría de Estados no suelen derogar las garantías del *habeas corpus* y el amparo durante los Estados de emergencia⁴⁵⁶. Los acontecimientos posteriores al 11 de septiembre han demostrado que en situaciones de alto nivel de emergencia hay Estados que todavía las consideran derogables.

Pasando ya al régimen de la CADH, las diferencias se acentúan. Aquí no cabe titubeo alguno: tanto las garantías judiciales del artículo 8 como el derecho a un recurso judicial efectivo del artículo 25 constituyen derechos absolutos que no admiten suspensión alguna. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) ha sido muy clara a este respecto en la sentencia *Goiburú y otros c. Uruguay*. En esta sentencia sobre los desaparecidos en la “Operación Cóndor” la Corte llegó a afirmar nada menos que “(...) el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho internacional”⁴⁵⁷. A ello han contribuido decisivamente los votos particulares del que fuera Presidente de la Corte, el Juez CANÇADO TRINDADE, quien ya en la Opinión Consultiva sobre la *Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados*⁴⁵⁸ de 2003, y posteriormente en la sentencia de la Corte en el asunto de la *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*⁴⁵⁹, venía defendiendo la naturaleza imperativa de un derecho que en la misma CADH venía siendo inderogable. La Corte acabó reiterando, pues, el carácter inderogable de las garantías judiciales, independientemente de la vinculación de éstas con la protección de otro derecho para que el que no se haya previsto la suspensión.

⁴⁵⁵ Aunque, puestos a ser realistas, también es verdad que los Estados que más violan las garantías judiciales las iban a violar de todas maneras, existiendo o no un Tercer Protocolo.

⁴⁵⁶ E/CN.4/Sub.2/1994/26, p. 14, § 2.

⁴⁵⁷ CrIDH, *Goiburú et al c. Uruguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 153, § 131. Volveremos a esta sentencia *infra* con adjuntando referencias bibliográficas. La opinión fue reiterada en CrIDH, *La Cantuta c. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C n° 162, § 160.

⁴⁵⁸ CrIDH, Voto concurrente del Juez CANÇADO TRINDADE, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva de 17 de septiembre de 2003, OC-18/03, Serie A n° 18, pp. 60-62.

⁴⁵⁹ CrIDH, Voto concurrente del Juez CANÇADO TRINDADE, *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006 (fondo, reparaciones y costas), Serie C n° 140, §§ 63-65.

En lo que respecta al CEDH, un reciente desarrollo jurisprudencial del TEDH nos aconseja dedicar un apartado específico más extenso a ciertos aspectos de la aplicación del artículo 15 en situaciones de emergencia.

I.3.4. La protección de las garantías judiciales en el contexto de los estados de emergencia en el CEDH

Podemos afirmar que la protección de las garantías judiciales durante los estados de emergencia en la CEDH, tal y como ha sido interpretada en la jurisprudencia del TEDH, aplica *grosso modo* dos reglas matemáticas de necesidad diferentes, dependiendo del contexto. Por un lado, la del máximo común divisor, para aquellas situaciones en las que la protección de las garantías judiciales se encuentra íntimamente vinculada a la protección de un derecho inderogable; por otro, la del mínimo común denominador necesario, que es la utilizada para la protección de derechos derogables. En el primer caso, la protección es absoluta y en realidad es indiferente a la declaración de un estado de emergencia. Por el contrario, en el segundo caso la declaración permitirá la suspensión *total* siempre que permita un mínimo de salvaguardas contra su uso abusivo. Como en este segundo caso la protección de las garantías se encuentra tan ligada al régimen general de derogaciones del artículo 15(1) del CEDH, parece pertinente apuntar aquí los fundamentos más relevantes de este régimen, aún más cuando la amenaza del terrorismo islamista ha modulado recientemente su contenido, como tendremos oportunidad de ver.

a) Discrecionalidad vs rigor: la jurisprudencia consolidada del TEDH en materia de Estados de emergencia

A lo largo de los años el TEDH ha ido desarrollando una jurisprudencia en materia de suspensión de derechos (“derogación” en el artículo 15 de la CEDH) que ha situado la noción de “margen de apreciación”⁴⁶⁰ como elemento clave para interpretar la relación entre el órgano de supervisión europeo y las autoridades gubernamentales (lo cual no es sin embargo una característica propia de este artículo). Ya en 1961, en la temprana sentencia *Lawless c. Irlanda*, relativa a la detención preventiva de un terrorista del IRA tras una declaración de estado de emergencia, el TEDH vino a subrayar, sin utilizar expresamente el término, la amplia discrecionalidad de que disponen los Estados para considerar que

⁴⁶⁰ EISSEN, M.-A.: “Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en PETTITI, L.-E.; DECAUX, E.; IMBERT, P.: *La Convention Européenne des Droits de l’Homme: commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999, pp. 65-69.

existe una “emergencia que amenaza la vida de la nación”⁴⁶¹. Además, en esta conocida sentencia comenzó ya a cobrar importancia un elemento especialmente relevante en la determinación de si una medida suspensiva de un derecho va más allá de la “estricta medida en que lo exija la situación” en el sentido del artículo 15(1) de la CEDH, como es la existencia de salvaguardias para prevenir los efectos excesivamente onerosos sobre los individuos⁴⁶².

En el *asunto griego* la CionEDH realizó su aportación más completa a la noción de “emergencia que amenaza la vida de la nación”. Cuatro fueron los requisitos cumulativos que se consideraron decisivos para considerar la existencia de tal situación: (1) el peligro ha de ser inminente y actual; (2) sus efectos han de repercutir sobre toda la nación; (3) la continuidad de la vida organizada de la comunidad ha de verse amenazada; y (4) la crisis o el peligro han de ser excepcionales, en el sentido de que las limitaciones de derechos permitidas por la Convención para el mantenimiento de la seguridad pública han de ser “manifiestamente inadecuadas”⁴⁶³. Como es sabido, el gobierno griego no consiguió persuadir a la Comisión de que la amenaza para el país provocada por las huelgas y desórdenes públicos protagonizados por los movimientos de izquierda cumplía con estos cuatro requisitos. Sin duda, los fines poco democráticos de la Junta Militar Griega pudieron pesar en la conciencia de la Comisión Europea; tanto es así que este caso se encuentra aislado como único ejemplo en que el TEDH haya considerado que un Estado europeo ha excedido el amplio margen de discrecionalidad del que dispone al amparo del artículo 15(1) CEDH⁴⁶⁴.

Otros dos asuntos relativos a la violencia terrorista en Irlanda del Norte (*Irlanda c. Reino Unido y Brannigan y McBride c. Reino Unido*) volvieron a enfatizar la prudencia con la que la Corte europea ha de valorar la existencia de una emergencia nacional. El evidente motivo, aquí especificado, es la cercanía de las autoridades gubernamentales respecto de las “necesidades imperativas del momento”, y su mejor situación para

⁴⁶¹ TEDH, *Lawless c. Irlanda*, §§ 28-29.

⁴⁶² *Ibid*, §§ 37. En el caso concreto se trataba del control permanente del Parlamento irlandés de la ley que permitía la detención administrativa, la institución de una “Comisión de Detención” a la que se podía recurrir la detención y cuyas decisiones eran vinculantes para el gobierno, y la actuación de los tribunales ordinarios para obligar a esta Comisión a ejercer sus competencias.

⁴⁶³ CionEDH, *Dinamarca, Noruega, Suecia, y Países Bajos c. Grecia*, decisión de 5 de noviembre de 1969, Yearbook XII, p. 153.

⁴⁶⁴ Aunque ya comentamos *supra* que la CionEDH no cuestionó en ningún momento la validez de una suspensión derivada de un estado de emergencia “provocado” por la Junta Militar helena.

comprender no sólo el nivel de la amenaza, sino también *la naturaleza y alcance* de las medidas necesarias para hacerle frente⁴⁶⁵. La doctrina del margen de apreciación se refiere pues a dos elementos: el de la *aplicabilidad ratione materiae* del artículo 15(1) y el del criterio de la *necesidad* de suspender uno u otro derecho. Eso sí, no se han de confundir “margen de apreciación de aplicabilidad” y “margen de necesidad”, pues se trata de dos conceptos distintos entre los que no hay correlación.

De haber tal correlación, el Tribunal habría abierto la puerta a las aplicaciones abusivas del artículo 15. Por el contrario, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para determinar que una medida suspensiva de un derecho es “necesaria” para hacer frente a una emergencia, pero el *test* de necesidad es relativamente exigente: la medida ha de ser *estrictamente necesaria* en tales circunstancias, en el sentido de que las otras opciones más respetuosas con la libertad del individuo *no* sean suficientes. Ambos elementos garantizan la equilibrada intervención del Tribunal. Se asimilan, pero no son idénticos. El primero cede a los Estados la iniciativa para hacer frente a las emergencias y mantiene al TEDH en un lugar subsidiario; el segundo establece un límite a las prerrogativas estatales y permite una supervisión supranacional *negativa y de mínimos*.

Esta diferencia quedó bien clara en posteriores asuntos turcos: *Aksoy c. Turquía*, *Elci y otros c. Turquía* o *Bilen c. Turquía*. En todos ellos el Estado turco mantuvo a varios presuntos miembros del PKK en prisión preventiva y sin acceso a un juez durante varias semanas. Aquí el TEDH no tuvo problemas en aceptar por un lado la existencia de un estado de emergencia, volviendo a insistir en el margen de discrecionalidad que tienen los Estados para derogar. Ello no obstante, se acabó concluyendo que el gobierno turco había incumplido sus obligaciones convencionales al no haber aplicado las medidas estrictamente necesarias para hacer frente a la amenaza. Como ya sucediera mucho tiempo antes en *Lawless*, la existencia de salvaguardias contra los posibles abusos cometidos durante la detención fue un elemento determinante en el razonamiento del Tribunal; en este caso para desaprobando la conducta del gobierno⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ TEDH, *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, Ap. n° 5310/71, § 207, *Brannigan y McBride c. Reino Unido*, sentencia de 26 de mayo de 1993, Aps. n° 14553/89 ; 14554/89, § 42.

⁴⁶⁶ TEDH, *Aksoy c. Turquía*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, Ap. n° 21987/93; *Demir et autres c. Turquie*, sentencia de 23 septembre 1998, Aps. n° 23145/93; 25091/94, § 55; *Bilen c. Turquía*, sentencia de 21 de febrero de 2006, Ap. n° 34482/97.

b) *La amenaza interminable de Al-Qaeda ante el TEDH. La sentencia A y otros c. Reino Unido de 19 de febrero de 2009*

La sentencia de la Gran Sala del TEDH en el asunto *A y otros c. Reino Unido*⁴⁶⁷, que en muchos aspectos es una confirmación de la construcción pretoriana a la que nos venimos refiriendo, realiza sin embargo una aplicación muy interesante de los principios del estado de emergencia al contexto de la lucha contra el terrorismo de Al-Qaeda tras los atentados del 11 de septiembre⁴⁶⁸. Por ello consideramos necesario detenernos con detalle en ciertos aspectos muy relevantes de este complejo pronunciamiento.

El origen de la controversia se encuentra en la derogación que el ejecutivo británico realizó de la *Human Rights Act* de 1998 (legislación británica en materia de derechos humanos), siguiendo el procedimiento recogido en la sección 14 del texto. Dicha derogación fue comunicada el 18 de diciembre de 2001 al Secretario General del Consejo de Europa, a fin de cumplir con este requisito elemental impuesto por el artículo 15(3) del CEDH para legalizar la derogación de derechos de la Convención. Muy interesante es el hecho de que esta comunicación se apoyara, entre otros argumentos, en las resoluciones 1368 y 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, y por ende en la calificación del terrorismo internacional como amenaza para la paz y la seguridad internacional, a fin de justificar la existencia de un “peligro público que amenace la vida de la nación” en el Reino Unido⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ TEDH, *A y otros c. Reino Unido*, sentencia de 19 de febrero de 2009 (GS), Ap. n° 3455/05. Un comentario de esta sentencia se encuentra en SHAH, S.: “From Westminster to Strasbourg: *A and others v United Kingdom*”, *HRLRev*, Vol. 9, 2009, pp. 473 y ss.

⁴⁶⁸ Salvo el asunto griego, el resto de demandas planteadas frente al TEDH en las que el artículo 15 CEDH se ha encontrado en juego se refieren a legislaciones antiterroristas. Como bibliografía general sobre la relación entre CEDH y terrorismo, aparte de la que ya se ha citado aquí *cfr.* HEDIGAN, J.: “The European Convention on Human Rights and counter-terrorism”, *FILJ*, Vol. 28, 2004-2005, pp. 392 y ss.; SOULIER, G.: “Terrorism”, en DELMAS-MARTY, M.: *The European Convention for the Protection of Human Rights. International protection versus national restrictions*, Kluwer, The Hague, 1992, pp. 15 y ss.; SCOTTIAUX, S.: *Terrorism and the limitation of rights. The ECHR and the US Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, 2008; WARBRICK, C.: “The European Convention on Human Rights and the prevention of terrorism”, *ICLQ*, Vol. 32, January 1983, pp. 82 y ss.; *idem*: “Principles of the European Convention on Human Rights and the response of States to terrorism”, *EHRLRev*, Vol. 3, 2002, pp. 287 y ss.. También son recomendadas las dos publicaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa bajo el título de *Líneas directrices sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo* (la primera disponible en español, de enero de 2003, centrada en los derechos de los terroristas; la segunda de marzo de 2005, con la vista puesta en los derechos de las víctimas del terrorismo. Disponibles en http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Guidelines.asp, visitado por última vez el 19 de mayo de 2010). Para un análisis desde la perspectiva contraria (el terrorismo en tanto que violación de los derechos humanos en el marco jurídico europeo), *Vid.* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.; JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *Terrorismo y derechos humanos. Una aproximación desde el derecho internacional*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 131 y ss.

⁴⁶⁹ La comunicación se encuentra en la propia sentencia del TEDH, § 11.

El principal producto legislativo de esta derogación fue la *Anti-Terrorism Crime and Security Bill* de 26 de noviembre de 2001, que contenía ya las cláusulas de lo que vendría a ser la Parte IV de la *Anti-Terrorism Crime and Security Act* de 2001 que entró en vigor el 4 de diciembre de 2001. Dicha normativa básicamente posibilitaba al gobierno a deportar -Sección 22(2)(e)- o incluso a detener -Sección 23- a toda persona extranjera que hubiera sido calificada de “terrorista internacional sospechoso” de acuerdo con el procedimiento de la Sección 21 (es decir, previa designación como tal por el Secretario de Estado). Los individuos nombrados tenían derecho de apelación frente a la *Special Immigration Appeals Commission* (SIAC), órgano creado tras la condena al Reino Unido por el TEDH en la sentencia *Chahal*⁴⁷⁰. Formado por jueces independientes, frente a sus decisiones de Derecho se puede interponer recurso frente a la *Court of Appeal* y posteriormente a la *House of Lords* (hoy Corte Suprema). Es, entre otras funciones, el órgano que sigue resolviendo las cuestiones de asilo y refugio⁴⁷¹.

Durante el tiempo en que la Parte IV de la Ley de 2001 estuvo en vigor, 16 individuos fueron arrestados previo nombramiento del Secretario de Estado. De entre ellos, fueron once los que acabaron interponiendo una demanda frente al TEDH: uno apátrida, siete argelinos, uno marroquí, uno tunecino y otro palestino. Hubo dos series de procedimientos frente a los tribunales nacionales. En la primera serie (la de los procedimientos de derogación⁴⁷²), siete de los detenidos contestaron la legalidad de la derogación realizada por el gobierno del Reino Unido, argumentando que bajo su amparo se violaban varios de sus derechos reconocidos en el CEDH. Esta controversia comenzó en la SIAC y acabó en la *House of Lords*, que emitió su sentencia el 16 de diciembre de 2004⁴⁷³. Con ocho votos a favor (Lord HOFFMAN disidente⁴⁷⁴), el Alto Tribunal británico

⁴⁷⁰ El caso, relativo a la expulsión de un ciudadano indio del Reino Unido, fue planteado por el mismo expulsado y tres familiares (uno indio y dos británicos) en torno a la prohibición del *non-refoulement*, la legalidad de la detención de que era objeto el primero de los demandantes, el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a un recurso efectivo. Entre otros motivos, el TEDH condenó al Reino Unido por no ofrecer un recurso plenamente satisfactorio para contestar la legalidad de la detención (art. 5(4) CEDH). TEDH, *Chahal c. Reino Unido*, sentencia de 15 de noviembre de 1996, Ap. n° 22414/93, esp. § 117.

⁴⁷¹ Cfr. p.e. el trabajo de CHÉTAIL, V.: *Le statut de réfugié en France et au Royaume-Uni. Étude de droit international et de droit comparé*, Thèse de doctorat, Université de Paris II, Tome 1, 15 octobre 2003, donde se analizan de manera exhaustiva cuestiones procedimentales y materiales en clave de derecho comparado (Francia y Reino Unido) en materia de derecho de los refugiados.

⁴⁷² TEDH, *A y otros c. Reino Unido*, §§ 14-23.

⁴⁷³ Cámara de los Lores, *A (FC) and others (FC) (Appellants) c. Secretary of State for the Home Department (Respondent); X (FC) and another (FC) (Appellants) c. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, sentencia de 16 de diciembre de 2004, [2004] UKHL 56. La opinión de Lord BINGHAM OF CORNHILL contiene un valioso resumen de la jurisprudencia del TEDH, muy breve y preciso (§§ 16-18).

justificó la operación derogatoria del gobierno británico al considerar que el Reino Unido no excedió el margen de apreciación que le otorga CEDH, pero sin embargo consideró ilegal el régimen creado por la legislación de 2001 por su carácter discriminatorio. Como consecuencia de esta sentencia, el legislador británico derogó las disposiciones discutidas y aprobó una nueva legislación, la *Prevention of Terrorism Act* de 11 de marzo de 2005. Esta nueva ley sustituyó el régimen de detenciones preventivas por otro que establecía un régimen de “Órdenes de control” (*control orders*), emitidas por el *Secretary of State*, y que restringían el ejercicio de ciertos derechos reconocidos en la CEDH, como la libertad de movimiento, la libertad de asociación o la prohibición de adquirir ciertos bienes. Dichas órdenes podrían ser impuestas a cualquier persona bajo prohibición de toda forma de discriminación.

La segunda línea de procedimientos fue iniciada por los once demandantes, también frente a la SIAC, con el fin de cuestionar la legalidad concreta de cada detención. Entre las múltiples reclamaciones presentadas se encuentran, aparte de las relacionadas con la detención ilegal, una relativa a la admisión de pruebas bajo tortura y varias relacionadas con el procedimiento de tramitación de las pruebas por parte de la SIAC. Y es que hay que apuntar que la SIAC dispone de un procedimiento especial, con origen en el derecho canadiense, que permite valorar no sólo el material probatorio que puede hacerse público por la SIAC, sino también el material confidencial por motivos de seguridad pública. La clave es la intervención de un Abogado Especial que valora conjuntamente con los “presuntos terroristas internacionales” y su representación legal las pruebas públicas, para posteriormente examinar el material probatorio confidencial a puerta cerrada con los miembros de la SIAC. La función de este Abogado Especial es defender el interés de la parte que no tiene acceso a esos documentos, proponiendo incluso la desclasificación de los documentos si fuere necesario. Ahora bien, desde el momento en que el Abogado Especial accede a esos documentos, se le prohibirá volver a contactar con los “presuntos terroristas” y sus representantes legales⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ HL, *A and others v SSHD*, Opinión de Lord HOFFMAN, §§ 86 y ss.

⁴⁷⁵ TEDH, *A. y otros c. Reino Unido*, §§ 91-95. La legalidad del procedimiento con Abogados Especiales a la luz de la CEDH fue discutida por la Cámara de los Lores, (*Secretary of State for the Home Department (Respondent) c. MB (FC) (Appellant)*), sentencia de 31 de octubre de 2007, [2007] UKHL 46, en el contexto la contestación de una “Orden de Control” no derogatoria del régimen de la CEDH, y amparada por la *Prevention of Terrorism Act* de 11 de marzo de 2005. Por unanimidad se decidió que los procedimientos en cuestión constituían un “litigio sobre derechos y obligaciones de carácter civil” en el sentido del artículo 6(1) de la CEDH. Por tres votos contra dos se concluyó que la legalidad del procedimiento de los Abogados

Como, a pesar de las sentencias, los afectados no fueron excarcelados ni recibieron indemnización alguna por la detención ilegal⁴⁷⁶, la actuación del ejecutivo británico fue llevada al Tribunal de Estrasburgo. Uno de los aspectos inusuales del caso, como explica SHAH⁴⁷⁷, es que el gobierno del Reino Unido intentó durante las fases iniciales del procedimiento justificar su actuación recurriendo a la excepción del artículo 5(1)(f) de la CEDH, que permite a los Estados “detener preventivamente o internar” a una persona a los fines de “expulsión o extradición”. Y sin embargo, en el curso del mismo proceso cambió de opinión y, con el consentimiento del TEDH⁴⁷⁸, acabó cuestionando la propia sentencia de la *House of Lords* en lo que respecta al supuesto carácter discriminatorio de la Sección IV de la Ley de 2001.

Entre las varias cuestiones discutidas por la Gran Sala en su pronunciamiento, seleccionaremos aquí la relativa a la legalidad de la declaración del estado de emergencia. El Tribunal comenzó recordando su jurisprudencia habitual sobre el amplio margen de discreción del que disponen los Estados para determinar que existe un peligro para la vida de la nación, dada la cercanía de las autoridades nacionales respecto de las necesidades de cada momento. Asimismo insistió en el límite expreso de la “estricta necesidad” de los requerimientos de la situación crisis⁴⁷⁹. Ahora bien, en este punto es relevante que, a efectos de la aplicación del artículo 15, el Tribunal añadió que por “autoridad nacional” hemos de incluir también al poder judicial, y que por lo tanto es tarea del TEDH controlar el respeto de la Convención también por parte del juez nacional (si bien en las excepcionales circunstancias del caso –la *House of Lords* ya había declarado ilegales las medidas adoptadas por el legislativo inglés–, el TEDH se limitará a valorar si la conclusión

Especiales, a pesar de ofrecer *prima facie* garantías suficientes, ha de ser analizada caso por caso. Lord Bingham llegó a una conclusión parecida (aunque con una argumentación diferente basada en un análisis del proceso en su totalidad); mientras que Lord Hoffmann concluyó en sentido contrario que el procedimiento de Abogados Especiales no puede ofrecer al individuo garantías suficientes, desde el momento en que éste deja de tener contacto con la parte afectada por las “Órdenes de control”.

⁴⁷⁶ Aunque dos de los afectados (el segundo y el cuarto) decidieron abandonar el país; el quinto fue liberado por razones humanitarias.

⁴⁷⁷ SHAH, S.: “From Westminster...”, *loc. cit.*, pp. 476-477. El autor ya había comentado la jurisprudencia de la House of Lords en SHAH, S.: “The UK’s antiterror legislation and the House of Lords: the battle continues”, *HRLRev*, Vol. 6, n° 2, 2006, pp. 416 y ss. *Vid.* también CLAPHAM, A.: “Terrorism, national measures and...”, *loc. cit.*, especialmente pp. 283-292.

⁴⁷⁸ TEDH, A. y otros c. Reino Unido, § 158, que calificó el hecho de “inusual”, pero concluyendo que “there is no reason of principle why, since the applicants have requested [the Court] to examine the lawfulness of their detention, the Government should not now have the chance to raise all the arguments open to them to defend the proceedings, even if this involves calling into question the conclusion of their own supreme court”.

⁴⁷⁹ TEDH, A y otros c. Reino Unido, § 173.

del Tribunal inglés fue “manifiestamente irrazonable” o si “malinterpretó” o “inaplicó” el artículo 15⁴⁸⁰). Amplio margen de apreciación, pues, también para el juez nacional; y nada que objetar a la inclusión del poder judicial entre las autoridades nacionales cuyas decisiones hay que revisar, que encuentra un sólido fundamento en el derecho de la responsabilidad internacional del Estado⁴⁸¹.

Llegados a este punto, la Gran Sala muestra un gran respeto por la decisión de la Alta jurisdicción británica, aportando además grandes dosis de realismo a la lucha contra la amenaza causada por el terrorismo de Al-Qaeda. Así, el Tribunal concluyó que “the requirement of imminence cannot be interpreted so narrowly as to require a State to wait for disaster to strike before taking measures to deal with it”⁴⁸². Estas palabras, que nos recuerdan a lo que ya predicara JIMÉNEZ DE ARECHAGA de las medidas que implican el uso de la fuerza ordenadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas⁴⁸³, implican la posibilidad por parte de los Estados de suspender obligaciones *ex* CEDH de manera preventiva. El margen de aplicación *ratione materiae* del artículo 15 se expande, pues, para hacer frente a las nuevas amenazas para la paz y la seguridad internacionales. No es nuestra intención entrar en la razonabilidad de dicha expansión de la doctrina del margen de apreciación del Estado en los estados de emergencia⁴⁸⁴, si bien no está demás apuntar que en la práctica será complicado trazar la línea que demarque la prevención de un peligro

⁴⁸⁰ *Ibid*, § 174.

⁴⁸¹ En efecto, el poder judicial es un órgano más del Estado que puede provocar la responsabilidad internacional de éste, tal y como afirma el art. 4 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI de 2001, que recoge el principio de “unidad del Estado”. Hace tiempo que se rechazaron con solvencia los argumentos “clásicos” para justificar la irresponsabilidad del Estado por incumplimientos del derecho internacional por los jueces nacionales. Estos argumentos se basaban principalmente en la independencia del poder judicial, en el principio de derecho nacional de *res judicata* y en la estructura política interna del Estado, para argumentar espuriamente que exigir la responsabilidad internacional del Estado a causa de una decisión judicial interna supondría atentar contra el principio de división de poderes. Aparte de que precisamente muchas de las decisiones del poder judicial no son sino la mera aplicación de normas aprobadas por el legislativo, se ha señalado que “although independent of the *government*, the judiciary is not independent of the *State* and is as much a part of the latter for international purposes as is the executive” (FREEMAN, A. V.: *The international responsibility of States for denial of justice*, Longmans, Green & Co., New York, 1970, p. 31, énfasis original. *Vid.* también CANÇADO TRINDADE, A. A.: “International Law...”, *loc. cit.*, vol. 2., p. 92; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: “International law in the past third of a century...”, *loc. cit.*, pp. 278 y ss.). Más recientemente, el TJUE ha reconocido en estos términos que el principio de responsabilidad del Estado por sus incumplimientos del Derecho comunitario también puede derivarse de las acciones del poder judicial: TJCE, *Gerhard Köbler c. Austria*, sentencia de 30 de septiembre de 2003, C-224/01, § 32.

⁴⁸² TEDH, *A y otros c. Reino Unido*, § 177.

⁴⁸³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 374.

⁴⁸⁴ A este respecto, es de muy recomendable lectura el trabajo de BONET PÉREZ, J.: “El Tribunal Europeo...”, *loc. cit.*, pp. 33 y ss., crítico con la decisión del Tribunal.

inminente de la declaración exagerada de un Estado de emergencia que sobreestime el riesgo social. En este sentido, como se ha apuntado con cierto, “se debe advertir la dificultad de que una hipotética amenaza global, de perfil genérico e indefinido, futura e incierta si no se clarifican los elementos fácticos que particularicen la intensidad y la extensión de la amenaza, pueda encajar con la noción de *amenaza excepcional* tal y como se ha venido delimitando hasta el momento”⁴⁸⁵.

Además, y esto es importante, el papel del Tribunal en la supervisión de la correcta ponderación de los riesgos por parte del Estado ha de tener en cuenta principalmente aquellos elementos probatorios de los que se disponía en el momento de la derogación, y no los averiguados posteriormente⁴⁸⁶. Es decir, que si el peligro inminente resultó *a posteriori* ser infundado parece que el Estado no contraerá responsabilidad internacional si existían elementos suficientes concluir lo contrario en el momento en que se decidió derogar⁴⁸⁷.

Uno de los aspectos más cuestionables de este fallo se encuentra en la extensión del criterio *temporal* de la estricta necesidad de derogar. Planteado ante el Tribunal el riesgo de que una situación de emergencia tan compleja como la causada por el terrorismo internacional de Al-Qaeda pueda dar lugar a una suspensión *ad eternum* de derechos, el TEDH decide rechazar expresamente el criterio de excepcionalidad y temporalidad de la amenaza reconocido por el Comité de Derechos Humanos en su OG nº 29 para afirmar que, “the Court’s case-law has never, to date, explicitly incorporated the requirement that the emergency be temporary”⁴⁸⁸. De hecho, se apoya en el mensaje (implícito) de la jurisprudencia anterior del Tribunal europeo en los asuntos irlandeses para reconocer que “it is posible for a “public emergency” within the meaning of article 15 to continue for many years”⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ *Ibid*, p. 24.

⁴⁸⁶ TEDH, *A y otros c. Reino Unido*, § 177.

⁴⁸⁷ Opción judicial que ya había anticipado el TEDH en el asunto *Irlanda c. Reino Unido*, § 214. Pero el Tribunal matiza que “the Court is not precluded, however, from having regard to information which comes to light subsequently” (*Ibid*), refiriéndose a la sentencia *Vilvarajah et al c. Reino Unido* (TEDH, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, sentencia de 30 de octubre de 1991, Aps. nos. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, § 107(2)).

⁴⁸⁸ TEDH, *A y otros c. Reino Unido*, § 178.

⁴⁸⁹ *Ibid*. Vid. también ORÁA ORÁA, J.: *Human rights...*, *op. cit.*, p. 150.

Con ello no sólo se contradice lo que parece haberse sostenido por la doctrina y los órganos de supervisión internacionales respecto de las emergencias *en general*⁴⁹⁰, sino que se ignora el *principio de consistencia de la derogación*, fosilizado en el artículo 15(1) CEDH, que exige que las medidas derogatorias sean respetuosas con el resto de obligaciones que tienen los Estados partes en el Convenio en el resto del Derecho internacional, entre ellas el PIDCP. No está de más recordar igualmente que el artículo 53 CEDH aclara que ninguna de las disposiciones del CEDH “será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos (...) en cualquier otro convenio en que éste sea parte”.

Por si no fuera poco, el TEDH acepta dichas suspensiones *indefinidas* (1) cuando en el párrafo anterior el Tribunal había afirmado que valoraría la inminencia del peligro con las pruebas presentadas *en el momento de la declaración de la emergencia*; y (2) cuando en el fundamento jurídico posterior invita a los Estados a derogar derechos del Convenio para luchar contra Al-Qaeda⁴⁹¹. En otras palabras, exagerando el argumento, que una derogación declarada en diciembre de 2001 podría seguir siendo válida en diciembre de 2011 sobre la base *principal* de los elementos probatorios disponibles diez años antes.

Como parece difícil aceptar que ésta pueda ser la lectura que haya que extraer de la sentencia *A et al c. Reino Unido*, no es ocioso insistir en que el TEDH debió haber enfatizado la obligación de los Estados de justificar periódicamente la *continuidad* de la amenaza (y no el inicio); si no de manera positiva, es decir, probando cada vez la

⁴⁹⁰ Cfr. Informe QUESTIAUX, *Estudio de las consecuencias que para los derechos humanos tienen los recientes acontecimientos relacionados con las situaciones llamadas de estado de sitio o de excepción*, 27 de Julio de 1982, Doc. E/CN.4/sub.2/1982/15, p. 28 (Estados de emergencia permanentes), COSTAS TRASCASAS, M.; *Violencia interna...*, *op. cit.*, p. 295; ORÁA ORÁA, J.: *Human rights...*, *op. cit.*, p. 30 (la autora no lo menciona entre los elementos consuetudinarios del principio de proporcionalidad en su artículo “The protection of human rights...”, *loc. cit.*, p. 432); SALADO OSUNA, A.: *La pena de muerte...*, *op. cit.*, p. 252; SIEHR, A.: “Derogation measures...”, *loc. cit.*, p. 565, SVENSSON-MCCARTHY, A. L.: *The international...*, *op. cit.*, pp. 571-572 (respecto del PIDCP), 581-582 (respecto de la CADH); 610-612 (criticando la jurisprudencia del TEDH). No compartimos su conclusión de que “the mere fact that derogations have been in force for such a long period of time would seem to suggest that they have not been adequate in bringing an end to the crisis, and that, therefore, they cannot be considered to be strictly required by the exigencies of the situation”, pues nos parece excesivamente generalizante y, entre otros efectos inesperados, tiene como efecto colateral la justificación de medidas menos respetuosas con los derechos humanos (p. 612)).

⁴⁹¹ “While it is *striking* that the United Kingdom was the only Convention State to have lodged a derogation in response to the danger of Al-Qaeda, although other States were also the subject of threats, the Court *accepts* that it was for each Government, as the guardian of their own people’s safety, to make their own assessment on the basis of the facts known to them” (*Ibid*, p. 180, énfasis añadido). No es la primera vez que el TEDH indica con sutileza a un Estado que el camino a seguir es la derogación, ya lo hizo previamente en *Brogan c. Reino Unido*, sentencia de 29 de noviembre de 1988, Aps. nos. 11208/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85 (este aspecto es comentado en CRYSLER, E.: “Brannigan and McBride...”, *loc. cit.*, p. 611).

existencia de dicha amenaza, sí al menos de manera negativa: *id est*, justificando en la Comunicación que periódicamente se haga al Consejo de Europa que los nuevos elementos probatorios disponibles no refutan la necesidad de la emergencia.

Además, consideramos que el TEDH debió deslindar con claridad los conceptos de *estado de emergencia duradero* y *estado de emergencia permanente*, a fin de enviar un mensaje claro a los Estados de que la complejidad de una amenaza para la sociedad democrática no puede justificar la admisibilidad de estados de emergencia *de facto* interminables. Cierto, diferenciar entre ambos es complicado, pero no podemos llegar a otra conclusión. Y es que si algo nos ilustra el análisis sobre las sanciones Al-Qaeda/Talibanes es que hay que estar vigilantes ante los excesos originados por confundir lo *provisional* y lo *permanente*, tan fáciles de cometer cuando las amenazas son inesperadas y la presión social aumenta.

Al final la Gran Sala, por unanimidad y sin siquiera opiniones concordantes, acabó considerando que la derogación que el Reino Unido hizo del derecho a la libertad personal fue desproporcionada por discriminar entre nacionales y extranjeros⁴⁹², confirmando así la decisión previa de la *House of Lords*. Pero no puede pasarse por alto la relevancia de los desarrollos introducidos por el Tribunal en este caso. A ellas volveremos cuando nos ocupemos de la legalidad de las sanciones inteligentes a la luz del CEDH.

II. UNA NORMA CONSUECUDIARIA

Prosiguiendo nuestro análisis de las garantías judiciales “a la luz” de las diversas fuentes del Derecho internacional, un nuevo debate teórico-dogmático se nos ofrece a la vista.

Los decisivos acontecimientos que el mundo ha presenciado en la primera década del siglo XXI han tenido el efecto curioso de fomentar las discusiones sobre una de las instituciones más antiguas del Derecho internacional: la costumbre internacional. El problema de la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad ha incentivado el debate sobre los límites a su acción, pues si bien el artículo 103 de la Carta prescribe la primacía de las resoluciones sobre el resto de tratados, no está tan claro que dicha primacía se extienda automáticamente al derecho consuetudinario. En el Capítulo V tendremos la

⁴⁹² TEDH, *A y otros c. Reino Unido*, §§ 182-190.

oportunidad de extendernos sobre esta problemática. Lo importante ahora es recordar que, en virtud del principio de autonomía de las fuentes consagrado en la jurisprudencia de la CIJ⁴⁹³, una obligación consuetudinaria subsiste aunque su homóloga convencional sea inaplicable a una situación concreta, pues ambas son independientes, tienen vida propia. Incluso en su sentencia sobre la *Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio*, la CIJ hacía un guiño a las fuentes no convencionales al afirmar que los “principios” de la Convención discutida *in caso* son vinculantes para los Estados al margen del derecho convencional⁴⁹⁴.

Por ello no nos parece ocioso prestar la debida a la protección de las garantías judiciales por las fuentes no convencionales de Derecho internacional. Hace años que MERON⁴⁹⁵ publicó un autorizado estudio sobre la protección de los derechos humanos en derecho consuetudinario, que justificaba el enfoque adoptado bajo tres argumentos que siguen siendo aplicables en el contexto de la lucha contra el terrorismo de Al-Qaeda y los Talibanes. En primer lugar, todavía quedan Estados importantes, como China y Pakistán, que siguen fuera de la esfera del PIDCP. En segundo lugar, “sólo” son 113 los Estados partes en el Protocolo Opcional al PIDCP que establece el mecanismo de comunicaciones individuales al CDH (entre los cuales no se encuentran los EE.UU, China o Pakistán). Y por último, además, la ampliación de un derecho humano fuera de los corsés del derecho convencional refuerza su protección contra las derogaciones. Aunque sea necesario evaluar en qué medida estas mismas derogaciones forman parte *del derecho internacional general*, el argumento de que un determinado derecho humano no le es exigible a un Estado por el hecho de no ser parte en el Convenio relevante pierde todo su vigor.

⁴⁹³ CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Competencia del Tribunal y admisibilidad de la demanda, Sentencia de 26 de noviembre de 1984, *Recueil CIJ* 1984 p. 75, § 73. Ello implica asimismo ausencia de jerarquía entre fuentes, aunque algunos autores de renombre han defendido la existencia de una “cierta” jerarquía entre fuentes (*Cfr.*, p.e., CONFORTI, B.: “Cours général...”, *loc. cit.*, pp. 126-127).

⁴⁹⁴ CIJ, *Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, *Recueil CIJ* 1951, p. 23. A pesar del término “principios” –lo que parece remitir a los principios generales del derecho–, autores como CANÇADO TRINDADE han interpretado que este *dictum* se extiende igualmente al derecho consuetudinario (CANÇADO TRINDADE, A. A.: “La jurisprudencia de la Cour internationale de justice sur les droits intangibles”, en PRÉMONT, D.; STENERSEN, CH.; OSEREDCZUK, I.: *Droit intangibles et...*, *op. cit.*, p. 65).

⁴⁹⁵ MERON, T.: *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford, New York, 1989, pp. 89-90.

La tarea de identificar con precisión qué derechos humanos forman parte del derecho consuetudinario no es sencilla⁴⁹⁶. Es más, uno podría argumentar perfectamente que la expresión “contenido preciso del derecho consuetudinario” es un oxímoron, una expresión contradictoria en sí misma. Ello es así especialmente cuando nos referimos a la “nueva” costumbre, la que no sigue los caminos tradicionales de la “vieja” costumbre; aquella que vio la luz en la jurisprudencia de la CIJ a partir de Nicaragua⁴⁹⁷, la costumbre “salvaje” de R. J. DUPUY⁴⁹⁸. Como ABI-SAAB ha explicado con maestría, “il ne s’agit plus, même a titre subsidiaire, de servir de source matérielle, de trouver et de développer le contenu de la règle, ce qui est et reste la fonction première et primordiale de la coutume traditionnelle. Ce contenu est déjà préparé avec le plus grand soin et dans les plus petits détails avant que la coutume n’entre en scène”⁴⁹⁹.

En decir, que esta costumbre, cuya expresión paradigmática la constituyen las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas como evidencia de la *opinio iuris* generalizada, se limita a suplir las carencias jurídicas de los procesos tradicionales de adhesión a los convenios multilaterales, tan dependientes de los vaivenes de la voluntad política de los Estados. Su función no es tanto determinativa del contenido de la norma,

⁴⁹⁶ CARRILLO-SALCEDO, J. A.: *Soberanía de los Estados...*, *op. cit.*, p. 142. A pesar de ello, “the vast majority of States and authoritative writers would now recognize that the fundamental principles of human rights form part of customary or general international law, although they would not necessarily agree on the identity of the fundamental principles” (BROWNLIE, I.: *General Principles...*, *op. cit.*, p. 537). Añade el autor como elemento probatorio las siguientes palabras del Apartado VII de la *Declaración sobre los Principios que Rigen las Relaciones entre los Estados Participantes* insertada en el Acta Final de Helsinki de 1975: “En el campo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, los Estados participantes actuarán de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y con la Declaración Universal de Derechos Humanos. Cumplirán también sus obligaciones tal como han sido definidas en los pertinentes acuerdos y declaraciones internacionales en este terreno, incluyendo entre otros los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, por los que puedan ser obligados” (p. 5 del Acta). Por su parte, VERHOEVEN puntualiza respecto de los derechos humanos que “Ce qui est coutumier, est toutefois un énoncé normatif commun plus que l’interprétation souvent plus « contingente » qui lui est donnée ici ou là” (“Considérations sur ce qui...”, *loc. cit.*, p. 250).

⁴⁹⁷ Con antecedentes en la jurisprudencia de los Tribunales militares de Nuremberg y Tokio, en los casos *Trial of German Major War Criminals*, 1946, Cmd. 6964, Misc. No. 12, p. 65; y *re Hirota (Annual Digest*, n° 15, p. 356, § 366) (Cfr. MERON, T.: *Human rights and humanitarian...*, *op. cit.*, pp. 37-41).

⁴⁹⁸ DUPUY, R.-J.: “Coutume sage et coutume sauvage” en VV.AA.: *La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, 1974, pp. 75 y ss.

⁴⁹⁹ ABI-SAAB, G.: “Cours général...”, *loc. cit.*, p. 178.

pues más bien se limita a adherir sujetos a la obligación preestablecida⁵⁰⁰; de ahí la hipertrofia de la *opinio iuris* en detrimento del elemento de la práctica estatal⁵⁰¹.

En este contexto, determinar los elementos concretos de las garantías judiciales que han dado el salto consuetudinario era y sigue siendo una tarea compleja, no tanto por la falta de criterios – más bien todo lo contrario-, sino por el hecho de que la aceptación de muchos de ellos supone el fin de la costumbre internacional “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”⁵⁰². Un camino que ofrece ciertas garantías es seguir los “indicadores preferidos” de MERON, quien, por cierto, extiende la lista de derechos humanos consuetudinarios del *Restatement of the Law of Nations* del *American Law Institute* al “núcleo de un número de garantías del debido proceso”⁵⁰³. Entre ellos, destacaremos aquí la repetición de todos o parte de los elementos de un derecho en los tratados internacionales sobre derechos humanos, criterio al que ya hicimos referencia en el apartado anterior. Y es que de lo expuesto con anterioridad en este Capítulo es posible

⁵⁰⁰ *Ibid*, p. 179.

⁵⁰¹ CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Sentencia de 27 de junio de 1986 (fondo), *Recueil CIJ* 1986, § 186. El TEDH ha llegado incluso a deducir la existencia de una norma consuetudinaria de un art. 11 del Proyecto de la CDI de 1991 sobre Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, relativo a las excepciones a la inmunidad en las relaciones laborales con el personal de las embajadas, *incluso* aunque no fuera aprobado como tal por los Estados en el art. 11 de la Convención de 2004 (TEDH, *Cudak c. Lituania*, §§ 65 y ss.). Ahora bien, esta tendencia no tiene por qué ser unidireccional. Así, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano, presidida por el Juez CASSESE (ponente), ha seguido recientemente el camino inverso y ha deducido la existencia de una norma consuetudinaria de una práctica forense a la que no se han opuesto Estados, *actores no estatales* y otras partes interesadas, deduciendo de dicha práctica el elemento espiritual de la práctica: “The extensive practice of international courts and tribunals to make use of their inherent powers and the lack of any objection by States, non-state actors or other interested parties evince the existence of a general rule of international law granting such inherent jurisdiction. The combination of a string of decisions in this field, coupled with the implicit acceptance or acquiescence of all the international subjects concerned, clearly indicates the existence of the practice and *opinio juris* necessary for holding that a customary rule of international law has evolved” (TEL, *Jamil El Sayed*, CH/AC/2002/2, 10 de noviembre de 2010, § 47).

⁵⁰² La lista de elementos más exhaustiva la encontramos en el *Restatement on the Law: Foreign Relation Law of the United States* (1987) del *American Law Institute* “virtually universal adherence to the United Nations Charter and its human rights provisions, virtually universal and frequently reiterated acceptance of the Universal Declaration of Human Rights, even in only in principle; virtually universal participation of States in the preparation and adoption of International agreements recognizing human rights principles generally or particular rights; the adoption of human rights principles by States in certain regional organizations, general support by States for UN resolutions declaring, recognizing, invoking, and applying international human rights principles declared by international bodies; the incorporation of human rights provisions, directly or by reference in national constitutions and laws; invocation of human rights principles in national policy, in diplomatic practice, in international organization activities and actions; and other diplomatic Communications or action by States reflecting the view that certain practices violation international human rights law, including condemnation and other adverse State reactions to violations by other States” (AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement on the Law: Foreign Relation Law of the United States*, Vol. 2, ALIP, Saint Louis (Minnesota), 1987, § 701, p. 154.

⁵⁰³ MERON, T.: *Human rights and humanitarian... op. cit.*, p. 94-96 (“the core of a number of due process guarantees have a strong Chaim to customary status”, p. 96).

deducir que *al menos* el derecho de acceso a un tribunal provisto de las garantías esenciales de competencia, independencia e imparcialidad para la determinación de acusaciones de carácter penal o la resolución de disputas civiles es un requisito básico de naturaleza consuetudinaria.

Algo parecido puede predicarse de los derechos a que la acusación sea comunicada en el menor tiempo posible, a la presunción de inocencia en los procesos penales, a la publicidad de los procesos en general, a la ayuda de un intérprete, a la asistencia de un abogado, a interrogar testigos, al juicio en un plazo razonable y a recurrir la sentencia condenatoria frente a otra instancia judicial⁵⁰⁴. Aunque es evidente que algunos de estos elementos admiten restricciones en ciertas situaciones⁵⁰⁵, no es menos cierto que la posibilidad de aplicar éstas no puede valorarse como un elemento negador del carácter consuetudinario de un derecho humano. El derecho a la vida también admite restricciones en ciertas situaciones, y no por ello se le niega estatus consuetudinario⁵⁰⁶.

Junto a esta repetición en los textos internacionales, existen otras numerosas fuentes documentales, declaraciones y recomendaciones que acuden en apoyo de nuestra conclusión. La cantidad puede importar, incluso cuando se habla de *soft law*, sobre todo cuando esas fuentes documentales gozan de gran aceptación entre los Estados o de enorme prestigio en la comunidad científica⁵⁰⁷. Es el lado positivo de la hiperinflación de estándares a la que hacíamos mención al comenzar este Capítulo. Intentaremos ser muy selectivos para no entretenernos en una lista innecesariamente larga de referencias.

En primer lugar, los elementos básicos de las garantías judiciales arriba mencionados aparecen con mayor o menos profusión en una gran parte de las Constituciones de los Estados del mundo⁵⁰⁸. Es ésta una fuente de gran relevancia a la que

⁵⁰⁴ Aunque ZIMMERMANN restringe la lista a la “prohibition of *ex post facto* laws, the right to be informed about the charges of the possibility of a court to control that the detainee is alive and not subjected to inhuman treatment”, esta lista nos parece excesivamente restrictiva (ZIMMERMANN, A.: “The right...”, *loc. cit.*, p. 762).

⁵⁰⁵ *Vid.* Cap. IV, § III.

⁵⁰⁶ MELZER, N.: *Targeted killing...*, *op. cit.*, pp. 180 y ss.

⁵⁰⁷ La cantidad no tiene un “incantatory effect”, pues “the accumulation of nonlaw or prelaw is no more sufficient to create law than is thrice nothing to make something” (WEIL, P.: “Towards normative...”, *loc. cit.*, p. 417).

⁵⁰⁸ El análisis más completo que hemos encontrado al respecto se encuentra en JAYAWICKRAMA, N.: *The judicial application of human rights law. National, regional and International jurisprudence*, CUP, New York, 2002, pp. 478-526). Posteriormente volveremos a esta obra.

haremos referencia más tarde cuando nos refiramos a los principios generales del derecho, por lo que al siguiente apartado nos remitimos.

En clave internacional, hay que resaltar el inabarcable trabajo que en materia de respeto de las garantías judiciales se ha venido realizando en el seno de la extinta Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para la adopción de estándares y la supervisión de violaciones por parte de los Estados. Por un lado, el trabajo de algunos Relatores Especiales ha concentrado su labor en supervisar el nivel de protección de las garantías judiciales en el marco de las situaciones para las que han sido nombrados; por ejemplo, en la protección de los derechos humanos durante los estados de emergencia⁵⁰⁹, en las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias⁵¹⁰ o en la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo⁵¹¹. Existe igualmente también un Relator Especial sobre la Independencia de Jueces y Magistrados⁵¹². Del trabajo realizado en el seno de la Subcomisión de Derechos Humanos destacaremos por su extensión el que a finales de la década de los ochenta del siglo iniciaron dos Relatores Especiales, CHERNICHENKO y TREAT, nombrados con el fin de elaborar un estudio detallado de la normativa internacional en materia de reconocimiento de las garantías judiciales. El resultado final fueron cuatro informes y un documento final (que contenía un completo resumen de los anteriores informes) que sintetizaban y sistematizaban la ya importante labor de estandarización

⁵⁰⁹ Especialmente relevante a este respecto es el ya citado informe de NICOLE QUESTIAUX, *Estudio de las consecuencias que para los derechos humanos tienen los recientes acontecimientos relacionados con las situaciones llamadas de estado de sitio o de excepción*.

⁵¹⁰ Cargo ocupado por el Relator Especial PHILIP ALSTON. Sus informes se encuentran disponibles en <http://www2.ohchr.org/english/issues/executions/index.htm>, visitado por última vez el 30 de mayo de 2010.

⁵¹¹ Puesto ocupado por el actualmente Profesor en el Instituto Universitario de Estudios Europeos, MARTIN SCHEININ, algunos de cuyos informes ya hemos analizado aquí. Todos ellos se encuentran disponibles en <http://www2.ohchr.org/english/issues/terrorism/rapporteur/srchr.htm>, visitado por última vez el 30 de mayo de 2010. Sin perjuicio de otros documentos a los que nos referiremos en este trabajo, podemos referirnos al Documento elaborado el 22 de diciembre de 2010 que sintetiza las diez mejores prácticas en materia de lucha contra el terrorismo, y que abunda en referencias a la necesidad de un control judicial de las medidas adoptadas por los Estados (A/HRC/16/51, de 22 de diciembre de 2010).

También merece una referencia específica el Cuarto Informe, monográfico sobre las garantías judiciales en materia de lucha contra el terrorismo. El Informe abunda en el carácter consuetudinario de este derecho, y en la imposibilidad de suspender sus elementos básicos durante los períodos de emergencia. (A/63/223, de 6 de agosto de 2008, §§ 7 y ss.).

⁵¹² El 30 de julio de 1993 fue presentado ante la Subcomisión de Derechos Humanos el *informe final sobre la independencia de la judicatura y la protección de los abogados en ejercicio* (Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/25). El informe daba cuenta de numerosas prácticas positivas de los Estados y otras tendencias restrictivas de la independencia de jueces y abogados. Como consecuencia, la resolución 1994/41 de 4 de marzo de 1994 decidía crear un puesto de Relator Especial temático sobre la independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y asesores y la independencia de los abogados, cargo ocupado desde agosto de 2009 por la brasileña GABRIELA CARINA KNAUL DE ALBUQUERQUE E SILVA.

internacional que se había venido elaborando en el ámbito de los procedimientos convencionales y extraconvencionales. Uno de los resultados de este documento fue precisamente la elaboración del examinado Proyecto de Tercer Protocolo Facultativo al PIDCP⁵¹³.

Para finalizar, habremos de hacer referencia a la larga lista de estándares elaborados en el seno de Naciones Unidas por Grupos de Trabajo, conferencias internacionales de expertos u órganos plenarios, muchas de las cuales adaptan las normas existentes en DIDH a situaciones particulares: Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura⁵¹⁴; Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias⁵¹⁵; Principios básicos sobre la función de los abogados⁵¹⁶; las Directrices sobre la función de los fiscales⁵¹⁷; el Conjunto de principios de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión⁵¹⁸; o las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (reglas de Beijing)⁵¹⁹.

A ellas hay que añadir las diversas recopilaciones de estándares mínimos de humanidad que desde principios de los años ochenta del siglo pasado se fueron elaborando por parte de diversos grupos de expertos; sobre todo, los “Principios de Siracusa”⁵²⁰ y los

⁵¹³ *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos. El derecho a un juicio imparcial: reconocimiento actual y medidas necesarias para su consolidación. Informe final preparado por el Sr. Stanislav Chernichenko y el Sr. William Treat, Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/24 de 3 de junio de 1994. Otro informe de referencia es el elaborado más recientemente por el Relator Especial de la Subcomisión EMMANUEL DECAUX titulado *La administración de justicia por los tribunales militares*”, E/CN.4/2006/58, de 13 de enero de 2006, que recoge una lista de principios acogido favorablemente por la Subcomisión.*

⁵¹⁴ Aprobados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 y 40/146, de 29 de noviembre y 13 de diciembre de 1985, respectivamente.

⁵¹⁵ Aprobados por el Consejo Económico y Social en su resolución 1989/65 de 24 de mayo de 1989

⁵¹⁶ Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990

⁵¹⁷ Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente Celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

⁵¹⁸ Resolución 43/173 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988.

⁵¹⁹ Aprobados por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 29 de noviembre de 1985. La lista no es exhaustiva. Una buena recopilación de normas de *hard* y de *soft law* (precedida de un pedagógico estudio preliminar) la encontramos en PÁSARA, L.: *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador-ACNUDH, Quito, 2008.

⁵²⁰ *Siracusa Principles of the limitation and derogation provision in the International Covenant on Civil and Political Rights*, aprobados por la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984), 28 de septiembre de 1984; principios n° 38, 59, 67 70.

“Estándares Mínimos de París sobre las Normas de Derechos Humanos en Situaciones de Emergencia”⁵²¹, ninguno de los cuales llegó a ver la luz nunca en forma de Convenio. Otro de ellos, la “Declaración de Turku”, tuvo aspiraciones serias de franquear la barrera de la normatividad, pero nunca consiguió superar el debate en la extinta Comisión de Derechos Humanos⁵²². Todos estos códigos mínimos consideraban inderogables las garantías básicas

⁵²¹ *Paris Minimum Standards on Human Rights norms in a State of Emergency*, Asociación Jurídica Internacional, Report of the Sixty-first Conference (1984).

⁵²² La Declaración de Turku es el resultado sobre todo de la persistencia de THEODOR MERON, que llevaba años mostrando lo que la doctrina ha acabado denominando el “Meron gap”, es decir, la falla existente en el derecho internacional en aquellas situaciones que, sin llegar al nivel de conflicto armado por no cumplir los requisitos del artículo 3 (no enunciados por esta disposición), ni del artículo 1(4) del Protocolo Adicional II (para los Estados que sean parte); sí que concentran un nivel tan elevado de violencia que la simple aplicación de los estándares normales del DIDH no es adecuada (Cfr. MERON, T.: “Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife”, *AJIL*, Vol. 78, Nº 4, Oct., 1984, pp. 859 y ss.; *Human Rights...*, *op. cit.*). Concebida como texto de *soft law* que debía servir de referencia para todos los actores implicados en todo tipo de situaciones de violencia, intentó codificar de manera sistemática y completa una lista de estándares mínimos más amplia que la de las listas de derechos inderogables de los textos convenciones de derechos humanos, añadiendo además garantías propias del DIH sobre la conducta de hostilidades y la intervención de los actores humanitarios. El texto no pretendía en ningún momento crear derecho nuevo, sino sistematizar el existente. La versión definitiva del texto data del 31 de enero de 1995, debido a que sufrió una serie de reformas emitidas por ciertos Estados de la Comisión de Derechos Humanos de NN.UU., a fin de incluir sobre todo disposiciones sobre la responsabilidad penal individual (art. 19) a la vista de los conflictos de Liberia o Ruanda (VID. la presentación a la comunidad científica en EIDE, A.; ROSAS, A.; MERON, T.: “Combating lawlessness in gary zone conflict through minimum humanitarian standards”, *AJIL*, vol. 89, nº 1, 1995, pp. 215 y ss.).

El texto fue considerado por la Comisión hasta el año 2003, fecha en la que desapareció de la agenda. La explicación hay que buscarla en los desarrollos del derecho penal internacional, la aprobación por el Comité de Derechos Humanos del PIDCP de la Observación General nº 29 sobre los estados de emergencia, la publicación del Estudio del CICR sobre el derecho humanitario consuetudinario o el aumento del número de ratificaciones de los textos internacionales de derechos humanos. También son relevantes los desarrollos normativos en materia de responsabilidad internacional del Estado por violaciones graves de obligaciones derivadas del DIDH o el DIH, pues como afirma el Juez SIMMA en su opinión individual en el asunto de las *Actividades armadas sobre el territorio de la República Democrática del Congo*, “l’essentiel des obligations découlant des règles du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l’homme est valable *erga omnes*” (sentencia de 19 de diciembre de 2005, opinión individual del Juez Simma, *Recueil CIJ 2005*, p. 39). Todos estos acontecimientos han disminuido su importancia y han evitado su evolución hacia un tratado internacional.

Además, se considera que existe el riesgo de que los Estados, al guiarse exclusivamente por este texto de estándares mínimos, no consideren aplicables el *resto* de garantías en caso de violencia interna (derechos económicos y sociales, libertad de prensa, derecho a un recurso efectivo, etc.) La Declaración ha sido recientemente estudiada en profundidad por COSTAS TRASCASAS, M.: *Violencia interna...*, *op. cit.*, pp. 495 y ss. Cfr. también CICR-Institut International de droit humanitaire de San Remo: *Droit international humanitaire et autres régimes juridiques: interaction dans les situations de violence*, XXVIIème table ronde sur les problèmes actuels du droit international humanitaire, Nov. 1993; disponible en www.icrc.org/.../Interplay_other_regimes_Nov_2003_fre.pdf, visitado por última vez el 14 de marzo de 2010; HARROF-TAVEL, M.: “La acción del Comité Internacional de la Cruz Roja ante las situaciones de violencia interna”, *RICR*, nº 117, mayo-junio de 1993, pp. 199 y ss.; MONTAZ, D.: “Las normas humanitarias mínimas aplicables en período de disturbios y tensiones interiores”, *RICR*, nº 147, septiembre de 1998, pp. 493 y ss.; SCHEININ, M.: “Turku/Åbo Declaration of Minimum Humanitarian standards”, *Workshop: Standard-setting: Lessons Learned for the Future Geneva, 13-14 February 2005 of the International Council on Human Rights Policy and the International Commission of Jurists*, disponible en www.ichrp.org/.../120B_-_Turku-Abo_Declaration_of_Minimum_Humanitarian_Standards_Scheinin_Martin_2005.pdf, visitado por última vez el 12 de febrero de 2010; SVENSSON-MCCARTHY, A.-L.:

de acceso a la justicia y el debido proceso. También encontramos relevante el informe de la Comisión Internacional de Juristas de 1962 titulado “Executive action and the rule of law” en tanto que documento autorizado que establece principios fundamentales para un juicio imparcial en las causas administrativas, entre ellos el requisito de una adecuada notificación de los interesados⁵²³.

En realidad, es tan abundante la cantidad de fuentes que apuntan a la existencia de una *opinio iuris* generalizada⁵²⁴ que exige el respeto de este derecho que a nuestro juicio resulta más interesante centrarse en el contenido y límites de la facultad que ofrece el derecho consuetudinario a los Estados de derogarlo en situaciones de emergencia que seguir ampliando la interminable lista de pruebas que justifican su estatus.

III. UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO RECONOCIDO POR LAS NACIONES CIVILIZADAS

III.1. ¿Por qué esta fuente “subsidiaria”? Interrogantes técnicos sobre la costumbre en materia de derechos humanos

Acudir a la costumbre como “prueba”⁵²⁵ de una práctica generalmente aceptada por los Estados como derecho no deja de ser un método controvertido para determinar el estatus de un derecho humano en derecho internacional general. En primer lugar, se afirma que la naturaleza de las obligaciones plantea problemas en relación con los modos tradicionales para determinar cuál es la práctica de los Estados. Dos variantes del mismo argumento pueden ser presentadas aquí como dos caras de la misma moneda: la primera considera que la “práctica” a la que se refiere el artículo 38(1)(b) del Estatuto de la CIJ fue

“Minimum standards: from Cape Town towards the future”, *Review of the International Commission of Jurists*, n° 53/199, 1994, pp. 1 y ss.

⁵²³ CionIJ: *Executive action and the rule of law*, A report on the proceedings of the International Congress of Jurists, Rio de Janeiro, 1962, pub. en Ginebra, p. 31 y ss.

⁵²⁴ No hemos hecho referencia a las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos que recuerdan con mucha claridad “en la lucha contra el terrorismo, respeten el derecho a la igualdad ante los tribunales y a un juicio imparcial, según lo establecido en el derecho internacional, particularmente en las disposiciones internacionales de derechos humanos, como el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en su caso, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados” (Cfr. p.e. Doc. A/HRC/13/L.20, de 19 de marzo de 2010; Doc. A/HRC/RES/13/26, de 15 de abril de 2010, §§ 8 y 9, respectivamente).

⁵²⁵ El término “prueba” es severamente criticado por ABI-SAAB en su curso de la Haya (ABI-SAAB, G.: “Cours général...”, *loc. cit.*, p. 175).

pensada en tanto que conjunto de relaciones recíprocas (bilaterales o multilaterales) en los que los sujetos protagonistas son los Estados, y no en tanto que serie de declaraciones y compromisos pseudojurídicos adquiridos por estos en el seno de organizaciones internacionales⁵²⁶. La segunda pone el énfasis en las constantes violaciones de los derechos humanos por parte de los Estados en tanto que obligaciones primordialmente “Estado-individuo”, y lo irreal que resulta aplicarles el criterio de la uniformidad de la práctica en el sentido de la clásica jurisprudencia de la CIJ en el *asunto angloruego de pesquerías*⁵²⁷ para determinar el estatus jurídico de las normas sobre derechos humanos.

Como respuesta a este tipo de consideraciones, la CIJ alteró los parámetros de determinación de la existencia de normas consuetudinarias a partir de la jurisprudencia *Nicaragua*⁵²⁸, enfatizando el elemento de la *opinio iuris*. Con esta referencia hemos partido en el análisis del Capítulo anterior. El argumento fue utilizado al mismo tiempo por algunos influyentes autores de la doctrina anglosajona para aplicarlo al ámbito de los derechos humanos; sobre todo, por SCHACHTER y MERON⁵²⁹. El origen de esta doctrina no es casual, pues en parte puede ser explicado por la necesidad de los juristas estadounidenses –especialmente los abogados- de acudir a las fuentes no convencionales para justificar las obligaciones jurídico-internacionales de su Estado, a la vista de su reticencia a adherirse a importantes tratados de derecho internacional humanitario y derechos humanos, y así asentar doctrinalmente lo que un Tribunal de Distrito ya había anticipado en la celebrada sentencia *Filartiga c. Peña Irala*⁵³⁰.

⁵²⁶ SIMMA, B.; ALSTON, P.: “The sources of...”, *loc. cit.*, pp. 88-89. SIMMA desarrollaría más tarde estas opiniones en su ineludible Curso de la Academia de Derecho Europeo de Florencia, donde criticando las tesis “denaturalizadoras” de la costumbre internacional, reiteró su clara preferencia por la aproximación no convencional a los derechos humanos basada en los principios generales del derecho (SIMMA, B.: “International human rights law and general international law”, *RCADE*, 1993, Vol. IV-2, pp. 213 y ss.; especialmente pp. 224 y ss.).

⁵²⁷ “Ninguna oposición” a la norma consuetudinaria en formación: CIJ, *asunto angloruego de pesquerías* (Reino Unido c. Noruega), sentencia de 18 de diciembre de 1951, *Recueil CIJ 1951*, p. 138.

⁵²⁸ CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Fondo), §§ 185-188. Más tarde, *Legalidad del uso por un Estado de Armas Nucleares en conflicto armado* (AG), opinión consultiva de 8 de julio de 1996, *Recueil CIJ 1996*, § 70; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva de 9 de julio de 2004, *Recueil CIJ 2004*, § 87.

⁵²⁹ MERON, T.: *Human rights...*, *op. cit.*, pp. 107 y ss; SCHACHTER, O.: “International law...”, *loc. cit.*, pp. 334-336.

⁵³⁰ United States Court of Appeals, Second Circuit, No. 191, *Dolly M. E. Filartiga and Joel Filartiga v. Americo Norberto Peña-Irala*, Docket 79-6090, 30 de junio de 1980, *in fine*. A día de hoy, los Estados Unidos siguen sin ser parte en Convenios de tanta aceptación como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1966 o la Convención sobre los derechos del Niño de

Las críticas a esta estrategia no tardaron en llegar. Precisamente en una recensión de la ya citada obra de MERON, KOSKENNIEMI mostraba sus dudas sobre la opción metodológica del Profesor polaco. El motivo eran los riesgos de envolver a los especialistas de derechos humanos en “analytic discussions whose one social function is the legitimation of oppressive practices through the strategy of the exception: once you define a right, you delimit it. And once you delimit it, you offer a formally valid argument for someone to deny that right”⁵³¹. Al mismo tiempo, el autor finés intuía que la argumentación de MERON se basaba más en el convencimiento personal que en el uso riguroso de pruebas que justifiquen sus posiciones⁵³².

Esta última consideración nos parece especialmente interesante, pues aún a lo esencial de las críticas al método deductivo utilizado por la CIJ en *Nicaragua/Armas nucleares/Muro en Palestina* para determinar la existencia de normas consuetudinarias. Así, a no ser que uno consiga defender con cierta habilidad que la manera en que se adoptan las resoluciones de las organizaciones internacionales es una síntesis de la práctica de los Estados⁵³³, el método de determinación de la costumbre basado en la *opinio iuris* seguirá siendo cuestionado como poco riguroso a la luz del positivismo voluntarista que lo

1989. Human Rights Watch mantiene actualizado un análisis de la adhesión de los EE.UU. a los Convenios internacionales sobre derechos humanos.

⁵³¹ KOSKENNIEMI, M.: “The pull of the mainstream”, *Michigan Law Review*, vol. 88, 1990, p. 1251.

⁵³² *Ibid*, p. 1254.

⁵³³ *Cfr.* por ejemplo la propuesta de ABI-SAAB en su Curso de la Haya. Dicha propuesta se basa en el análisis de la normatividad de las resoluciones de la Asamblea General siguiendo un método behaviourista que analiza tres elementos: el grado de consenso que aún a la resolución y que se deduce de las circunstancias de la adopción; el grado de “concretización” y de “especificidad de su contenido normativo” (requisito que ya se encontraba en la jurisprudencia de la CIJ para que la disposición de un tratado pueda tener efecto generador de una norma consuetudinaria, *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte* (RFA contra Dinamarca/RFA contra Países Bajos, sentencia de 20 de febrero de 1969, *Recueil CIJ 1969*, § 73) y su seguimiento institucional. A juicio del Profesor egipcio, “les trois indices susmentionnés, quand ils convergent et se trouvent réalisés à un haut degré dans une résolution, favorisent, au sens qu'ils rendent plus probable, le respect du contenu normatif de la résolution. En d'autres termes, ils favorisent sa transformation en norme effective de comportement et, partant, l'émergence d'un sentiment d'obligation, c'est-à-dire l'apparition des deux éléments constitutifs de la coutume” (“Cours général...”, *loc. cit.*, p. 164. Para una crítica de este argumento, *Vid.* KOSKENNIEMI, M.: “Repetition as reform: Georges Abi-Saab's cours général de droit international public”, *EJIL*, Vol. 9, n° 2, 1998, esp. p. 409).

Por su parte, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ se centra en el elemento de la actitud del Estado como elemento para determinar la normatividad consuetudinaria de la resolución de la Asamblea General, ponderando aspectos como el procedimiento o modo de adopción («la mayoría es un dato esencial»); el contenido o la materia de la resolución; la intención de los Estados a la hora de adoptar la resolución y la práctica subsiguiente en relación con la resolución. Ciertamente, estos aspectos plantean perspectivas similares –aunque no idénticas– a las del autor egipcio. *Vid.* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.: *La interpretación de las normas internacionales*, Aranzadi, Madrid, 1996, pp. 121-149.

concibió⁵³⁴. Muy significativo de ello es que un jusnaturalista como CANÇADO TRINDADE reconozca que “the classic theory of the “formal” sources, for example, did not take fully into due account the considerable normative production emanated from international organizations”, y que “the category of resolutions of international organizations does rank among the formal “sources” of contemporary International Law”⁵³⁵.

Aunque a menudo se le reconozca carácter consuetudinario a toda la DUDH, quizás resulte metodológicamente más sencillo acudir a la fuente menos positivista del Estatuto de la CIJ⁵³⁶, los principios generales del derecho, a fin de apuntalar *mejor* el estatus jurídico-internacional de las garantías judiciales en derecho internacional. Es cierto que existe una clara reticencia a referirse a esta fuente dado su carácter “general” o “abstracto”, lo que la aleja de los ámbitos diplomáticos e incluso la margina de los procesos judiciales internacionales. Sin embargo, las oportunidades que esta fuente formal ofrece para inspirarse en el derecho de los Estados pueden suponer un baluarte para el progreso material de la protección de los derechos humanos⁵³⁷, convergiendo pues rigor técnico-científico, universalidad y legítimo interés en la protección de los derechos humanos⁵³⁸. A

⁵³⁴ Aunque anotando la opinión de NGUYEN QUOC, D.; DAILLIER, P.; PELLET, A.: *Droit international*, 8ème Ed., LGDJ, Paris, 2008, pp. 362-363), la “crisis consuetudinaria” es más bien un “syntôme de l’ambiguïté de l’expression de la volonté des États: elle oblige à accorder une grande attention aux circonstances qui ont entouré l’adoption des règles nouvelles”.

⁵³⁵ CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Cours général... », *loc. cit.*, pgs. 170-171 y 168.

⁵³⁶ Como ya afirmara hace tiempo el Juez TANAKA en su Opinión disidente en el *Asunto del Sudoeste Africano*, “il est indéniable que certains éléments relevant du droit naturel sont inhérents à l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut. Cette disposition élargit le concept de source du droit international et va au-delà des limites du positivisme juridique d'après lequel, les Etats n'étant liés que de leur propre gré, le droit international ne peut être que le produit du consentement des Etats et des restrictions qu'ils s'imposent à eux-mêmes” (Opinión disidente del Juez TANAKA, CIJ, *Asunto del Sudoeste Africano*, (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica), sentencia 18 de julio de 1966, (segunda fase), *Recueil CIJ 1966*, p. 298). Sobre esta opinión disidente, *Vid.* BEDI, S. RS.: *The development of human rights law by the Judges of the International Court of Justice*, Oxford-Portland, Oregon, 2007, pp. 126-142, vinculando la opinión con la escuela del derecho natural y encontrándole grandes similitudes con la obra de RONALD DWORKIN. *Cfr.* también CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía de los Estados...*, *op. cit.*, pp. 146-147; y TRUYOL Y SERRA, A.: “Théorie générale...”, *loc. cit.*, p. 138, donde afirma que “les principes généraux du droit constituent le point qui unit le droit naturel pur et le pur droit positif”.

Para una concepción no positivista de los principios generales del derecho pero alejada del jusnaturalismo, *cfr.* p.e. LE FUR: “Règles générales...”, *loc. cit.*, pp. 199 y ss.

⁵³⁷ SIMMA, B.: “International human rights...”, *loc. cit.*, p. 227: “at a certain stage of the law-making process, this international community regards all States as legally bound, irrespective of any individual manifestation of consent or tacit acceptance”. De ello deduce que “in the development of human rights, law principles have always preceded practice” (*ibid.*, p. 229). Dubitativo sobre los resultados de una aplicación rigurosa de esta técnica se manifiesta PELLET. De acuerdo con el autor francés, « la boucle est bouclée: nos auteurs ont, ce faisant, réinventé une coutume sans pratique, ou des principes généraux de droit sans reconnaissance par les droits internes » (« Droit-de-l’homme... », *loc. cit.*, p. 6).

⁵³⁸ Ch. DE VISSCHER apuntaba en su *opera magna* que la CIJ “would probably rely in effect only on principles which are too universally recognized to give grounds for any complaint of subjectivity”

fin de cuentas, los principios generales del derecho constituyen una herramienta idónea para posibilitar el desarrollo del Derecho internacional⁵³⁹, y como vimos anteriormente era precisamente para esto último para lo que se acudió a la costumbre en el ámbito de los derechos humanos⁵⁴⁰.

Una vez más habremos de buscar apoyo en las autoridades doctrinales, pues el proceso de determinación de la existencia de un principio general del derecho entre las “naciones civilizadas” no está carente de complejidades. Y es que, como afirma P.M. DUPUY, no es necesario analizar *todos* los sistemas jurídicos existentes, pues “c’est dans les traditions juridiques des principaux systèmes de droit que sont recherchés les principes généraux de droit. Le juge ou l’arbitre international se mue alors en comparatiste”⁵⁴¹. En el ámbito de los derechos humanos la tarea es más sencilla. Como ya afirmara hace tiempo el Juez TANAKA en su conocida Opinión disidente en el *Asunto del Sudoeste Africano*, la universalidad de los derechos humanos, reconocida en los principales textos internacionales al uso, distingue a estos de las instituciones de derecho privado en tanto

(VISSCHER, CH. DE: *International law...*, *op. cit.*, p. 357). Como intentaremos mostrar, el derecho a un proceso con todas garantías reúne esta condición (*Contra*, PELLET, A. “Droit-de-l’homme...”, *loc. cit.*, p. 6).

⁵³⁹ KOLB, R.: *Interprétation et création en droit international. Esquisse d’une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 241. Dejando aparte el ordenamiento jurídico europeo como orden autónomo del derecho internacional, parecen ser principalmente el proceso internacional, el derecho penal internacional y el derecho internacional económico los principales beneficiados por el recurso a esta fuente (BROWNLIE, I.: *Principles...*, *op. cit.*, p. 18 (respecto del proceso); DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 123; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 13ª Ed., 2010, Tecnos, Madrid, pp. 40-42; REMIRO BROTONS, A. *et al: Derecho...*, *op. cit.*, p. 206; SORENSEN, M.: « Principes généraux de droit international public. Cours général », *RCADI*, Vol. 101, 1960, p. 19 y 23 y ss –respecto del desarrollo de las normas de funcionamiento interno de las organizaciones internacionales-; VISSCHER, CH. DE: *International law...*, *op. cit.*, pp. 358-359 –respecto de algunas normas internas de interpretación contractual-). Para una sintética lista de principios, *cfr.* QUOC DINH, N.; DAILLIER, P.; FORTHEAU, M.; PELLET, A.: *Droit international...*, *op. cit.*, pp. 385-386).

No está de más referirse a la síntesis que CHEN realiza de las funciones de los principios generales del derecho: (1) son fuente de varias normas de derecho, que no son sino la mera expresión del principio general (2) constituyen los principios directores del orden jurídico que orientan la interpretación y aplicación de la norma [aquí habrá que incluir su desarrollo] y (3) evitan el *non liquet* (CHEN, B.: *General principles of law as applied by International Courts and tribunales*, Cambridge-Grotius, 1987, p. 390. *Contra* esta última función, QUOC DINH, N.; DAILLIER, P.; FORTHEAU, M.; PELLET, A.: *Droit international...*, *op. cit.*, p. 383). La primera función es lo que la teoría general de la interpretación denomina “concretización” de un principio, es decir, el proceso por el que un principio abandona su contenido programático para deshacerse en proposiciones normativas más concretas (KOLB, R.: “Interprétation...” p. 233). Claro que a estas funciones hay que añadir, desde una perspectiva más amplia, que los principios generales son también “une constitution matérielle, d’ordre éthique et juridique, propre à une société donnée » (*ibid*, p. 235).

⁵⁴⁰ ALSTON, P.; SIMMA, B.: “Sources of...”, *loc. cit.*, p. 107.

⁵⁴¹ DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, *loc. cit.*, p. 181. En el mismo sentido, SORENSEN, M.: “Les principes...”, *loc. cit.*, p. 23.

que principios generales del derecho. Al ser universales y haber sido ya codificados, no requieren hacer analogías con el derecho nacional para ser transpuestos al derecho internacional⁵⁴².

Añadimos además que en ámbito de los derechos humanos la parte más compleja del trabajo –la síntesis de los diferentes sistemas nacionales- ya ha sido realizada; lo que habrá que valorar es en qué medida el derecho nacional sigue recogiendo dicha síntesis, a fin de exponer nuestros argumentos con una mejor base metodológica.

Una puntualización previa. Recurriremos aquí a la técnica “clásica” de los principios generales del Derecho internacional reconocidos por los Estados *in foro domestico* sin entrar en la cuestión de si estos principios son también “principios propios del derecho internacional”, y de cómo diferenciar estos de aquellos⁵⁴³. Es decir, no entraremos en la cuestión de si con los derechos humanos “fue primero el huevo o la gallina”: si fue necesario su reconocimiento previo generalizado por los Estados –lo que anclaría los derechos humanos en el positivismo voluntarista-⁵⁴⁴; o si por el contrario la “apropiación” en 1945 de los derechos humanos por el Derecho internacional como materia que ya no es de la jurisdicción interna de los Estados supuso que estos se transpusieran al rango de principio “propriadamente internacional”, cualquiera que sea el significado de dicha expresión⁵⁴⁵. Es perfectamente posible anclar el derecho a las garantías judiciales incluso en la visión más restrictiva de los principios generales del derecho⁵⁴⁶.

⁵⁴² Opinión disidente del Juez TANAKA, CIJ, *Asunto del Sudoeste Africano*, (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica), sentencia 18 de julio de 1966, (segunda fase), *Recueil CIJ 1966*, pp. 296-297).

⁵⁴³ Cfr. p.e. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, P.: *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

⁵⁴⁴ CARRILLO-SALCEDO, J.A.: *Soberanía de los Estados...*, *op. cit.*, p. 146.

⁵⁴⁵ Para esta cuestión, Cfr. p.e. DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 124 y ss., donde la lista que se ofrece es de principios que parecen poder recogerse sólo en el derecho internacional y no el derecho de los Estados, dada la naturaleza jurídica del sistema y sus ámbitos reguladores: primacía del tratado sobre la ley interna, regla del agotamiento de los recursos internos para ejercer la protección diplomática, principio de la continuidad del Estado... Por el contrario, FLAUSS reconoce que los derechos humanos forman parte de ambas categorías de principios fundamentales, además de enfatizar la interacción entre *foro domestico* y *foro internacional* en el ámbito de la formación de los derechos humanos como principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas (“La protection des droits de l’homme...”, *loc. cit.*, pp. 68-70). En una línea similar, Vid. CARRILLO-SALCEDO, J.A.: *Soberanía de los Estados...*, *op. cit.*, p. 146; TOMUSCHAT, C.: “Obligations arising for States...”, *loc. cit.*, p. 377.

⁵⁴⁶ CAFLISH y CANÇADO TRINDADE argumentan a este respecto en un estudio de referencia que los Tribunales europeo e interamericano de derechos humanos no suelen diferenciar entre principios estructurales del derecho internacional y principios generales del derecho. De acuerdo con ambos autores, “Cela pourrait tenir

III.2. “Indicios” de Derecho comparado

El propósito del presente epígrafe no es realizar un extenso examen de Derecho comparado que obviamente excede de nuestro interés, sino más bien ofrecer “indicios” selectivos de que estamos ante una garantía que, en lo elemental, se encuentra extendida por los cinco continentes como síntesis de un sentido universal de lo equitativo, y que como tal se puede incardinar provisionalmente en el artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ.

Comenzaremos por lo más sencillo: Europa. No sólo porque –entre otros muchos– el recién citado P. M. DUPUY reconozca cierto eurocentrismo en el origen de los principios generales del derecho⁵⁴⁷, sino porque aquí las garantías judiciales en tanto que “tercera fuente” del derecho internacional son algo indiscutible, sobre todo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁴⁸, aunque también en la del TEDH⁵⁴⁹. No creemos arriesgado extender esta afirmación a los cuarenta y siete Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos y a los países parte del ámbito iberoamericano. De hecho, estos últimos fueron precisamente los que contribuyeron decisivamente a la codificación de las garantías judiciales en los tratados internacionales de derechos humanos *sobre la base de los derechos reconocidos en sus sistemas nacionales*, como ya hemos explicado con anterioridad. Es cierto que papel y realidad divergen especialmente en el ámbito de los países latinoamericanos. Pero la técnica jurídica de los principios reconocidos por los Estados de la comunidad internacional atiende más a aquél que a ésta, pues si no sería prácticamente imposible determinar la existencia de un principio general del derecho relativo a los derechos humanos. Utilizando los argumentos de la CIJ respecto

au fait qu’un grande partie des règles matérielles des deux systèmes ici, et même un certain nombre de règles de procédure, tirent leur origine de principes généraux de droit”. Entre ellos, argumentan ambos profesores, las garantías del proceso equitativo (CAFLISH, L.; CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Les conventions américaine et européenne des droits de l’homme et le droit international général”, *RGDIP*, Vol. 108, n° 1, 2004, pp. 50 y ss., especialmente pp. 54-55 y 59).

⁵⁴⁷ DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, *loc. cit.*, p. 180. Antes, con más ironía lo hizo p.e. SORENSEN, M.: “Les principes...”, *loc. cit.*, pp. 20-22.

⁵⁴⁸ Volveremos a esta cuestión en la tercera parte de este estudio, Cap. IX, esp. § 3.

⁵⁴⁹ Que en el ya citado asunto *Golder c. Reino Unido* consideró como un principio general del derecho en el sentido del art. 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ, no sólo el derecho de acceso a la justicia en las disputas civiles, sino también “el principio de derecho internacional que prohíbe la denegación de justicia” (§ 35). Aparte también dejamos el art. 7(2) CEDH, que garantiza “el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (*Cfr.* FLAUSS, J.-F.; COHEN JONATHAN, G.: “Cour européenne des droits de l’homme et droit international général”, *AFDI*, Vol. LII, 2006, p. 666).

de la costumbre en el asunto *Nicaragua* (fondo), podemos afirmar que lo relevante es que “si un Estado procede de un modo a primera vista incompatible con una norma reconocida, pero defiende su comportamiento invocando excepciones o justificaciones que se hallan comprendidas en la propia norma (...), resulta una confirmación más que un debilitamiento de la norma”⁵⁵⁰. La positivización de un principio en la Constitución o su uso recurrente en la práctica del poder judicial son en este sentido indicios muy poderosos a favor del reconocimiento de un principio por parte de un Estado.

En los Estados Unidos, país cuya trayectoria histórica de reconocimiento de las garantías judiciales no necesita ser demostrada, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en *Hamdan c. Rumsfeld* se pronunció en una situación tan delicada como la relativa a los presos de Guantánamo, Talibanes y miembros de Al-Qaeda detenidos en diversos países del mundo. No deja de ser significativo que el Alto Tribunal estadounidense terminara de una vez por todas con la incertidumbre jurídica que rodeaba a los presos de la base militar, considerando las garantías judiciales del artículo 75 del Protocolo Adicional I –a las que luego nos referiremos- como indiscutible derecho internacional consuetudinario⁵⁵¹. De esta manera se declararon ilegales las Comisiones Militares que venían juzgando la situación de los presos de la base sita en territorio cubano al no requerir las garantías mínimas. Cierto es que en la sentencia referida se vinculaba la aplicación de las garantías judiciales a los criterios de aplicabilidad *ratione materiae* y *personae* del artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra, es decir, la existencia de un “conflicto armado” en el que una de las partes no es Alta Parte Contratante de las Convenciones⁵⁵², pero sería miope leer la sentencia del Tribunal Supremo sólo con las lentes del derecho internacional humanitario (DIH). En efecto, por encima de los problemas técnicos del caso concreto, la sentencia *Hamdan c. Rumsfeld* ha de ser leída como un reconocimiento de la aplicabilidad de las

⁵⁵⁰ CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (fondo), § 186, traducción de fragmentos relevantes en CASANOVAS, O.; RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J.: *Casos y textos de Derecho internacional público*, 6ª Ed, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 48 y ss.

⁵⁵¹ Corte Suprema, *Hamdan v. Rumsfeld*, sentencia de 29 de junio de 2006, 126 S. Ct. 2749 (2006), p. 71.

⁵⁵² *Ibid*, pp. 65-68. Un interesante análisis de TIGROUDJA compara cómo se protegen las garantías judiciales en la lucha contra el terrorismo desde las perspectivas del Tribunal Supremo de los EE.UU., el TEDH y la jurisdicción británica, e incide en uno de los puntos que probablemente expliquen por qué el Juez estadounidense resolvió el caso sin referirse al DIDH, y es que éste se considera un órgano del Estado en situación de guerra tras el 11-S, a diferencia de los Tribunales europeos (TIGROUDJA, H.: “L’équité du procès pénale et la lutte internationale contre le terrorisme. Réflexions autour de décisions internes et internationales récentes”, *RTrDH*, Vol. 69, 2007, p. 25), postura que ya había sido defendida por JOHN YOO en “Courts at war”, *Cornell Law Review*, 2006, pp. 573 y ss.

garantías judiciales mínimas de “un pueblo civilizado” en todo tipo de situaciones⁵⁵³, a pesar de los titubeos del Tribunal a la hora de controlar la conducta de las hostilidades por parte del ejecutivo estadounidense y de su aproximación “minimalista” a las garantías judiciales.

Muy útil y significativo resulta también el *obiter dictum* del Juez ZINN de la Corte Federal de Canadá en la sentencia *Abdelrazik*, relacionada precisamente con la problemática de las sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad, que analizaremos con detalle en otro lugar⁵⁵⁴. Y es que en este caso el magistrado canadiense realizó una apreciable aportación al respeto de las garantías judiciales por parte del Consejo de Seguridad al concluir con contundencia: “I add my name to those who view the 1267 Committee regime as a denial of basic legal remedies as untenable *under the principles of international human rights*”. Aunque no se trataba de una *ratio decidendi*, la importancia de esta conclusión se acrecienta si se valora que, en tanto que *obiter dictum*, la decisión en el caso concreto no requería en absoluto este comentario del Juez⁵⁵⁵.

El tono firme y universalista del *obiter dictum* evoca en cierto modo al de Justice MURPHY en su opinión disidente en el conocido asunto *Yamashita*. En esta histórica decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, relativa al enjuiciamiento por crímenes de guerra de un Oficial del ejército japonés por parte de una Comisión militar estadounidense, el Juez llegó a afirmar, en un pasaje que merece ser transcrito en su integridad, que

“the immutable rights of the individual, including those secured by the due process clause of the Fifth Amendment, belong not alone to the members of those nations that excel on the battlefield or that subscribe to the democratic ideology. They belong to every person in the world, victor or vanquished, whatever may be his race, color or beliefs. They rise above any status of belligerency or outlawry. They survive any popular passion or frenzy of the moment. No court or legislature or executive, not even the mightiest army in the world, can ever destroy them. Such is the universal and indestructible nature of the rights which the due process clause of the Fifth Amendment recognizes and protects when life or liberty is threatened by virtue of the authority of the United States”⁵⁵⁶.

⁵⁵³ TIGROUDJA señala a este respecto que en *Hamdan* “le droit international –et en particulier les instruments de droit humanitaire et de droits de l’homme- ne semble jouer qu’un rôle superfétatoire dans le raisonnement des juges. Leur conviction que les commissions militaires sont illégales est établie essentiellement sur le fondement de droit interne et en particulier sur la pratique historique, législative et judiciaire relative aux commissions militaires” (« L’équité... », *loc. cit.*, pp. 28-29).

⁵⁵⁴ *Vid.* Cap. VI, § I.

⁵⁵⁵ Corte Federal de Canadá, *Abousfian Abdelrazik c. Minister of FF.AA. and General Attorney of Canadá*, § 51, énfasis añadido.

⁵⁵⁶ TS, *Re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946), de 4 de febrero de 1946.

En otros ordenamientos jurídicos del *common law* las garantías judiciales contribuyen igualmente a la protección del individuo frente a los excesos del poder público. Así, Hong-Kong y Nueva Zelanda, al igual que Canadá, se han basado en el artículo 14 del PIDCP para sistematizar el conjunto de garantías judiciales⁵⁵⁷. Y aunque China sigue por desgracia sin ser un referente útil a este respecto, la Constitución de Macao mantiene, al menos sobre el papel⁵⁵⁸, la independencia del sistema jurídico de este territorio, por lo que las garantías judiciales que ya se encontraban en vigor antes de la devolución del territorio a China en 1999 no se han eliminado⁵⁵⁹.

El caso de Israel es particularmente indicativo de las relaciones entre el individuo y los poderes ejecutivo y judicial. En este país en estado de emergencia permanente no existe un texto legal de los derechos humanos del individuo especialmente desarrollado. La Ley Básica de 17 de marzo de 1992 (“Dignidad Humana y Libertad”) se limita a ofrecer un catálogo muy básico de derechos, con 12 disposiciones entre las cuales no se recoge ninguna de las garantías judiciales. Ello no ha sido óbice, en todo caso, para que el Tribunal Supremo le haya reconocido carácter constitucional por encima de las leyes ordinarias⁵⁶⁰ y se haya mostrado decidido a proteger la lista de derechos humanos en sede judicial. De hecho, se podrá valorar críticamente el diseño del sistema de protección de derechos humanos en Israel, que ni siquiera garantiza que en caso de emergencia haya un

⁵⁵⁷ BRUCE A. A.: “The right to a fair and independent trial: rights at common law and under the Hong-Kong bill of rights”, en BYRNES, A.: *The right to a fair trial...*, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁵⁸ En su informe sobre China de 2009 Amnistía Internacional denunciaba interferencias de las autoridades chinas en el régimen penal de la Región Administrativa, sobre todo en lo que respecta en la extensión de la tipología de penas (<http://www.amnesty.org/en/region/china/report-2009>, visitado por última vez el 12 de marzo de 2010).

⁵⁵⁹ *Cfr.* art. 17 de la Ley Básica de la Región Administrativa Especial de Macao de la República Popular de China de 31 de marzo de 1993, que no fue afectado por la reforma de la ley 15 de marzo de 1999, y que mantiene la independencia del sistema jurídico del territorio. Por ello el art. 36 de la misma Ley Básica sigue reconociendo el derecho de todo individuo a las garantías judiciales con gran amplitud (“Macao residents shall have the right to resort to law and to have access to the courts, to lawyers' help for protection of their lawful rights and interests, and to judicial remedies. Macao residents shall have the right to institute legal proceedings in the courts against the acts of the executive authorities and their personnel”). El documento se puede encontrar en inglés en la web del Gobierno de la Región, [http://www.gov.mo/egi/Portal/rkw/public/view/showcomp.jsp?id=InfoShowTemp&docid=c373e9febf053c928f7b488240fb26ca#chapter 3](http://www.gov.mo/egi/Portal/rkw/public/view/showcomp.jsp?id=InfoShowTemp&docid=c373e9febf053c928f7b488240fb26ca#chapter%203), visitado por última vez el 12 de marzo de 2010. Para un análisis del estado de la cuestión en 1997 en lo que respecta a los procedimientos penales, *cfr.* MACHADO ESTEVES DE CAMPOS E ASSUNÇÃO, M. L.: “Criminal procedure in Macau: structure and fundamental principles”, en BYRNES, A.: *The right to a fair trial...*, *op. cit.*, pp. 68-77.

⁵⁶⁰ Para un reciente análisis de conjunto, *cfr.* TIGROUDJA, H.: “La Cour supreme israélienne et la protection des personnes en temps de conflit”, *RGDIP*, t. 113, 2009, n° 3, pp. 555 y ss.

núcleo duro de derechos inderogables por el poder ejecutivo⁵⁶¹, así como la actuación del Tribunal Supremo israelí con respecto a las acciones de las autoridades judías sobre los territorios ocupados⁵⁶².

Sin embargo, admite menos discusión el hecho de que este órgano judicial ha interpretado de manera muy amplia sus poderes de revisión de los actos del ejecutivo cuando los particulares afectados así lo requieran, aunque se trate de actos de guerra. Es cierto que a ese poder de ejercer la *judicial review* hay que oponer una jurisprudencia que en materia de protección de los individuos ha sido calificada de “casuística”, “pragmática” y “débil”⁵⁶³, pero también se ha subrayado que, en comparación por ejemplo con los Estados Unidos, el Tribunal Supremo es por principio menos abstencionista a la hora de ejercer su jurisdicción sobre terrenos tan delicados como la conducta de las hostilidades⁵⁶⁴. Y desde luego, para nuestros propósitos es un modelo válido de reconocimiento de garantías judiciales a nivel nacional.

Otras numerosas fuentes nacionales se encuentran recogidas en un estudio de referencia de JAYAWICKRAMA. Combinando fuentes de Derecho internacional y derecho nacional, este autor repasa el reconocimiento de diversas garantías judiciales por parte de tribunales sudafricanos, zimbabuenses, bahameños, tanzanos, guayaneses, nigerianos, mauricianos o namibios⁵⁶⁵. Y aunque es cierto que en su exposición predominan las

⁵⁶¹ El artículo 12 de la Ley Básica dispone que “This Basic Law cannot be varied, suspended or made subject to conditions by emergency regulations; notwithstanding, when a state of emergency exists, by virtue of a declaration under section 9 of the Law and Administration Ordinance, 5708-1948, emergency regulations may be enacted by virtue of said section to deny or restrict rights under this Basic Law, provided the denial or restriction shall be for a proper purpose and for a period and extent no greater than is required”.

⁵⁶² Una férrea defensa de la labor del Tribunal la realizó el Presidente del Tribunal, el Juez BARACK: “Human rights in Israel”, *Israel Law Review*, nº 39, 2006, pp. 12 y ss. Cfr. también: KRETZMER, D.: *The occupation of justice: the Supreme Court of Israel and the occupied territories*, State University of New York Press, 2002; y el artículo complementario “The Supreme Court of Israel: Judicial review during armed conflict”, *GYIL*, Vol. 47, 2004, pp. 393 y ss.; WEIL, S.: “The judicial arm of the occupation: The Israeli military courts in the occupied territories”, *IRRC*, Vol. 89, nº 866, 2007, pp. 395 y ss. Desde la perspectiva más concreta de la sentencia del Tribunal Supremo (sentada como *High Court of Justice*, es decir, como Tribunal de primera y última instancia), en el asunto *Public Committee against torture et al c. Government of Israel et al.*, sentencia de 14 de diciembre de 2006, HCJ 769/02; Vid. MELZER, N.: *Targeted...*, *op. cit.*, pp. 32-36.

⁵⁶³ TIGROUDJA, H.: “La Cour...”, *loc. cit.*, p. 578.

⁵⁶⁴ *Ibid*, p. 566.

⁵⁶⁵ JAYAWICKRAMA, N.: *The judicial...*, *op. cit.*, pp. 478-526. Añadiremos la extremadamente completa lista de referencias ofrecida por el CICR en su estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, con referencias de legislaciones nacionales, decisiones de numerosos tribunales militares nacionales sobre la base de manuales militares, práctica de tribunales militares internacionales, decisiones de órganos de Naciones Unidas, etc. (http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule100, visitado por última vez el 16 de agosto de 2010).

decisiones de tribunales nacionales y regionales europeos, se aportan amplias pruebas del reconocimiento generalizado de la serie de garantías judiciales básicas a las que nos venimos refiriendo por parte de la mayoría de países del mundo.

En definitiva, no pocos elementos apuntan al reconocimiento del proceso equitativo como principio general del derecho internacional reconocido por las naciones civilizadas⁵⁶⁶. En tanto que tal, además, han sido utilizados *mutatis mutandis* como garantías procedimentales por los Tribunales arbitrales internacionales y la Corte Internacional de Justicia⁵⁶⁷; y en el ámbito estrictamente penal por los Tribunales penales internacionales⁵⁶⁸, con las particularidades que estos últimos procedimientos conllevan. Se trata desde luego de ámbitos procesales muy variados con actores bien distintos, donde sensibilidades diferentes pueden justificar diferencias técnicas importantes. Sin embargo, en todos ellos se recogen los “aspectos verdaderamente universales”⁵⁶⁹ del principio del respeto de esas garantías, del que se derivan diferentes ramificaciones de normas jurídicas que en sus diversas modalidades son aplicables según el tipo del procedimiento: norma que exige el acceso al juez imparcial, independiente y preestablecido por la ley; subprincipio de la igualdad de partes o *waffengleichheit* (del que a su vez se derivan otras normas jurídicas como los derechos de defensa o la publicidad del procedimiento); presunción de inocencia en los procedimientos penales, etc.

IV. UNA GARANTÍA MÍNIMA DE HUMANIDAD

⁵⁶⁶ En este sentido, *cfr.* el importante documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre terrorismo y derechos humanos* de 22 de octubre de 2002, OEA/Ser.L/V/II.116, § 229. Todavía en 2003 MERON reiteraba en su curso de la Haya la postura mantenida en su trabajo de 1986, mostrándose “decepcionado” por el escaso uso en el ámbito del *due process* y de la administración de justicia, dado que el art. 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ “has not served as one of the principal methods for the transformation of such standards into international law”. Esta afirmación la entendemos restringida al ámbito de la técnica jurídica en derecho internacional de los derechos humanos, y referida a su uso de los principios generales del derecho en los procesos internacionales en los que intervengan individuos, en los cuales es práctica habitual (MERON, T.: “International law in the age of human rights. General course of public international law”, *RCADI*, Vol. 301, 2003, pp. 405-406).

⁵⁶⁷ Un trabajo de referencia a este respecto, a pesar del paso de los años, sigue siendo el ya citado de CHEN, B. *The general principles...*, *op. cit.*, pp. 257-386. *Cfr.* DUPUY, P.-M. ; KERBRAT, Y.: *Droit international...* », *op. cit.*, p. 374.

⁵⁶⁸ *Vid.* p.e. CASSESE, A.: *International criminal...*, *op. cit.*, pp. 378 y ss.

⁵⁶⁹ DE VISSCHER, C.: *Theory and reality...*, *op. cit.*, p. 357.

La prolija regulación de las garantías judiciales dentro de la lista de garantías básicas de todo individuo en todo momento, recogida en el artículo 75(4) del Protocolo Adicional I (PA I), no puede pasar desapercibida. Esta importantísima disposición, “colchón de seguridad” en caso de laguna jurídica del derecho humanitario⁵⁷⁰, contiene en cada uno de sus párrafos una larga lista de garantías judiciales aplicables a todas las personas, independientemente de que se encuentren o no bajo el poder de una potencia extranjera: información al acusado “sin demora” de los delitos que se le inculpan, prohibición de las penas colectivas, *nullum crimen nulla poena sine lege*, presunción de inocencia, publicidad de los procedimientos... Eso sí, con una importante salvedad, y es que este artículo se refiere únicamente a los procesos penales, y no a los procedimientos civiles o administrativos, no regulados por esta rama del Derecho. Las disputas entre particulares no parecen haber sido protegidas en tiempo de conflicto armado por el DIH.

Tampoco la expropiación de bienes por parte de la potencia ocupante ha quedado protegida de manera expresa por el derecho al juez, dado el silencio de las disposiciones recogidas en el Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra anexo a la IV Convención de la Haya de 1907 cuando se refieren a la protección de la propiedad de la población ocupada (aunque el artículo 46 enfatiza, y eso es importante, que “la propiedad privada no puede ser confiscada”⁵⁷¹).

⁵⁷⁰ Una clara laguna la encontramos en la protección de las personas sometidas a detención administrativa durante situaciones de conflicto armado o de ocupación, cuya regulación en las Convenciones de Ginebra no se encuentra suficientemente desarrollada. Un estudio de la Asesora Jurídica del CICR JELENA PEJIC, de publicación nada casual dada la situación existente por aquel entonces en Guantánamo, sintetiza con precisión el conjunto de garantías aplicables a las personas que se encuentran detenidas de manera preventiva. Lo interesante del estudio para nuestros propósitos es que aplica lo esencial del art. 3 común, el art. 75 del PA I, los artículos 5 y 6 del PA II y en la medida en que sea relevante lo prescrito por los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PEJIC, J.: “Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna”, *RICR*, n° 858, Junio 2005, pp. 375 y ss.). Hay que recordar de todas formas, para ser precisos, que antes del PA I la 3ª y 4ª Convenciones de Ginebra ya contenían abundantes garantías para los individuos protegidos por ambos textos en caso de iniciarse un procedimiento penal contra ellos (Capítulo III de la 3ª Convención, bajo el título de “Sanciones penales y disciplinarias” y arts. 64-77 de la 4ª). Para un análisis sistemático de estas garantías, *Vid.* los trabajos de CALOGEROPOULOS-STRATIS, A.: *Droit humanitaire et droits de l’homme. La protection de la personne en période de conflit armé*, Sijthoff, Leiden, 1980, pp. 160-165); EL-KOUHENE, M.: *Les garanties fondamentales ...*, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

⁵⁷¹ *Vid.* también la regla 51 de la recopilación de derecho humanitario consuetudinario elaborada por el Servicio Jurídico del CICR: “in occupied territory: (a) movable public property that can be used for military operations may be confiscated; (b) immovable public property must be administered according to the rule of usufruct; and (c) private property must be respected and may not be confiscated, *except where destruction or seizure of such property is required by imperative military necessity*”, pero especificando al final que dicha propiedad confiscada debe ser devuelta con una compensación cuando se vuelva a la situación de paz -art. 53 del Reglamento de la IV Convención de la Haya-. (HAENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L.: *Customary*

En lo que respecta a los conflictos armados no internacionales, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra recoge las garantías esenciales del individuo que han de ser respetadas en todo conflicto de ese carácter. Como es sabido, el apartado 1(d) de dicha disposición prohíbe “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido con las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. No es éste el lugar de realizar una exégesis de dicha disposición⁵⁷² ni para referirnos a la tópica cuestión de las relaciones entre el DIH y el DIDH⁵⁷³. Pero debemos reiterar que es jurisprudencia consolidada de la CIJ que el

international..., *op. cit.*, pp. 178-182. El estudio se encuentra actualmente disponible online, <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>, visitado por última vez el 16 de agosto de 2010).

⁵⁷² Nos remitiremos para ello a varios trabajos de referencia que venimos citando: COSTAS TRASCASAS, M.: *Violencia interna...*, *op. cit.*, pp. 445 y ss.; EL-KOUHENE, M.: *Les garanties fondamentales...*, *op. cit.*, pp. 140-141; MANGAS MARTÍN, A.: *Conflictos armados internos...*, *op. cit.*, especialmente pp. 67 y ss.; PICTET, J. (Dir.): *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949. Volume IV – La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: commentaire*, CICR, Ginebra, 1956, pp. 31 y ss.

⁵⁷³ Entre la abundante bibliografía, que en su mayoría anticipaba *ex ante* o acoge *ex post facto* lo afirmado por la CIJ en el *Asunto sobre la licitud de la amenaza y el uso de la armas nucleares* (Asamblea General), §§ 24-25; y en el *Asunto de las consecuencias jurídicas de la edificación de un el territorio Palestino ocupado* de 2004, § 106, *cfr.* ABI-SAAB, R.: “Human rights and humanitarian law in international conflicts”, en WARNER, D.: (Ed.): *Human rights and humanitarian law*, Kluwer, The Hague, 1997, pp. 107 y ss.; COSTAS TRASCASAS, M.: *Violencia interna...*, *op. cit.*, pp. 400 y ss.; DINSTEIN, Y.: “Human rights in armed conflict: International Humanitarian Law”, en MERON, T. (Ed.): *Human rights in International Law: legal and policy issues*, Oxford, New York, 1984, pp. 345 y ss.; DOSWALD-BECK, L.: “The right to life...”, *loc. cit.*, pp. 881-904.; DROEGE, C.: “The interplay between international humanitarian law and human rights law in situations of armed conflict”, *Israel Law Review*, Vol. 40, Nº 2, 2007, pgs. 310 y ss.; GASSER, H.-P.: “International humanitarian law and human rights law in non-international armed conflict: joint venture or mutual exclusion?”, *GYIL*, nº 45, 2003, pp. 149 y ss.; HEINTZE, H. J.: “On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law”, *IRRC*, December 2004, vol. 86, nº 856, pgs. 789 y ss.; KOLB, R.: « Aperçu de l’histoire de la Déclaration universelle des droits de l’homme et des Conventions de Genève », *RICR*, nº 831, pgs. 437 y ss.; KRIEGER, H.: “A conflict of norms: the relationship between humanitarian law and human rights law in the ICRC customary law study”, *JCSL* (2006), Vol. 11, Nº 2, pgs. 265 y ss.; MELZER, N.: *Targeted killing...*, *op. cit.*, pp. 382 y ss.; MERON, T.: « Convergence of International Humanitarian Law and Human Rights law », en WARNER, D. (Ed.): *Human rights and humanitarian law*, Kluwer Law International, 1997, pgs. 97 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “Las relaciones...”, *loc. cit.*, pp. 315 y ss.; PROVOST, R.: *International human rights...*, *op. cit.*, pp. 274 y ss.; VINUESA, R. E.: “Interface, correspondence and convergence of human rights and international humanitarian law”, *YIHL*, Vol. I, 1998, pp. 69 y ss.. *Cfr.* también CDI : *Fragmentación del derecho internacional : dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, 13 de abril de 2006, A/CN.4/L.682, §§ 56-112.

Una visión particularmente elaborada se encuentra en SASSÒLI, M.: « Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains? », en AUER, FLÜCKIGER, HOTTELIER (Eds.): *Les droits de l’homme et la constitution, Etudes en l’honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, 2007, pp. 375 y ss., donde el autor distingue entre situaciones (1) en las que el DIH regula una cuestión que no se encuentra regulada por los DD.HH. –protección de civiles, regulación del emblema, etc.- ; (2) situaciones en las que el DIH prevalece sobre los DD.HH. –varios aspectos del tratamiento de los prisioneros de guerra como su captura- ; (3) situaciones en las que el DIH completa el DIDH les DD.HH., como el régimen de libertad y de comunicación de los prisioneros de guerra- ; (4) situaciones en las que el DIH es precisado o completado por los DD.HH. –p.e., regulación de las garantías judiciales en la jurisprudencia de los tribunales sobre DD.HH. ; (5) situaciones en las que el DIH ha sido revisado por los DD.HH. –como el *non refoulement* de los prisioneros de guerra que puedan sufrir torturas tras su repatriación ; y (6) situaciones

artículo 3 común, esencia del artículo 75 del PA I, representa la salvaguardia del mínimo de humanidad aplicable a todo individuo, en todo momento y todo lugar⁵⁷⁴. El artículo 3 fija la frontera entre lo humano y lo inhumano. Más concretamente en lo que respecta a nuestro objeto de estudio, la referencia que el citado apartado d) hace a las garantías “reconocidas por los pueblos civilizados” es muy significativa, pues aún usando expresión algo trasnochada para identificar estas garantías, no deja de reconocer la existencia y extensión generalizada de una serie de garantías *judiciales* que exigen un hacer positivo por parte del Estado incluso en tiempo de guerra.

Posteriormente, el artículo 6 del Protocolo Adicional II (PA II) desarrollaría el contenido del artículo 3 en este punto, explicando en qué consisten estas garantías básicas aún con menos detalle que su homólogo del PA I. Así, se reconoce el derecho e información inmediata de los cargos que se mantienen contra la persona y la obligación para el Estado de asegurar los medios de la defensa del acusado, la responsabilidad penal individual, el *nullum crimen nulla poena sine lege*, la presunción de inocencia, el derecho del acusado a estar presente en el juicio, y el derecho de éste a no declarar contra sí mismo. Entre las ausencias, el artículo 6 no recoge, a diferencia del artículo 75 del PA I, el requisito de regularidad del juez o tribunal, el derecho a examinar testigos, el *ne bis in idem*, y los derechos a que la sentencia sea pronunciada públicamente y a ser informado de los recursos judiciales contra ésta. Además, entre las ausencias de ambas disposiciones (arts. 75 PA I y 6 PA II) se encuentra el derecho a ser juzgado en el plazo más corto posible (o en un tiempo razonable).

en las que los DD.HH. regulan en tiempo de guerra cuestiones no reguladas por el DIH –libertad de expresión, libertad sindical, etc.-.

Entre la jurisprudencia regional, seleccionamos el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el asunto *Abella c. Argentina* (asunto de la Tablada), nº 11.137, Informe, nº 55/97, de 30 de octubre de 1997, donde la Comisión se consideró competente para aplicar conjuntamente el DIH y el DIDH al amparo del principio de la aplicación de la norma más favorable para el individuo (§§ 160-164); y la discutida Sentencia del TEDH (GS) en el asunto *Isayeva c. Rusia*, en la que el Tribunal consideró en principio aplicable el “paradigma del cumplimiento de la ley” (el DIDH) a un bombardeo ruso sobre civiles que huían de la localidad de Kartyr-Yurt en Chechenia, aunque luego acabó recurriendo al “paradigma de las hostilidades” (el DIH) (24 de febrero de 2005, Ap. nº 57950/00, esp. §§ 180-200).

⁵⁷⁴ CIJ, *Estrecho de Corfú* (Reino Unido c. Albania), sentencia de 9 de abril de 1949, *Recueil CIJ 1949*, p. 29, si bien refiriéndose a las “considérations élémentales d’humanité” que luego en la sentencia en el *Asunto sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Fondo), § 218; concretaría en las reglas del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra, definiéndolas como “considérations élémentaires d’humanité”. Más tarde, en la Opinión consultiva sobre la *Licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, el Tribunal añadió a esta lista de “consideraciones elementales” “un gran número de reglas de derecho humanitario aplicable en los conflictos armados”, citando de manera abierta la Convención IV de la Haya y las Convenciones de Ginebra (§ 75).

Mucho más recientemente, la “monumental”⁵⁷⁵ recopilación de derecho humanitario consuetudinario elaborada por el Servicio Jurídico del CICR bajo la dirección de JEAN-MARIE JAENCKAERTS Y LOUISE DOSWALD-BECK ha contribuido a perfeccionar las carencias del artículo 6 PA II. La referencia a este estudio, punto de partida en toda discusión sobre derecho humanitario consuetudinario⁵⁷⁶, es doblemente necesaria. Por un lado, reconoce la necesidad de que *en todo momento* el juez sea el “regularmente establecido” por la ley⁵⁷⁷, lo que no hacía el PA II, exige el derecho a ser juzgado sin retraso injustificado y desarrolla el contenido de algunas garantías ya enunciadas por el derecho convencional. Por el otro, y sobre todo, da fe del estatus consuetudinario de todas estas garantías, con lo que éstas serán de obligado cumplimiento para todos los miembros de la comunidad internacional independientemente de su adhesión a los Protocolos Adicionales⁵⁷⁸.

En fin, este *corpus* jurídico se encuentra tan consolidado que, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos del PIDCP ha considerado que, *en este aspecto*, lo que ha de ser respetado en conflicto armado es con más razón una obligación en época de paz y de violencia interna que no llegue al nivel de un conflicto armado no internacional⁵⁷⁹. Es cierto que los argumentos *a fortiori* han de ser seguidos con cierta cautela a la hora de extender al tiempo de paz las protecciones que otorga el DIH. De lo contrario, acabaríamos por desdibujar totalmente los perfiles de esta rama del Derecho internacional para fundirla

⁵⁷⁵ SCHMITT, M. N.: “Military necessity and humanity in International Humanitarian Law: preserving the delicate balance”, *VJIL*, VOL. 50, n° 4, p. 830 y ss.

⁵⁷⁶ MERON, T.: “Revival of customary humanitarian law”, Vol. 99, n° 4, Oct. 2005, p. 894 y ss.

⁵⁷⁷ HAENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L.: *Customary...*, *op. cit.*, regla 100, pp. 352-371. *Vid.* también la citada sentencia *Hamdan c. Rumsfeld* del Tribunal Supremo estadounidense, 126 S. Ct. 2749 (2006), p. 69, que se refiere también al trabajo del CICR para definir esta noción.

⁵⁷⁸ No es sin embargo menos cierto que no pocos países rechazan el carácter consuetudinario de esta norma no sólo en los conflictos armados *internos*, sino en los internacionales. Como ejemplo destacable, los Estados Unidos. Recientemente, el Presidente OBAMA para haber abierto la “opción consuetudinaria” internacional al declarar lo siguiente: “Our adherence to these principles [los que recoge el art. 75 PA I] is also an important safeguard against the mistreatment of captured U.S. military personnel. The U.S. Government will therefore *choose out of a sense of legal obligation to treat the principles set forth in Article 75 as applicable to any individual it detains in an international armed conflict*, and expects all other nations to adhere to these principles as well (disponible en http://www.lawfareblog.com/wp-content/uploads/2011/03/Fact_Sheet_-_Guantanamo_and_Detainee_Policy.pdf, visitado por última vez el 12 de abril de 2011, énfasis añadido. Para una discusión del significado de la orden ejecutiva, *Vid.* los comentarios de MILANOVIC en <http://www.ejiltalk.org/article-75-ap-i-and-us-opinio-juris/#more-3132>).

⁵⁷⁹ CDH, Observación General n° 5, *Artículo 4 - Suspensión de las obligaciones*, 13° período de sesiones, 28 de julio de 1981, Doc. CCPR/C/21/Rev.1 (sustituida por la OG n° 29), § 16.

con el DIDH⁵⁸⁰. El DIH y el DIDH se han articulado históricamente bajo lógicas diferentes y es de imaginar que así continuarán en el futuro⁵⁸¹; piénsese por ejemplo en el régimen jurídico que protege a los prisioneros de guerra en la 3ª Convención de Ginebra, tan detallado que abarca aspectos inimaginables en una convención de derechos humanos, como su prolija regulación del régimen pecuniario de los prisioneros de guerra (arts. 58-68) o su derecho de acceso al tabaco (art. 26), aplicables a los internados civiles protegidos por la sección IV de 4ª Convención.

Y sin embargo, nos parece totalmente razonable apoyar que lo dispuesto en el artículo 84 de la 3ª Convención, que afirma que “en ningún caso se hará comparecer a un prisionero de guerra ante un tribunal, sea cual fuere, si no ofrece las garantías esenciales de independencia e imparcialidad generalmente reconocidas (...)”, se ha de aplicar también a las personas que no se encuentran protegidas por esta Convención. Con ello no queremos sostener que este artículo se haya de extender *directamente* al resto de personas no protegidas por la 3ª Convención. Por el contrario, la idea es que la lógica de este precepto se extiende fuera del estricto ámbito de los prisioneros de guerra por la vía de la “disposición-espejo” del artículo 75 PA I, cuya amplia superficie refleja en un solo artículo todo el DIH⁵⁸². De esta manera se irradia no sólo la interpretación del resto de derechos-garantías de la 3ª Convención⁵⁸³, sino el contenido del estándar mínimo de Derecho internacional que protege a toda persona en todo momento.

⁵⁸⁰ Ello no impide que no compartamos las palabras de JIMÉNEZ PIERNAS: “estamos de acuerdo con la mayor parte de la doctrina cuando sostiene acertadamente tanto la relativa convergencia e identidad material de ambos sistemas de normas, al menos en torno a un núcleo de reglas básicas contenidas precisamente en torno a lo que al Derecho Humanitario respecta en el artículo 3 común (...) Por mucho hincapié que se haga, además, en las diferencias específicas y en la autonomía normativa del Derecho Internacional Humanitario respecto de los Derechos Humanos, esto no afecta en absoluto al valor formal de *estándar* mínimo de trato (...)” (JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “El particular ante el Derecho de la responsabilidad internacional: los problemas previos del “estándar” mínimo y de la protección diplomática”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1987, pp. 77-78).

⁵⁸¹ En la precisa síntesis de DUPUY/KERBRAT, “(...) ils demeurent distincts par leurs origines, plusieurs de leurs caractères techniques ainsi qu’a certains égards une logique distincte” (DUPUY, P.-M.; KERBRAT, Y.: *Droit international...*, *op. cit.*, pp. 276-277).

⁵⁸² No podemos resistirnos a reflejar aquí las expresivas palabras de EL-KOUHENE al respecto: “(...) l’humanité a une valeur d’éternité, valeur clairement exprimée dans l’article 75 du Protocole I qui emploie dans son paragraph 2 le futur: « sont et demeurent prohibés... ». Les règles du « minimum irréductible » ont comme l’humanité une valeur d’éternité « si l’histoire ne devait finir » » (EL-KOUHENE, M.: *Les garanties fondamentales...*, *op. cit.*, p. 151).

⁵⁸³ Por ello CHÉTAIL sitúa al protocolo adicional I en el filo de la navaja consuetudinaria: « la adhesión de 143 Estados y la permanente reafirmación de su validez son signos fundamentales del proceso consuetudinario que está atravesando ese Protocolo » – a pesar de las importantes ausencias “ratificatorias” que sufre el Protocolo- (CHÉTAIL, V.: “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”, *RICR*, Vol. 85, nº 850, 2003, p. 247).

No es casualidad que un gran especialista en derecho internacional de los derechos humanos como FLAUSS se haya mostrado “impresionado” por la gran similitud de sustancia entre el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y el derecho internacional general de los DIDH⁵⁸⁴. Lo mismo se puede concluir respecto del artículo 75 PA I.

V. ¿LA ESENCIA DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES, DERECHO ESENCIAL? CONSIDERACIONES *DE LEGE LATA*

V.1. El *ius cogens* en sentido amplio y restringido

A la vista de los numerosos elementos presentados en este Capítulo es fácil sentirse tentado a admitir sin más discusión que las garantías judiciales han adquirido el estatuto de norma de *ius cogens* en Derecho internacional, sobre todo si tenemos en cuenta la autorreferencial definición de norma imperativa recogida por el artículo 53 de la CVDT, en tanto que “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto” como tal. En efecto, de esta definición de la CVDT parece deducirse que el elemento determinante para la identificación del derecho imperativo es no tanto el contenido material de la norma o la práctica de los Estados, sino más bien la *opinio iuris* de éstos⁵⁸⁵. No la *opinio iuris* del derecho consuetudinario, sino la que es propia a las normas imperativas, la que considera que el derecho imperativo es así porque así lo creen los sujetos originarios del Derecho internacional⁵⁸⁶. Es decir, en definitiva, que el *ius cogens* es otro subproducto (mayoritariamente) de la voluntad de los Estados de la comunidad internacional que desean que una norma no sea derogable por un acuerdo en contrario.

⁵⁸⁴ FLAUSS, J.-F.: “La protection des droits...”, *loc. cit.*, p. 59.

⁵⁸⁵ No habría pues “elemento material” para determinar si una norma es de *ius cogens*, aunque exista jurisprudencia nacional afirmando lo contrario. Por ejemplo, en el asunto *Bouzari et al v Iran*, Appeal decision, 30 de junio de 2004, 71 OR (3d) 675, el Tribunal de apelaciones de Ontario (Canadá) se enfrentaba a la demanda por daños de un ciudadano iraní contra su propio Estado por actos de tortura cometidos en Irán. A la hora de determinar si la prohibición de la tortura, el Juez canadiense consideró que “ (...) the extent of the prohibition against torture as a rule of *ius cogens* is determined not by any particular view of what is required if it is to be meaningful, but rather by the widespread and consistent practice of states” (§ 90, énfasis añadido)

⁵⁸⁶ REMIRO BROTONS, A. *et al: Derecho...*, *op. cit.*, p. 233, SIMMA, B.: “International human rights...”, *loc. cit.*, p. 226, apoyándose en un discurso de SUR en un Coloquio de Badia en 1985. *Contra*, WEIL, que considera que ambas *opinio iuris* se parecen “como hermanos” (WEIL, P.: “Le droit international...”, *loc. cit.*, p. 271). En una posición intermedia, VERDROSS, quien consideró que: “a norm having the carácter of *ius cogens* can practically be created only by a norm of general customary law or by a general or multilateral convention” (VERDROSS, A. : « *Jus dispositivum* and *ius cogens* in international law », *AJIL*, Vol. 60., 1966, p. 61, énfasis añadido).

Anclar el derecho objetivo en el más puro subjetivismo presenta problemas evidentes⁵⁸⁷. Es verdad que esta concepción parece encajar bien con la teoría del *ius cogens* propuesta por un exhaustivo estudio de KOLB, que reduce esta noción a una técnica utilizada para salvaguardar la integridad del sistema normativo⁵⁸⁸. Según el Profesor suizo, la función del derecho imperativo es puramente *jurídica*, sistémica, utilizable con respecto a normas de muy diverso origen y que protegen intereses de naturaleza muy diferenciada. Es decir, el *ius cogens* es un concepto diferente de lo que habitualmente se concibe, más estrecho desde el punto de vista teleológico e ideológicamente neutro. Pero por ello es también un concepto más amplio desde el punto de vista de la norma a la que se aplica, dado que no sólo el privilegiado grupo de normas que componen la noción de *ordre public* se beneficiarán de sus efectos⁵⁸⁹; sino cualquier otra norma que persiga una *utilitas publica*, noción ésta más amplia que comprende no sólo el orden público, sino también las “leyes de la lógica” (a las que pertenece la norma del *pacta sunt servanda*) y la *utilitas publica gentium*⁵⁹⁰.

Desde una posición contraria, se ha afirmado que la noción planteada por KOLB desconoce la verdadera función del derecho imperativo en el Derecho internacional en

⁵⁸⁷ De ahí el intento de P. M. DUPUY de salvar la incongruencia subrayando que el concepto de “comunidad internacional” es una ficción jurídica que abarca tanto a Estados como otros elementos de la sociedad internacional, desde las organizaciones internacionales hasta las sociedades de los Estados (DUPUY, P.-M. : “L’unité...”, *loc. cit.*, p. 278). En sentido similar, GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “Sobre las normas imperativas del derecho internacional”, en VV.AA.: *Pacis artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. I, UA-Eurlex, Madrid, 2009, p. 284. Entre los voluntaristas negadores del *ius cogens* podemos citar a COMBACAU, J.: “Le droit international: bric-à-brac ou système?”, *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1986, p. 102, para quien el *ius cogens* hace perder al derecho internacional “uno de sus elementos constitutivos”. Cfr. también GLENNON, M. J.: “De l’absurdité du droit impératif (*ius cogens*)”, *RGDIP*, Vol. 3, 2006, pp. 529 y ss. En relación con las concepciones voluntaristas resulta interesante notar, como hace DUPUY, que hasta un crítico del *ius cogens* como WEIL reconocía en su Curso de la Haya que “la teoría” del *ius cogens* forma parte del derecho internacional positivo. El autor francés no pierde la ocasión para criticar el uso de la expresión “teoría” por su compatriota... (DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, *loc. cit.*, p. 270).

⁵⁸⁸ KOLB, R.: *Théorie du ius cogens international*, PUF, Paris, 2003. Una versión simplificada y asequible de esta obra compleja, a la que nos referiremos aquí, se encuentra publicada bajo el mismo título en la *RBDI*, nº 1, 2003, pp. 5 y ss.: « le ius cogens est une technique juridique qui vise à maintenir l’unité et l’intégrité d’un régime juridique en ne permettant pas sa fragmentation en régimes juridiques plus particuliers qui seraient autrement applicables prioritairement en vertu de la *lex specialis*, dans tous les cas où il existe un intérêt public à cet effet. Le ius cogens constitue donc une limitation du law-making power eu égard à l’intégrité de régimes normatifs ». Vid. también FLAUSS, J.-F., *loc. cit.*, pp. 73-74.

⁵⁸⁹ Sobre la base de la noción de *ordre public* hace ya tiempo que se vinculó *ius cogens* con la noción de “orden público europeo” acuñada por el TEDH. De ello se derivó que la CEDH pertenece al *ius cogens*... A lo que cabría plantearse al menos dos preguntas que nos llevan a ser cautelosos con esta afirmación: ¿es todo el Convenio *ius cogens*; también los protocolos adicionales? ¿No sería más adecuado hablar –en el plano general– de la CEDH como *ius cogens* regional? (Un ejemplo de esta posición se encuentra en PASTOR RIDRUEJO, J. A.: “La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el “ius cogens” regional”, en VV.AA.: *Estudios de derecho internacional en homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Vol. I, pp. 581 y ss.

⁵⁹⁰ KOLB, R.: “Théorie...”, *loc. cit.*, pp. 9 y ss.

tanto que reconocimiento de la importancia de una serie de valores esenciales de este ordenamiento jurídico⁵⁹¹. Así, el *ius cogens*, sin dejar de ser una técnica jurídica, cumple una función que es todo menos ideológicamente neutra. Esta postura se aleja de la visión “desmitificadora” del *ius cogens*. En realidad, bajo su paraguas se albergan una serie de teorías que en su conjunto presentan una evidente virtud, que es su interés en el aspecto moral y sociológico que explica *por qué* una serie de normas han adquirido la categoría de normas imperativas⁵⁹². Dicho de otra manera, la perspectiva estrictamente sistémica no basta para explicar el origen de las normas imperativas: afirmar que los Estados han codificado el *ius cogens* en el artículo 53 de la CVDT sólo por mantener la integridad normativa del orden jurídico internacional puede ser una respuesta satisfactoria desde la perspectiva de la teoría pura del Derecho, pero deja fuera del análisis jurídico la relevancia moral de la norma que adquiere dicho rango, aspectos sin los cuales el *ius cogens* no se puede comprender.

La consecuencia inevitable de ello es fundir al *ius cogens* con el concepto de fuente *material* del derecho internacional. Sin poder entrar en explicaciones exhaustivas que nos alejarían en exceso de nuestro tema de análisis, es ésta la posición que sostiene por ejemplo el antiguo Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CANÇADO TRINDADE, quien, en su largo Voto razonado en la sentencia *Goiburú et al. c. Paraguay* comentaba cómo la misma Corte venía desde hace años ampliando “el contenido material” del *ius cogens* en varios de sus pronunciamientos. Una explicación plausible se encuentra en el jusnaturalismo que no sólo defiende este Juez⁵⁹³, sino que también pareció fundamentar la Opinión Consultiva sobre la *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵⁹¹ BIANCHI, A.: “Human rights...”, *loc. cit.*, p. 495: “To hold that *ius cogens* is nothing but a legal technique aimed at preserving the formal integrity of the system by characterizing as inderogable some of its procedural norms is tantamount to overlooking what the function performed by *ius cogens* was meant to be”; DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, *loc. cit.*, p. 281.

⁵⁹² PASTOR RIDRUEJO, J. A.: “Le droit international à la veille...”, *loc. cit.*, p. 297. La aproximación histórica de GÓMEZ ROBLEDO también llega a esta conclusión, que el mismo autor resume de la siguiente manera: “le *ius cogens* a surgi, comme nous l’avons vu, du sentiment de certaines valeurs essentiellement humaines et universelles, dont le respect et le maintien sont estimés comme quelque chose d’absolument nécessaire à la vie et à la subsistance de la communauté” (GÓMEZ ROBLEDO, A.: « Le *ius cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, Vol. 172, t. III, 1981, p. 93).

⁵⁹³ Para una exposición sintética de su concepción, CANÇADO TRINDADE, A. A.: *El derecho internacional de los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 425. Y como desarrollo posterior, “Some reflections...”, *loc. cit.*, pp. 65 y ss.

En efecto, en este importante pronunciamiento la Corte argumentó que “(...) el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que *sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional* y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”⁵⁹⁴. Independientemente del significado concreto de la metáfora “andamiaje jurídico”, es indudable que, si se sitúa el fundamento del Derecho internacional en una serie de normas naturales cuya existencia es previa al nacimiento de este orden jurídico es más fácil identificar el *ius cogens* con una fuente material del orden internacional, situado en su cúspide, que le valida, legitima y aporta contenido⁵⁹⁵.

Sin querer prejuzgar una solución al problema, para los modestos propósitos de este trabajo nos acercaremos a la concepción material del *ius cogens* como serie de normas que protegen los valores esenciales de la comunidad internacional en su conjunto. En su origen convencional, de este conjunto de normas sólo se derivó una consecuencia jurídica, la inderogabilidad o prohibición de crear regímenes especiales que deroguen la norma protegida (artículo 53 CVDT). En otras palabras, el *ius cogens* nació como límite a la voluntad de los Estados. Sin embargo, aunque su inevitable efecto es situar a estos valores esenciales por encima del resto de fuentes materiales del Derecho internacional,

⁵⁹⁴ Opinión consultiva OC-9/87, p. 101. Criticada en COHEN-JONATHAN, G.: “Le *ius cogens* et les droits de l’homme”, en VV.AA.: *La France, l’Europe, le Monde. Mélanges en l’honneur de Jean Charpentier*, Pedone, Paris, 2009, p. 67. A juicio del Profesor francés, las tesis tanto de la Corte como de CANÇADO TRINDADE pueden derivar en una “banalización” del *ius cogens* y arriesgan crear “un discrédit sur les normes internationales “comunes” dont la force obligatoire découle uniquement de leur nature coutumière ou conventionnelle” (*ibid*, p. 69).

⁵⁹⁵ Por eso KOLB especifica que el *ius cogens*, en tanto que mera técnica jurídica ideológicamente neutra, no es jerarquía, y que por el contrario, cuanto más acerquemos el *ius cogens* a la noción de *ordre public* internacional, más se le aproximará a la noción de jerarquía en el orden internacional. *Ordre public* y derecho natural se encuentran tan próximos que en la visión de TRUYOL Y SERRA, basándose en MIAJA DE LA MUELA, son lo mismo: “Miaja souligne le rôle du droit naturel dans l’actuel processus de transformation de la société internationale et la réception du *ius cogens* dans la Convention de Vienne sur le droit des traités” (“Théorie générale...”, *loc. cit.*, p. 140; más adelante especificando que el *ius cogens* “exprime un intérêt général de la société internationale” (p. 259). *Cfr. contra*, WEIL, para quien, a pesar de su proximidad a la moral internacional, el *ius cogens* no es el retorno al *Totus orbis, qui aliquo modo est una res publica* de Vitoria (WEIL, P.: “Le droit international...”, *loc. cit.*, pp. 266-267); es decir, no es derecho natural, pero sí jerarquía. Para REMIRO, el *ius cogens* actual no es sino la “versión reciclada de la *auctoritas totius orbis* (...) un paso adelante en un territorio mal cartografiado” (REMIRO BROTONS, A. *et al*: *Derecho internacional público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 71; en la versión más reciente de este manual, que es la que venimos citando, se elimina la referencia a FRANCISCO DE VITORIA, p. 233).

Anotaremos también que algún sector doctrinal “constitucionaliza” el *ius cogens*, en tanto que conjunto de normas jerárquicamente superiores que recogen los valores esenciales de la comunidad internacional (*Cfr. p.e.* CASSESE, A.: *International Law*, 2ª Ed, Oxford, New York, 2005, p. 202; MONACO, R.: “Observations sur la hiérarchie des sources du droit international”, en VV.AA.: *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte. Feitschrift für Hermann Mosler*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1983, pp. 613 y ss. *Contra*, FASSBENDER, B.: *The United Nations Charter...*, *op. cit.*, pp. 163-165).

estableciendo así una jerarquía material entre las normas imperativas y las normas dispositivas⁵⁹⁶.

Realizadas estas observaciones previas respecto de la teoría del *ius cogens*, proseguiremos nuestro análisis con el estudio de dos cuestiones preliminares relativas a la relación entre los derechos humanos en general y esta institución jurídica.

V.2. Breve consideración sobre la relación entre los derechos humanos, el *ius cogens* y algunos conceptos próximos

A fin de determinar si un derecho humano concreto ha alcanzado la categoría de norma de *ius cogens* habrá que desbrozar primero el terreno de aquellos elementos que no nos serán útiles, o al menos adquirir conciencia de la limitada utilidad de ciertas herramientas analíticas.

La lista de conceptos considerados próximos al *ius cogens* es de hecho amplia. Y es que resulta habitual encontrar en todo análisis relativo al derecho imperativo de los derechos humanos al menos las variables siguientes: obligaciones *erga omnes*, crimen internacional, derechos no sujetos a suspensión/derogación, limitaciones, reservas, *opinio iuris*, principios generales del derecho, derechos humanos fundamentales, intangibilidad y orden público internacional. En este sentido, son múltiples las preguntas que uno se puede hacer respecto a la relación entre estos diversos conceptos, por ejemplo: ¿es necesario que una norma tenga sea consuetudinaria para que haya adquirido el rango de *ius cogens*?; ¿ha de tratarse de un principio general del derecho?; ¿puede una norma que admite reservas adquirir el rango de *ius cogens*?; o ¿se identifica el *ius cogens* con la parte intangible de los derechos humanos, con esa esencia de cada derecho humano que no puede verse afectada?⁵⁹⁷

⁵⁹⁶ ZEMANEK, K.: “The legal foundations...”, *loc. cit.*, p. 133, CDI: *Informe sobre la fragmentación...*, p. 211. Debate diferente es que dicha jerarquía consiga estructurar el Derecho internacional público como sistema. Para SIMMA y PULKOWSKI, p.e., no puede: “The emergence of *ius cogens* can thus hardly be regarded as the key factor that would turn the ‘*bric-à-brac*’ of international law into a systemic whole. Depicting *ius cogens* as a fundamental, quasi-constitutional canon of values, to which all other international law would refer back, means asking for a promise that the concept cannot (yet) hold” (SIMMA, B. Y PULKOWSKI, D.: “Of Planets and the Universe: self-contained regimes in International Law”, *EJIL*, Vol. 17, n° 3, 2006, p. 497).

⁵⁹⁷ Para una opinión contra la aplicación de la noción de *ius cogens* en el ámbito de los derechos humanos, *cfr.* SUDRE, F.: *Droit international et européen...*, *op. cit.*, pp. 84-86, para quien el interés de la noción de *ius cogens* en el ámbito de los derechos humanos se sitúa “*de lege ferenda*, dans la formation progressive du droit international” (p. 86). *Contra*, p.e., ESPÓSITO MASSICI, C. *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*,

El *ius cogens*, como institución jurídica que es, no es *more mathematico*. No existe una fórmula precisa que determine el carácter imperativo de una norma⁵⁹⁸, por lo que cualquier intento de llegar a ella como solución definitiva resulta vano⁵⁹⁹. Desde luego, existen elementos definatorios relevantes, el principal de los cuales se encuentra recogido en la definición del artículo 53 de la CVDT: la *opinio juris* de la “comunidad internacional de Estados en su conjunto”. Pero para determinar si esta *opinio juris* existe es necesario indagar en la voluntad de los Estados, que muchas veces no es especialmente expresiva al respecto (aparte de presentar las dificultades teóricas que aquí sólo hemos podido apuntar)⁶⁰⁰.

Además, de manera paralela a como sucede con el concepto de intangibilidad, en muchas ocasiones no bastará con la voluntad de los Estados para determinar la perentoriedad de una norma, sino que habrá que acudir a la *naturaleza* de la norma violada⁶⁰¹, o incluso su *función*, puesto que si ésta es la de servir de elemento protector del orden público internacional, se deberá reconocerle carácter de *ius cogens*⁶⁰². En ello encontramos un apoyo claro en el reiterado *dictum* de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*, cuando ésta, refiriéndose a la categoría de obligaciones *erga omnes* tan relacionada con el *ius cogens*, se refería al criterio de la “importancia de los derechos en

Civitas, Madrid, 2007, pp. 229, en el marco de la discusión sobre la sentencia del TEDH en el asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, a la que más adelante nos referiremos. Para PELLET, “ces normes ne sont pas propres au domaine des droits de l’homme, mais c’est sans aucun doute en ce qui les concerne qu’elles sont les plus nombreuses et les mieux établies (...) Ceci dit, il faut savoir raison garder (*sic*): la protection de tous les droits de l’homme ne relève pas du *ius cogens*; dans la société internationale peu intégrée qui est la notre, au sein de laquelle les solidarités demeurent limitées, seul un socle minimum de droits peuvent, raisonnablement, être tenus pour «impératifs» (PELLET, A.: “Le droit international à l’aube du XXIème siècle: cours général de droit international public”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, 1997, pp. 96-97).

⁵⁹⁸ Como es bien sabido, la CDI no zanjó la cuestión (SUY, E.: “Article 53”, en CORTEN, O.; KLEIN, P. (Dir.): *La Convention de Vienne...*, *op. cit.*, p. 1910 y ss.) De ello es indicio claro que en los comentarios adjuntos al entonces Proyecto de artículo 50 que la CDI sometió a la Asamblea General en 1966 se afirma sin profundizar que “no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de derecho internacional que tenga el carácter de *ius cogens*” (CDI, *Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados: texto aprobado por la Comisión el 18 y el 19 de julio de 1966*, A/CN.190, p. 271, *ACDI*, 1966, Vol. II). El grupo de trabajo de la CDI sobre la fragmentación ha vuelto a incidir en la misma idea (CDI: *Informe sobre la fragmentación...*, pp. 218 y ss.).

⁵⁹⁹ KOJI, T.: “Emerging hierarchy in international human rights law: from the perspective of non-derogable human rights”, *EJIL*, Vol. 12, nº 5, 2001, p. 923. Tanto es así que WEIL afirma con ironía que con respecto a la definición del artículo 53 de la CVDT “on pense une fois de plus à l’explication de l’effet soporifique de l’opium par sa vertu dormitive” (WEIL, P.: “Le droit international...”, *loc. cit.*, p. 269).

⁶⁰⁰ FLAUSS, J.-F.: “La protection... », *loc. cit.*, p. 74.

⁶⁰¹ WEIL, P.: “Le droit international...”, *loc. cit.*, p. 425.

⁶⁰² EL-KOUHENE, M.: *Les garanties fondamentales...*, *op. cit.*, p. 148.

causa” para reconocer el carácter *erga omnes* de la protección de ciertos derechos de los extranjeros en el territorio de un Estado⁶⁰³.

En realidad, no es necesario ir tan lejos en este momento, pues ya nos hemos anticipado a algunas de las preguntas formuladas anteriormente: por un lado, hemos intentado determinar el carácter consuetudinario de las garantías judiciales, por el otro, hemos concluido que se trata además de un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas. Además, la posición de estas garantías como “garantía mínima de humanidad” apunta claramente hacia el *ius cogens* en tanto que norma reguladora del orden público internacional. Sí creemos necesario, en cambio, realizar una matización previa.

No existe una relación de identidad entre *ius cogens* y derechos humanos que no admiten suspensión en los textos internacionales de derechos humanos⁶⁰⁴, ni tampoco una relación de necesaria coincidencia⁶⁰⁵. Es cierto que existen ciertas similitudes entre ambas categorías, sobre todo desde el punto de vista de su efecto “práctico”: el de no admitir la “violación” de la norma a la que dichas categorías se atribuyen. Sin embargo no son lo mismo, se trata de dos categorías no idénticas en cuanto a su función y por lo tanto no han de confundirse⁶⁰⁶. Por ejemplo, como se ha apuntado de manera recurrente, es difícil aceptar que el derecho a no ser encarcelado por incumplir una obligación contractual (artículo 11 del PIDCP) forme parte del selecto grupo de normas de *ius cogens* protectoras del mínimo de dignidad del individuo, a pesar de encontrarse en la lista del artículo 4(2) del PIDCP⁶⁰⁷. Si bien se ha intentado justificar su presencia en esta lista por el hecho de

⁶⁰³ CIJ, *asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company*, (segunda fase), sentencia de 5 de febrero de 1970, *Recueil CIJ 1970*, § 33. Es, en otras palabras, la noción de “interés superior de la comunidad internacional” (VERDROSS, A.: “*Jus dispositivum...*”, *loc. cit.*, p. 58). En los términos de JIMÉNEZ PIERNAS, “llama enseguida la atención la evidente “conexión temática” que existe entre las obligaciones *erga omnes*, cuya naturaleza atribuimos por ejemplo a la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales contenidos en el estándar único de trato reconocido por igual a nacionales y extranjeros, y las obligaciones imperativas o perentorias (...) ambas clases de obligaciones se refieren a las mismas materias (...) y ambas poseen una misma fenomenología y naturaleza colectiva” (JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “La codificación...”, *loc. cit.*, p. 53).

⁶⁰⁴ *Contra*, GÓMEZ ROBLEDÓ, A.: “Le *ius cogens...*”, *loc. cit.*, pp. 181-184; TRUYOL Y SERRA, A.: “Théorie...”, *loc. cit.*, p. 260, refiriéndose a los “derechos humanos fundamentales”; VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de...*, *op. cit.*, p. 246.

⁶⁰⁵ Aunque la presencia de un derecho en las listas de derechos no sujetos a suspensión pueda ser evidentemente un indicio de imperatividad relevante (GROSS ESPIELL, H.: “Les Conventions américaine et européenne...”, *loc. cit.*, p. 300).

⁶⁰⁶ AMERICAN LAW INSTITUTE: *Third restatement...*, *op. cit.*, § 702, p. 174.

⁶⁰⁷ MERON, T.: “On a hierarchy of international human rights norms”, *AJIL*, Vol. 80, 1986, p. 16, KOJI, T.: “Emerging...”, *loc. cit.* pp. 920 y 923; SIEHR, A.: “Derogation measures...”, *loc. cit.*, p. 562-564.

proteger a aquellos miembros de la sociedad vulnerables frente al poder de los terratenientes y otros grupos poderosos⁶⁰⁸, esta solución no es fácilmente justificable si se tiene en cuenta la ausencia de otros derechos como las garantías judiciales⁶⁰⁹.

Por otro lado, las listas de derechos no sujetos a suspensión que ofrecen los principales instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos muestran claras semejanzas. Además, como explicaremos en su momento, al menos un tratado, la Carta Africana de Banjul, no incluye ni siquiera un mecanismo de derogación⁶¹⁰. En este contexto emerge el inevitable problema del criterio a aplicar para definir el *ius cogens* en materia de derechos humanos, que no parece que deba ser el del mínimo común denominador entre todos los textos.

Una tercera objeción, que ciertamente se ha ido difuminando algo con el tiempo, se circunscribe a los *efectos* diferenciados del derecho imperativo y de los derechos no sujetos a suspensión. Si bien en este punto la similitud entre ambas nociones parece *prima facie* garantizada, no es menos cierto que el artículo 53 de la CVDT establece que una de las consecuencias del estatus imperativo de una norma es la nulidad del tratado que intente derogarla. Es decir, el *ius cogens* nació primordialmente –en el contexto de la Convención de Viena– como criterio de *validez* de las normas *internacionales*. Por el contrario, la técnica de los derechos inderogables –por designarla de algún modo– ha sido siempre un criterio estandarizante de *legalidad* de las normas *internas* de los Estados durante las situaciones de emergencia, o de sus actuaciones en el plano internacional. En otras palabras, cuando una norma internacional viola el *ius cogens*, es nula; cuando una norma interna o internacional deroga injustificadamente un derecho humano durante un estado de emergencia, es ilegal desde el punto de vista del Derecho internacional y motiva la

Argumentos *a contrario* pueden encontrarse en la reacción del Bélgica a la reserva planteada al artículo 11 por parte de Congo (Brazzaville). El Estado centroeuropeo objetó “a título conservatorio” a la reserva sobre la base del carácter fundamental del derecho en cuestión. Sobre la reserva de Congo, *cfr.* DE FROUVILLE, O.: *L'intangibilité...*, *op. cit.*, pp. 294-295.

⁶⁰⁸ SVENSSON-MCCARTHY, A.-L., *op. cit.*, pp. 430-431.

⁶⁰⁹ Un motivo es que la inclusión de uno u otro derecho en las listas de derechos no sujetos a suspensión se debe a razones muy diversas que no sólo encuentran su origen en la “fundamentalidad” de un derecho o su carácter de *ius cogens*, sino también en otro tipo de consideraciones. La Observación General nº 24 del CDH las resume en que: (1) a veces “su suspensión no influye en el control legítimo del estado de emergencia nacional” (prohibición de la prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales) (2) su derogación es materialmente imposible (libertad de conciencia) (§ 10). En el mismo sentido DE FROUVILLE, O.: *L'intangibilité...*, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

⁶¹⁰ FLAUSS, J.-F.: « La protection... », *loc. cit.*, p. 76-77, NOWAK, M.: *International Covenant...*, *op. cit.*, p. 85.

responsabilidad del Estado. Ambas técnicas han venido operando, pues, en dos planos no coincidentes: el *ius cogens*, en el de dos normas internacionales que colisionan; la técnica de la suspensión, en este mismo plano y además, en el de la colisión entre una norma internacional y una interna.

No es menos cierto, sin embargo, que el Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado de 2001 ha consolidado una versión diferente de las cosas. En efecto, el reconocimiento de un régimen agravado de responsabilidad del Estado por violación de normas imperativas ha desbordado el marco tradicional de la CVDT, de tal manera que, siguiendo a DUPUY, se puede afirmar que

« d'abord affirmé comme un critère de validité des actes juridiques, le *ius cogens* est (aussi) devenu un critère matériel de légalité des faits et des situations juridiques créés par l'action des États (...) l'examen de sa réalité a valeur de test dans l'examen de l'existence d'une unité *matérielle*, et plus seulement formelle, de l'ordre juridique international »⁶¹¹

Es decir, el *ius cogens* se ha aproximado también a un régimen estandarizante de legalidad de los actos o normas del Estado, internos o internacionales. Por ello se ha subrayado que

« la valeur sociale accordée à un comportement prohibé par une norme de *jus cogens* –à la différence d'une norme ordinaire- fait en sorte que la protection qui l'entoure est bien plus intrusive dans l'ordre étatique »⁶¹².

Ahora bien, lo que ha de quedar claro es que a nuestro juicio la técnica de la suspensión de derechos vinculada a las listas de derechos protegidos en estados de emergencia no puede reconducirse nunca a un régimen derogatorio de derecho internacional. Es verdad que, en puridad, la necesidad para hacer frente a una obligación internacional puede justificar la limitación e incluso la suspensión de un derecho en situaciones de emergencia. Por ejemplo, es sabido que el cumplimiento con las obligaciones internacionales en materia de inmunidades es admitido como limitación válida al artículo 6(1) CEDH en la jurisprudencia del TEDH⁶¹³. De igual manera, si se acepta que los conceptos de “estado de emergencia” y “amenaza para la paz y la seguridad internacionales” son asimilables⁶¹⁴, la necesidad de cumplir con una resolución del

⁶¹¹ DUPUY, P.-M.: “L'unité...”, *loc. cit.*, p. 273 ; también GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “Sobre las normas imperativas...”, *loc. cit.*, p. 274.

⁶¹² DISTEFANO, G.: « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *AFDI*, Vol. LII, 2006, p. 40.

⁶¹³ *Cfr.* Cap. IV, § III.1.

⁶¹⁴ Esta cuestión la discutiremos en Cap. V, § II.2.

Consejo de Seguridad *ex* Capítulo VII de la Carta podría justificar la suspensión de ciertos derechos reconocidos por los principales textos internacionales en materia de derechos humanos, como la libertad de movimiento o el derecho a la propiedad.

Ahora bien, interpretar esta relación entre normas internacionales como una *derogación* nos parece equivocado. Y es que en estos casos no hay desplazamiento de un régimen normativo por otro. En el supuesto de las limitaciones en materia de inmunidades lo que hay es *ponderación* entre valores diferentes a fin de acomodar los imperativos técnico-jurídicos de coherencia e integridad del sistema normativo de que se trate, es decir, adecuación del régimen internacional en materia de derechos humanos a las necesidades de la cooperación internacional. En otras palabras, el órgano supervisor en materia de derechos humanos, cuando valora por ejemplo en qué medida el derecho a las garantías judiciales se puede limitar por la existencia de una inmunidad de Estado, no sustituye el convenio internacional en materia de derechos humanos por el derecho consuetudinario en materia de inmunidades: simplemente analiza cómo ajustar ambos regímenes desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales. Por ello, en la medida en que se considere que la necesidad de otorgar inmunidad a las actuaciones de un Estado en el territorio de otro es un valor que justifica la denegación de acceso al juez de un particular afectado, el régimen internacional de inmunidades se respetará, no por una cuestión de prevalencia, sino por un *balance* de intereses o valores operado *desde dentro* del régimen internacional en materia de derechos humanos.

En el segundo ejemplo –el de la suspensión de derechos por la necesidad de cumplir con las resoluciones del Consejo de Seguridad- tampoco hay *derogación*: lo que hay es una autolimitación *temporal* (suspensión) en el alcance de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos convenida en el mismo tratado originario que los reconoce. Si bien dichas obligaciones siguen existiendo desde el punto de vista jurídico-internacional (los derechos de la persona no desaparecen), no le son exigibles al Estado durante el período de tiempo que dura el estado de emergencia.

Por lo tanto, en este contexto la conclusión es obvia: es necesario disociar conceptualmente ambas categorías, *ius cogens* y derechos no sometidos a suspensión⁶¹⁵. Si

⁶¹⁵ Una interesante cuestión en la que no podemos extendernos aquí es la de la relación entre las cláusulas de suspensión de derechos, el reconocimiento de ciertos derechos humanos como normas portadoras de los valores esenciales de la comunidad internacional en su conjunto y la *interdependencia*, la *indivisibilidad* y la *ausencia de jerarquización* de los derechos humanos. Y es que si se considera que todos los derechos

bien es innegable que pueden encontrar puntos de conexión materiales, la primera se disocia de la segunda cuando las analizamos desde el plano estrictamente técnico.

V.3. Las reservas a los derechos humanos imperativos

Otra de las cuestiones previas que queremos plantear antes de profundizar en materia de garantías judiciales se refiere a la legalidad de las reservas a las normas imperativas codificadas por el DIDH. La temática de las reservas a los tratados de derechos humanos ha sido y continúa siendo objeto de un largo debate, pero aquí resulta necesario realizar dos breves apuntes a fin de orientar nuestro razonamiento.

Existen suficientes elementos que conducen a los tratados de derechos humanos al planteamiento original sobre las reservas formulado por la CIJ en el asunto sobre las *Reservas a la Convención sobre el genocidio*. Como es de sobra sabido, en aquel Dictamen Consultivo la Corte, a pesar de insistir en el carácter absoluto de las obligaciones que los Estados han de cumplir en virtud de la Convención de 1949, aceptó por principio la posibilidad de plantear reservas incluso a un texto como éste, “con objeto puramente

humanos han de ser protegidos con el mismo nivel de urgencia, (Resolución 41/128 de la AGNU de 4 de diciembre de 1986), “lo cierto es que la inderogabilidad de algunos de ellos la pone en evidencia” (RIQUELME CORTADO, R.: *Las reservas...*, *op. cit.*, p. 154; también MEYER-BIRSCH, P.: “Indivisibilité des droits de l’homme”, en VV.AA.: “Dictionnaire des...”, *loc. cit.*, esp. p. 415, “l’objection de l’urgence”; SUDRE, F.: *Droit international et européen...*, *op.cit.*, pp. 84-85; WEIL, P.: “Le droit international...”, *loc. cit.*, p. 270-271). A este respecto, BLANC ALTEMIR intenta conciliar indivisibilidad y falta de jerarquía mediante el argumento del carácter “supra-positivo, metajurídico e incluso prejurídico” de los derechos fundamentales en tanto que normas de *ius cogens*, pero a nuestro juicio la respuesta sigue sin ser satisfactoria, pues acudir al carácter suprapositivo de estos derechos, más que refutar la jerarquización, parece confirmarla (BLANC ALTEMIR, A.: “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos”, en *idem* (Ed.): *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 33-34). Y además, hay que diferenciar entre los derechos fundamentales que forman parte del *ius cogens*, derechos que sí pueden ser calificables de meta-positivos; y los derechos que se encuentran en las listas de derechos no derogables, que no son siempre *metapositivos*, pero cuyo respeto sigue siendo obligatorio para los Estados en todo tipo de situaciones. Por último, a nuestro modo de ver, el argumento requiere más elaboración desde el punto de vista de la teoría de los derechos fundamentales, pues parece indicar que sólo unos derechos (entre los que no se encuentran, por ejemplo, las libertades de expresión o de religión) son inherentes al individuo independientemente de su positivización en el sistema jurídico. Quizás sea más acertado resignarse a aceptar que, aunque todos los derechos humanos son igualmente indivisibles e interdependientes, unos son más interdependientes e indivisibles que otros; y posteriormente tratar de justificar y limitar esa jerarquización (*Cfr.* por ejemplo las interesantes preguntas planteadas por ALSTON, P.; GOODMAN, R.; STEINER, H. J. en el apartado dedicado a los derechos fundamentales de su *International human rights...*, *op. cit.*, pp. 159-160; MERON, T.: “On a hierarchy of international human rights norms”, *AJIL*, Vol. 80, Nº, VAN BOVEN, T.: “Distinguishing criteria of human rights”, en VASAK, K.; ALSTON, P.: *The international dimensions of human rights*, Vol. I, 1982, Greenwood Press, Westport, Connecticut, p. 43. *Vid.* también el trabajo de KOJI, T. que venimos citando aquí; SAINT-JAMES, V.: “Hiérarchie et conciliation des droits de l’homme”, en VV.AA.: “Dictionnaire des...”, *loc. cit.*, pp. 378 y ss.)

humano y civilizador”⁶¹⁶. La condición de aceptabilidad de una reserva es la que más tarde codificaría el artículo 19(c) de la CVDT, la de la compatibilidad con el objeto y fin del tratado⁶¹⁷. En otras palabras, la CIJ aceptó la aplicación de un régimen flexible a las reservas planteadas a los tratados con fines humanitarios, incluso a pesar de la relevancia moral y jurídica de sus fines. Con ello se adoptó la lógica que PELLET sintetizaría con tanto acierto al afirmar que en materia de tratados de derechos humanos “le mieux est l’ennemi du bien (...) il vaut certainement mieux que la Chine ou le Pakistan acceptent certaines normes de droits de l’homme, plutôt qu’aucune. A condition (...) de ne pas vider les traités de droits de l’homme”⁶¹⁸.

La frase de PELLET lo remarca: con la condición de no vaciar los tratados de derechos humanos. Ello ha llevado a la doctrina a intentar establecer diferencias entre el DIDH y otros regímenes convencionales. Por ejemplo, se ha apuntado que en los tratados de derechos humanos el objeto y el fin del tratado impiden que una reserva excluya totalmente un derecho o lo destruya⁶¹⁹; es decir, que prohíben negarle la esencia misma. Además, se ha estimado que la naturaleza de los intereses en juego en este tipo de convenios es indicio de otra característica que posiblemente les sea propia: el nivel de lo que afecta al objeto y al fin del Convenio se alcanza rápidamente⁶²⁰; es decir, el *test* de admisibilidad de una reserva, sin diferenciarse formalmente del criterio del artículo 19(c) de la CVDT, es sin embargo más exigente en el caso de los tratados de derechos humanos que en el de otros tratados de Derecho internacional⁶²¹. Por último, se ha intentado

⁶¹⁶ CIJ, *asunto de las reservas a la Convención para la represión y la sanción del crimen de genocidio*, opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, *Recueil CIJ 1951*, p. 23.

⁶¹⁷ Para un buen análisis de este criterio no centrado exclusivamente la problemática de los derechos humanos, ZEMANEK, K.: “General principles...”, *loc. cit.*, pp. 179 y ss. Centrándose en los derechos humanos, DE FROUVILLE, O.: *L’intangibilité...*, *op. cit.*, pp. 284 y ss.

⁶¹⁸ PELLET, A.: « L’unité ou la fragmentation du système juridique international », en SFDI : « Les droits de l’homme... », *op. cit.*, pp. 295-296. Esta preferencia por el mal menor es también defendida entre otros por el Prof. SIMMA, quien critica los perniciosos efectos del *wishful thinking* de los especialistas en derechos humanos. *Vid.* SIMMA, B.: “From bilateralism...”, *loc. cit.*, p. 348.

⁶¹⁹ DE FROUVILLE, O.: *L’intangibilité...*, *op. cit.*, p. 300.

⁶²⁰ CAFLISH, L.; CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Les conventions...”, *loc. cit.*, p. 24.

⁶²¹ A ello ha contribuido sin duda la jurisprudencia del TEDH. Aparte de la pionera sentencia *Belilos c. Suiza* (TEDH, *Belilos c. Suiza*, sentencia de 29 de abril de 1988, Ap. nº 10328/83) que más tarde analizaremos, en el asunto *Loizidou c. Turquía* el Tribunal llegó a vincular el análisis de la legalidad de las reservas territoriales a los arts. 25 y 46 CEDH realizadas por Turquía con la noción de *ordre public* constitucional europeo, para concluir que en el caso concreto (la prohibición turca a una señora chipriota de acceder a su propiedad en el Norte de Chipre) hubo violación del derecho a la propiedad privada (TEDH, *Loizidou c. Turquía*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, Ap. nº 15318/89, §§ 75-79. *Vid.* CHARNEY, J. I.: “Is International Law...”, *loc. cit.*, pp. 59 y ss.; WILDHABER, L.: “The European Convention on Human Rights and International Law”, *ICLQ*, Vol. 56, April 2007, pp. 227-229.

defender la inadmisibilidad de las reservas a las normas protegidas por el derecho consuetudinario⁶²².

En lo que respecta a las normas perentorias, se acepta de manera general que tampoco éstas permiten ser objeto de reservas, conclusión a la que han llegado tanto por el Comité de Derechos Humanos en su OG n° 24⁶²³ como el Relator Especial de la CDI, PELLET, en su Segundo Informe sobre las reservas a los tratados⁶²⁴. Claro que hay explicar este criterio. No es que haya que rechazar *prima facie* toda reserva a una norma imperativa de derechos humanos por considerar que viola su carácter perentorio, puesto que no todas las normas imperativas de derechos humanos son absolutamente intangibles.

En efecto, existen normas imperativas de derechos humanos, como el derecho a la vida, cuyo régimen convencional y consuetudinario admite claramente limitaciones que son definidas de manera estricta, pero son legales. En este contexto, una reserva/declaración interpretativa⁶²⁵ que se refiera a los aspectos *limitables* de un derecho humano imperativo puede ser considerada admisible si no atenta contra el objeto y fin del tratado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha precisado con claridad al subrayar en su Opinión Consultiva sobre las *Restricciones a la pena de muerte* que “otra sería la situación, en cambio [es decir, que no se incumpliría el objeto y el fin del tratado], si la reserva persiguiera simplemente restringir algunos aspectos de un derecho no derogable sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico”⁶²⁶.

⁶²² CDH, Observación General n° 24, § 8. Para un comentario de esta Observación General en lo que respecta a las normas perentorias de derecho internacional, *cf.* KLEIN, E.: “A comment on the issue of reservations to the provisions of the Covenant representing (peremptory) rules of general international law”, en ZIEMELE, I. (Ed.): *Reservations to Human Rights treaties and the Vienna Convention regime. Conflict, harmony or reconciliation*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2004, pp. 59-65. En el mismo sentido que el CDH, *Vid.* PROVOST, R.: *International human rights...*, *op. cit.*, pp. 142-143.

⁶²³ *Ibid.*, § 8.

⁶²⁴ Segundo Informe sobre las reservas a los tratados del Relator Especial ALAIN PELLET, 21 de mayo de 1996, Doc. A/CN.4/477 y Add. 1, § 142.

⁶²⁵ Siguiendo la opinión de DÍEZ DE VELASCO, consideraremos que el régimen jurídico de reservas y declaraciones interpretativas es idéntico (DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 167-168; también FROUVILLE, O.: *L'intangibilité...*, *op. cit.*, p. 278), aunque somos conscientes que la respuesta a esta cuestión no es desde luego pacífica, y que la CDI se encuentra trabajando en ello (*cf.* p.e. REMIRO BROTONS, A. *et al.*: *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 303 y ss.).

⁶²⁶ CrIDH, Opinión Consultiva OC-3/83, 8 de septiembre de 1983, *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4(2) y 4(4) de la Convención Americana sobre derechos humanos)*, § 61. En el mismo sentido se pronuncia la Observación General n° 29 del CDH (§ 3). *Cfr.* también DE FROUVILLE, O.: *L'intangibilité...*, *op. cit.*, pp. 304 y ss., SCHABAS, W.: *The abolition of the death penalty in International Law*, 3rd Ed., CUP, Cambridge, 2002, pp. 81-84. Por su parte, MERON transcribe el párrafo pertinente de la sentencia, pero sin comentar el matiz sobre las reservas a los aspectos limitables de un derecho imperativo. Simplemente afirma que

Aclaremos de todas formas que no ha habido una aceptación unánime de esta postura. Por ejemplo, el mismo ex Presidente de la Corte Interamericana, el Juez CANÇADO TRINDADE, criticó la decisión de la Corte en su Voto Razonado en la sentencia *Blake c. Guatemala* bajo el argumento *a fortiori* de que si un derecho es inderogable en virtud del artículo 4 del Pacto con más razón lo habrá de serlo en tanto que norma de *ius cogens*⁶²⁷, concluyendo pues que dichas reservas son por principio incompatibles con el objeto y propósito de estos tratados. El argumento es desde luego poderoso, pero a nuestro modo de ver no ofrece una respuesta clara por lo menos a la cuestión de la legalidad de las declaraciones interpretativas a las normas imperativas, sean éstas “simples” o “condicionales”, cuyo régimen hemos asimilado –sin poder entrar en más discusión– al de las reservas⁶²⁸. Y además, sigue sin explicar por qué atentaría contra el objeto y el fin de un tratado la reserva a un aspecto *limitable* de una norma imperativa. Lo que admite limitación en tiempo de paz, *a fortiori* ha de poder ser limitado mediante una reserva⁶²⁹.

El matiz es muy importante para nosotros porque el derecho a las garantías judiciales ha sido objeto de numerosas reservas por parte de los Estados partes al PIDCP, al CEDH y a la CADH⁶³⁰. La cantidad no es casual. NOWAK apunta a que ésta se encuentra directamente relacionada con el alto nivel de detalle con el que ha sido redactado el

“obviously, if a non-derogable norm constitutes a *ius cogens* norm, no reservations to it are permitted” (MERON, T.: *Human rights and humanitarian...*, *op. cit.*, p. 20.

⁶²⁷ Voto Razonado del Juez A. A. CANÇADO TRINDADE en la Sentencia *Blake c. Guatemala*, de 22 de enero 1999, § 11. El argumento es apoyado en RIQUELME CORTADO, R.: *Las reservas...*, *op. cit.*, p. 155.

⁶²⁸ Con más detalle sobre esta cuestión, *ibid.*, pp. 33-39.

⁶²⁹ En lo que respecta al derecho a la vida, la prohibición absoluta de reservas establecida por el Comité en la OG nº 24 lo es respecto de las privaciones *arbitrarias* del derecho a la vida, no de *cualquier* privación del derecho a la vida (Para un estudio más detallado, *cfr.* SALADO OSUNA, A.: *La pena de muerte...*, *op. cit.*, pp. 222 y ss.). Y en lo que concierne a las garantías judiciales, la cuestión es en parte semántica, y se debe a la estructura compuesta del derecho a las garantías judiciales. Si por “reservas al derecho a las garantías judiciales” entendemos reservas *a todo el derecho a las garantías judiciales*, una reserva transversal a todas las garantías no parece admisible. Si por el contrario entendemos que esta expresión se refiere a la reserva a una de las garantías; habrá que diferenciar entre garantía derogable e inderogable. Muy difícil –prácticamente imposible– será justificar una reserva a una garantía inderogable como el requisito de independencia e imparcialidad de un juez; más admisible será una reserva a una garantía que admite derogación como de la del derecho a un abogado o el derecho a examinar testigos.

⁶³⁰ El texto de las reservas al PIDCP se puede consultar en http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en. La de la CEDH y sus Protocolos, en la base de datos del Consejo de Europa, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/v3MenuDecl.asp>. La de las reservas a la CADH en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>. Todos consultados por última vez el 1 de junio de 2010. Sobre las reservas al artículo 6 CEDH, *cfr.* QUILLERÉ-MAJZOUB, F.: *La défense du droit à un procès équitable*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 248, donde la autora repasa sobre todo el (in)cumplimiento de varios Estados de la condición impuesta por el art. 64(2) CEDH de la condición de exponer brevemente los motivos de incompatibilidad entre el CEDH y una legislación nacional previa.

derecho a las garantías judiciales en los textos internacionales de derechos humanos. Dadas las divergencias entre los diversos sistemas jurídicos nacionales, existe un riesgo elevado de violación de las obligaciones internacionales que vinculan a los Estados si estos admiten sin más el articulado de los principales convenios de DIDH⁶³¹.

Ahora bien, no por ello habrá que considerar que este hecho influye negativamente en el carácter perentorio de las garantías judiciales; ni tampoco que éstas deban ser ilegales. Habrá pues que considerarlas caso por caso, teniendo en cuenta que, como el Comité de Derechos Humanos ha apreciado en la OG n° 24, “aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con todas las garantías”⁶³². Aún más claramente, la misma OG n° 24 concede que “si bien no existe una correlación automática entre las reservas a las disposiciones inderogables y las reservas que van en contra del objeto y fin del Pacto, los Estados tienen la grave responsabilidad de justificar esas reservas”⁶³³.

V.4. Garantías judiciales e *ius cogens*: una conclusión de lege lata

Recapitemos brevemente con el fin de ofrecer una panorámica del conjunto de las cuestiones que nos han venido ocupando y obtener las debidas conclusiones.

⁶³¹ NOWAK, M.: *UN Covenant...*, *op. cit.*, pp. 306-307.

⁶³² CDH, *Observación General n° 24*, § 8. Con ello el Comité parece confirmar nuestra argumentación, sobre todo si se leen de manera conjunta las Observaciones Generales n° 24, 29 y 32. En efecto, por un lado la OG n° 24 permite las reservas que respeten la *esencia* del derecho a las garantías judiciales; y por el otro, las OOGG n° 29 y 32 han apuntado, como expusimos con anterioridad, a la inderogabilidad de ciertos elementos básicos de este mismo derecho. Inderogabilidad, imperatividad y *reservabilidad* no son pues necesariamente incompatibles para el Comité.

La peculiar naturaleza compuesta del derecho a las garantías judiciales ha llevado al CDH a buscar subterfugios legales para evitar declarar inadmisibles una comunicación individual con causa en una reserva estatal que considera compatible con la garantía del art. 14(3)(d) del PIDCP las disposiciones de la legislación italiana sobre juicios penales *in absentia*. Se trata de la comunicación *Maleki c Italia*, relativa a la condena *in absentia* el 21 de noviembre de 1998 contra un ciudadano libanés cuando éste se encontraba fuera del país. El caso acabó llegando al CDH, que se vio obligado a valorar la admisibilidad de la demanda a la luz de la reserva italiana. Si bien el Comité evitó pronunciarse directamente sobre la existencia de una violación del art. 14(3)(d) por parte del Estado italiano, recondujo sin embargo hábilmente la comunicación al principio general del *fair trial* que informa el desarrollo de todo el procedimiento, y del que derivan las garantías concretas del proceso penal del art. 14(3) del PIDCP (CDH, *Maleki c. Italia*, 27 de julio de 1999, Com. n° 699/1996, CCPR/C/66/D/699/1996, § 9.2).

⁶³³ OG n° 24, § 10.

En primer lugar, hemos analizado las características que hemos considerado más relevantes del derecho a las garantías judiciales (complejidad, universalidad e inderogabilidad de emergencia de sus aspectos básicos); para seguidamente repasar su estatus jurídico en el Derecho internacional como norma de derecho consuetudinario, como principio general del derecho e incluso como norma mínima de humanidad en virtud del derecho humanitario convencional y consuetudinario. A pesar de las complejidades técnicas que se nos han presentado, hemos concluido que el derecho a las garantías judiciales forma parte de ese estándar mínimo que los Estados han de proteger en todo momento y lugar. Además, hemos incidido en ciertos aspectos del *ius cogens* en tanto que particular característica de las normas de orden público internacional, y su relación con nociones problemáticas como las suspensiones/ derogaciones en estados de emergencia y las reservas a los tratados de derechos humanos. En este marco, se ha apuntado por un lado que el hecho de que una norma no se encuentre en el catálogo de normas inderogables no predetermina su imperatividad; y por el otro, que las reservas a los derechos *iuris cogens* son admisibles cuando éstas no atenten con la parte del derecho que admite limitaciones en el derecho convencional y consuetudinario.

Puesto todo en conjunto, ¿qué conclusión final se puede extraer de todo el material estudiado en este capítulo? ¿Hemos de asumir el escéptico argumento de WEIL, cuando criticando el fenómeno de la objetivización del Derecho internacional, oponía que “there is a danger of the implantation in international community of a legislative power enabling certain states –the most powerful or numerous- to promulgate norms that will be imposed on the other”?⁶³⁴ Generalizando el debate, y para enlazar con el próximo Capítulo, ¿es el carácter imperativo de las garantías judiciales el producto de lo que *es* Derecho, o el producto de lo que algunos *quieren* que sea Derecho?

De lo analizado hasta aquí no parece que éste sea el caso en lo que respecta a los elementos básicos de las garantías judiciales, pues el apoyo extendido de la comunidad internacional al carácter imperativo de las garantías judiciales parece bien acreditado. Aún así, el caso concreto de la jurisprudencia de la CrIDH merece cierto comentario.

⁶³⁴ WEIL, P.: “Towards normative...”, *loc. cit.*, p. 441. Sobre la relación entre positivismo y garantía contra la anarquía del más fuerte, KOLB, R.: *Interprétation et création...*, *op. cit.*, pp. 125 y ss. Y es que, curiosamente, el origen de las normas de *ius cogens* tal y como las concebimos hoy en el derecho internacional procede de una pretensión opuesta; no *imperialista*, sino todo lo contrario: descolonizadora. En suma, de *defensa* contra el juego de las voluntades en una sociedad internacional tan desigual (PELLET, A.: «Cours Général: Le droit international entre souveraineté et communauté internationale – La formation du droit international», *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol. II, 2007, pp. 45 y ss.).

En efecto, es verdad que la extensión del reconocimiento como norma de *ius cogens* del acceso a la justicia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶³⁵ parece ir más allá de lo admitido por la comunidad internacional en su conjunto, resucitando el “fantasma” del *ius cogens* regional⁶³⁶ o incluso cediendo, en palabras de DUPUY, a la tentación de esconder detrás del común “nosotros” un egocéntrico “yo”⁶³⁷. Pero a nuestro modo de ver se trata sólo de una apariencia. Ciertamente, la Convención Interamericana considera inderogables en estados de excepción *todas* las disposiciones del derecho a las garantías judiciales que se encuentran vinculadas a la protección de otros derechos inderogables⁶³⁸, *incluidas* las garantías del derecho de acceso al juez en el caso de los procedimientos “civiles, fiscales, laborales o de cualquier otro carácter” (artículo 8(1)) y el derecho a un recurso por violación de otros derechos humanos (art. 25 CADH). No existe tal derecho de acceso a un tribunal para las disputas fiscales o laborales de acuerdo a la jurisprudencia de los órganos de supervisión de ambos convenios, y ni mucho menos se prohíbe su suspensión en época de emergencia. Aún más, la sentencia *Goiburú et al c.*

⁶³⁵ CrIDH, *Goiburú et al c. Uruguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2007 (Fondo, reparaciones y costas), § 131). Aunque es dudoso que los Estados partes a la CADH o la CrIDH puedan “imponer” sus criterios en el sentido apuntado por WEIL, la cuestión es pertinente desde el punto de vista de la aplicación de la jurisprudencia de la CrIDH por otros órganos judiciales nacionales o supranacionales, o de su invocación por Estados partes a la CADH en organismos internacionales.

⁶³⁶ Que, p.e. para TRUYOL Y SERRA, es una opción perfectamente admisible (TRUYOL Y SERRA, A.: “Théorie du...”, *loc. cit.*, p. 261). También lo es para PELLET, A.: “Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *ius cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation”, *Finch Yearbook of International Law*, Vol. XVII, 2006, p. 89. En el mismo sentido parece expresarse GÓMEZ ROBLEDO, A.: “Le *ius cogens*...”, *loc. cit.*, p. 23; pero más adelante, en el mismo Curso de la Haya, rechaza esta posibilidad, sujeto eso sí a varias condiciones: “si le *ius cogens* fait partie du droit international général dans la catégorie des normes impératives, le corollaire immédiat de cette vérification est que, au moins dans le régime de la Convention de Vienne, il n’y a pas de place pour l’instant pour un *ius cogens* particulier ou régional. Quant à la question de savoir si son existence est possible ou souhaitable pour l’avenir, il s’agit d’un autre problème, très discuté d’ailleurs” (*ibid.*, p. 93).

Ahora bien, si interpretáramos la jurisprudencia de la CrIDH como un claro ejemplo de *ius cogens* regional, los temores “imperialistas” de WEIL se verían igualmente refutados: tanto la Corte como el sistema jurídico en el que se incardina, más que “imperialistas”, serían “altermundistas” (COHEN-JONATHAN, G.: “Le *ius cogens*...”, *loc. cit.*, p. 65).

⁶³⁷ “The temptation will be strong for each to invoke them in support of his own cause, in order to better hide the fact that behind the common ‘us’ lies the self-interested ‘me’”, refiriéndose al *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*, conceptos que, a pesar de la realidad de esta “tentación”, defiende con vigor: “Law, of course, remains a strategic discourse, but there also exists a universal strategy of human rights and respect for the human person within humanity” (DUPUY, P.-M.: “Some reflections on contemporary international law and the appeal to universal values: a response to Martti Koskenniemi”, *EJIL*, Vol. 16, n° 1, 2005, pp. 133 y 137, respectivamente).

⁶³⁸ CrIDH, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27(2), 25(1) y 7.6 de la Convención Americana sobre derechos humanos), Opinión consultiva de 30 de enero de 1987, OC-8/87, Serie A, n° 8, § 29. Tengamos en cuenta otra vez que la lista de derechos no sujetos a suspensión del artículo 27(2) de la CADH es mucho más amplia que la del PIDCP y la CEDH, con lo que el ámbito de aplicabilidad de las garantías judiciales es más amplio.

Paraguay extiende el “contenido material” del *ius cogens* a los artículos 8 y 25 interpretados conjuntamente, en tanto que soportes del derecho de “acceso a la justicia” entendido este término en su sentido amplio, puesto que ambos son indisociables en la jurisprudencia de la CrIDH⁶³⁹.

Pero en todo caso la sentencia de la CrIDH en el asunto *Goiburú et al c. Paraguay* ha de ser comprendida dentro de su contexto, el de las gravísimas carencias y los retrasos en que la justicia paraguaya incurrió durante veintisiete años, privando a los familiares de los desaparecidos por la Operación Cóndor de lo que el Juez CANÇADO TRINDADE denominaba como “el derecho al Derecho”⁶⁴⁰, es decir, el derecho a la Realización de la Justicia con mayúsculas⁶⁴¹. No en el sentido de un derecho absoluto de acceso al juez ante cualquier tipo de disputa menor, como pueda ser un recargo excesivo de los impuestos por el Estado, la determinación del propietario de una vivienda o incluso la requisición de un bien por parte de la potencia ocupante de un territorio⁶⁴². El concepto ha de ser además

⁶³⁹ Con ello sigue su jurisprudencia consolidada, que desde la Opinión Consultiva de la Corte sobre el *habeas corpus bajo suspensión de garantías* interpretaba de manera conjunta los artículos 8 y 25 de la CADH (§§ 27 y ss.). Cfr también CANÇADO TRINDADE, A. A.: *Tratado de derecho internacional dos direitos humanos*, 1ª Ed., Sergio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, Vol. II., pp. 63-64; del mismo autor: “Judicial protection and guarantees in the recent case-law of the Inter-American Court of Human Rights”, en AA.VV.: *Liber amicorum in memoriam of judge José María Ruda*, Kluwer, The Hague, 2000, esp. pp. 532-535; HENNEBEL, L.: *La Convention américaine...*, op. cit., p. 495; QUISPE REMÓN, F.: *El debido proceso...*, op. cit., p. 526. Además, el derecho al recurso efectivo es en el art. 25 de la CADH un derecho de contenido más amplio que en el resto de tratados internacionales de derechos humanos, pues no sólo requiere que el recurso se presente ante un juez, sino que también abarca las violaciones de los derechos fundamentales reconocidos por el derecho interno de los Estados, posibilidad esta última que no ha sido recogida por los arts. 2(3) del PIDCP y el art. 13 de la CEDH (HENNEBEL, L.: *La Convention américaine...*, op. cit., pp. 528-529).

⁶⁴⁰ Voto razonado del Juez CANÇADO TRINDADE, § 64. La expresión es del abogado francés PAUL BOCHET (DECAUX, E.: “Justices d’exception et situations de crise”, en VV.AA.: *Les droits de l’homme en évolution. Mélanges en l’honneur du professeur Petros J. Pararas*, Sakkoulas-Bruylant, Atenas-Bruxelles, 2009, p. 32).

⁶⁴¹ En uno de sus trabajos lo define vinculándolo a la protección del resto de derechos fundamentales, como “the right to a legal order which effectively safeguards the rights inhere to the human person” (CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Some reflections...”, loc. cit., p. 79).

En un sentido parecido, MILANO considera, que, a pesar de no formar parte de la lista de derechos enumerada en el art. 15, la preeminencia del proceso equitativo en las sociedades democráticas implica que este derecho se sitúa en esa jerarquía “material” de derechos que el TEDH ha ido construyendo en su jurisprudencia. De esta manera, la prohibición de la negación de la Justicia (*déni de justice, denial of justice*) forma parte de la noción de “orden público europeo”. Para ello encuentra un apoyo entre otras en la sentencia del TEDH *Drozdz y Janousek c. Francia y España*, sentencia de 26 de junio de 1992, Ap. n° 12747/87, § 110, en la que se recurre a la expresión *déni de justice flagrante* (MILANO, L.: *Le droit à un...*, op. cit., pp. 89-93. En el mismo sentido, COHEN-JONATHAN, G.: “Le ius cogens...”, loc. cit., p. 61, apoyándose en la sentencia *Golder c. Reino Unido*).

⁶⁴² El *Informe sobre terrorismo y derechos humanos* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo sintetiza muy claramente cuando afirma que “aunque el artículo 8 de la Convención no está mencionado explícitamente en el artículo 27(2) los Estados no tienen libertad para derogar las protecciones fundamentales del debido proceso o de un juicio justo a que se hace referencia en el artículo 8 y que son comparables a las disposiciones de otros instrumentos internacionales” (CionIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, § 245, énfasis añadido).

interpretado *latu sensu*, pues como ha explicado el mismo CANÇADO TRINDADE, “the right to the *realization of material justice* (...) comprises not only the formal access to a tribunal or judge, but also respect for the guarantees of due process of law, the right to a fair trial, and to reparations (whenever they are due), and the faithful execution of judgments”⁶⁴³.

Existe, pues, un denominador común a todos los principales convenios de derechos humanos y todos los sistemas jurídicos que no por mínimo dejar de proteger suficientemente al individuo contra los abusos arbitrarios de poder. De ello es indicativa la tendencia de todos los sistemas de supervisión a prohibir las derogaciones de las garantías judiciales cuando éstas afectan a otros derechos no derogables y/o se relacionan con graves violaciones de los derechos humanos. De ello es también prueba el que el TEDH hay sido especialmente estricto a la hora de concluir que ciertas derogaciones de derechos como el *habeas corpus* (artículo 5(3) CEDH) no cumplen con los criterios de estricta necesidad del artículo 15(1) de la Convención, incluso en el marco de una amenaza tan grave como la del terrorismo del Al-Qaeda. El régimen de suspensiones es muy similar en este aspecto, a pesar de las diferencias metodológicas entre mecanismos internacionales.

Junto a ello, también son significativas las coincidencias en las limitaciones que los tres principales textos de derechos humanos permiten realizar a los Estados; principalmente limitaciones en la publicidad en los procedimientos o incluso las limitaciones en el derecho de acceso al tribunal (por ejemplo, en materia de inmunidades, como tendremos la oportunidad de analizar con más detalle en el próximo Capítulo). A *contrario*, lo no que no admite limitación queda reforzado como elemento especialmente protegido del derecho al juez.

Muy relevante es también en este contexto la sentencia del antiguo TPI en la sentencia *Kadi (I)*. De ella daremos buena cuenta a lo largo de este trabajo, pero no podemos pasar por alto que en esta cuestionada decisión no hubo problemas para reconocer que el derecho de acceso a los tribunales, aún con sus limitaciones y posibles derogaciones, es un derecho que pertenece al núcleo de normas *de ius cogens* protectoras del orden público internacional⁶⁴⁴.

⁶⁴³ CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Access to justice...”, *loc. cit.*, pp. 20-21, énfasis añadido. Más adelante nos pronunciaremos con más detalle sobre la concepción material de las garantías judiciales.

⁶⁴⁴ TPI, *Kadi c. Consejo (I)*, sentencia de 21 de septiembre de 2005, T-306/01, p. 345. *Vid.* Cap. VIII, § 3.1.

Por último, y para cerrar nuestra argumentación, hasta a los más escépticos les resultará imposible negar que el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra, tal y como se desarrolla en el artículo 6 del Protocolo Adicional II y se protege por el derecho humanitario consuetudinario, constituye un indicio definitiva del carácter *juris cogentis* de las garantías judiciales, *al menos en lo que respecta a los procedimientos penales*⁶⁴⁵. Y en lo que respecta a los procedimientos civiles, aunque no sea posible argumentar que exista un derecho absoluto de acceso al juez o tribunal, *una vez iniciado un procedimiento frente a un Tribunal*, el requisito de competencia, independencia e imparcialidad del juez es un derecho absoluto que no admite derogación alguna⁶⁴⁶.

En definitiva, lo complejo no quita la perentorio. El derecho a las garantías judiciales es una esencial garantía vertical y transversal. Es una garantía vertical puesto que se interpone en las relaciones longitudinales entre el Estado y particulares concretos, pero también es una garantía transversal que atraviesa todo el sistema de protección de derechos y se interpone en la relación entre éste y la autoridad del ejecutivo. Es, en otras palabras, una *garantía de las garantías* en sentido amplio y, por ello, una *conditio sine qua non* de toda democracia, sin la cual ésta no puede existir. Por ello, a nuestro modesto modo de ver, no deja ser incomprensible que tantas veces se siga denegándole a esta exigencia fundamental de humanidad la posibilidad de bajar del ámbito celeste de los análisis abstractos sobre el Estado de derecho y el *rule of law*⁶⁴⁷, para descender al terreno más pedestre de la imperatividad como derecho fundamental *inderogable* en ninguna

⁶⁴⁵ “Si las normas humanitarias gozan de aceptación general, son obligaciones no sinalagmáticas, ni su violación ni su denuncia exime de seguir respetándolas, si son normas generales que producen obligaciones *erga omnes*, si los sujetos beneficiarios no pueden renunciar a los derechos que tutelan, si el Estado no puede exonerarse ni encontrar causa que excluya su ilicitud, tantas salvaguardias significan claramente que nos encontramos ante normas de *ius cogens* (...)” (MANGAS MARTÍN, A.: *Conflictos armados internos...*, *op. cit.*, pp. 150-151). *Cfr.* También CionIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, § 259, respecto del carácter inderogable en todo momento de las garantías de los artículos 75 del PA I y 6 del PA II; y el voto particular del Juez CAÑADO TRINDADE en el asunto *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, donde el Presidente de la Corte vinculaba *ius cogens* con garantías fundamentales comunes al DIH y al DIDH (CrIDH, *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia* (fondo, reparaciones y costas), §§ 63-64).

⁶⁴⁶ Referencia a la OG n° 32.

⁶⁴⁷ Términos tímidos en los que se manifiesta el documento de la Comisión de Venecia *Avis sur la protection des droits de l’homme dans les situations d’urgence*, 4 de abril de 2006, Avis n° 359 / 2005, CDL-AD(2006)015, § 13, apurando al máximo los límites verbales que le ofrecen la CEDH y la jurisprudencia del TEDH.

circunstancia⁶⁴⁸. Ello, a pesar de las limitaciones a las que se ve sometido, y de las innegables divergencias regionales.

Ahora bien, con ello no finalizamos nuestro análisis de este derecho, pues afirmar que un derecho humano pertenece al dominio del *ius cogens* no es terminar la discusión, sino comenzarla. El siguiente paso es definir los contornos de la norma, es decir, precisar sus limitaciones, separar lo contingente de lo esencial. Defender que un derecho sea imperativo no quiere decir que *todos sus elementos* lo sean; mucho menos en el caso de un derecho compuesto como las garantías judiciales. Tampoco soluciona los eventuales conflictos que puedan surgir entre normas de *ordre public international*⁶⁴⁹, como pueden ser las relativas a las inmunidades del Estado o de la organización internacional. Por lo tanto, nuestro análisis de la arista del derecho a las garantías judiciales del “prisma de las sanciones inteligentes” requiere un enfoque más preciso que preste atención a su contenido. A ello intentará contribuir el siguiente Capítulo, dedicado al régimen convencional en materia de garantías judiciales.

⁶⁴⁸ La Corte Interamericana ha defendido esta idea con vigor al afirmar que “El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (CrIDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, § 26).

⁶⁴⁹ La cuestión es estudiada con más detalle en el único trabajo sobre la materia que hemos encontrado, KOLB, R.: “Conflits entre normes de *ius cogens*”, en VV.AA.: *Pouvoir du droit et pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 481 y ss.

CAPÍTULO IV: CONTENIDO DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES

INTRODUCCIÓN: EFECTIVIDAD Y HOLISMO COMO MÉTODOS DE APROXIMACIÓN A LAS GARANTÍAS JUDICIALES

La riqueza compositiva de la paleta del derecho a las garantías judiciales y su posición preeminente como “garantía de garantías”, “derecho al Derecho” o medio para garantizar la primacía del Derecho sobre el poder, predeterminan la manera en que los tres principales órganos de supervisión en materia de DIDH se han aproximado a su contenido. En este sentido, dos líneas metodológicas muy generales pueden ser trazadas como esbozo de síntesis general de toda la jurisprudencia⁶⁵⁰.

La primera se describe por su garantismo. Un derecho emplazado en una posición central en el sistema democrático ha de beneficiarse de una aplicación acorde con la relevancia de sus funciones; fruto de ello es la expansión de la que se ha visto beneficiado en aras de su “aplicación efectiva”. No es casual que en el contexto de la (inabarcable) jurisprudencia del TEDH sobre el (más restringido) derecho de acceso a un tribunal se haya afirmado que “au-delà de l’effectivité de la garantie de l’article 6(1), c’est l’effectivité de la CEDH qui justifie la reconnaissance de ce droit”⁶⁵¹. Efectividad de las garantías judiciales y efectividad de la protección de los derechos humanos van pues de la mano en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Como consecuencia han aparecido “derechos implícitos” que no fueron previstos por el legislador internacional, y además las “nociones autónomas” se han aplicado con vigor⁶⁵².

Ahora bien, como contrapunto hay que subrayar que esta tendencia no es lineal y se ha visto interrumpida en ocasiones por interpretaciones generosas de los “límites

⁶⁵⁰ Seguimos la diferenciación de JACOT-GUILLARMOD, O.: “Règles, méthodes et principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en PETTITI, L.-E.; DECAUX, E.; IMBERT, P.-H.: *La Convention...*, *op. cit.*, pp. 28 y ss. El autor distingue entre reglas de interpretación (reglas de la CVDT), métodos de interpretación (autonomía de las nociones, margen de apreciación), y principios de interpretación (subsidiariedad, preeminencia del derecho).

⁶⁵¹ MILANO, L.: *Le droit à un tribunal...*, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁵² Ejemplo claro en la jurisprudencia del TEDH de este nexo entre fundamento democrático e interpretación expansiva: *asunto Pérez c. Francia*, del que daremos buena cuenta *infra*: “the Court notes that the right to a fair trial holds so prominent a place in a democratic society that there can be no justification for interpreting Article 6 § 1 restrictively: conformity with the spirit of the Convention requires that the word “*contestation*” should not be construed too technically and that it should be given a substantive rather than a formal meaning” (§ 64).

implícitos” a la garantías judiciales, como por ejemplo en materia de inmunidades del Estado y de las organizaciones internacionales.

La segunda línea se describe por la aproximación holística a la que los principales órganos de supervisión internacionales han recurrido en el ámbito de las garantías judiciales. Así, estos han insistido constantemente en que lo importante para valorar la equidad de un proceso no es tanto su adecuación exacta *en cada uno de sus detalles* al contenido material de los tratados de derechos humanos tal y como estos se interpretan, sino *la equidad del proceso valorado en su conjunto*⁶⁵³. Es decir, “what counts is the picture as a whole”⁶⁵⁴, y no el hecho de que en un determinado estadio del procedimiento no se haya respetado una garantía concreta. Por ejemplo, la no comunicación de ciertos documentos de alto valor probatorio a la defensa puede no dar lugar a una violación *ipso facto* del principio de igualdad de armas entre las partes si dicho error es subsanado en apelación⁶⁵⁵. Y en lo que respecta a las características de independencia e imparcialidad del Juez, un procedimiento administrativo-sancionador en el que la autoridad que decide depende del poder ejecutivo puede ser válido si un Juez no sujeto a ninguna autoridad superior revisa su decisión⁶⁵⁶. Otra muestra clara, pues, del indisociable vínculo existente entre el elemento material de la equidad y el procesal de las garantías del *due process* en sede de derecho a las garantías judiciales.

I. EL DERECHO DE ACCESO A UN TRIBUNAL *STRICTU SENSU*

⁶⁵³ Los ejemplos al respecto en la jurisprudencia son incontables. *Cfr.*, por todas, CrIDH, *Lori Berenson Mejía* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 25 de noviembre de 2004: “se deben considerar los procedimientos internos como un todo, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación. La función del tribunal internacional es determinar si la integralidad del procedimiento, inclusive la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención” (§ 133); y en el caso del TEDH, *Helmers c. Suecia*, sentencia de 29 de octubre de 1991, Ap. n° 11826/85, § 31). *Cfr.* también HEDIGAN, J.: «The European Convention...», *loc. cit.*, p. 418; HENNEBEL, L.: *La Convention américaine...*, *op. cit.*, p. 497; STAVROS, S.: *The guarantess for accused persons under article 6 of the European Convention on Human Rights: an analysis of the application of the Convention and a comparison with other instruments*, Martinus Nijhoff, Boston-Leiden-The Hague, 1993, pp. 42-43; SUDRE, F.: *Droit international et européen...*, *op. cit.*, p. 370. El «proceso en su conjunto» abarca *todos* los estadios del proceso, incluidas apelación y sentencia (TEDH, *Eckle c. Alemania*, sentencia de 15 de julio de 1982, Ap. n° 8130/78, § 76; *König c. Alemania*, sentencia de 28 de junio de 1978, Ap. n° 6232/73, § 78).

⁶⁵⁴ VAN DIJK, P. *et al: Theory and practice...*, *op. cit.*, p. 579.

⁶⁵⁵ TEDH, *Edwards c. Reino Unido*, sentencia de 16 de diciembre de 1992, Ap. n° 13071/87, §§ 34-39, con opiniones disidentes de los jueces PETTITI y DE MEYER.

⁶⁵⁶ TEDH, *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica*, sentencia de 23 de junio de 1981, Aps. nos. 6878/75 y 7238/75, § 51.

I.1. Un derecho implícito en el derecho convencional

Si bien ninguno de los tres principales tratados de DIDH reconoce expresamente un derecho de acceso directo a un tribunal (nacional), la jurisprudencia de los respectivos órganos de supervisión ha reconocido esta garantía como implícita en los convenios internacionales de derechos humanos. En primer lugar, en la seminal sentencia *Golder c. Reino Unido*, el TEDH consideró que ello no supone extensión alguna del catálogo de derechos reconocidos en el CEDH; sino que más bien es un imperativo inherente al artículo 6 de éste puesto que “the fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings”⁶⁵⁷. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos del PIDCP (CDH) no ha tenido problemas en hacer lo propio en sus comunicaciones individuales⁶⁵⁸. Por último, en el caso de la CrIDH se ha ido aún más lejos, y como ya hemos recalado, el derecho de acceso a la justicia se ha vinculado con las garantías imperativas del DIDH⁶⁵⁹.

No se puede obviar empero que el acceso a la justicia se ha configurado de una manera un tanto particular en la jurisprudencia de la CrIDH, pues ésta ha tendido a vincular artículos 8 y 25 CADH, incidiendo en la vertiente estrictamente procesal del artículo 8; es decir, configurándolo como un “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”⁶⁶⁰. Por ello, el artículo 8 ha de ser completado con el artículo 25 (recurso por violación de derechos humanos), de tal manera que cuando un individuo considere que su derecho de acceso a la justicia se ha visto denegado, será habitual la invocación de ambos artículos⁶⁶¹. En definitiva, el acceso a la justicia *ex* artículo 8 CADH

⁶⁵⁷ TEDH, *Golder c. Reino Unido*, § 35 *in fine* y 36. El TEDH evitó en esta sentencia interpretar la referencia del Preámbulo de la CEDH a “ciertos” de los derechos reconocidos en la CEDH como una invitación a la interpretación “restrictiva” y “selectiva” de la Convención, prefiriendo la interpretación teleológica y contextual del artículo 6 (TAVERNIER, P.: “La Déclaration universelle des droits de l’homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en VV.AA.: *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 865-866. Cfr. también, sobre esta sentencia, MILANO, L.: *Le droit d’accès...*, *op. cit.*, pp. 39 y ss.).

⁶⁵⁸ Cfr., por ejemplo, CDH, *Anthony Currie c. Jamaica*, 31 de marzo de 1994, Com. n° 377/1989, CCPR/C/50/D/377/1989, § 13.4 (vinculándolo acceso a la justicia con el coste excesivo de los procedimientos y la falta de provisión de un abogado de oficio por el Estado); *Bahamonde c. Guinea Ecuatorial*, § 9.4.; *Anni Äärelä and Mr. Jouni Näkkäläjärvi c. Finlandia*, § 7.2. (vinculándolo con los altos costes de los recursos de apelación contra las sentencias en primera instancia), 7 de noviembre de 2001, Com. n° 779/1997, CCPR/C/73/D/779/1997.

⁶⁵⁹ Cfr. *infra*, CrIDH, *Goiburú et al c. Uruguay*.

⁶⁶⁰ CrIDH, *Las garantías judiciales en estados de emergencia*, (arts. 27.2, 25 Y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), § 27.

⁶⁶¹ CANÇADO TRINDADE, A. A.: *Tratado de direito...*, *op. cit.*, pp. 62-67; HENNEBEL, L.: *La Convention américaine...*, *op. cit.*, p. 498-499. Esta solución no es sin embargo admitida de manera pacífica en el seno de

se suele vincular expresamente con la protección de otros derechos fundamentales reconocidos en la Convención y en el derecho interno de los Estados, aunque no necesariamente deba ser así, como veremos enseguida⁶⁶².

Por el contrario, en el ámbito de la CEDH y de PIDCP el derecho al juez se encuentra más estrictamente vinculado a dos nociones de troncal relevancia: las de “litigios de carácter civil” y “acusación en materia penal”. Es precisamente la determinación del significado de estas dos categorías uno de los focos de superabundancia de pronunciamientos por los órganos internacionales. A este respecto existen importantes divergencias entre los sistemas que saltan a la vista con una simple lectura superficial de los textos.

En primer lugar, hemos de oponer por un lado el PIDCP y la CEDH; y por el otro la CADH. En el primer caso, los artículos 14(1) y 6(1) únicamente extienden las garantías a las “substanciación/fundamento de cualquier acusación de carácter penal”, y la “determinación/litigios de sus derechos y obligaciones de carácter civil”, respectivamente (la diferencia de terminología es meramente superficial). Por el otro lado, el artículo 8 de la CADH, se refiere también a la “determinación de los derechos y obligaciones de orden (...) laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, gozando pues de un ámbito de aplicación prácticamente ilimitado.

En segundo lugar, la terminología del PIDCP y de la CEDH ha dado lugar a una voluminosa y, en el caso de la CEDH, cambiante jurisprudencia. Como aspectos generales podemos subrayar que ambos órganos han recurrido a criterios autónomos independientes del derecho nacional (la doctrina de la “autonomía de los nociones”⁶⁶³); es decir, que estos órganos calificarán una disputa como “civil” o “penal” independientemente de la clasificación que se le dé a ésta en el derecho nacional. Ni siquiera es una referencia la

la Corte, pues algunos jueces (entre ellos el Presidente de la Corte) son contrarios a esta “fusión” entre ambos artículos. Para una ilustrativa introducción a este debate, *cfr.* BURGORGUE-LARSEN, L.; ÚBEDA DE TORRES, A.: *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 673-677.

⁶⁶² P.e., CrIDH, *Cantos c. Argentina*, sentencia de 28 de noviembre de 2002 (fondo), Serie c nº 97, en el que el demandante únicamente alegó (con resultado satisfactorio) la violación de los arts. 8 y 25 de la Convención en los procedimientos por el allanamiento de varias empresas del Sr. Cantos y las pérdidas económicas derivadas de éste.

⁶⁶³ De especial utilidad en el ámbito del derecho a las garantías judiciales. Como afirma SUDRE respecto de la aplicación de esta doctrina a los conceptos del art. 6 CEDH, “visant à réduire les zones d’inapplicabilité de la norme conventionnelle, l’interprétation “autonome” renforce l’effectivité du droit garanti” (SUDRE, F.: *Droit international et européen...*, *op. cit.*, p. 245).

diferenciación entre ambas categorías en función de los conceptos de *ius publicum* e *ius privatum*⁶⁶⁴, pues esta posibilidad ha sido expresamente rechazada en supuestos como los de la reclamación de un antiguo miembro de las Fuerzas Armadas de una pensión por incapacidad⁶⁶⁵; de procedimientos fiscales⁶⁶⁶, de procedimientos por el despido de un empleado⁶⁶⁷, de procedimientos por la prohibición de la compra de una vivienda⁶⁶⁸ (en el caso los litigios civiles); o de la imposición de multas por infracciones de tráfico⁶⁶⁹ (en el caso de procedimientos penales)⁶⁷⁰. Ambas jurisprudencias tienden a ser bastante aperturistas a la hora de admitir que una disputa es de naturaleza civil⁶⁷¹.

En lo que respecta a los procedimientos penales, la existencia de una “acusación penal” depende en el caso del TEDH de los de sobra conocidos “criterios de *Engel*”, es decir, los tres elementos definidos por el Tribunal en la sentencia *Engel c. Países Bajos*: la naturaleza de la sanción, su gravedad y la calificación que se le dé a ésta en el derecho nacional. Esta última, pues, sigue siendo un elemento relevante a tener en cuenta en la jurisprudencia del TEDH, pero sólo será uno más. Dejaremos el análisis más detallado de estos criterios para más adelante, cuando analicemos la medida en que las sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad se pueden ajustar a la interpretación que la

⁶⁶⁴ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M.: *Derecho administrativo...*, *op. cit.*, pp. 89-90.

⁶⁶⁵ CDH, *Y. L. c. Canadá*, 8 de abril de 1986, Com. n° 112/81, Doc. CCPR/C/OP/2, § 9.2.

⁶⁶⁶ CDH, *I.P. c. Finlandia*, 26 de julio de 1993, Com. n° 450/1991, Doc. CCPR/C/48/D/450/1991, § 6.2.

⁶⁶⁷ CDH, *Casanovas c. Francia*, 19 de julio de 1994, Com. n° 441/90, Doc. CCPR/C/51/D/441/1990, §§ 4.3. y 5.2. *Vid.* también la comunicación *Kolanowski c. Polonia*, 6 de agosto de 2003, Com. n° 837/98, Doc. CCPR/C/78/D/837/1998, §§ 4.4., 4.5. y 6.4, para el caso de un policía al que le fue denegada la promoción en su trabajo.

⁶⁶⁸ TEDH, *Ringeisen c. Austria*, Sentencia de 16 de julio de 1971, Ap. n° 2614/65, pp. 135 y ss.; § 26

⁶⁶⁹ NOWAK, M.: *International Covenant...*, *op. cit.*, p. 318. *Vid.* también BURGORGUE-LARSEN, L.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho Penal”, en GARCÍA-RAMÍREZ, S. (Ed.): *Derecho penal. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 328.

⁶⁷⁰ Con una salvedad, y es que si una controversia jurídica es calificada como “pública” por el Estado, ésta será automáticamente considerada como tal por el CDH y no será, por lo tanto, “civil” (CASTAN, M.; SCHULZ, J.; JOSEPH, S.: *The International Covenant on Civil and Political Rights: cases, materials and commentary*, 2nd Ed., Oxford, New York, 2004, p. 394; QUILLERE-MATZOU, F.: *La défense...*, *op. cit.*, p. 31).

⁶⁷¹ NOWAK, M.: *International...*, *op. cit.*, p. 315. Un caso particular en la jurisprudencia del TEDH es la del ejercicio de acciones civiles por parte de las víctimas en un procedimiento penal, a fin de resarcir daños y perjuicios. Después de una jurisprudencia que pudiera resultar más bien casuística (p.e., *Moreira de Azevedo c. Portugal*, sentencia de 23 de octubre de 1990, Ap. n° 11296/84; *Tomasi c. Francia*, sentencia de 27 de agosto de 1992, Ap. n° 12850/87), el TEDH ha acabado admitiendo por principio en la sentencia *Pérez c. Francia* la aplicabilidad de las garantías del art. 6(1) al ejercicio de este tipo de acciones, *en tanto que procedimientos civiles* (no penales), y con la excepción de las *actio popularis* con fines punitivos (sentencia de 12 de febrero de 2004, Ap. n° 47287/99. Sobre estas sentencias se hacen comentarios en MOWBRAY, A.: “An examination...”, *loc. cit.*, p. 191; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: “La reciente jurisprudencia...”, *loc. cit.*, p. 246-247).

jurisprudencia ha realizado de ellos. No obstante, no podemos dejar de subrayar que no existe *a priori* ningún tipo de relación de subordinación entre disputas civiles y penales, por lo que una disputa que no alcance el *test* de gravedad penal no habrá de ser considerada necesariamente como un litigio de carácter civil. La diferencia no es de gradación, sino de naturaleza.

I.2. Los requisitos del Tribunal

La teoría de las apariencias encuentra su aplicación más impresionista en la valoración de los requisitos que ha de tener un tribunal para considerarse compatible con las exigencias del procedimiento justo, siguiendo el conocido *adagio* anglosajón “la justicia no sólo ha de ser hecha sino que ha de parecer ser hecha”⁶⁷². Por ello, el órgano de supervisión supranacional se ofrecerá no sólo para una revisión de los elementos que puedan influir en el carácter independiente e imparcial del juez (perspectiva objetiva), sino también para una apreciación sobre su posible predisposición personal hacia una de las partes (perspectiva subjetiva). Estas valoraciones tienen una particular relevancia cuando el órgano de supervisión ha de ponderar la legalidad de los tribunales militares encargados de juzgar civiles, especialmente terroristas⁶⁷³. De hecho, cuando el juez internacional (sobre todo el europeo) se enfrenta a la cuestión de la legalidad de los tribunales militares, otro famoso *adagio* parece entrar en juego, el de CLEMENÇEAU, que con fina ironía afirmaba aquello de que “la justicia militar es a la justicia lo que la música militar es a la música”⁶⁷⁴.

Tanto el PIDCP como la CADH requieren expresamente cuatro requisitos cumulativos del Tribunal que resuelva sobre una acusación penal u otro tipo de litigios: los de competencia, independencia, imparcialidad y establecimiento por ley. La CADH se

⁶⁷² TEDH, *Delcourt c. Bélgica*, sentencia de 17 de enero de 1970, Ap. n° 2689/65, § 30. La expresión fue acuñada por Lord HEWARD en el asunto *R. c. Sussex Justices, ex parte McCarthy*, [1924] 1 KB 256, p. 259.

⁶⁷³ Sobre los tribunales militares, cito el esencial informe del Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos EMMANUEL DECAUX, *Cuestión de la administración de justicia por los tribunales militares*, 9 de julio de 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/4. Cfr. también CionIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, §§ 230-232.

⁶⁷⁴ La “teoría de las apariencias” ha sido duramente criticada por el Juez del TEDH LOUCAIDES, para quien se basa en una idea “anacrónica”, dado que “in a democratic society, conclusions or decisions should not be based on impressions or appearances” (LOUCAIDES, L. G.: “Questions of fair trial...”, *loc cit.*, pp. 44 y ss.). Ahora bien, el mismo Juez no tuvo problemas en criticar la decisión del TEDH en su Opinión parcialmente disidente en el asunto *Sander c. Reino Unido*, sentencia de 25 de febrero de 2000, Ap. n° 34129/96, por estimar la Corte que en las circunstancias del caso no había vulneración del requisito de imparcialidad subjetiva (se trataba de la condena de un individuo de origen asiático por un jurado de Birmingham, algunos de cuyos miembros habían realizado chistes y bromas sobre los individuos de origen asiático).

guarda, además, de subrayar que el “establecimiento por la ley” ha de ser *previo*, no presente. Por el contrario, la CEDH no enuncia el requisito de “competencia” del juez, aunque siguiendo la opinión de TRECHSEL podremos considerar que dicho requisito se encuentra, en realidad, subsumido en el de “establecido por la ley”⁶⁷⁵.

Por su especial relevancia para este trabajo haremos referencia a tres elementos: la noción de “tribunal”, la independencia y la imparcialidad.

La primera noción de “Tribunal” establecida por los órganos de supervisión del DIDH fue la realizada por el TEDH en la sentencia *Belilos c. Suiza* de 29 de abril de 1988. Si bien el órgano europeo se había pronunciado anteriormente sobre si determinadas decisiones que entraban dentro del ámbito de aplicación *ratione materiae* del artículo 6 habían o no sido pronunciadas por un juez⁶⁷⁶, el asunto suizo estableció de manera comprensiva los términos concretos de la definición, que merece ser transcrita aquí en su totalidad:

“un “Tribunal” se caracteriza en el sentido sustantivo por su función judicial, es decir, por resolver asuntos dentro de su competencia sobre la base de reglas jurídicas y conforme a procedimientos conducidos de manera preestablecida. Debe también satisfacer una serie de requerimientos –independencia, en particular del poder ejecutivo; imparcialidad; duración del mandato de sus miembros; garantías proporcionadas por su procedimiento–, varias de las cuales aparecen en el texto del art. 6.1”⁶⁷⁷.

Como se puede apreciar, esta completa definición se basa en un criterio funcional⁶⁷⁸, criterio que ya había sido reconocido por el TEDH en la sentencia *Sramek c. Austria* de 22 de octubre de 1984⁶⁷⁹, y que recurre a una noción autónoma de “tribunal”, es decir, independiente de la calificación que le dé el derecho nacional. De esta manera, será “tribunal” todo órgano caracterizado por determinar el Derecho aplicable al caso. A ello habrá que añadir el cumplimiento cumulativo y *sine qua non* con el resto de garantías que se predicán de todo tribunal: independencia, imparcialidad, etc. No es nuestra intención extendernos en la voluminosa casuística del TEDH respecto de la aplicación de esta

⁶⁷⁵ TRECHSEL, S.: *Human rights...*, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁷⁶ Cfr. p.e. TEDH, *De Wilde et al c. Bélgica*, sentencia de 18 de junio de 1971, Aps. nos. 2832/66; 2835/66; 2899/66, § 171, especialmente § 78; *Ringeisen c. Austria*, sentencia de 16 de julio de 1971, Ap. n° 2614/65, § 95; *Bentham c. Países Bajos*, sentencia de 29 de abril de 1988, Ap. n° 8848/80, § 171.

⁶⁷⁷ TEDH, *Belilos c. Suiza*, sentencia de 29 de abril de 1988, Ap. n° 10328/83, p. 171, § 64. La traducción se ofrece en GARCÍA-ROCA, J. y VIDAL ZAPATERO, J.-M.: “El derecho a un tribunal...”, *loc. cit.*, p. 366.

⁶⁷⁸ *Ibid*, pp. 366-369; MOCK, P.: “Le droit à un procès équitable...”, *loc. cit.*, p. 387.

⁶⁷⁹ TEDH, *Sramek c. Austria*, sentencia de 22 de octubre de 1984, Ap. n° 8790/79, § 40.

definición, pues no es necesario para nuestros propósitos⁶⁸⁰. Simplemente apuntaremos aquí dos previsiones antes de proseguir nuestro análisis.

En primer lugar, siguiendo a KRENK, la existencia o no de un Tribunal que dirima la controversia jurídica no es condición de aplicabilidad de las garantías del proceso justo del artículo 6 de la CEDH. No lo es porque la única condición para que entre en juego el conjunto de derechos recogidos por esta disposición es la existencia de un litigio en materia civil o penal⁶⁸¹. Si esta condición se da, el artículo 6 establecerá los parámetros de acceso a la justicia y las garantías del procedimiento justo, entre las cuales se encuentra el derecho a un tribunal que reúna los requisitos de la sentencia *Belilos*; de lo contrario, la controversia quedará fuera de la esfera del artículo 6 del CEDH.

En segundo lugar, la noción autónoma de tribunal a la que recurre el Tribunal europeo (y el americano⁶⁸²), al encontrarse totalmente separada de la naturaleza del órgano que resuelva la controversia, permite considerar como “tribunal” a la autoridad administrativa que reúna las condiciones establecidas por la jurisprudencia europea. En otras palabras : “le fait qu’un organe exerce, parallèlement à ses fonctions contentieuses lui conférant la qualité de “tribunal”, d’autres fonctions, comme par exemple des fonctions administratives ou consultatives, n’est pas de nature à lui ôter cette qualité”⁶⁸³. Con base a este criterio el TEDH no ha tenido problemas en analizar la imparcialidad de las decisiones adoptadas, por ejemplo, por órganos administrativos sancionadores, como pueden ser comisiones disciplinarias⁶⁸⁴. Y si se concluye que el órgano no reúne alguno de los requisitos de la sentencia *Belilos*, como por ejemplo la falta de independencia del órgano

⁶⁸⁰ Para ello, Vid. GARCÍA-ROCA, J.; VIDAL ZAPATERO, J. M.: “El derecho...”, *loc. cit.*, pp. 365 y ss.; SUDRE, F.: *Droit International...*, *op. cit.*, pp. 374 y ss.; VAN DIJK, P.: *Theory and practice...*, *loc. cit.*, p. 612..

⁶⁸¹ KRENK, F.: “La notion de “tribunal” au sens de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme”, en VV.AA. : *Les droits de l’homme en évolution...*, *op. cit.*, p. 310.

⁶⁸² Pues este énfasis en el aspecto material del órgano es también jurisprudencia constante de la CrIDH. Si bien, como señalan BURGORGUE-LARSEN y ÚBEDA DE TORRES, “l’autonomisation des notions menée à terme par la Cour européenne afin de créer une conception “matérielle du droit à caractère civil” n’a pas été nécessaire aux Amériques” (*Les grandes décisions...*, *op. cit.*, p. 678), no es menos cierto que la CrIDH considera que “El artículo 8.1 de la Convención (...) es igualmente aplicable al supuesto en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos” (CrIDH, *Yatama c. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005 (Fondo y reparaciones), Serie C n° 127, § 149; *Ivcher Bronstein c. Perú*, sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, § 104, *Caso del Tribunal Constitucional*, § 71). Las mismas autoras insisten sin embargo en ciertas diferencias en la jurisprudencia de la CrIDH, que incluye también en el ámbito de aplicación del art. 8 el contencioso electoral y los litigios relativos al funcionariado (*Les grandes décisions...*, *op. cit.*, pp. 678-679).

⁶⁸³ *Ibid*, p. 317.

⁶⁸⁴ La cuestión se analiza con detalle en STAVROS, S.: *The guarantees for accused persons...*, *op. cit.*, pp. 301 y ss.

sancionador del poder ejecutivo, se requerirá el control posterior por un Tribunal que reúna todas las garantías⁶⁸⁵. No es necesario, como ya apuntaba el TEDH en la sentencia *Le Compte et al c. Bélgica*, que el individuo pueda acceder a un tribunal de plena jurisdicción durante *todas* las fases del procedimiento⁶⁸⁶. Este matiz es importante de cara a nuestro análisis sobre las sanciones inteligentes impuestas por el Consejo de Seguridad.

Con posterioridad a esta jurisprudencia, el Comité de Derechos Humanos ha estimado que la noción de “tribunal” “se refiere a un órgano, cualquiera sea su denominación, creado por ley, independiente de los poderes ejecutivo y legislativo, o que goza en casos específicos de independencia judicial al decidir cuestiones jurídicas en actuaciones de carácter judicial”⁶⁸⁷. En el ámbito del PIDCP también se precisa, pues, que la noción de “tribunal” es un concepto autónomo e independiente de la denominación estatal, y se predica de él la independencia del poder ejecutivo y legislativo. Claro que esta definición es claramente más parca e incompleta que la aportada por el TEDH, pues ni siquiera precisa la función de todo tribunal al modo en que lo hace el órgano europeo. Además, en el PIDCP es igualmente válida la calificación de “tribunal” otorgada a los órganos administrativos estatales independientes de las directivas del poder ejecutivo⁶⁸⁸.

El requisito de la *independencia* se analiza en dos momentos: el puntual de la *designación* del juez y el continuado del *ejercicio de sus funciones*, puesto que éste ha de contar además con garantías suficientes contra la presión exterior⁶⁸⁹. El significado de esta garantía es que un juez o tribunal ha de ser libre de toda injerencia procedente tanto del poder que lo nombró como de la presión social. Cuatro serán pues los elementos principales a tener en cuenta (en la jurisprudencia del TEDH): la manera en que los jueces son nombrados, la duración del cargo, la existencia de garantías contra la presión exterior y

⁶⁸⁵ KRENK, F.: “La notion de “tribunal”...”, *loc. cit.*, p. 329.

⁶⁸⁶ TEDH, *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica*, § 51. *Cfr.* para más detalle BANDRÉS-SÁNCHEZ CRUZAT, J. M.: *Derecho administrativo...*, *op. cit.*, pp. 118 y ss.; VAN DIJK, P.: *Theory and practice...*, *op. cit.*, pp. 567-569; VELU, J.: *Considérations sur les arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme relatifs au droit à un procès équitable dans les affaires mettant en cause la Belgique*, ARB-Classe des Lettres, Bruxelles, 2004, pp. 46-49.

⁶⁸⁷ CDH, OG n° 32, § 18.

⁶⁸⁸ NOWAK, M.: *International Covenant...*, *op. cit.*, p. 319.

⁶⁸⁹ El ejemplo más preclaro es el de la sentencia del TEDH en el asunto *Incal c. Turquía*, sentencia de 9 de junio de 1998, Ap. n° 22678/93, § 65; *Vid.* también *Sadak et al c. Turquía*, sentencia de 17 de julio de 2001, App. Ns. 29900/96, 29901/96, 29902/96 and 29903/96, §§ 37-39.

la apariencia de independencia⁶⁹⁰. Esta jurisprudencia se ha seguido al otro lado del atlántico⁶⁹¹. Por su parte, la OG n° 32 del CDH recoge igualmente los tres primeros criterios⁶⁹².

La *imparcialidad*, de difícil diferenciación conceptual de la independencia⁶⁹³, se refiere al hecho de que el juez ha de estar libre de todo apriorismo, de todo prejuicio contra una de las partes; y además “no ha de actuar de tal manera que promueva los intereses de una de las partes”⁶⁹⁴; dictando sentencia de acuerdo con la ley y no con sus convicciones personales⁶⁹⁵. Principio directamente vinculado con el principio de igualdad de armas o *waffengleichheit* que condiciona el contenido del derecho a las garantías judiciales⁶⁹⁶, ha adquirido un especial desarrollo en la jurisprudencia del TEDH⁶⁹⁷. Este órgano analiza la imparcialidad desde dos puntos de vista diferentes pero relacionados y cumulativos: uno subjetivo y otro objetivo. Así, el segundo se vincula a la existencia de elementos

⁶⁹⁰ Entre la abundante jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, *cfr* TEDH, *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica*, sentencia de 23 de junio de 1981, Aps. nos. 6878/75 y 7238/75, §§ 55 y 57 –en referencia a los dos primeros criterios-; *Piersack c. Bélgica*, sentencia de 1 de octubre de 1982, Ap. n° 8692/79, § 17 –refiriéndose al tercer criterio-; *Delcourt c. Bélgica*, sentencia de 17 de enero de 1970, Ap. n° 2689/65, § 31 –refiriéndose a la teoría de las apariencias-. La primera sistematización de los criterios fue realizada en *Campbell and Fell c. Reino Unido*, sentencia de 28 de junio de 1984, Aps. nos. 7819/77 y 7878/77. Más tarde, *Findlay c. Reino Unido*, sentencia de 25 de febrero de 1997, Ap. n° 22107/93, § 73.

⁶⁹¹ La sentencia *Piersack* aparece citada expresamente en CionIDH, *Guy Malari c. Haití* (fondo), 27 de diciembre de 2002, Rep. n° 78/02, § 74.

⁶⁹² CDH, *OG n° 32*, § 19. *Vid.* también los ya citados *Principios fundamentales relativos a la independencia de la magistratura* aprobados por el 7° Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento de los delincuentes en 1985, que desarrollan con detalle las garantías de la independencia de los jueces (no de los jurados).

⁶⁹³ Como muestran GARCÍA-ROCA, J.; VIDAL ZAPATERO, J. M.: “El derecho a un tribunal...”, *loc. cit.*, pp. 371-372. MONTERO AROCA señalaba en 2009 que hay más de seiscientas sentencias del TEDH que han discutido la violación del requisito de la imparcialidad, de entre las cuales unas cuatrocientas carecen de interés conceptual, y unas doscientas se refieren a la composición de los tribunales militares en Turquía (MONTERO AROCA, J.: “El derecho a un juez independiente e imparcial”, en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P.; IGLESIAS BUHIGUES, J. L.: *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos fundamentales en material procesal*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 103, nota al pie 1. Su crítica de la jurisprudencia europea en materia de independencia e imparcialidad resulta de muy recomendable lectura).

⁶⁹⁴ CDH, *Kartunnen c. Finlandia*, 23 de octubre de 1992, Com. N° 387/1989, Doc. CCPR/C/46/D/387/1989, § 13.

⁶⁹⁵ TEDH, *Huber Morel c. Francia*, 6 de junio de 2000, Ap. n° 34130/96.

⁶⁹⁶ TAVERNIER, P.: “Le droit...”, *loc. cit.*, p. 18.

⁶⁹⁷ En lo que respecta a la jurisprudencia americana, *cfr* CionHR, *Martín de Mejía c. Perú*, Asunto 10.970 (fondo), de 1 de marzo de 1996, n° 5/96, p. 1194; *Andrews c. Estados Unidos*, Asunto 11.139, de 6 de diciembre de 1996, (fondo), n° 57/96, §§ 159-168, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, §§ 228-233. La CrIDH suele considerar ambos requisitos de manera conjunta, como p.e. en *Castillo Petruzzi c. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, §§ 128-133. El CDH también ha acabado haciendo suya la jurisprudencia del TEDH, por ejemplo en el asunto *Jenny c. Austria*, donde aplica al pie de la letra la doctrina de la Corte europea que expondremos a continuación (CDH, *Jenny c. Austria*, Com. 1437/2005, 8 de agosto de 2005, Doc. CCPR/C/93/D/1437/2005, §§ 9.3-9.6; Observación General n° 32, § 21).

(normalmente orgánicos) que permiten apreciar de manera ontológica la independencia de un juez, como por ejemplo su intervención previa en una fase anterior del procedimiento o su vinculación a las fuerzas armadas del Estado⁶⁹⁸. Por el contrario, el primero se basa en una deducción del Juez europeo sobre la aplicación equitativa de la ley al caso concreto, basándose para ello en la existencia de indicios que den a entender que el Juez alberga en un caso concreto ciertos prejuicios o tendencias respecto de una de las partes⁶⁹⁹. La diferenciación entre ambos criterios no es evidente en la práctica del TEDH⁷⁰⁰, aunque de hecho sólo haya habido un caso en el que un Estado haya sido condenado sobre la base de este criterio subjetivo de imparcialidad, el asunto *Kyprianou c. Chipre*⁷⁰¹. Conviene precisar de todas formas que, desde la sentencia *Piersack c. Bélgica*, el TEDH ha aclarado que presumirá de manera general la imparcialidad de los tribunales⁷⁰².

II. APROXIMACIÓN A LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

⁶⁹⁸ Ejemplos de condenas motivadas por la vinculación de uno de los jueces del tribunal a las fuerzas armadas: TEDH, *Incal c. Turquía*, sentencia de 9 de junio de 1998, Ap. n° 22678/93, § 68), *Çiraklar c. Turquía*, sentencia de 28 de octubre de 1998, Ap. n° 19601/92, § 38; *Sadak y otros c. Turquía*, sentencia de 17 de julio de 2001, Aps. nos. 29900/96, 29901/96, 29902/96 y 29903/96, §§ 37-39. Los tres casos relativos al enjuiciamiento de presuntos terroristas del PKK por el Tribunal de Seguridad Nacional de Ankara. La jurisprudencia relativa a la intervención de un juez en varias fases del proceso es bastante compleja y ha evolucionado desde posiciones absolutas (*Piersack c. Bélgica*, § 30), hasta opciones más flexibles y relativistas que evalúan la naturaleza y extensión de la intervención del juez antes del proceso (TEDH, *Hautschild c. Dinamarca*, sentencia de 24 de mayo de 1989, Ap. n° 10486/83, §§ 43-53). Con más detalle, MILANO, L.: *Le droit à un tribunal...*, op. cit., pp. 435 y ss; SUDRE, F.: *Droit européen...*, op. cit., pp. 407 y ss.

⁶⁹⁹ MILANO, L.: *Le droit à un tribunal...*, op. cit., p. 427. La autora critica la terminología “imparcialidad subjetiva”, dado que a fin de cuentas toda imparcialidad subjetiva va a ser deducida de elementos indiciarios objetivos.

⁷⁰⁰ El mismo TEDH lo ha reconocido expresamente (TEDH, *Micallef c. Malta* (GS), sentencia de 15 de octubre de 2009, Ap. n° 17056/06, § 95: “there is no watertight division between subjective and objective impartiality since the conduct of a judge may not only prompt objectively held misgivings as to impartiality from the point of view of the external observer (objective test) but may also go to the issue of his or her personal conviction”).

⁷⁰¹ Se trataba de la condena impuesta a un abogado chipriota por una comisión disciplinaria formada por los mismos jueces que componían el Tribunal al que el Sr. Kyprianou había insultado durante su examen de unos testigos en un juicio. Como elementos indiciarios a tomar en cuenta se encontraban el lenguaje utilizado en la condena al individuo o el rechazo de los jueces a considerar otros elementos menos onerosos para sancionar la conducta cuestionada (TEDH, *Kyprianou c. Chipre* (GS), sentencia de 15 de diciembre de 2005, Ap. n° 73797/01, § 34). En el asunto *Lavents c. Letonia*, relativo a un complejo juicio a un poderoso hombre de negocios lituano, el Tribunal dedujo la imparcialidad objetiva del tenor de las declaraciones realizadas a la prensa por uno de los jueces que decidió en el litigio penal nacional (sentencia de 28 de noviembre de 2002, Ap. N° 58442/00, § 119).

⁷⁰² TEDH, *Piersack c. Bélgica*, § 30; más tarde, *Hauschildt c. Dinamarca*, sentencia de 24 de mayo de 1989, Ap. n° 10486/83, § 45; *Campbell y Fell c. Reino Unido*, sentencia de 28 de junio de 1984, Aps. n° 7819/77 y 7878/77, § 84.

La constante distinción entre procesos civiles y penales que realizan los principales textos internacionales de protección de los derechos humanos trasciende el ámbito estricto del derecho de acceso a un tribunal para extenderse igualmente al *due process of law* o conjunto de garantías del procedimiento⁷⁰³. Ello se aprecia claramente en las largas listas de garantías enumeradas en los artículos 14 del PIDCP, 6 del CEDH y 8 de la CADH: el rasgo común a todas ellas es que las garantías que enuncian se atribuyen exclusivamente a los procedimientos penales. Ahora bien, las apariencias no han de llevar a engaño, pues ya es práctica habitual de los órganos de supervisión la extensión de estas garantías a los procedimientos civiles en la medida en que sea posible⁷⁰⁴. Con un matiz en el caso del CEDH, y es que en la sentencia *Dombo Beheer B. V. c. Países Bajos* el TEDH puntualizó que, al no haberse enumerado un catálogo de garantías a respetar en los procedimientos civiles, los Estados gozan de un margen de apreciación más amplio para aplicar el artículo 6 que en los procedimientos penales⁷⁰⁵.

A fin de presentar las garantías de manera sistemática y evitar perdernos en el laberinto del *due process*, hemos considerado oportuno ofrecer una visión panorámica en un cuadro sinóptico que pueda servirnos de referencia para nuestro análisis. Ello nos permite, además, comparar de manera comprensiva qué derechos se reconocen en cada convenio. A partir de ahí, y siguiendo con nuestro inevitable método selectivo, realizaremos una serie de anotaciones sobre aspectos escogidos de esta tabla.

⁷⁰³ A menudo se recurre a la noción de *fair trial* como sinónima de *due process of law*. Evitaremos las traducciones en la medida de lo posible puesto que ninguna de ellas –ni siquiera la noción de “debido proceso”– es equivalente a la original.

⁷⁰⁴ En el caso del CDH, *cfr.* p.e. las comunicaciones *Moraël c. Francia*, 28 de julio de 1989, Com. n° 207/1986, CCPR/C/36/D/207/1986, § 9.3; *Sandra Fei c. Colombia*, 4 de abril de 1995, Com. n° 514/1992, CCPR/C/57/1, § 8.4. En el caso de la jurisprudencia de la CrIDH, *Caso del Tribunal Constitucional c. Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C n° 71, § 70; CionIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, § 240. Decimos “en la medida de lo posible” porque hay garantías propias del proceso penal que por su naturaleza no pueden extenderse a los procedimientos civiles, como el derecho a no declararse culpable. Para una sistematización de estas garantías en el CEDH, *Vid.* MOCK, P.: “Le droit à un procès équitable...”, *loc. cit.*, pp. 385-400.

⁷⁰⁵ TEDH, *Dombo Beheer c. Países Bajos*, sentencia de 27 de octubre de 1993, Ap. n° 14448/88, § 32, *Vid.* también *Pérez c. Francia* § 72.

Tabla I: listado de garantías del debido proceso

	PIDCP	CEDH	CADH	DIH – garantías mínimas	
				CAI (PA I)	CANI (PA II)
Publicidad del procedimiento	Art. 14(1)	Art. 6(1)	Art. 8(5)	Art. 75(4)(i)	-
Derecho a ser juzgado en un plazo razonable/sin dilaciones	Art. 14(3)(c)	Art. 6(1)	Art. 8(1)	-	-
Presunción de inocencia	Art. 14(2)	Art. 6(2)	Art. 8(2)	Art. 75(4)(d)	Art. 6(2)(d)
Derecho a ser informado de la acusación en un tiempo mínimo	Art. 14(3)(a)	Art. 6(3)(a)	Art. 8(2)(b)	Art. 75(4)(a)	Art. 6(2)(a)
Disponer del tiempo adecuado y facilidades para la defensa	Art. 14(3)(b)	Art. 6(3)(b)	Art. 8(2)(c)	Art. 75(4)(a)	Art. 6(2)(a)
Derecho a la defensa personal o con abogado de elección propia	Art. 14(3)(d)	Art. 6(3)(c)	Art. 8(2)(d)	-	-
Derecho a estar presente en el procedimiento	Art. 14(3)(d)	J	J? ⁷⁰⁶	Art. 75(4)(e)	Art. 6(2)(e)
Derecho a un abogado de oficio	Art. 14(3)(d)	Art. 8(2)(c)	Art. 8(2)(d)	-	-
Derecho a presentar e interrogar testigos	Art. 14(3)(e)	Art. 6(3)(d)	Art. 8(2)(f)	Art. 75(4)(g)	-
Asistencia gratuita de un intérprete	Art. 14(3)(f)	Art. 6(3)(e)	Art. 8(2)(a)	-	-
Derecho a no declarar contra uno mismo ni declararse culpable	Art. 14(3)(g)	J ⁷⁰⁷	Art. 8(2)(g); Art. 8(3)	Art. 75(4)(f)	Art. 6(2)(f)

⁷⁰⁶ No hemos encontrado ningún pronunciamiento de la CionIDH o de la CrIDH que reconozca expresamente el derecho a estar presente en el proceso y/o a participar en él. Tampoco lo hemos visto analizado en los estudios que venimos citando en este apartado. Sin embargo, es evidente, como afirma el conocido estudio del CICR, que este derecho se encuentra implícito en las garantías del art. 8 CADH, dado su especial vínculo con el resto de derechos de la defensa (*Vid.* nuestro análisis *infra*), sobre todo con el derecho a defenderse uno mismo en persona. Más aún cuando el mismo derecho humanitario lo reconoce (JAENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L.: *Customary international...*, *op. cit.*, p. 366, nota al pie 436).

Derecho de apelación	Art. 14(5)	Art. 2 P n° 7	Art. 8(2)(h)	Art. 75(4)(j) ⁷⁰⁸	Art. 6(3) ⁷⁰⁹
Obligación de motivar las decisiones	J	J	J	-	-
Indemnización por condena errónea	Art. 14(6)	Art. 3 P n° 7	Art. 10	-	-
<i>Nullum crimen sine lege</i> ⁷¹⁰	Art. 15(1)	Art. 7(1)	Art. 9	Art. 75(4)(c)	Art. 6(2)(c)
Prohibición de penas colectivas ⁷¹¹	-	-	-	Art. 75(4)(b)	Art. 6(2)(b)
<i>Ne bis in idem</i>	Art. 14(7)	Art. 4 P n° 7	Art. 8(4)	Art. 75(4)(h)	-

⁷⁰⁷ TEDH, *Saunders c. Reino Unido* (GC), sentencia de 17 de diciembre de 1992, Ap. n° 19187/91, § 68.

⁷⁰⁸ La letra de esta disposición no reconoce el derecho a un recurso judicial, sino a *ser informado* de las posibilidades de recurso y de los plazos en los que éstos han de ser ejercitados. Ahora bien, lejos de interpretar restrictivamente esta garantía, el comentario del CICR parece presuponer el derecho a un recurso judicial al menos en aquellos países en que éste se encuentre reconocido en tiempo de paz: “la formulation est claire. On doit cependant noter que, dans beaucoup de pays, les jugements en matière pénale ne sont pas susceptibles d'appel; dans ces cas, il existe souvent la possibilité du recours en cassation, c'est-à-dire d'invoquer un défaut dans l'application de la loi. Quant aux «autres» recours possibles, on a sans doute voulu viser les recours en grâce (...) Dans certains pays, le jugement des tribunaux militaires doit être confirmé par une autorité militaire supérieure” (SANDOZ, Y.; SWINARSKI, C.; ZIMMERMANN, B. (Dirs.): *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Ginebra, 1986, p. 909). Por el contrario, el trabajo de compilación del derecho internacional humanitario consuetudinario del CICR no incluye el derecho de apelación como norma consuetudinaria (JAENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L.: *Customary international... , op. cit.*, Regla 100, pp. 352 y ss). *Cfr.* también SWINARSKI, C.: « On the right to a fair trial under international humanitarian law instruments », en BYRNES, A. (Ed.): *The right to a fair trial in comparative... , loc. cit.*, pp. 26 y ss.

⁷⁰⁹ *Idem.* El comentario del CICR es sin embargo más expresivo a este respecto, a pesar de la idéntica redacción de ambos Protocolos: “Il n'est pas apparu réaliste, en l'état actuel des législations internes, d'établir le principe selon lequel toute personne aura le droit de recourir contre le jugement rendu à son endroit, c'est-à-dire d'assurer l'existence de ce droit tel que le prévoyait le projet du CICR. Cependant, il est évident que, si des voies de recours existent, non seulement toute personne aura la garantie d'être informée de leur existence et des délais pour les exercer, ainsi que le prévoit expressément le texte, mais encore nul ne se verra dénier le droit de les utiliser” (*Ibid*, pp. 1423-1424).

⁷¹⁰ Principio de doble vertiente penal y procesal, que a menudo es analizado como una garantía procesal en el contexto de los convenios internacionales sobre derechos humanos.

⁷¹¹ *Idem.* Este derecho se encuentra recogido de manera expresa únicamente en la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, art. 7(2), aunque es lícito pensar que “collective punishment is so outrageous an abuse of the very concept of individual rights that the other treaty bodies would certainly hold such treatment to be a fundamental breach of the right to fair trial and possibly also a breach of personal security” (DOSWALD-BECK, L.; KOLB, R.: *Judicial process... , op. cit.*, p. 145, donde se afirma que este derecho se encuentra recogido en la CADH. Al menos nosotros no lo hemos encontrado). Además, el DIH las prohíbe totalmente (art. 75(4)(b) PA I y 6(2)(b) del PA II. *Vid.* LEDURE, C.: “Garanties minimales contre la détention arbitraire”, *RBDI*, Vol. XXVII, 1994, p. 672).

Encabezando cada columna se refieren los principales textos de derechos humanos. Hemos decidido añadir las garantías expresamente reconocidas⁷¹² en el derecho humanitario convencional en los conflictos armados internacionales (CAI) y no internacionales (CANI), dado que en el capítulo anterior hicimos referencia a esta rama del derecho en tanto que elemento indiciario de su estatus como norma imperativa. Aunque en este apartado no vaya a resultar necesario referirse a ellas, resulta interesante comparar estas garantías mínimas con la protección que ofrece el DIDH *a todas las personas* (y no sólo a los grupos de personas especialmente protegidas)⁷¹³. A la izquierda, se enumeran todas las garantías que (1) o se encuentran enumeradas en los tres convenios (se indica el numeral de la garantía); o (2) han sido reconocidas por la jurisprudencia del órgano de supervisión pertinente (J).

No diferenciaremos entre procesos civiles y penales porque delimitar el contenido concreto de la extensión de las garantías penales a los procesos civiles resultaría ser una operación un tanto arbitraria e incompleta, al tratarse de una construcción pretoriana que evoluciona al ritmo de los asuntos planteados frente a los órganos de supervisión.

En primer lugar, hemos de apuntar que la lista de garantías no es exhaustiva. En los tres casos se ha hecho énfasis en el carácter “mínimo” de las garantías “que se consideran esenciales para un juicio justo”⁷¹⁴. No podía ser de otra manera, si queremos partir de la flexibilidad de las garantías judiciales, adaptables a las necesidades no previstas y a la evolución de los tiempos. Es por ello que la OG nº 32 se refiere a las “garantías mínimas”

⁷¹² Es sabido que en sí la referencia del artículo 3 común a las “garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados” implica abrir la puerta de manera implícita a la interpretación de los protocolos y al DIDH, aunque el contenido preciso del artículo 3 sigue siendo indeterminado. De hecho, el artículo 3, más que una serie de garantías o derechos, recoge más bien un principio: el principio de trato humano (Sobre el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y las garantías judiciales *Vid.*, entre la bibliografía citada, EL KOUHENE, M.: *Les garanties fondamentales...*, *op. cit.*, p. 140; MANGAS MARTÍN, A.: *Conflictos armados...*, *op. cit.*, p. 83; PICTET, J. (Dir.): *Les Conventions de Genève...*, *op. cit.*, t. IV, p. 44).

⁷¹³ Recordemos que la protección del derecho a un proceso equitativo que ofrece el DIH se circunscribe *a las condenas relacionadas con el conflicto armado*. En lo que respecta al resto de disputas (civiles o penales) que pudiera surgir durante un conflicto armado, y siguiendo el matizado razonamiento de SASSÒLI al que ya se ha hecho referencia en otro lugar de este trabajo, habrá que considerar que el DIDH completa las lagunas del DIH (SASSÒLI, M.: «Le droit international humanitaire, une *lex specialis*...», *loc. cit.*, pp. 378-379, precisamente haciendo referencia a las garantías judiciales recogidas en el art. 3 común). El mismo art. 75(8) impide utilizar el art. 75 PA como argumento para limitar la aplicación de disposiciones más favorables en virtud de otras normas de Derecho internacional.

⁷¹⁴ Art. 14(3) PIDCP (que obliga a los Estados a garantizar “*al menos*” una lista de garantías del debido proceso); art. 6(3) CEDH (“todo acusado tiene, *como mínimo*, los siguientes derechos...”); art. 8(2) CADH (garantías “mínimas”).

de los procedimientos penales⁷¹⁵ que se recogen en el artículo 14 (afirmación que puede predicarse sin problemas respecto de los procedimientos civiles en los términos de la comunicación *Moraël c. Francia* ya referida). Es por ello también que se afirma de manera reiterada que el derecho a un “proceso equitativo” (*fair trial*) es más que la suma del agregado de garantías recogidas en los textos internacionales, por lo que un procedimiento podrá incluso ser calificado de “injusto” *aún cuando respete formalmente todas las garantías enumeradas en los textos internacionales*⁷¹⁶. La CrIDH ha sido muy explícita a este respecto en su Opinión Consultiva sobre *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*⁷¹⁷. Y es por ello, en definitiva, que se ha afirmado con acierto que el respeto del “proceso equitativo” no es una mera obligación de medios; sino de resultado, definiendo éste como “la défense des intérêts du justiciable ou de l’administré”⁷¹⁸. Es decir, que no hay una obligación de ofrecer un *resultado concreto* a la disputa jurídica, pero sí una obligación de ofrecer algo más que un procedimiento con una serie de garantías.

De esta manera se manifiesta otra vez el vínculo entre el aspecto material y procesal de las garantías judiciales al que nos venimos refiriendo, bajo el amparo del principio de “equidad” (*équité*) que subyace a todo el procedimiento.

En segundo lugar, anotaremos que en este estudio no nos extenderemos sobre un punto que sin embargo tiene una cierta relevancia en el ámbito de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes: el de las compensaciones por errores judiciales. Seguimos con ello el método de FASSBENDER, quien excluye este aspecto de su conocido estudio promovido por la Asesoría Jurídica de las Naciones Unidas sobre estas medidas, al considerar que *strictu sensu* no se encuentran relacionadas con la problemática de las garantías ofrecidas a los individuos en los procesos de inclusión/exclusión de la lista⁷¹⁹. Es cierto que, como veremos más adelante, el Consejero Legal de las Naciones Unidas NICOLAS MICHEL ha

⁷¹⁵ OG n° 32, § 32.

⁷¹⁶ DOSWALD-BECK, L.; KOLB, R.: *Judicial process...*, *op. cit.*, p. 144, en general; NOWAK, M.: *International Covenant...*, *op. cit.*, p. 321, respecto del PIDCP; TAVERNIER, P.: “Le droit...”, *loc. cit.*, p. 12; VAN DIJK, P.: *Theory and practice...*, *op. cit.*, pp. 579-580, respecto del CEDH.

⁷¹⁷ En este pronunciamiento la Corte vinculó las garantías procesales con la realización de la justicia, afirmando que “el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia (CrIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, OC-16/99, 1 de octubre de 1999, § 118).

⁷¹⁸ HENNEBEL, L.: *La Convention américaine...*, *op. cit.*, p. 503.

⁷¹⁹ FASSBENDER, B.: “Targeted sanctions...”, *loc. cit.*, pp. 31-32.

incluido esta garantía entre los requisitos mínimos exigibles al Consejo de Seguridad; sin embargo, este trabajo tiene por objetivo incidir en el aspecto más *procedimental* del problema de las sanciones inteligentes, es decir, el relativo a la gestión de las listas negras⁷²⁰.

II.1. Principios generales

Intrínsecamente vinculados con el aspecto material del derecho a las garantías judiciales se encuentran los principios que informan los estándares internacionales de protección de este derecho: el principio de igualdad de armas y el de contradicción de los procedimientos. El primero fue tempranamente definido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (CionEDH) -en el marco de los procesos penales- como “la igualdad procesal del acusado con el fiscal”, en el asunto *Ofner y Hopfinger c. Austria*⁷²¹, considerándolo un elemento inherente del derecho a un juicio equitativo. Posteriormente, la sentencia *Dombo Beheer c. Países Bajos* explicaría de una manera más amplia que la igualdad de armas “implica la obligación de ofrecer *a cada parte* una posibilidad razonable de presentar su causa (...) en condiciones que no la sitúen en una situación de desventaja neta en relación con su adversario”⁷²². La igualdad de armas informa también los procedimientos civiles⁷²³.

En realidad, igualdad de armas y contradicción se encuentran íntimamente relacionados⁷²⁴ entre sí, aunque no se superponen del todo. Como explica SUDRE respecto

⁷²⁰ Por ello no es de extrañar que el tema de las compensaciones no haya sido apenas tratado por la doctrina, a pesar de su interés para los individuos y entidades listados por el Consejo. Y es que el Consejo no ofrece ningún tipo de reparación en caso de error. Un ejemplo es el caso de YOUSSEF NADA, empresario de origen egipcio listado por el Comité durante ocho años y retirado tras las gestiones de Suiza, país donde residía. Pues bien, el a pesar del evidente perjuicio causado, “ni siquiera hubo una mera disculpa por parte de ninguna autoridad, ni de Suiza ni de Naciones Unidas” (Entrevista con DICK MARTY, Berna, 29 de julio de 2010).

⁷²¹ CionEDH, *Ofner y Hopfinger c. Austria*, 23 de noviembre de 1962, Aps. ns. 524/59 y 617/59, *Yearbook* n° 6, p. 680, § 46.

⁷²² TEDH, *Dombo Beheer c. Países Bajos* (§ 33).

⁷²³ Aceptamos con cautela la opinión de BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, según el cual la igualdad de armas “igual emerge en el proceso contencioso-administrativo que en los procesos civiles o laborales (...), y que en el proceso penal, donde el acusado se beneficia de la presunción de inocencia” (*Derecho administrativo...*, *op. cit.*, pp. 108-109): ello puede ser cierto desde el punto de vista del derecho interno o del derecho administrativo comparado, pero no desde el punto de vista del CEDH, donde los elementos a tener en cuenta no son “proceso penal” o “proceso administrativo”, sino “acusación de carácter penal” y “disputa de carácter civil”; nociones autónomas que como ya defendimos no responden a la distinción entre *ius publicum* e *ius privatum*.

⁷²⁴ *Ibid.*, pp. 102-103.

del CEDH, en el segundo caso “il s’agit, fondamentalement, (...) de protéger l’effectivité du débat contradictoire, aussi bien au civil qu’au pénal”⁷²⁵. El énfasis se pone en la *efectividad*, no en la igualdad. El mismo autor propone un ejemplo muy clarificador de ello en el contexto de la falta de comunicación de actas o documentos del procedimiento: si la falta de comunicación concierne sólo a una de las partes, es el principio de igualdad de armas que se ve afectado; si son ambas, el principio de contradicción⁷²⁶.

Ahora bien, a pesar de sus diferencias, ambos principios se vinculan con el respeto general de las garantías judiciales en el sentido de que informan el proceso, sirviendo como referencia general para valorar la equidad de cada una de sus fases en particular y de la generalidad del proceso. Aún más, muchas de las garantías del proceso equitativo son una manifestación de estos principios, desde los derechos de la defensa, la presunción de inocencia hasta el pronunciamiento público de la sentencia. Y a su vez, la igualdad de armas resulta ser una manifestación del principio general de igualdad⁷²⁷.

En general, los dos principios han servido como medio de subsanación de deficiencias que “elevan” el nivel de protección ofrecido por la letra del texto convencional⁷²⁸. Con una salvedad, y es que, como ha apuntado STAVROS, en ocasiones los órganos del CEDH y han apoyado en el principio de igualdad de armas para rechazar demandas por la violación de un derecho procesal que fue negado a la defensa⁷²⁹. La razón es que al aplicar el criterio de la igualdad “a la baja”, el órgano europeo llegó a considerar que un derecho no podía serle reconocido a una de las partes si tampoco se le había

⁷²⁵ SUDRE, F.: *Droit européen...*, *op. cit.*, pp. 393-395, énfasis añadido.

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 395. *Vid.* también TRECHSEL, S.: *Human rights...*, *op. cit.*, pp. 90 y ss. MILANO clarifica además la distinción desde el punto de vista *ratione personae*, al apuntar que el principio de igualdad de armas protege sólo a las partes en el proceso, mientras que el de contradicción se aplica *a todas los actores en el proceso*, jueces incluidos (MILANO, L.: *Le droit à un tribunal...*, *op. cit.*, p. 525)

⁷²⁷ CDH, OG n° 32, § 8.

⁷²⁸ El contencioso en materia de igualdad de armas frente a los órganos de supervisión europeos es particularmente variado y casuístico y es imposible siquiera resumirlo en estas pocas líneas. Citaremos únicamente algunos ejemplos escogidos: *Bönisch c. Austria*, sentencia de 6 de mayo de 1985, Ap. n° 8658/79, §§ 28-35 (desigualdad en el testimonio de los expertos designados por ambas partes); *Kostovsky c. Países Bajos*, sentencia de 20 de noviembre de 1989, Ap. n° 11454/85, §§ 37-45 (condena sobre la base de las afirmaciones de testigos anónimos); *Stanford c. Reino Unido*, sentencia de 23 de febrero de 1994, Ap. n° 16757/90, §§ 21-32 (imposibilidad para el acusado de seguir el juicio por la deficiente sonoridad en la sala). En el caso de la jurisprudencia de la CrIDH, de sobra conocida es su Opinión Consultiva sobre *El derecho a la información sobre la asistencia legal en el Marco de las garantías del debido proceso legal*, en la que vinculó la garantía contenida en el art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 de recibir asistencia consular no sólo con el art. 8 de la CADH, sino también con el art. 14 del PIDCP (§§ 121-124).

⁷²⁹ STAVROS, S.: *The guarantees for accused persons...*, *op. cit.*, pp. 53-54.

reconocido a la otra –el fiscal-. Como respuesta el mismo autor apunta que este argumento “ignores the fact that preferential treatment for the defence is often needed to redress the inequalities inherent in any system of criminal procedure”⁷³⁰, sobre todo en los sistemas inquisitoriales, donde la desigualdad entre ambas “partes” –acusado y fiscal- es manifiesta.

II.2. La presunción de inocencia: entre la prevención y punición

La presunción de inocencia es analizada en la jurisprudencia del TEDH de manera subsidiaria, de tal forma que si en un caso concreto se determina que hay violación de un principio del artículo 6(1) no se entrará a analizar la violación de la presunción de inocencia del artículo 6(2) del CEDH⁷³¹. Ahora bien, no cabe duda de que estamos ante un “elemento fundamental” del proceso equitativo en los procedimientos penales⁷³². Únicamente de los procedimientos penales⁷³³; no de los civiles⁷³⁴, en los cuales esta

⁷³⁰ *Ibid*, p. 54.

⁷³¹ La razón es que la presunción de inocencia es una manifestación del concepto de *fair trial* contenido en el artículo 6(1) CEDH (VAN DIJK, P. *et al: Theory and practice...*, *op. cit.*, p. 624). En el caso *Phillips c. Reino Unido* la metodología seguida fue distinta, y dada la imposibilidad de aplicar el art. 6(2) a las particularidades del caso concreto, el TEDH recurrió al art. 6(1) de manera subsidiaria (TEDH, *Phillips c. Reino Unido*, sentencia de 5 de julio de 1991, Ap. n° 41087/98). Incluso reconociendo expresamente que la presunción de inocencia forma parte de la garantía general del *fair trial* recogida en el art. 6(1) (§ 40). La presunción de inocencia ha sido así calificada de “elemento colateral” de la jurisprudencia del TEDH en la medida en que a menudo no es analizada de manera autónoma (ALLUÉ BUIZA, A.: “Una presunción de inocencia extensa y poco intensa”, en GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (Coords.): *La Europa de...*, *op. cit.*, p. 384).

⁷³² Opinión parcialmente disidente del Juez Sir NICOLAS BRATZA, al que se unió el Juez VAJIĆ, en el asunto *Phillips c. Reino Unido*.

⁷³³ Amén de los procedimientos disciplinarios, que a pesar de no ser estrictamente penales gozan de las garantías de los párrafos 2 y 3 (entre la abundante jurisprudencia, *cfr.* TEDH, *Albert y Le Compte c. Bélgica*, sentencia de 10 de febrero de 1983, Aps. n° 7299/75 y 7496/76, § 40, transpuesta por la CrIDH en la sentencia *Ricardo Baena y otros c. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas), §§ 122 y ss., especialmente § 128. Sobre esta sentencia *Vid.* el estudio de la CionIDH: *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, 7 de septiembre de 2007, Doc. OEA/Ser.L/V/II.129, §§ 98-106).

⁷³⁴ Un ejemplo particularmente llamativo, y muy interesante para nosotros, lo encontramos en el asunto *Raimondo c. Italia*. Se trata de la demanda interpuesta por un individuo italiano al que le fueron aplicadas dos tipos de medidas preventivas durante los procedimientos penales que se siguieron contra él a fin de determinar su vinculación con la mafia: la congelación y confiscación de numerosos de sus bienes; y la libertad vigilada. Comoquiera que finalmente fuera absuelto de los delitos que se le imputaban, el Sr. Raimondo acudió a los órganos de supervisión europeos alegando, entre otros múltiples derechos, la violación de la presunción de inocencia por la imposición de medidas preventivas. El argumento pasó totalmente desapercibido, no sólo en la Comisión, sino también ante el Tribunal. Ambos órganos se centraron en la violación de los derechos a la propiedad y a la libertad de movimiento, así como de los principios generales del proceso equitativo por supuesto retraso en la justicia italiana (artículo 6(1) CEDH). Si bien se determinó que hubo violación de los dos primeros derechos en las circunstancias concretas del caso, no fue así el caso del art. 6(1) del CEDH. El motivo por el que el artículo 6(2) no fue tenido en cuenta fue el hecho de que tanto la libertad vigilada como la confiscación de bienes no se consideraron “acusaciones penales” en

garantía deja de tener sentido si tenemos en cuenta la jurisprudencia del TEDH y del Comité de Derechos Humanos que ha interpretado la noción de “acusación en materia penal” de manera autónoma y extensiva⁷³⁵, como ya hemos comentado. En otras palabras, la presunción de inocencia no sólo se aplica en los procedimientos que en derecho nacional se regulan por el derecho procesal penal, sino también en aquellos procesos administrativos, fiscales, laborales, etc.; en los que se ventile una “acusación penal” en el sentido del derecho internacional de los derechos humanos.

La presunción de inocencia se extiende a todo el procedimiento, incluso después de la decisión de absolver al acusado⁷³⁶, a no ser que se alegue respecto de decisiones relacionadas con la “acusación penal” que se determina en el procedimiento; es decir, vinculadas a dicha “acusación penal”. Un ejemplo lo encontramos en el asunto *Phillips c. Reino Unido*, en el que la Corte europea consideró que la presunción de inocencia no era aplicable a la decisión de confiscar los bienes en propiedad de un individuo durante los seis años anteriores a su condena por narcotráfico, al no constituir ésta una nueva “acusación penal” contra él⁷³⁷. En el caso concreto, el TEDH ni siquiera consideró que hubiera violación de los principios generales del proceso equitativo (artículo 6(1) del Convenio), al existir garantías judiciales suficientes para rebatir la presunción jurídica de culpabilidad establecida por la ley británica⁷³⁸.

el sentido del art. 6(1), lo cual es discutible en el segundo caso. En efecto, el TEDH no hizo sino transponer su jurisprudencia en *Éditions Périscope c. Francia* (sentencia de 22 de marzo de 1992, Ap. n° 11760/85, p. 66, § 40), elaborada en un contexto bien diferente, cuando en el caso del Sr. Raimondo las medidas preventivas fueron impuestas en el marco de procedimientos penales (TEDH, *Raimondo c. Italia*, sentencia de 22 de febrero de 1994, Ap. n° 12954/87. *Vid.* también la más reciente *Denisova y Moiseyeva c. Rusia*, sentencia de 1 de abril de 2010, Ap. n° 16903/03, pendiente de revisión por la Gran Sala).

⁷³⁵ SUDRE, F.: *Droit européen et international...*, *op. cit.*, pp. 422-424.

⁷³⁶ TEDH, *Minelli c. Suiza*, sentencia de 25 de marzo de 1983, Ap. n° 8660/79, §§ 15-16 y 32. En este caso se absolvió a un periodista del delito de difamación, pero se le condenó a pagar dos tercios de las costas del procedimiento. Se acabó condenando al Estado suizo no en sí por el pago de las costas, sino por el razonamiento seguido para exigírselo (*cfr.*, *mutatis mutandis*, TEDH, *Englert c. Alemania*, sentencia de 25 de agosto de 1987, Ap. n° 10282/83; *Lutz c. Alemania*, sentencia de 25 de agosto de 1987, Ap. n° 9912/82, §§ 59-60, con opinión disidente del Juez CREMONA; en este caso no hubo condena pues el demandante sólo tenía que pagar sus propias costas).

⁷³⁷ TEDH, *Phillips c. Reino Unido*, §§ 28-36; más recientemente, *Grayson y Barnham c. Reino Unido*, sentencia de 23 de septiembre de 2008, Aps. nos. 19955/05 y 15085/06. Ambos casos se pueden contrastar con el resultado en el asunto *Geerings c. Países Bajos*, en el que una medida similar dio lugar a la condena del Estado por dos motivos: (1) el acusado había sido absuelto; (2) no se había conseguido probar con certeza que éste hubiera poseído los bienes confiscados (*Geerings c. Países Bajos*, sentencia de 1 de marzo de 2007, Ap. n° 30810/03).

⁷³⁸ TEDH, *Phillips c. Reino Unido*, § 43; *Grayson y Barnham c. Reino Unido*, § 45. Dichas salvaguardias eran: la revisión de la presunción por un tribunal en un procedimiento público; la publicidad anticipada de la presunción para que el individuo pudiera contestarla, representación del inculpado por un abogado. Además,

Muy relevante para nuestros propósitos es el aspecto contrario; es decir, el respeto de la presunción de inocencia cuando se imponen medidas coercitivas durante las fases preliminares del procedimiento penal. Destacaremos aquí la jurisprudencia de la CrIDH al respecto por lo interesante de su razonamiento.

En efecto, la CrIDH ha considerado que las medidas preventivas ejecutadas de manera previa a la condena del individuo han de respetar los principios de necesidad y de proporcionalidad. Lo ha hecho tanto respecto de la imposición de la prisión preventiva para evitar la fuga del acusado⁷³⁹, como de la restricción de la libertad de movimientos originada por la prohibición de salir del país⁷⁴⁰. En ambos casos se ha condenado a los Estados que, imponiendo una medida *preventiva* con el fin de asegurar la ejecución de una eventual sentencia condenatoria, acaban aplicando ésta durante un período indefinido. El argumento utilizado por la Corte es de intachable realismo: “Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. *Equivaldría a anticipar la pena*, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos”⁷⁴¹. En la sentencia *Canese c. Paraguay*, además, la CrIDH llegó a vincular la duración excesiva de una medida preventiva no sólo con el principio de proporcionalidad, sino también con el de necesidad, ligando “elemento temporal” con realización de las funciones legítimas para las que se admiten las medidas preventivas privativas de libertad⁷⁴².

el juez podía dejar de aplicar la presunción si considera que existe riesgo grave de injusticia. En definitiva: “this assumption could have been rebutted if the applicant had shown that he had acquired the property through legitimate means”.

⁷³⁹ CrIDH, *Ricardo Canese c. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C n° 111.

⁷⁴⁰ CrIDH, *Tibi c. Ecuador* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C n° 114.

⁷⁴¹ CrIDH, *Tibi c. Ecuador*, § 180, énfasis añadido.

⁷⁴² CrIDH, *Ricardo Canese c. Uruguay*, § 129. Para un análisis más extenso, *cfr.* QUISPE REMÓN, F.: *El debido proceso...*, *op. cit.*, pp. 407-411. Más referencias (sobre todo a casos peruanos) encontramos en el estudio preliminar sobre el art. 8 CADH de BURGORGUE-LARSEN, L.; ÚBEDA DE TORRES, A.: *Les grands décisions...*, *op. cit.*, pp. 698-699. En un sentido similar, el CDH ha aceptado que la detención preventiva de una persona durante nueve años, sin acceso a un recurso judicial para contestar la legalidad de la detención, viola el derecho a la presunción de inocencia (CDH, *Geniuval M. Cagas, Wilson Butin y Julio Astillero c. Filipinas*, 31 de enero de 2002, Com. n° 788/1997, Doc. CCPR/C/73/D/788/1997, § 7.3). En este asunto fue aún más clara la opinión disidente de MEDINA QUIROGA, cuando apuntó que “it should be noted that such a lengthy deprivation of liberty can only be considered as equivalent to the serving of a sentence, in this case without a conviction to back it up”. Y aunque no se encuentra relación con el derecho a la presunción de inocencia, merece una referencia la compleja resolución del asunto *Rameka y otros c. Nueva Zelanda* ante el CDH. En este asunto se discutía la prisión preventiva impuesta contra tres individuos condenados por diversos delitos de abuso sexual contra menores. El sistema neozelandés de penas en este tipo de casos

En lo que respecta a la jurisprudencia europea, el concepto de prevención no ha sido ajeno a este órgano. De hecho, estamos ante una noción transversal que se ha manifestado en múltiples contextos. Así, medidas preventivas como la congelación de fondos, la confiscación de bienes, la retirada del carnet de conducir o la libertad vigilada han sido evaluadas por los órganos europeos en relación con el derecho de acceso a un juez⁷⁴³, la prohibición de la aplicación de penas retroactivas (artículo 7 del CEDH) y la protección de los derechos a la libertad (artículo 5 del CEDH) o la propiedad privada (artículo 1 del PA I).

De particular interés es la sentencia del TEDH de 9 de febrero de 1995 en el asunto *Welch c. Reino Unido*⁷⁴⁴. El contexto de este caso era muy similar al del referido pronunciamiento en *Phillips c. Reino Unido*, pues aquí también se le condenó a un individuo por cinco delitos relacionados con el tráfico de drogas. Pero con una diferencia

preveía la imposición de una pena “preventiva” de carácter indefinido en lugar de una pena fija de prisión, dada la peligrosidad de los demandantes. Así, se les enviaba a prisión *preventivamente* sin poder contestar la detención durante dos años y medio, para luego continuar indefinidamente recluidos con la posibilidad de revisar su sentencia en un plazo razonable. A partir de los diez años la revisión de la necesidad de la pena se revisa periódicamente de oficio. Son múltiples los aspectos que plantea el caso, pero destacaremos tres puntos. En primer lugar, las penas preventivas no son prohibidas por principio, siempre que *la pena se imponga por razones imperiosas que haya sido evaluadas por una autoridad judicial* (§ 7.3.). En segundo lugar, las exigencias de revisión de la privación de libertad preventiva se predicen por el CDH respecto de un órgano que ha de ser *independiente e imparcial* (en el caso concreto, el *Parole Board*, órgano no sometido a ninguna autoridad administrativa, y cuyas decisiones podían ser recurridas ante los tribunales neozelandeses, §§ 7.3. y 7.4.). Y en tercer lugar, la opinión parcialmente disidente del miembro NISUKE ANDO merece especial elogio. En ella disidió de la opinión de la mayoría (que condenó al Estado por no aceptar que una “medida preventiva” pueda no ser sometida a revisión en un período de dos años y medio) de la siguiente manera (§ 7.2.): “The term “preventive detention” may give an impression that it is primarily detention of administrative nature as opposed to detention of judicial nature. However, the Committee *should look into not the name but the substance of any institution of law of a State party in determining its legal character*. In other words, if the Committee considers the sentencing of imprisonment for a flexible period of time to be compatible with the Covenant, there is no reason why it should not do the same with preventive detention under the New Zealand law” (énfasis añadido). En otras palabras, hay que fijarse siempre en la realidad de las medidas impuestas, y no en su nomenclatura oficial. Con ello iba más allá de lo afirmado por los miembros SHEARER y WIERUSZEWSKI en otra opinión parcialmente disidente. Para estos, “it is not appropriate, in our opinion, to separate indefinite preventive detention into punitive and preventive segments. *Unlike finite sentences, which are based on the traditional purposes of imprisonment - to punish and to reform the offender, to deter the offender and others from future offending, and to vindicate the victim and the community - sentences of preventive detention are designed solely to protect the community against future dangerous conduct by an offender in respect of whom past finite sentences have manifestly failed to achieve their aims*” (énfasis añadido). Los argumentos del Comité se reiteran en el asunto (similar) *Kendrick Dean c. Nueva Zelanda*, 29 de marzo de 2009, Com. n° 1512/2006, Doc. CCPR/C/95/D/1512/2006, § 7.4. con opinión disidente del miembro KRISTEN THELLIN reiterando la opinión citada de los miembros SHEARER y WIERUSZEWSKI.

⁷⁴³ Esta cuestión la analizaremos en el próximo capítulo, cuando afrontemos la aplicabilidad del art. 6 CEDH a las sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad a la luz de la jurisprudencia del TEDH. Es cierto que con ello partimos un tanto el estudio de la dicotomía “prevención/sanción”, pero hemos considerado más oportuno dejar las sentencias relativas a la aplicabilidad del art. 6 CEDH a medidas de fines preventivos para el análisis contextualizado del siguiente capítulo.

⁷⁴⁴ TEDH, *Welch c. Reino Unido*, sentencia de 9 de febrero de 1995, Ap. n° 17440/90.

esencial, y es que la legislación británica que permitía confiscar los bienes en posesión del individuo durante los seis años anteriores al inicio de los procedimientos entró en vigor en 1986, mientras que al Sr. Welch se le condenó 1988, con lo que era evidente que dicha ley se aplicó con efectos retroactivos. La mayor dificultad que se le planteó al TEDH era determinar la aplicabilidad de la noción de “pena” contenida en el artículo 7 del CEDH a una medida que según el gobierno británico tenía carácter meramente preventivo, dado que sólo pretendía privar al inculcado de los beneficios obtenidos por la actividad ilícita, así como evitar que esos bienes fueran destinados a actividades ilegales. La medida además se imponía previa condena por un tribunal, pero en un procedimiento diferente.

El TEDH realizó una valoración *in caso* de la aplicación de la medida, buscando “ir más allá de la pretendida finalidad”, para centrarse “en sus verdaderos efectos”,⁷⁴⁵. También subrayó la ambigüedad de la diferenciación entre “prevención” y “punición” en la jurisprudencia de los tribunales británicos, apuntando como principio general que “los objetivos de la prevención y la reparación son compatibles con la finalidad punitiva y pueden ser vistos como elementos constitutivos de la noción misma de castigo”,⁷⁴⁶. Además, y esto es importante, el TEDH descartó expresamente que la severidad sea el criterio definitivo para calificar una medida como “pena”, dado que “medidas preventivas de naturaleza no penal pueden tener un impacto sustancial en la persona concernida”,⁷⁴⁷. Por ello el órgano europeo recurrió al apoyo de otros factores para determinar la naturaleza penal de la medida británica, como su directa vinculación con una condena previa, la posibilidad para el juez que la impone de valorar el grado de culpabilidad del acusado, o el hecho de que la confiscación se imponga sobre todos sus bienes (y no sólo sobre los beneficios del delito)⁷⁴⁸. En consecuencia, y por unanimidad, el TEDH acabó condenando al Reino Unido.

Desde nuestro punto de vista, el razonamiento del Tribunal es enrevesado y un tanto superfluo. El Juez DE MEYER, en su brevísima Opinión Concordante adjunta a la sentencia, lo señala con claridad: “No necesito esos “otros factores” para llegar a una

⁷⁴⁵ *Ibid*, § 23.

⁷⁴⁶ *Ibid*, § 30. Resulta interesante contrastar esta afirmación con el régimen de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito, que excluye el castigo pero recoge la figura de la reparación, que precisamente es en el proyecto de artículos de la CDI la consecuencia principal del ilícito internacional. Ya hemos hecho referencia a esta cuestión en el Capítulo II de este trabajo.

⁷⁴⁷ *Ibid*, § 32.

⁷⁴⁸ *Ibid*, § 33.

conclusión que era, desde mi punto de vista, de por sí evidente”⁷⁴⁹. La gravedad de la pena podía haber sido considerada suficiente como para dar lugar a la aplicabilidad del artículo 7. El Tribunal prefirió sin embargo adentrarse en un complejo razonamiento que mostrara un grado de deferencia hacia los detalles concretos de la legislación nacional⁷⁵⁰.

No podemos pasar por alto el contraste entre el resultado de esta sentencia y el de la posterior *Phillips c. Reino Unido*. En supuestos prácticamente idénticos hubo resultados un tanto paradójicos, como consecuencia de lo intrincado de los diferentes criterios de aplicabilidad de las diversas garantías de los artículos 6 y 7 del CEDH. Es cierto que en *Phillips* se recurrió a *Welch* para determinar la existencia de una *acusación* penal en el sentido del artículo 6(1) del Convenio⁷⁵¹, pero al mismo tiempo se concluyó que no se había violado la presunción de inocencia al no reunirse los requisitos para que ésta pueda ser considerada. Es decir, que el *procedimiento* en *Phillips* era penal pero una garantía tan “procesal penal” como la presunción de inocencia no se aplicaba a una pena “derivada” (el embargo de bienes) basada en una presunción determinada por ley⁷⁵², al no ser ésta una *pena autónoma ex artículo 6 CEDH* diferente de la original (la prisión por tráfico de

⁷⁴⁹ La jurisprudencia de la CrIDH, que bien es cierto que no se ha enfrentado a situaciones técnicamente tan complejas como las que ha afrontado el TEDH, es por el contrario bastante más simple y accesible: basta con considerar que el procedimiento es penal o “cuasipenal” para considerar que las garantías de los artículos 8 y 9 son aplicables, sin necesidad de matizaciones sofisticadas (CrIDH, *Baena Ricardo y otros c. Panamá* ya citada, donde incluso se tuvo en cuenta para valorar la existencia de una “sanción” los graves efectos del despido de 270 trabajadores sobre sus familias (§ 134)).

⁷⁵⁰ En el posterior asunto *Dassa Foundation y otros c. Liechtenstein*, se planteó la violación de los arts. 6 y 7 CEDH por la congelación de los fondos de dos entidades legales depositadas en un banco sito en el país centroeuropeo. El motivo de la misma eran las sospechas de que el tercer demandante ante el TEDH, un ciudadano italiano, hubiera desviado a ambas entidades fondos destinados al soborno de jueces italianos, sospechas surgidas durante una investigación llevada a cabo en Italia contra un segundo ciudadano italiano relacionado con el anterior. La cuestión relativa a la violación del art. 6 CEDH será discutida en el próximo Capítulo. En lo que respecta al art. 7 CEDH, el TEDH concluyó que no hubo violación, diferenciando para ello las circunstancias del caso de aquellas que dieron lugar a la sentencia *Welch c. Reino Unido*. Así, entre otros motivos: (1) el grado de culpabilidad del acusado era irrelevante para determinar la cuantía del dinero congelado; (2) el hecho de que las órdenes de congelación se circunscribieran única y exclusivamente a los activos procedentes de la actividad ilícita acercaban más el caso concreto a un aseguramiento de la restitución del dinero obtenido ilícitamente que a una multa en sí; y (3) la congelación de fondos en derecho nacional tiene por finalidad la privación de los beneficios obtenidos mediante el ilícito. Complejos matices a los no siempre resulta fácil encontrar una clara justificación (TEDH, *Dassa Foundation y otros c. Liechtenstein*, decisión de inadmisibilidad de 10 de julio de 2007, Ap. n° 696/05, pp. 10-11).

⁷⁵¹ TEDH, *Phillips c. Reino Unido*, § 34. Con ello se recurrió indirectamente a los “criterios de Engel”, expuestos con anterioridad, y que se utilizan para determinar la existencia de una “acusación penal” en el sentido del art. 6(1) del CEDH. Más adelante veremos cómo estos criterios se encuentran relacionados con los utilizados en el art. 7 del CEDH para determinar la existencia de una “pena”.

⁷⁵² Sobre las presunciones de hecho y de derecho en el marco del derecho a la presunción de inocencia en la jurisprudencia del TEDH, *cfr.* CAMERON, I.: *National security and the European Convention on Human Rights*, Kluwer, The Hague-London-Boston, 2000, pp. 327-328, notando que “presumptions of law and fact are more acceptable the more socially dangerous the conduct which is criminalised” (p. 328).

drogas). Por el contrario, la misma pena “derivada” es *pena* para los propósitos del artículo 7 CEDH y puede dar lugar a la prohibición de la aplicación retroactiva de tales medidas⁷⁵³.

II.3. Las garantías del debido proceso

Aunque las listas de derechos de la defensa se ordenan con un contenido y orden que varía de autor en autor, las tres garantías que vamos a exponer a continuación se erigen como elemento común a los textos internacionales que nos vienen ocupando y a los trabajos que hemos citado. Recogidas como garantías del proceso penal en la CEDH, el PIDCP y la CADH, son las siguientes: la notificación de la acusación, el derecho de asistir, comprender y participar en el procedimiento, y el derecho a que la sentencia final se encuentre debidamente motivada. Nuestra selección se debe, como todo lo relativo a nuestro análisis de las garantías judiciales, a su estrecha relación con la problemática de las sanciones inteligentes.

II.3.1. La notificación de la acusación

Comenzando por la garantía de la notificación de la acusación, ésta se configura como un derecho propio de los procedimientos penales en el sentido autónomo del término “penal”. En tanto que primer momento del proceso se trata, además, de una garantía íntimamente relacionada con otras garantías del debido proceso. De ello es ejemplo la insistencia del TEDH en la próxima relación existente entre la notificación de la acusación y el derecho a disponer del tiempo adecuado de la defensa recogido en el artículo 6(3)(b)⁷⁵⁴. También la CrIDH ha puesto de relieve este aspecto⁷⁵⁵. Aún más, este tribunal vincula la misma notificación al respeto del principio general de la *equidad* del proceso (principios de igualdad de armas y de contradicción)⁷⁵⁶, en la medida en que un proceso

⁷⁵³ HUERTA TOCILDO critica esta diferenciación entre medidas preventivas y medidas represivas, asociando sólo a las segundas con el derecho penal. Según la autora, ello “sería francamente contradictorio con el actual entendimiento de que la única finalidad que puede justificar el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado es la de prevenir la comisión de delitos tanto a nivel general como especial” (HUERTA TOCILDO, S.: “El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal”, en GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (Eds.): *La Europa de los derechos...*, *op. cit.*, p. 534).

⁷⁵⁴ TEDH, *Pélissier et al. Francia*, sentencia de 25 de marzo de 1999, Ap. n° 25444/94, § 54.

⁷⁵⁵ CrIDH, *Tibi c. Ecuador*, § 187.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, § 52. El Tribunal aplica así el argumento que en la referida sentencia *Deweert c. Bélgica* utilizó de manera general respecto de todas las garantías del art. 6(3) (§ 56).

penal sin notificación de la acusación se encuentra afectado *ab initio* por un vicio de falta de equidad entre las partes.

Si bien este requisito no ha sido nunca interpretado de manera formalista, sí que se exige un importante nivel de detalle en la comunicación de la acusación, tanto desde el punto de vista factual como jurídico⁷⁵⁷. Ello quiere decir que se requiere no sólo una comunicación de la causa de la acusación y de los actos en los que ésta se basa, “sino también de su caracterización legal”⁷⁵⁸. Esta última cuestión ha planteado el problema de determinar si la modificación de la acusación contra una persona⁷⁵⁹ durante el proceso suponía una violación automática de esta garantía. En la sentencia del TEDH en el asunto *Sadak et al c. Turquía*, el Tribunal europeo recurrió al criterio de la *previsibilidad* del cambio en la calificación legal de la pena, analizando si la relación entre las dos calificaciones (la original y la derivada) podía ser presupuesta por el acusado⁷⁶⁰, concluyendo que en el caso concreto hubo violación por parte del Estado. El mismo Tribunal considera, además, que la información aportada en la comunicación ha de ser “detallada”⁷⁶¹.

En cuanto a la exigencia temporal de prontitud de la notificación, podemos definirla con los precisos términos de la CDH en su OG n° 32: “tan pronto como una autoridad competente, con arreglo al derecho interno, formule la acusación contra una persona, o la designe públicamente como sospechosa de haber cometido un delito”⁷⁶². El énfasis lo

⁷⁵⁷ TEDH, *Kamasinski v. Austria*, sentencia de 19 de diciembre de 1989, Ap. n° 9783/82, § 79; *Pélissier et al c. Francia*, § 53. La exhaustividad de la comunicación depende de las circunstancias del momento. Ahora bien, este antiformalismo se ve matizado en la jurisprudencia del CDH por la necesidad de que la comunicación se haga por escrito. Si se hace de manera oral, se ha de confirmar posteriormente por escrito (CDH, OG n° 32, § 32).

⁷⁵⁸ TEDH, *Pélissier et al c. Francia*, § 51; CDH, OG n° 32, § 32; CrIDH, *Tibi c. Ecuador*, § 186 (refiriéndose a la derogada OG n° 13 del CDH).

⁷⁵⁹ Por “acusado” habremos de entender *todos los sujetos pasivos del proceso*, expresión más abierta que la de “acusado” *strictu sensu* (PERELLÓ DOMENECH, I.: “El derecho a ser informado(a) de la acusación”, en GARCÍA-ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (Coords.): *La Europa...*, op. cit., p. 481).

⁷⁶⁰ TEDH, *Sadak et al c. Turquía*, § 52. En este asunto se trataba de la decisión de un Tribunal de Seguridad Nacional de variar la calificación de los hechos de “traición contra la integridad” a otra de “pertenencia a banda armada con la intención de destruir la integridad del Estado”. En el caso *Pélissier et al c. Francia*, la variación de calificación se produjo durante un proceso penal en primera instancia, respecto de la calificación realizada durante la instrucción del procedimiento.

⁷⁶¹ *Idem*.

⁷⁶² OG n° 32, § 32, énfasis añadido. “Antes de que el inculpado rinda su primera declaración”, según la CrIDH (*Tibi c. Ecuador*, § 187). “En tiempo útil y oportuno”, en palabras de PERELLÓ DOMENECH respecto del CEDH (PERELLÓ DOMENECH, I.: “El derecho a ser informado...”, loc. cit., p. 435. Consideramos oportuno anotar que en ese apartado la autora atribuye a la sentencia de la Gran Sala la condena a Chipre por violación del art. 6(3)(a) del CEDH en el citado asunto *Kyprianou c. Chipre*. Creemos que se trata de un

añadimos para subrayar una vez más el antiformalismo de los órganos internacionales de supervisión de derechos humanos. Es pues indiferente que la formulación de la acusación se haga por uno u otro órgano; lo relevante es que se produzca⁷⁶³. Y a partir de entonces, el Estado estará obligado a comunicarla “sin demora” al afectado⁷⁶⁴.

II.3.2. El seguimiento y la participación en el proceso

Como se pudo apreciar en el cuadro de garantías que presentamos *supra*, el derecho de seguir y participar en el proceso se conforma como una garantía del proceso equitativo que sólo el artículo 14(3)(d) del PIDCP recoge de manera expresa pero poco expresiva. Los términos son los siguientes: “3. Durante el proceso, todo acusado tendrá derecho (...) A hallarse presente en el proceso (...)”. Dada la parquedad (o el silencio) del derecho convencional, para conocer la extensión y límites de este derecho a la presencia del acusado habrá que acudir al trabajo de los principales órganos de supervisión de derechos humanos. Uno de ellos, el TEDH, ya ha reconocido expresamente su existencia al deducirla del “objeto y propósito del artículo 6 valorado en su conjunto”⁷⁶⁵.

Al tratarse de un derecho íntimamente vinculado con el derecho a defenderse por sí mismo en persona⁷⁶⁶, implica el derecho de todo acusado⁷⁶⁷ no sólo a *seguir* sino también a *participar* en el juicio (al menos en la jurisprudencia del TEDH)⁷⁶⁸. Ello supone para él

error, pues dicha condena fue realizada por la Sala el 27 de enero de 2004; la Gran Sala (sentencia de 15 de diciembre de 2005) no consideró necesario entrar a valorar la violación del art. 6(3)(a) del CEDH).

⁷⁶³ Y en una lengua que el acusado pueda comprender, como destacan los arts. 14(3)(a) PIDCP y 6(3)(a) CEDH (Cfr. también TEDH, *Kamasinski c. Austria*, § 79; *Brozicek c. Italia*, sentencia de 19 de diciembre de 1989, Ap. n° 10964/84, §§ 38-42).

⁷⁶⁴ En realidad, como muestra PLANCHADELL GARGALLO analizando el Derecho español, el nivel de detalle requerido para el respeto de este derecho variará a lo largo del procedimiento. En el inicio del proceso bastará con informar sucintamente de los hechos; durante la investigación habrá que formalizar la imputación. Más adelante (cuando se integren las pretensiones de las partes, p.e.), el nivel de detalle de la acusación habrá de ser mayor (PLANCHADELL GARGALLO, A.: “El derecho fundamental a ser informado...”, *loc. cit.*, pp. 106-107). El derecho a la información de la acusación se configura pues como un derecho aplicable en una sucesión temporal, no ceñido a necesariamente un momento único.

⁷⁶⁵ TEDH, *Colozza c. Italia*, sentencia de 12 de febrero de 1985, Ap. n° 9024/80, § 27; y *Brozicek c. Italia*, sentencia de 19 de diciembre de 1989, Ap. n° 10964/84, § 45.

⁷⁶⁶ TEDH, *Kremzow c. Austria*, sentencia de 21 de septiembre de 1993, Ap. n° 12350/86, § 86.

⁷⁶⁷ La jurisprudencia del TEDH ha extendido la aplicación de esta garantía a los procedimientos civiles, pero lo aplica con menor rigor (TEDH, *Fredin c. Suecia* (n° 2), sentencia de 23 de febrero de 1994, Ap. n° 18928/91, § 22. Con más detalle, *cfr.* VAN DIJK, P. *et al.*: *Theory and practice...*, *op. cit.*, p. 590).

⁷⁶⁸ TEDH, *Marcello Viola c. Italia*, sentencia de 5 de octubre de 2006, Ap. n° 45106/04, § 53; *Kamasinski c. Austria*, § 106.

un derecho con una doble faceta pasiva y activa con respecto al proceso: derecho a asistir y comprender, y derecho a participar. Ahora bien, el derecho no es absoluto. Tanto el CDH como el TEDH han reconocido límites como los de la legalidad de los procesos *in absentia* de los acusados⁷⁶⁹, o al menor rigor que se requiere para la presencia del acusado en los juicios de apelación contra una sentencia condenatoria en primera instancia⁷⁷⁰. Junto a ello, tampoco se ha condenado el seguimiento de un juicio por videoconferencia⁷⁷¹, y se ha rechazado que la deficiente acústica en la sala de vistas implique una condena *ipso iure* del Estado⁷⁷².

Claro que estas limitaciones han de ser moduladas por el juez en función tanto de la naturaleza del procedimiento (pues por ejemplo aquellos en los que el acusado se encuentre detenido habrán de adaptarse a esta circunstancia⁷⁷³) como de la manera en que repercute sobre la posibilidad de defender y proteger los intereses de la parte afectada⁷⁷⁴. A este respecto el TEDH consideró en el asunto *Marcello Viola c. Italia* que el *test* para valorar *in caso* la legalidad de una limitación a la presencia del acusado durante el juicio es el de la “desventaja sustancial” del acusado respecto de la otra parte⁷⁷⁵. Por ello nos encontramos ante una garantía cuyo respeto habrá de ser ponderado caso por caso, *valorando el proceso en su totalidad*, y lo que es más importante, sobre la base del

⁷⁶⁹ CDH, *Mbenge c. Zaire*, 25 de marzo de 1983, Com. n° 016/1977, Doc. CCPR/C/18/D/16/1977, §§ 14.1-14.2; *Maleki c. Italia*, 15 de julio de 1999, Com n° 699/1996, Doc. CCPR/C/66/D/699/1996. En el caso del TEDH, destacamos las sentencias *Colozza c. Italia* (§ 29) y *Sejdovic c. Italia* (sentencia de 1 de marzo de 2006, Ap. n° 56581/00, especialmente §§ 82-86). El TEDH permite las condenas *in absentia* con la condición de que el individuo pueda volver a iniciar el procedimiento mientras no haya renunciado a su derecho a comparecer y defenderse en persona. La renuncia a este derecho, que plantea problemas dogmáticos sobre la disponibilidad de los derechos humanos en los que no podemos entrar, ha de ser realizada de manera “inequívoca” y debe ser protegida con una serie de garantías en función de la gravedad de efectos de la renuncia (*Sejdovic c. Italia*, § 86; *Helmerts c. Suecia*, sentencia de 29 de octubre de 1991, Ap. n° 11826/85, § 36).

⁷⁷⁰ TEDH, *Colozza c. Italia*, sentencia de 12 de febrero de 1985, § 27; *Kamasinski c. Austria*, § 106. Por el contrario, en *Kremzow c. Austria* se consideró que hubo violación del art. 6(3)(c) –derecho de defenderse por sí mismo– dada la naturaleza de la discusión en segunda instancia y la gravedad de la pena en juego (cadena perpetua).

⁷⁷¹ TEDH, *Marcello Viola c. Italia*, §§ 63-77.

⁷⁷² TEDH, *Stanford c. Reino Unido*, sentencia de 23 de febrero de 1994, Ap. n° 16757/90, sobre todo § 30, donde se tiene en cuenta el hecho de que sus abogados sí podían seguir los procedimientos con normalidad y que por ende podían consultar cualquier cuestión con el acusado cuando fuere necesario. Claro que en este caso concreto la conclusión del TEDH se vio determinada por la actitud de la defensa del demandante en los procedimientos nacionales, al silenciar expresamente la imposibilidad del acusado de oír el proceso para plantear esta cuestión más tarde y así alargar el procedimiento (§§ 27-28).

⁷⁷³ TEDH, *Kamasinski c. Austria*, § 107.

⁷⁷⁴ TEDH, *Marcello Viola c. Italia*, § 56.

⁷⁷⁵ *Ibid*, § 76.

principio general de igualdad de armas entre las partes que informa las garantías del juicio justo en el derecho internacional de los derechos humanos.

II.3.3. La obligación de motivar las decisiones judiciales

“Exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”⁷⁷⁶, el derecho a que las decisiones judiciales se encuentren debidamente motivadas ha sido acertadamente presentado como una garantía de naturaleza paradójica. Y es que cuando un órgano de supervisión internacional se enfrenta a la difícil tarea de valorar si el contenido de una decisión judicial responde suficientemente a los argumentos de hecho y de derecho presentados por las partes en el proceso, se arriesga al ejercicio de un poder de “cuarta instancia” de revisión del derecho nacional para el que no fue diseñado. En efecto, « il ne s’agit plus ici de contrôler le déroulement de la procédure mais de contrôler la qualité des motifs adoptés par le juge interne au regard des exigences européennes, ce qui tend à ériger la Cour européenne [como el resto de órganos de supervisión] en quatrième degré de juridiction »⁷⁷⁷. La frontera entre « equidad sustancial » y « equidad procesal » se encuentra en continua tensión aquí⁷⁷⁸, pues no es evidente separar calidad y contenido de la decisión judicial.

Pero el caso es que el derecho a que “las resoluciones judiciales”⁷⁷⁹ se encuentren debidamente motivadas ha sido abiertamente reconocido por vía pretoriana aunque siguiendo caminos ligeramente divergentes. Por un lado se encuentran la jurisprudencia del TEDH y la CrIDH, que lo han considerado de manera absoluta como una garantía independiente. Por el otro, las comunicaciones del CDH tienden a reconducirlo a la efectividad del derecho a la revisión de las sentencias. La OG n° 32 ha recogido esta doctrina consolidada en las comunicaciones individuales⁷⁸⁰ anotando que “el derecho a la

⁷⁷⁶ Cfr. CrIDH, *Apitz Barberá y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, § 77; *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, § 107.

⁷⁷⁷ MILANO, L.: *Le droit d’accès...*, *op. cit.*, p. 551.

⁷⁷⁸ *Ibid*, p. 550.

⁷⁷⁹ Por las que habremos de entender cualquier tipo de resolución judicial que influya en el desarrollo del proceso, aunque en la práctica se hayan discutido mayoritariamente sentencias.

⁷⁸⁰ Cfr. p.e. *Abdeel Keerem Hassan Aboushanif c. Noruega*, 17 de Julio de 2008, Com. n° 1542/2007, CCPR/C/93/D/1542/2007, § 7.2; *Van Hulst c. Países Bajos*, 1 de noviembre de 2004, Com. n° 903/2000, CCPR/C/82/D/903/2000, § 6.4.; *Lynden Champagnie, Delroy Palmer and Oswald Chisholm v. Jamaica*,

revisión del fallo condenatorio sólo puede ejercerse efectivamente si la persona declarada culpable tiene derecho a acceder a un dictamen debidamente motivado y por escrito en el tribunal de primera instancia y, como mínimo en el primer tribunal de apelación cuando el derecho interno prevea varias instancias de apelación”⁷⁸¹. La opción del CDH parece *a priori* más restringida, al depender el deber de motivación de la posibilidad de apelar la sentencia ante una instancia superior.

Por el contrario, los dos tribunales internacionales realizan una valoración *in caso* de la suficiencia de la motivación de las decisiones cuyo respeto por las garantías judiciales se cuestione. Ello no quiere decir que se requiera una respuesta detallada a cada uno de los argumentos que fundamenta la decisión del juez nacional⁷⁸², sino que hay que valorar dos criterios concretos: la diversidad de los medios que un demandante puede presentar al tribunal y la tradición jurídica de cada país, pues los pronunciamientos judiciales se suelen presentar de diversas formas en función de la cultura jurídica y del propio tribunal⁷⁸³. Desde el punto de vista sustancial, recurriendo a las palabras de la CrIDH, todo razonamiento deberá mostrar que han sido “debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado”⁷⁸⁴.

Junto a la suficiencia del razonamiento, se plantea la cuestión del *error* judicial como causa de la violación del deber de motivar la sentencia. Se rozan aquí los límites de la competencia de supervisión del órgano internacional sobre los actos de los poderes nacionales. El criticado⁷⁸⁵ pronunciamiento del TEDH en el asunto *Dulaurans c. Francia* propuso como límite de lo aceptable por el sistema europeo el “error manifiesto de

Com. Nº 445/1991, 18 de Julio de 1994, CCPR/C/51/D/445/1991; *Victor Francis c. Jamaica*, 24 marzo de 1993, Com. nº 320/1998, CCPR/C/47/D/320/1988, § 12.2.; *Raphael Henry c. Jamaica*, 19 noviembre de 1991, Com. nº 230/1987, CCPR/C/43/D/230/1987, § 8.4; *Aston Little c. Jamaica*, 19 noviembre de 1991, Com. nº 283/1988, CCPR/C/43/D/283/1988, § 8.5. Ello no quiere decir que el TEDH o la CrIDH no hayan recogido este vínculo (Cfr. p.e. CrIDH, *Apitz Barberá y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela*, § 78), pero en tanto que simple argumento *a fortiori*.

⁷⁸¹ OG nº 32, § 49.

⁷⁸² TEDH, *Pérez c. Francia*, § 81; *Ruiz Torija c. España*, sentencia de 9 de diciembre de 1994, Ap. nº 18390/91, p. 12, § 29. CrIDH, *Tristán Donoso c. Panamá*, § 154; *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela*, § 78.

⁷⁸³ TEDH, *Ruiz Torija c. España*, § 29.

⁷⁸⁴ CrIDH, *Apitz Barberá y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela*, § 78; *Tristán Donoso c. Panamá*, sentencia de 27 de enero de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), § 153.

⁷⁸⁵ Cfr. SUDRE, F.: *Droit international et européen...*, op. cit., p. 380. Contra, MILANO, L.: *Le droit d'accès...*, op. cit., pp. 562-563.

apreciación”⁷⁸⁶. Si tal error se produce, el TEDH entrará a revisar la aplicación del derecho nacional que haya realizado el juez en el caso concreto. El TEDH se sitúa así en el mismo plano que la jurisprudencia del CDH, que ya había reconocido de manera más clara que “*en general*, incumbe a los tribunales de los Estados Partes en el Pacto examinar los hechos y las pruebas o la aplicación de la legislación interna en cada caso particular, *a menos que* se demuestre que la evaluación de las pruebas o la aplicación de la legislación fue claramente arbitraria o equivalió a un error manifiesto o una denegación de justicia o que el tribunal incumplió de algún otro modo su obligación de independencia e imparcialidad”⁷⁸⁷.

III. LIMITACIONES

De igual manera que DELIBES (con metáfora cazadora) defendía que todo progreso humano tiene su “culatazo”, la garantista doctrina de los derechos implícitos conduce al “culatazo” de la admisión de la doctrina de los límites implícitos⁷⁸⁸. En la jurisprudencia del TEDH esta doctrina de los límites implícitos ha tenido además una particular relevancia. En efecto, siguiendo un enfoque casuístico más propio del *common law* que rechaza elaborar cualquier teoría general de las limitaciones al artículo 6 CEDH, y cobijándose en la doctrina del margen de apreciación (que aquí se manifiesta en la naturaleza prestacional del derecho al juez, que por su propia estructura requiere una reglamentación estatal), el órgano de supervisión europeo ha venido admitiendo desde la sentencia *Golder c. Reino Unido* que los Estados pueden restringir tanto el derecho de acceso del individuo al juez como el disfrute de ciertas garantías del proceso justo⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶ TEDH, *Dulaurans c. Francia*, sentencia de 21 de marzo de 2000, nº 34553/97, § 34. La demandante consideraba errónea la decisión de la *Cour de cassation* de considerar uno de los planteamientos de la demandante como nuevo, cuando en realidad no era sino una elaboración de un argumento planteado tanto en primera instancia como en apelación. Resulta curioso notar que el TEDH no reitera su posición habitual sobre su falta de competencia para revisar errores de hecho o de derecho cometidos por la autoridad nacional *a menos que* violen derechos reconocidos en el Convenio (p.e. en *Pérez c. Francia*, § 82; o en *García Ruiz v. Spain*, (gs), sentencia de 21 de enero de 1999, Ap. nº 30544/96, § 28). Quizás porque es consciente de que aquí no es que el error origina una violación, *sino que el error constituye en sí mismo la violación*.

⁷⁸⁷ CDH, OG nº 32, § 26, énfasis añadido. Para una aplicación reciente de esta doctrina, *cfr.* CDH, *Frantisek Brychta v. The Czech Republic*, decisión de inadmisibilidad de 27 de octubre de 2009, Com. nº 1618/2007, CCPR/C/97/D/1618/2007, § 6.5.

⁷⁸⁸ DELIBES, M.: *El mundo en la agonía*, Círculo de Lectores, Madrid, 1988, p. 25 (con el discurso de ingreso en la RAE). Con terminología más jurídica, la misma idea se recoge en MILANO, L.: *Le droit à un tribunal...*, *op. cit.*, p. 195.

⁷⁸⁹ TEDH, *Golder c. Reino Unido*, § 38.

Ahora bien, el cheque que el margen de apreciación ofrece a los Estados no está en blanco. Como contrafuerte habitual cuando el Tribunal habla de limitaciones, este margen se encuentra modulado tanto por el principio de interpretación restrictiva⁷⁹⁰, como por los principios de finalidad legítima y el de proporcionalidad. Y aún más; aunque se respeten estos requisitos, la limitación no ha de tener por efecto la privación al individuo de la *sustancia elemental* del derecho a las garantías judiciales⁷⁹¹, pues de lo contrario se incurriría en responsabilidad por violación del artículo 6 del CEDH⁷⁹².

La diversidad de limitaciones y la vastísima jurisprudencia a la que estas limitaciones han dado lugar impiden que en este trabajo estudiemos la materia con exhaustividad. A los trabajos citados a lo largo de este Capítulo nos remitimos⁷⁹³. Así pues, sin despegarnos un ápice del enfoque que hemos mantenido, nuestra aproximación será casuística como la jurisprudencia del TEDH, y se centrará exclusivamente en dos tipos de limitaciones: las relacionadas con las inmunidades en Derecho internacional y las relacionadas con el secretismo de los procedimientos. La segunda cuestión se encuentra en estrecho ligamen con uno de los problemas habituales de los procesos antiterroristas, como es el derecho de acceso al material probatorio confidencial que puede predeterminar la decisión del juez. En lo que respecta a la primera, la consideraremos en su vertiente más sustantiva. Enseguida explicaremos a qué nos estamos refiriendo.

III.1. Inmunidades de las organizaciones internacionales: ¿un límite ilimitado?

⁷⁹⁰ Cfr. p.e. TEDH, *Pellegrin c. Francia*, § 64; *Pérez c. Francia*, § 73.

⁷⁹¹ Cfr. por todas, TEDH, *Waite y Kennedy c. Alemania* (GS), sentencia de 18 de febrero de 1999, Ap. nº 26083/94, a la que luego nos referiremos con más extensión. Siguiendo a TAVERNIER, podemos afirmar que el TEDH se basa en última instancia en el art. 29 de la DUDH, cláusula general en materia de limitaciones a los derechos humanos. TAVERNIER, P.: « Le droit à un procès équitable... », *loc. cit.*, p. 863. Cfr. también DE FROUVILLE, O.: *L'intangibilité...*, *op. cit.*, pp. 98 y ss.

⁷⁹² Para una crítica de la teoría de las limitaciones implícitas, VAN DIJK *et al.*: *Theory and practice...*, *op. cit.*, pp. 346-348.

⁷⁹³ Entre ellos, el completo (en lo que respecta al derecho de acceso a un tribunal) es el de MILANO, L.: *Le droit à un tribunal...*, *op. cit.*, pp. 189-210 y 253 y ss. Añadimos en no citado trabajo de MATSCHER, F.: “La notion de “décision d’une contestation sur un droit ou une obligation (de caractère civil) au sens de l’article 6§1 de la Convention européenne des Droits de l’Homme », en AA.VV. : *Protecting human rights : the European dimension. Studies in honour of G. J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1988, esp. pp. 407-410.

El primer límite que nos resulta relevante es el que plantea la inmunidad de las organizaciones internacionales generalmente admitida en Derecho internacional⁷⁹⁴. Aquí la jurisprudencia del TEDH resulta de primordial relevancia⁷⁹⁵. La doctrina sentada por el Tribunal será de nuestro máximo interés, pues el vacío legal derivado de la incapacidad de los individuos y entidades listados por el Consejo de Seguridad de demandar a las Naciones Unidas por las decisiones de su órgano ejecutivo se incardina dentro de esta problemática.

Afirmamos con anterioridad que la cuestión de las inmunidades la íbamos a estudiar en este apartado desde el punto de vista más sustantivo. Con ello queremos recalcar que ésta se puede estudiar desde dos de los diferentes ángulos del prisma de las sanciones inteligentes que simboliza el hilo conductor de este trabajo: por un lado, en tanto que límite a un derecho sustantivo reconocido por el CEDH; por el otro, en cuanto que *locus* de una peculiar y consolidada doctrina sobre la responsabilidad internacional del Estado por la transferencia de competencias a una organización internacional. Esta segunda cara de análisis, cuyo “espectro de luz” plantea interrogantes propios, será analizada en el siguiente Capítulo. Por el momento nos conformaremos con el plano de observación más “tradicional”.

Entrando ya en materia, comenzaremos anotando que el TEDH (al igual que el CDH), admite *por principio* que las inmunidades del derecho internacional constituyen un objetivo legítimo que justifica *ipso iure* el cumplimiento del requisito de *necesidad* de la

⁷⁹⁴ DUPUY, P.-M. ; KERBRAT, Y.: *Droit international...*, *op. cit.*, pp. 222-223. La jurisprudencia del TEDH en materia de inmunidades ha versado sobre todo sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de las organizaciones internacionales, y no tanto sobre la inmunidad de ejecución; aunque encontramos ejemplos de esta última en las decisiones de inadmisibilidad *Kalogeropoulos et al. c. Grecia y Alemania*, de 3 de marzo de 2005, Ap. n° 59021/00; y *Manoilescu y Dobrescu c. Rumanía y Rusia*, de 3 de marzo de 2005, Ap. n° 59021/00. Previamente, sentencia de 26 de julio de 2007, Ap. n° 29294/01 (sobre inmunidad de ejecución en un contexto diplomático. Comentario en FLASS, J.-F.; COHEN-JONATHAN, G.: “Cour européenne des droits de l’homme et droit international (2007)”, *AFDI*, LIII, 2007, pp. 782-783). Sobre la inmunidad de ejecución del Estado, CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: “La inmunidad de ejecución de los estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, *REDI*, vol. LVIII, n° 2, 2006, pp. 710 y ss.

La cuestión de la inmunidad de las organizaciones internacionales fue estudiada en un visionario trabajo de EAGLETON, en el que analizaba de manera especulativa el régimen jurídico de posibles reclamaciones contra las Naciones Unidas y los Estados miembros por ilícitos cometidos por la primera. El autor no se consideraba capaz de responder a la pregunta de si la reclamación debía dirigirse al Estado o a la Organización, pero sí tenía claro que no era posible demandar a la organización ante el Estado. (EAGLETON, C.: “International organization and the law of responsibility”, *RCADI*, Vol. 76, 1950, pp. 394-398).

⁷⁹⁵ La OG n° 32 del CDH utiliza las inmunidades como ejemplo de “excepciones a la jurisdicción derivadas del derecho internacional”, afirmando que constituyen una limitación del derecho de acceso al tribunal recogido en el art. 14 del PIDCP que es necesaria para conseguir un fin legítimo (§ 18).

restricción al derecho a las garantías judiciales. Quiere ello decir que si un determinado conflicto entre un particular y un Estado parte del CEDH se encuentra protegido por las inmunidades (de Estado o de las organizaciones internacionales), el TEDH admitirá sin más la validez del argumento de la necesidad. La referencia a este respecto son los dos conocidos asuntos *Beer y Regan* y *Waite y Kennedy*⁷⁹⁶, idénticos, en los que cuatro ciudadanos (uno alemán y tres británicos) intentaron invocar frente a los tribunales alemanes cierta legislación laboral germana que les otorgaba la condición de empleados permanentes de la Agencia Espacial Europea (AEE) (organización internacional establecida por Convenio de 30 de mayo de 1975) tras su ruptura con una compañía privada alemana asociada a dicha organización. Los tribunales alemanes se refugiaron en la inmunidad de la organización, reconocida en el artículo XV § 2 y el Anexo I de su Tratado fundacional, con el fin de evitar la controversia. Importa remarcar que el Reglamento de Empleados de la organización ofrecía un medio de solución de controversias en el Órgano de Apelación de la AEE (*Appeals Board*), independiente de la Agencia y con jurisdicción para resolver este tipo de disputas.

En su respuesta, el TEDH se basó en un “discurso estandarizado”⁷⁹⁷ para conformarse con el argumento de que la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales es un “medio esencial para asegurar el correcto funcionamiento de estas organizaciones, libre de interferencias unilaterales de gobiernos individuales”⁷⁹⁸. La raigambre de la norma en el Derecho internacional (en el caso de las organizaciones

⁷⁹⁶ TEDH, *Beer y Regan c. Alemania* (GS), sentencia de 18 de febrero de 1999, Ap. n.º 28934/95; y *Waite y Kennedy c. Alemania* (GS), sentencia de 18 de febrero de 1999, Ap. n.º 26083/94. Por ambas, utilizaremos aquí las referencias de la segunda sentencia, *Waite y Kennedy*. Sobre estas sentencias, Vid. p.e. CORTÉS MARTÍN, J. M.: *Las organizaciones internacionales: codificación y desarrollo progresivo de su responsabilidad internacional*, IAAP, Sevilla, 2008, pp. 354-366. Cfr. también KLEIN, P.: *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 470-480, cuyos argumentos siguen siendo útiles a pesar de haber sido recogidos antes de esta sentencia del TEDH.

Más recientemente, el TEDH ha declarado inadmisibles las demandas presentadas por un ciudadano español despedido del Consejo Oleico Internacional por supuestas actividades de espionaje de la actividad de esta organización. El Tribunal de Estrasburgo confirmó que el Estado que acoge una organización internacional puede garantizar la inmunidad de jurisdicción ante sus tribunales internos por las actuaciones de ésta en el territorio del Estado (TEDH, *López Cifuentes c. España*, decisión de inadmisibilidad de 7 de julio de 2009, Ap. n.º 18754/06). La misma consecuencia ha derivado de las demandas interpuestas por dos individuos condenados por el TPIY contra Holanda en tanto que territorio que acoge a este órgano subsidiario del Consejo de Seguridad (TEDH, *Galic c. Países Bajos*, decisión de inadmisibilidad de 9 de junio de 2009, Ap. n.º 22617/07, esp. §§ 40 y ss.; y *Blagojevic c. Países Bajos*, decisión de inadmisibilidad de 9 de junio de 2009, Ap. n.º 49032/07, §§ 40 y ss.).

⁷⁹⁷ SUDRE, F.: « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », en PINGEL, I. (Dir.): *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Pedone, Paris, 2004, p. 25.

⁷⁹⁸ TEDH, *Waite y Kennedy c. Alemania*, § 63.

internacionales, en la práctica convencional de los Estados que las crean) fue desde luego un argumento de peso para llegar a esta conclusión⁷⁹⁹.

Esta presunción de la legitimidad de la inmunidad de jurisdicción se ve reforzada por su aplicación colateral al análisis de la proporcionalidad de la restricción al derecho de acceso a un tribunal. Y es que el TEDH pondera el respeto de este criterio con el ofrecimiento al particular afectado de una alternativa “razonable” frente a la ausencia de un tribunal competente que pueda conocer de su caso⁸⁰⁰, aunque no se trate de los tribunales nacionales. En el caso *Waite y Kennedy* se trataba, como hemos señalado, de un órgano de apelación independiente de las autoridades de la Agencia. Pues bien, a la hora de valorar la proporcionalidad de esta solución, el TEDH tuvo en cuenta que “el test de la proporcionalidad no puede ser aplicado de tal manera que obligue a una organización internacional a someterse a la jurisdicción nacional (...) ello iría contra la tendencia actual de extender y reforzar la cooperación internacional”⁸⁰¹. Por ello el órgano europeo consideró válido el mecanismo de la AEE, incluso sin entrar a valorar la efectividad e imparcialidad en la resolución de disputas de dicho mecanismo *en la práctica y/o en el caso concreto*⁸⁰².

Sobre este punto son sensibles las diferencias entre el razonamiento aplicado a las inmunidades de las organizaciones internacionales y las del Estado. En lo que concierne a estas últimas, es de sobra sabido que en su discutida jurisprudencia de principios de este siglo⁸⁰³ el TEDH aceptó la tesis de la inmunidad restringida, acomodándose así a la evolución del derecho internacional. En virtud de esta doctrina, en aquellas circunstancias en las que el Estado actúa como un particular (*acta jure gestionis*) carece de sentido mantener la regla de la inmunidad, pues el sometimiento de un Estado a los Tribunales de otro no interfiere con el ejercicio de sus funciones soberanas, no violándose así la regla *par in parem non habet imperium*.

⁷⁹⁹ Dejamos aparte el interesante problema del uso de normas de Derecho internacional general no tanto para *interpretar* la norma relevante del CEDH, sino para *limitar* el contenido de esa norma (Cfr. p.e. ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, M. P.: "El principio de integración...", *loc. cit.*, p. 372; ORAKHELASHVILI, A.: "Restrictive interpretation...", *loc. cit.*, p. 537).

⁸⁰⁰ *Ibid*, § 68.

⁸⁰¹ *Ibid*, § 72.

⁸⁰² SUDRE, F.: *La jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 27.

⁸⁰³ TEDH, *Al-Adsani c. Reino Unido*, sentencia de 21 de noviembre de 2001, Ap. n° 35763/97; *Fogarty c. Reino Unido*, sentencia de 21 de noviembre de 2001, Ap. n° 37112/97; *McElhinney c. Irlanda*, sentencia de 21 de noviembre de 2001, Ap. n° 31253/96.

Ahora bien, del dicho al hecho hay un buen trecho, y es de sobra sabido que el TEDH no quiso deducir todas las consecuencias posibles de las excepciones a la regla de la inmunidad de jurisdicción del Estado en los casos que se le plantearon⁸⁰⁴. A ello hay que sumarle el conformismo con el que el Tribunal analizó la proporcionalidad de la limitación del derecho a un proceso equitativo derivada de la inmunidad de jurisdicción del Estado. Como hemos afirmado, el contraste con las inmunidades de las organizaciones internacionales es claro. En efecto, dadas las particularidades de los asuntos *McElhinney c. Irlanda* y *Al-Adsani c. Reino Unido*, el TEDH no tuvo más remedio que “destronar a las “vías alternativas de tutela” como parámetro de legitimidad”⁸⁰⁵ de la inmunidad de jurisdicción, puesto que (1) en *Al-Adsani* no había medio alternativo de protección del individuo por las torturas cometidas en Kuwait; y (2) en *McElhinney* quedaba latente la

⁸⁰⁴ COHEN-JONATHAN, G.: “Le ius cogens...”, *loc. cit.*, p. 63. Así, en *Al-Adsani* el TEDH concluyó que el Reino Unido no podía ser condenado por no investigar y enjuiciar los actos de tortura cometidos por autoridades kuwaitíes en suelo kuwaití, al estar en juego una acción civil que no estaba cubierta por la excepción de lesiones a las personas hoy recogida en el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas. Ello, a pesar de reconocer que la norma que prohíbe la tortura es de *ius cogens* (*cfr.* también, en un sentido similar, la demanda de inadmisibilidad en *Kalogeropoulos y otros c. Grecia y Alemania* (Dec), decisión de 10 de marzo de 2005, Ap. n° 28451/02) En *Fogarty*, la demandante, una empleada administrativa en la embajada de los Estados Unidos en el Reino Unido, alegó que la norma de la inmunidad restringida permitía el inicio de acciones legales en los Tribunales británicos por su inadmisión para un puesto en dicha embajada, cuando al parecer la decisión de no admitirla se debía –según la demandante– al hecho de haber ganado previamente un juicio por acoso sexual contra un miembro de dicha embajada. El Tribunal deslindó *despido* y *admisión* para considerar que la decisión de un Estado de no admitirla en su embajada era un acto *jure imperii*. Y por último, en *McElhinney*, el TEDH recurrió a la posibilidad para el demandante de plantear una demanda en Reino Unido para no condenar a Irlanda por declararse incompetente para enjuiciar las agresiones cometidas por un soldado británico contra un policía irlandés en Irlanda. Los tres casos han dado lugar a una abundante bibliografía: BIANCHI, A.: “L’immunité des États et les violations graves des droits de l’homme: la fonction de l’interprète dans la détermination du droit international », *RGDIP*, 2004, n° 108, pp. 63 y ss.; BOU FRANCH, V.: « Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales de *ius cogens*: el asunto *Al-Adsani contra Reino Unido*, *ADI*, Vol. XVIII, 2002, pp. 279 y ss.; CAPLAN, L. M.: “State immunity, human rights and *ius cogens*: a critique of the normative hierarchy theory”, *AJIL*, Vol. 97, N° 4 (Oct. 2003), pp. 741 y ss.; ESPÓSITO MASSICI, C.: *Inmunidad del Estado...op. cit.*; GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 400 y ss.; FRANCIONI, F.: *Access to justice as a human right*, Oxford, New York, 2007, pp. 47-51; LLOYD JONES, D.: “Article 6 ECHR and immunities arising in Public International Law”, *ICLQ*, vol. 52, 2003, pp. 463 y ss.; ORAKHELASHVILI, A.: “Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *EJIL*, Vol. 14, n° 3, 2003, pp. 529 (analizando también la jurisprudencia del TEDH en materia de aplicación extraterritorial de la CEDH); SALAMANCA AGUADO, E.: “Inmunidad de jurisdicción del Estado y derecho de acceso a un tribunal: a propósitos de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *McElhinney c. Irlanda*”, *ADI*, n° 18, 2002, pp. 347 y ss.; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: « *Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto *Al-Adsani* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos », *REDI*, vol. LIII, n° 1-2, 2001, pp. 311 y ss.; TIGROUDJA, H.: « La Cour européenne des droits de l’homme et les immunités juridictionnelles d’états. Observations sur les arrêts *McElhinney*, *Fogarty* et *Al-Adsani contre Royaume Uni* du 21 novembre 2001, *RBDI*, 2001/2, pp. 526 y ss.; TOMUSCHAT, C.: “L’immunité des états en cas de violations graves des droits de l’homme”, *RGDIP*, 2005, n° 1, pp. 51 y ss. Antes incluso de las sentencias del Tribunal: CAFLISH, L.: “Immunity of jurisdiction et respect des droits de l’homme”, en BOISSON DE CHAZOURNES, L.; GOWLLAND-DEBBAS, V.: *The international legal system in quest of equity and universality. L’ordre juridique international, un système en quête d’équité et universalité*. Liber amicorum *Georges Abi-Saab*, Kluwer, The Hague, 2001, pp. 651 y ss.

⁸⁰⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Inmunidades procesales...*, *op. cit.*, p. 406.

posibilidad de acudir a la jurisdicción británica para denunciar los abusos cometidos por un soldado británico en suelo irlandés. Aún más, si bien en *Fogarty* no se daba ninguna de esas circunstancias excepcionales, el TEDH rechazó realizar control alguno de la proporcionalidad de la inmunidad de jurisdicción mediante el análisis de la efectividad de las vías alternativas de recurso que se pudieran ofrecer a la demandante.

Una cierta matización la encontramos en la más reciente sentencia *Cudak c. Lituania*⁸⁰⁶. Aquí se discutía la aplicabilidad de la regla de la inmunidad al despido de la Embajada de Polonia en Vilna de una trabajadora lituana, de baja durante unos meses de su puesto a causa del acoso sexual al que le sometió un diplomático (acoso acreditado por un *ombudsman* experto en discriminación sexual). Apoyando todo su razonamiento en el criterio de la proporcionalidad⁸⁰⁷, el TEDH consideró por un lado que el *despido* -no la *admisión*, como en *Fogarty*- de la empleada extranjera de una embajada es un acto *jure gestionis* que no se beneficia de la inmunidad⁸⁰⁸. Y por el otro, y esto es más relevante, el Tribunal de Estrasburgo rechazó como alternativa realista la posibilidad para la demandante, prevista en el contrato firmado con la embajada, de acudir a la jurisdicción polaca invocando el derecho lituano⁸⁰⁹.

Valorada en su conjunto, la aportación del TEDH al respeto de las garantías judiciales en materia de inmunidades de las organizaciones internacionales es positiva, tanto más si la contrastamos con la insuficiente protección otorgada a los particulares cuando está en juego la inmunidad de jurisdicción del Estado. Este límite al artículo 6 del CEDH no es pues ilimitado, aunque está por ver hasta dónde puede llegar el Tribunal en la aceptación de “vías alternativas razonables” a la jurisdicción estatal. La cuestión de fondo es la existencia de un conflicto entre una norma de Derecho internacional

⁸⁰⁶ TEDH, *Cudak c. Lituania*, (GS), sentencia de 23 de marzo de 2010, Ap. n° 15869/02. FLAUSS y COHEN-JONATHAN ya habían apuntado la diferencia de la solución ofrecida por el Tribunal en la decisión de admisibilidad en este caso (COHEN-JONATHAN, G.; FLAUSS, J.-F.: “Cour européenne des droits de l’homme et droit international général (2006)”, *AFDI*, LII, 2006, p. 676).

⁸⁰⁷ Lo cual resulta confuso desde el punto de vista conceptual, al apartar la evaluación de la legalidad del despido de su *locus* habitual, el de la necesidad.

⁸⁰⁸ Para ello se apoyó en el carácter consuetudinario de la norma que excepciona de la inmunidad de jurisdicción el acto de despido de un trabajador extranjero que trabaja en una Embajada. Con equívoco lenguaje, el TEDH afirma que “incluso si un Estado no ha ratificado un tratado, puede ser vinculado por alguna de sus disposiciones en la medida en que ésta refleje el derecho internacional consuetudinario” (§ 66); y “el art. 11 del Proyecto de Artículos de la CDI de 1991, en el que se basa la Convención de 2004, se aplica al Estado demandado en virtud del derecho internacional consuetudinario” (§ 67).

⁸⁰⁹ TEDH, *Cudak c. Polonia*, § 36.

(consuetudinario⁸¹⁰) y otra norma de Derecho internacional, en este caso convencional, como es la recogida en el artículo 6 del CEDH. Como señala FRANCIONI, el equilibrio entre ambas no ha de basarse en argumentos apriorísticos, sino caso por caso, ponderando cuál de las dos reglas sirve mejor los intereses de la comunidad internacional en su conjunto⁸¹¹.

Aplicado el problema al caso de las sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad, es evidente que resulta impensable que un individuo listado pueda acudir a la jurisdicción estatal planteando una demanda contra las Naciones Unidas por violación de su derecho a un proceso equitativo. Sin embargo, existen otras vías para invocar el derecho a las garantías judiciales frente a los tribunales nacionales y, eventualmente, ante un órgano de supervisión internacional como el TEDH. La clave del asunto se encuentra en el mecanismo de ejecución de sanciones del Consejo de Seguridad, que a diferencia del problema que se daba en los asuntos *Beer y Regan* y *Waite y Kennedy*, implica la intervención del Estado para ejecutar la medida sancionatoria. Es aquí donde el derecho de la responsabilidad internacional del Estado entra en juego, aportando soluciones *de facto* no muy diferentes a la de los “mecanismos alternativos” a la falta de jurisdicción del Estado. Para su análisis habremos de esperar al Capítulo VI.

III.2. Secretismo, razón de Estado y acceso a los elementos probatorios

La protección de los intereses de la seguridad del Estado traspasa por completo la protección del proceso equitativo impregnando sus huellas en la jurisprudencia internacional relativa a cada una de sus garantías. Desde el mismo derecho de acceso al Tribunal, respecto del cual la sentencia del TEDH en *Tinnelly and Sons Ltd. y otros* y *McElduff y otros c. Reino Unido* resulta ejemplar⁸¹²; hasta el estatus (militar o civil) de los

⁸¹⁰ Al menos hasta que entre en vigor la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunitades del Estado y de sus bienes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 59/38, de 2 de diciembre de 2004. De momento sólo ha recibido 28 firmas y cuenta con 11 Estados partes. Según su art. 30, son necesarias 30 Estados parte para que entre en vigor (*cf.* United Nations Treaty Collection, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en, consultado por última vez el 18 de abril de 2011).

⁸¹¹ FRANCIONI, F.: *Access to justice...*, *op. cit.*, p. 50. En el mismo sentido, *cf.* el interesante debate entre SUDRE, por un lado; y ABRAHAM y GAILLARD, por el otro, en PINGEL, I.: *Droit des immunités...*, *op. cit.*, pp. 76-81.

⁸¹² TEDH, *Tinnelly and Sons Ltd. y otros* y *McElduff y otros c. Reino Unido*, sentencia de 10 de julio de 1998, App. nos. 62/1997/846/1052-1053. El caso fue planteado por varios demandantes a los que se les había excluido de una licitación para unas obras en Irlanda del Norte, según ellos por su condición de católicos. Se les denegó el acceso a cualquier motivación de la decisión por motivos de seguridad nacional. Ante las sospechas de discriminación, acabaron acudiendo a la jurisdicción británica, que poco pudo hacer al no tener

jueces o incluso el secreto del mismo proceso⁸¹³, los órganos de supervisión internacionales se enfrentan con frecuencia a la eterna dicotomía entre la protección de los derechos humanos y la salvaguardia de los intereses esenciales del Estado. El equilibrio es particularmente delicado cuando el Estado decide recurrir a los mecanismos de suspensión de derechos a fin de hacer frente a situaciones especialmente delicadas. Nada nuevo se puede aportar a este respecto: repetir el mantra de que toda democracia que se precie ha de mostrar fidelidad a sus principios en los momentos más difíciles, si bien no deja de ser cierto, no constituye desde luego ninguna aportación original. Innumerables voces cualificadas nos han precedido en este aspecto⁸¹⁴.

Lejos de estos enfoques generales, nos centraremos en un aspecto particular del derecho a las garantías judiciales: el derecho de acceso a los elementos probatorios. Mediante esta noción abierta queremos referirnos a todo aquel documento que no se encuentra en poder del acusado y que puede influir en el resultado del proceso, bien porque ha servido de base para inculparlo o agravar su pena o bien por lo contrario⁸¹⁵. La OG n° 32 del CDH añade a estos elementos “cualquier otra prueba que pueda asistir a la defensa”, como pueden ser los “indicios de que la confesión no fue hecha voluntariamente”⁸¹⁶.

En cuanto a su entronque en los elementos del proceso justo, el derecho de acceso a los elementos probatorios se sitúa a medio camino entre el derecho a disponer de los

acceso al expediente en el que se explicaban las razones. En su razonamiento, el TEDH determinó que hubo violación del art. 6(1) CEDH (derecho de acceso a un tribunal), argumentando entre otras razones que “el derecho garantizado por el art. 6(1) de la Convención de someter una disputa ante una corte o tribunal a fin de pronunciarse sobre una cuestión de hecho o de derecho no puede ser suprimido por el *ipse dixit* del ejecutivo” (§ 77). Curiosamente, en el caso se discutía una demanda *civil* y no una penal, como suele suceder en casi todos los supuestos en que motivos de seguridad nacional dificultan o impiden el acceso a un juez (Para un breve comentario, *Vid.* CAMERON, I.: *National security...*, *op. cit.*, pp. 290-294).

⁸¹³ Ejemplo paradigmático son los “jueces sin rostro” que en el Perú de Fujimori juzgaron y condenaron a miembros de Sendero Luminoso. Sobre esta cuestión, *cfr.* BURGORGUE-LARSEN, L.; ÚBEDA DE TORRES, A.: *Les grandes décisions...*, *op. cit.*, pp. 680-681.

⁸¹⁴ *Cfr.*, por todos, PASTOR RIDRUEJO, J. A.: “Terrorism and the European Court of Human Rights”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Ed.): *International legal dimension...*, *op. cit.*, p. 424; TEDH, *Klass y otros c. Alemania*, sentencia de 6 de septiembre de 1978, Ap. n° 5029/71, § 49.

⁸¹⁵ No nos referimos en ningún caso a la valoración que de la prueba realicen los órganos jurisdiccionales. El CDH tiene una nutrida jurisprudencia en la que rechaza la validez de la invocación de este argumento (CDH, *Tchanko Roussev Gueorguiev c. España*, 24 de julio de 2007, n° 1386/2005, Doc., § 6.5, CCPR/C/90/D/1386/2005; *Smartt c. República de Guyana*, 6 de julio de 2004, N° 867/1999, § 5.3, Doc. CCPR/C/81/D/867/1999; *Arutyunyan c. Uzbekistán*, 29 de marzo de 2004, N° 917/2000, § 5.7, Doc. CCPR/C/80/D/917/2000; *Svetik c. Bielorrusia*, 8 de julio de 2004, N° 1006/2001, § 6.3, Doc. CCPR/C/81/D/927/2000).

⁸¹⁶ OG n° 32, § 33.

medios adecuados para la defensa y los principios generales de igualdad y contradicción⁸¹⁷. Y si bien el contexto en el que discutiremos esta garantía se refiere a los procesos penales, el derecho de acceso a los documentos probatorios se aplica igualmente a los procedimientos civiles, en tanto que manifestación de los principios generales del proceso⁸¹⁸.

Una vez más, y aún a riesgo de abusar de lo que nos es más cercano, la jurisprudencia del TEDH nos aporta elementos indispensables para el debate⁸¹⁹. Por un lado existen varios asuntos “clásicos” relativos a la protección del anonimato de los testigos del caso (*Doorson c. Países Bajos, Van Mechelen c. Países Bajos*⁸²⁰), en los que si bien no se plantean argumentos relativos a la protección de la seguridad nacional, sí que se asentó el principio básico en materia de limitaciones del acceso a las pruebas y a los testigos: que todos los perjuicios originados a la defensa han de ser suficientemente compensados por el juez⁸²¹. Por el otro lado, encontramos varios asuntos algo más recientes en los que el interés nacional se ponderó con el derecho de acceso a las pruebas de cargo, con resultados diferentes (asuntos *Jasper, Fitt, Rowe y Davis* o *Edwards y Lewis*, los cuatro contra Reino Unido⁸²²).

⁸¹⁷ OG nº 32, § 32 (enfaticando el vínculo con la igualdad); TEDH, *Öcalan c. Turquía* (GC), sentencia de 12 de mayo de 2005, Ap. nº 46221/99, § 146.

⁸¹⁸ TEDH, *Vilen c. Finlandia*, sentencia de 17 de febrero de 2009, Ap. nº 22635/04, § 21.

⁸¹⁹ Ejemplos de condenas estatales por parte de la CADH encontramos en la ya citada *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, § 141; o en *Cantoral BenaVid.s c. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000 (fondo), Serie C nº 88, § 127, en ambos casos por deficiencias muy evidentes en el derecho a disponer de los medios y facilidades adecuadas para la defensa (escaso tiempo de preparación, comunicación tardía del expediente, etc.).

⁸²⁰ TEDH, *Doorson c. Países Bajos*, sentencia de 26 de marzo de 1996, Ap. nº 20524/92; *Van Mechelen c. Países Bajos*, sentencia de 18 de marzo de 1997, Aps. nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 y 22056/93. Caso aparte es el asunto (ya citado antes) *Barberà, Messegue y Jabardo c. España*, en el que fueron numerosas las carencias de la instrucción del proceso y su posterior enjuiciamiento ante la Audiencia Nacional que condujo a prisión a los tres acusados por el asesinato en mayo de 1977 del empresario catalán José María Bultó Marqués. Entre estas carencias, la tardía comunicación de varios elementos del expediente y la imposibilidad para las defensas de presentar alegaciones, así como la validez de algunos de los testimonios en los que se basó la acusación. También fue el tardío acceso del acusado y su defensa a los elementos del expediente uno de los motivos de la condena de Turquía en el asunto *Öcalan* (GS) (sentencia de 12 de mayo de 2005, Ap. nº 46221/99, §§ 138-149)

⁸²¹ TEDH, *Doorson c. Países Bajos*, § 54; *Van Mechelen c. Países Bajos*, § 72.

⁸²² TEDH, *Jasper c. Reino Unido* (GC), Ap. nº 27052/95; *Fitt c. Reino Unido* (GC), Ap. nº 27777/96; *Rowe y Davis c. Reino Unido* (GC), Ap. nº 28901/95 (las tres de 16 de febrero de 2000); *Edwards y Lewis c. Reino Unido* (GC), sentencia de 27 de octubre de 2004, Aps. nos. 39647/98 y 40461/98.

El primer criterio planteado para valorar la restricción del acceso a los elementos probatorios es el de la *estricta* necesidad⁸²³. El margen de apreciación de la autoridad nacional es, pues, más escaso que en otro tipo de restricciones; y por lo tanto, la intensidad del control judicial por el juez europeo es mayor⁸²⁴. En todo caso, a nuestro conocimiento, todos los asuntos en los que se ha planteado la cuestión se han jugado en el terreno de la proporcionalidad, y más concretamente, en el de la aportación de salvaguardias y medios alternativos bajo el principio del “mal menor”⁸²⁵. Así, en *Jasper c. Reino Unido* y en *Fitt c. Reino Unido*, el perjuicio originado por la no divulgación de varias pruebas por parte del fiscal se vio disminuido por el hecho de que la defensa fue informada y pudo participar en la medida de lo posible en el proceso en el que se dirimió la cuestión de la confidencialidad de la prueba⁸²⁶. Además, muy determinante fue el hecho de que los elementos de prueba no divulgados nunca fueron puestos a disposición del jurado que decidió el caso, y por lo tanto no pudieron influir en su decisión. Esta circunstancia particular de ambos casos permitió a la autoridad nacional evitar la condena, no haciendo necesaria la introducción de salvaguardias más estrictas que de hecho existían en el derecho procesal británico⁸²⁷. En sendas opiniones disidentes de tono similar a ambos casos, los jueces PALM, FISCHBACH, VAJIC, THOMASSEN, TSATSA-NIKOLOVSKA y TRAJA, por un lado, y HEDIGAN, por el otro, criticaron el exceso de confianza puesto por el Tribunal en la buena fe del juez británico, lamentando que el TEDH no fuera coherente con el principio establecido en las sentencias *Doorson* y *Van Mechelen*. En otras palabras, se le reprochó al juez europeo que relajara tanto el criterio del margen de apreciación del Estado cuando las salvaguardias existían en el derecho nacional.

Desde el asunto *Barberà, Messegué y Jabardo c. España* el TEDH ha establecido el principio de que en materia de prueba no le corresponde a la jurisdicción europea sustituir al juez nacional en su valoración de los medios disponibles para contrarrestar el efecto pernicioso de la privación del acceso a la prueba sobre el acusado. Sin embargo, sí que le

⁸²³ SCOTTIAUX, S.: *Terrorism and the limitation of rights...*, doc. cit., p. 361.

⁸²⁴ SUDRE, F.: *Droit international...*, op. cit., p. 226.

⁸²⁵ Ilustrativo de ello es que las *Líneas directrices sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo* aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en enero de 2003, p. 12 no se refieren en absoluto al criterio de necesidad a este respecto.

⁸²⁶ TEDH, *Jasper c. Reino Unido*, § 55; *Fitt c. Reino Unido*, § 48-49.

⁸²⁷ Como el del “abogado especial” en los procesos en los que el fiscal solicita la clasificación de un documento por motivos de seguridad nacional, y al que ya hicimos referencia en el Capítulo anterior en el contexto de la sentencia *A y otros c. Reino Unido*.

corresponde apreciar si el proceso, comprendido en su totalidad, fue equitativo⁸²⁸. De hecho, éste es el sentido de las dos opiniones disidentes que venimos de mencionar: el límite a la intervención subsidiaria del TEDH se encuentra en el respeto de las garantías mínimas del proceso. Cuando éste se sobrepase, se podrá *intervenir* determinando la necesidad de que el proceso se siga de otra manera.

Por ello, si el Tribunal fue más laxo en *Jasper* y en *Fitt*, no lo fue en *Rowe y Davis* y tampoco en *Edwards y Lewis*. Este último caso merece una especial referencia, pues aquí el TEDH condenó al Reino Unido diferenciando expresamente las circunstancias del asunto de las que se dieron en *Jasper y Fitt*. En efecto, en este caso los elementos probatorios utilizados por el jurado para condenar a los dos acusados por tráfico de drogas fueron sustanciales para determinar su culpabilidad⁸²⁹. De hecho, se discutía la legalidad de las pruebas presentada por el fiscal, conseguidas mediante un posible engaño a los acusados por parte de miembros de la policía que se hicieron pasar por traficantes de droga. Parece, pues, que el nivel de influencia de las pruebas en la decisión del tribunal nacional es un elemento que el TEDH utilizó para determinar el nivel de aceptabilidad de las restricciones al acceso a las pruebas: lo que en *Jasper y Fitt* fue válido no se admitió en *Edwards y Lewis*⁸³⁰.

* * *

Con ello concluimos el análisis de las garantías judiciales desarrollado en este Capítulo. El objetivo ha sido resaltar que el derecho al juez puede adaptarse a las dificultades particulares de los procesos en los que está en juego la seguridad nacional u otros intereses esenciales para el Estado. Esta necesaria flexibilidad contrasta con algunas de las reticencias que se suelen oponer a la aplicabilidad de este derecho en el ámbito de

⁸²⁸ TEDH, *Barberà, Messegué y Jabardo c. España*, § 68, aunque el principio como tal ya fue aplicado en *Unterpentinger c. Austria*, sentencia de 24 de noviembre de 1986, Ap. n° 9120/80, § 33 *in fine*. Cfr. también *Edwards c. Reino Unido*, sentencia de 16 de diciembre de 1992, Ap. n° 13071/87, § 34.

⁸²⁹ TEDH, *Edwards y Lewis c. Reino Unido*, §§ 56-59.

⁸³⁰ En los casos en los que no está en juego la seguridad nacional el sentido común también impone una solución similar. Por eso el CDH, que viene recordando que el derecho de acceso a los documentos probatorios no es absoluto, evalúa la relevancia de estos en el caso particular, pudiendo eventualmente condenar al Estado que no los aportó (CDH, *Garfield Pert y Andrew Pert c. Jamaica*, de 19 de julio de 1995, Com. n° 464/1991 y 482/1991; CCPR/C/54/D/482/1991; §§ 11.3 y 11.5).

las sanciones gestionadas por el Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes. Como se ha intentado demostrar, derecho al juez no tiene por qué ser equivalente a aplicación dogmática de todos y cada uno de los elementos codificados en los artículos 14 PIDCP, 6 CEDH y 8 CADH. Soluciones “cuasijudiciales” que reúnan las garantías *funcionales* del DIDH pueden ser igualmente válidas para respetar los principios elementales de igualdad de armas y de contradicción.

CAPÍTULO V: LAS GARANTÍAS JUDICIALES COMO LÍMITE: ¿UN DERECHO VIOLADO POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD?

INTRODUCCIÓN: LOS PODERES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DESDE LA PERSPECTIVA ESTATAL

A pesar de lo que el título pudiera sugerir, éste no es un capítulo sobre la naturaleza de los poderes del Consejo de Seguridad y los límites a su poder discrecional. La cuestión de en qué medida el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas se encuentra limitado por el Derecho internacional, y especialmente por la Carta de las Naciones Unidas, ha recibido ya una merecida atención por los estudiosos de esta ciencia. *Locus classicus* de la doctrina, en el que a menudo confluyen ambiciones constitucionalistas y preocupaciones humanistas⁸³¹, gran parte de su interés se explica por la fascinación que la “evanescente”⁸³² legalidad de los poderes del Consejo ejerce sobre los juristas, más habituados a trabajar con conceptos claros ajenos al uso arbitrario. La otra parte se debe a la amplitud de estos poderes; casi tan abiertos como lo sea la imaginación política de los que lo ejercitan, y tan efectivos que se les ha llegado a emplazar –por su naturaleza- en la esfera de la integración supranacional, a pesar de que la ONU no ostenta como tal dicha categorización en la teoría general de las organizaciones internacionales⁸³³.

Teniendo en cuenta este factor, un estudio amplio sobre la cuestión no haría sino volver a recorrer caminos bien conocidos. Una parte de ellos fue de hecho completada en nuestro segundo capítulo, cuando intentamos sintetizar las diferentes teorías propuestas para describir la naturaleza de la operación de calificación de una *situación* como *amenaza para la paz y la seguridad internacionales* en el sentido del artículo 39 de la Carta. A fin de cuentas, tratar de precisar el carácter jurídico o político de los conceptos emplazados por los “representantes reunidos en la ciudad de San Francisco”⁸³⁴ en la puerta del Capítulo

⁸³¹ “Droitdel’homnistes”, en la conocida expresión –de difícil traducción- de PELLET (“Droit-de-l’homnisme...”, *loc. cit.*, pp. 2 y ss.).

⁸³² SOREL, J.-M.: “Le pouvoir discrétionnaire...”, *loc. cit.*, p. 471.

⁸³³ PELLET, A.: “Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire”, *RCADE*, Vol. V.2, 1994, p. 242; ROLDÁN BARBERO, J.: “La naturaleza jurídica del Derecho comunitario revisitada: la sombra del Derecho internacional es alargada”, *RGDE*, N° 7, Mayo 2005, pp. 10-11; <http://iustel.com>.

⁸³⁴ Preámbulo de la Carta, *in fine*.

VII, e intentar aproximarse a su relación con el Derecho internacional, es sin duda una labor delimitadora.

En consecuencia, nuestra perspectiva ha de situarse más abajo, en el Estado. Dado que las reformas del mecanismo de sanciones creado por el Consejo avanzan a un paso demasiado lento para los intereses de los afectados por la lista, este Capítulo, en vez de recrearse en *todos* los aspectos de la discrecionalidad del Consejo para aprobar las sanciones inteligentes, se presentará como la antesala del Capítulo VI, dedicado a la responsabilidad internacional del Estado por la violación de garantías judiciales. Ello no quiere decir que se obvие aquí un problema imposible de esquivar, (el de las fronteras a los poderes del Consejo), pues de lo contrario sería imposible valorar la legalidad del régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes. Por esta razón, el primer apartado de este Capítulo volverá a este conocido debate, mas lo hará desde un punto de vista material muy concreto: la medida en que los derechos humanos, y más concretamente las garantías judiciales, pueden oponerse a los poderes del Consejo. No se buscará, por el contrario, acometer una visión exhaustiva del contenido de los márgenes de actuación del “ejecutivo” de Naciones Unidas.

Lo que sí se hará será vincular el análisis de esta esencial cuestión al vasto ámbito de una norma que, bien mirada, encierra gran parte de los principales interrogantes jurídicos en torno a la Carta de las Naciones Unidas (y el Derecho internacional): el artículo 103, regla de primacía. Y es que resulta imposible disociar la controvertida cuestión de la primacía de la Carta sobre el Derecho internacional general, de la no más pacífica medida en que éste limita los poderes atribuidos al Consejo en virtud de aquélla. Es decir, que primacía y límites *externos* (fuera de la Carta) a los poderes del Consejo son dos caras de una misma moneda. Y no sólo eso, pues además el artículo 103 de la Carta se guarda de precisar que sólo las “obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas *en virtud de la presente Carta*” primarán sobre el resto de obligaciones internacionales del Estado. Se plantea así la problemática de qué obligaciones gozan de primacía, si sólo las que “respetan la Carta” o todas las obligaciones aprobadas por un órgano que respete las formalidades en ella prescritas. En otras palabras: desde este otro ángulo del artículo 103, primacía y límites *internos* (dentro de la Carta) a los poderes del Consejo son también dos caras de la misma moneda⁸³⁵. Si se quiere ver así, el “prisma” de

⁸³⁵ En palabras de LAGRANGE, “l’application de l’article 103 présuppose que les décisions du Conseil de sécurité soient régulières” (LAGRANGE, E.: « Le Conseil de sécurité peut-il violer le droit international ? »,

las sanciones inteligentes encierra otro complejo “prisma” oculto en el Capítulo XVI de la Carta. Así pues, el primer apartado abordará este complejo entramado normativo que se plantea en la “fase de aprobación” de las resoluciones del Consejo.

Una vez abordadas estas cuestiones con el enfoque sugerido se profundizará en otra de los grandes cuestiones subsiguientes a la aprobación de resoluciones del Consejo de Seguridad: la potestad de los Estados para no ejecutarlas en la “fase de recepción” (implementación de la resolución) caso de considerarlas ilegales. La doctrina de los actos *ultra vires* ha dado lugar a interesantes planteamientos en Derecho internacional, sobre todo desde la sentencia de la CIJ en el asunto *Namibia*, a la que nos referiremos. El problema afecta de hecho a la esencia misma de la organización internacional, pues saber quién retiene la competencia de la competencia (*kompetenz-kompetenz*) para decidir en última instancia la interpretación definitiva que dar al instrumento constitutivo de la organización es fundamental para comprender el proceso de evolución de sus competencias. Pues bien, nuestro propósito en esta segunda parte del primer apartado será presentar la doctrina mayoritaria de los actos *ultra vires* del Consejo de Seguridad desde la perspectiva del positivismo voluntarista, y por lo tanto admitir que la misma CNU permite al Estado, en ciertas circunstancias, y con las debidas salvaguardias, desobedecer un mandato del Consejo *ex* Capítulo VII cuando éste sea considerado ilegal.

Presentados así el límite y la primacía de la Carta, y el poder que queda en los Estados obligados a ejecutar las resoluciones del Consejo, estamos en condiciones de encajar otra de las piezas centrales de este trabajo: determinar si las sanciones inteligentes financieras del Consejo respetan los estándares internacionales en materia de garantías judiciales. En efecto, de nada serviría analizar en profundidad el modo en que el Derecho internacional de los derechos humanos protege este derecho, e incluso valorar en abstracto si el Consejo está obligado a respetarlo, si finalmente no hay violación cuando los Estados ejecutan las sanciones inteligentes. Ello nos conducirá a ponderar si estas sanciones constituyen realmente una acusación penal, en el sentido del CEDH y el PIDCP; y si la reciente introducción de la institución del *Ombudsman* varía en algo las conclusiones. Una vez más, pues, situaremos la perspectiva abajo, en el Estado, acondicionando así el terreno para la entrada en escena del Capítulo siguiente, pues la ilegalidad de las sanciones

RBDI, Vol. 37, n° 2, 2004, p. 575). En el mismo sentido, LIIVOJA, R.: « The scope of the supremacy clause of the United Nations Charter », *ICLQ*, Vol. 57, July 2008, p. 586.

inteligentes y de los actos de ejecución abren de par en par las puertas de la responsabilidad internacional del Estado.

I. EL LÍMITE A LOS PODERES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

I.1. Fase de aprobación de las resoluciones del Consejo: poderes y primacía, dos caras de la misma moneda

I.1.1. Perspectiva *ad intra*: las fronteras de la acción coercitiva del Consejo de Seguridad y los derechos humanos

a) *La inexistencia de paraísos políticos en la Carta*

Para comenzar nuestra discusión, nos referiremos a esta cita de DINSTEIN:

“Some observers may construe a decision taken by the Council as one leading (directly or indirectly) to the commission of genocide, torture, etc. But who are those observers and why should their interpretation be taken seriously? The ICJ is the sole organ that is legally competent to invalidate the Council’s decision (...)”⁸³⁶.

Esta observación apunta hacia la pasividad del académico en lo que se refiere a las decisiones del Consejo de Seguridad, pues dada la naturaleza de sus poderes, y la relevancia de su papel de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, sólo la autoridad judicial de la CIJ sería la única jurídica y (casi) moralmente competente para desautorizar la legalidad de sus decisiones.

Contrastemos la cita de DINSTEIN con ésta de ABI-SAAB:

“Le droit est un phénomène vivant et mettre trop l’accent sur la *lex data* ou la *lex ferenda* ne nous amène à rien. A un moment donné, quelqu’un doit pour la première fois formuler une proposition normative. La question est plutôt de savoir si le matériel normatif est là”⁸³⁷.

La estimulante propuesta del autor egipcio -cierto, no referida al contexto concreto de los poderes del Consejo de Seguridad-, incita al análisis jurídico-internacional de cualquier “hecho jurídico” relevante, independientemente de la naturaleza política del órgano que lo decida o ejecute. Nadie está excluido *a priori* de esta tarea; y mucho menos el académico; de ello sería un indicio el que las “doctrinas de los publicistas de mayor

⁸³⁶ DINSTEIN, Y.: “The interaction...”, *loc. cit.*, p. 426.

⁸³⁷ Conferencia en el Graduate Institute for International Studies, citado en TEHINDRAZANARIVELO, D. L.: *Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaires. Assistance aux victimes et voies juridiques de prévention*, Puf, Paris, 2005, p. 209.

competencia” de las distintas naciones son fuente auxiliar en el artículo 38(1)(d) del Estatuto de la CIJ. Lo relevante, pues, es buscar el “material normativo”, y aplicarlo con las debidas cautelas requeridas por el rigor científico. No es decisivo, por lo tanto, el carácter eminentemente político del órgano que haya decidido o ejecutado el acto. Como ya afirmara la CIJ en su Dictamen relativo a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*,

“It is true that most interpretations of the Charter of the United Nations will have political significance, great or small. In the nature of things it could not be otherwise. The Court, however, cannot attribute a political character to a request that invites it to undertake an essentially judicial task, namely, the interpretation of a treaty provision”⁸³⁸.

Como es sabido, esta posición fue defendida con especial ahínco por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavica (TPIY) –criatura del Consejo de Seguridad- en la sentencia *Tadic*. Las conclusiones del TPIY en este asunto son especialmente apropiadas para los propósitos de este trabajo, puesto que se circunscriben al ámbito del Capítulo VII de la Carta. Básicamente, el TPIY se consideró competente para valorar las calificaciones del Consejo *ex* artículo 39 de la Carta, disposición para muchos autores ajena a cualquier control de legalidad⁸³⁹. En otras

⁸³⁸ CIJ, *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, dictamen consultivo, 20 de julio de 1962, *Recueil CIJ 1962*, p. 155. Más adelante, CIJ, *Plataforma continental del Mar Egeo*, sentencia de 19 de diciembre de 1978, *Recueil CIJ 1978*, p. 14, § 29. En esta última, el hecho de que se estaban celebrando negociaciones entre Grecia y Turquía para delimitar la plataforma continental en disputa y el contenido de los derechos sobre ella (mediando incluso acción del Consejo bajo el capítulo VI de la Carta) no fue impedimento para la intervención de la Corte. La misma actitud fue sostenida respecto del argumento iraní de que la Corte no tiene jurisdicción sobre disputas históricas entre Irán y los EE.UU. en el asunto del *Personal diplomático y consular en Teherán*, sentencia de 24 de mayo de 1980, *Recueil CIJ 1980*, p. 20, § 37. Idéntica fue la conclusión en el asunto *Nicaragua (1984)* respecto de la existencia de un conflicto armado y el ejercicio de la legítima defensa colectiva (p. 435, § 97). *Vid.* sobre este punto DE VISSCHER, CH.: *Theory and reality...*, *op. cit.*, p. 76; DE WET, E.: “Judicial review as an emerging general principle of law and its implications for the International Court of Justice”, *NILR*, Vol. 47, n° 2, 2000, pp. 181 y ss.

⁸³⁹ TPIY, *Fiscal c. Dusko Tadic a/k/a “Dule”*, Appeals Chamber, Decision of 2 October 1995 on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No IT-94-1-A, §§ 23 y ss. y 28 y ss. Menos referencias suelen hacerse a la sentencia paralela del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Fiscal c. Joseph Kanyabashi*, Trial Chamber, Decision of 18 June 1997 on the Defence Motion for jurisdiction, ICTR-96-15-T. Aquí el TPIR sostuvo que no era competente para revisar las calificaciones del Consejo al amparo del art. 39 de la Carta. Ahora bien, no está claro que el TPIR considere que dichas calificaciones no son “jurídicas”. Si bien es verdad que defendió que “such discretionary assessments are not justiciable since they involve the consideration of a number of social, political and circumstantial factors which cannot be weighted and balanced objectively by this trial chamber”, al mismo tiempo opuso que [el Consejo de Seguridad] está obligado “by the provisions in Chapter VII of the UN Charter and in particular Article 39 of the Charter” (§ 20).

Es posible apreciar aquí una de las “razones prudentes para la abdicación judicial” (*prudential reasons for judicial abdication*) a las que se refiere FRANCK en un trabajo clásico sobre la “cuestión política” en la jurisprudencia del TS de los EE.UU. (FRANCK, T. M.: *Political questions, judicial answers. Does the rule of law apply to foreign affairs?*, Princeton Univ. Press, Princeton, 1993). En efecto, el Profesor estadounidense apunta a que los jueces se suelen abstener de pronunciarse en asuntos que versan sobre evidencia fáctica que ellos mismos se consideran incapaces de valorar. Sin embargo, curiosamente, el TPIR hace referencia a algunos de los criterios que sirven para determinar la existencia de una amenaza para la paz y la seguridad internacionales: “a massive flow of refugees, many of them armed, a change in demographical

palabras: para el TPIY no hay doctrina de los “actos políticos” (*political question*) ni siquiera cuando están en cuestión los poderes del Consejo. El Capítulo VII está abierto al análisis del iusinternacionalista. Ciertamente es que este pronunciamiento hay que entenderlo en su contexto: el de determinación por un Tribunal internacional de su competencia para determinar su propia jurisdicción. Y es que, como ha remarcado KOSKENIEMI, “one could hardly expect the ICTY to abstain from taking a stand on the legality of its own establishment, thus leaving the basis of its numerous convictions as well as the fate of its 1,100 employees in the dark”⁸⁴⁰. Ello explica, por ejemplo, la divergencia entre la solución ofrecida por el TPIY de la defendida por la CIJ en *Lockerbie*⁸⁴¹ (dado que la Corte no es una criatura del Consejo de Seguridad como el TPIY) pero no empece, sin embargo, la validez de los argumentos de fondo del Tribunal en otro tipo de contexto⁸⁴².

Esta postura se ve confirmada por el principio general de acuerdo con el cual todo órgano de una organización internacional se encuentra limitado por el tratado constitutivo que lo creó y no puede ejercer más poderes que los que le han sido atribuidos. En este sentido se pronunciaba el Dictamen consultivo de la CIJ en el asunto *Condiciones de Admisión a la ONU* de 1948, primer pronunciamiento de la Corte en su historia. Refiriéndose precisamente al Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Corte afirmó con claridad que el carácter político de un órgano no puede eximirlo del cumplimiento con las normas convencionales que lo crearon⁸⁴³.

composition of the population which may destabilize neighbour countries” (§ 21). Otra de las “razones prudentes” que explican esta actitud del TPIR puede ser el amplio margen de discreción del órgano político para valorar los parámetros legales que le ofrece su competencia. De ser ello cierto, podríamos traer a colación la crítica de FRANCK cuando argumenta que este tipo de aproximaciones “entirely ignores the established role of courts in clarifying murky areas of law by defining rules and imposing them on diverse fact patterns (...) courts must be justified in refusing to invent such a rule, preferring a more modest normative requirement” (*op. cit.*, pp. 49-50). Resulta igualmente oportuno aquí el trabajo de KRETZMER, D.: “La Cour Suprême en temps...”, *loc. cit.*, pp. 568-569.

⁸⁴⁰ KOSKENIEMI, M.: “Fragmentation of International Law. Postmodern anxieties”, *LJIL*, Vol. 15, 2002, p. 563.

⁸⁴¹ Ciertamente es, la CIJ se pronunció en *Lockerbie* en 1992 en fase de excepciones preliminares. Posteriormente no tuvo problemas en declararse competente para conocer de la demanda planteada por Libia, dado que ésta había sido introducida antes de la aprobación de las resoluciones 748(1992) y 883(1993) del CSNU (CIJ, *Cuestiones relativas a la interpretación y la aplicación de la Convención de Montreal de 1971 derivadas del incidente aéreo de Lockerbie* (Jarahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos), sentencia de 27 de febrero de 1998, *Recueil CIJ 1998*).

⁸⁴² Por todos, CARDONA LLORÉNS, J.: “El mantenimiento...”, *loc. cit.*, pp. 236-237.

⁸⁴³ CIJ, *Condiciones de admisión a la ONU*, dictamen consultivo de 25 de mayo de 1948, *Recueil CIJ 1948*, p. 64.

De esta manera, el hecho de que no haya normas exclusivamente “políticas” en las constituciones de las organizaciones internacionales implica que hasta sus órganos de naturaleza marcadamente política están obligados a respetarlas. Otra cosa diferente es quién controla el ejercicio de ese poder, pero la cuestión del control ha de ser dissociada de la existencia de límites al poder discrecional de esos órganos políticos. Sería absurdo deducir que los Estados pueden dejar vía libre para determinar el alcance de su competencia a un órgano de una organización internacional, permitiéndole ir más allá de lo que los mismos Estados pueden hacer individualmente; del simple hecho de que no se haya creado un segundo órgano con competencia automática para revisar las decisiones del primero. No sólo sería incoherente, sino jurídicamente imposible⁸⁴⁴; tan absurdo como contrariar el mismo principio de atribución de competencias a las organizaciones internacionales⁸⁴⁵.

b) Una posible objeción: la indeterminación formal de los derechos humanos en la Carta y en el Derecho internacional general

Claro que afirmar que la CNU puede ser leída en su totalidad con las lentes jurídicas no sólo no soluciona el problema de los límites a los poderes del Consejo, sino que abre nuevos interrogantes. Como ya anticipamos en la introducción, a alguno de ellos nos referimos en el Capítulo segundo cuando analizamos las diferentes teorías sobre el artículo 39 de la Carta, y la relación entre las calificaciones del Consejo y la existencia previa de la violación de una obligación internacional. Como ya no es necesario volver a esta disposición, nuestro propósito aquí es estudiar el artículo 41 y la posibilidad para el Consejo de adoptar sanciones económicas financieras que puedan violar derechos humanos básicos como las garantías judiciales.

El problema principal para determinar si existe alguna manera de concretar cómo el derecho a las garantías judiciales limita las sanciones económicas del Consejo es precisamente la indeterminación de los límites: ¿cómo “delimitar el límite” del respeto a los derechos humanos en la Carta? Tanto si planteamos la cuestión desde la perspectiva *ad intra* (interna, dentro de la Carta), como si lo hacemos desde fuera (perspectiva *ad extra*,

⁸⁴⁴ ANGELET, N.: “International law limits to the Security Council”, en GOWLLAND-DEBBAS, V.; HADJ-SAHRAOUI, H., GARCÍA-RUBIO, M. (Eds.): *United Nations...*, *op. cit.*, pp. 75-76. Volveremos a este argumento en el apartado II.2.1. de este capítulo.

⁸⁴⁵ ÁLVAREZ, J. E.: *International organizations...*, *op. cit.*, p. 80, citando a JOHN B. SOHN.

externa, fuera de la Carta), toda “proposición normativa” (volviendo a la cita de ABI-SAAB) que considere que tal o cual derecho no puede ser violado por el Consejo de Seguridad puede ser cuestionada como “subjetiva”, “voluntarista”, *de lege ferenda*: la palabra de un autor frente a la del Consejo. Y es que el artículo 24(2) de la Carta parece referirse sólo al respeto de los propósitos y principios de la Carta *en general* como límite a los poderes del Consejo, es decir, que sólo le exige que cualquier medida que adopte se ajuste al cumplimiento de *alguno* de ellos; sobre todo el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, su misión principal. El problema se acentúa al analizar la redacción del artículo 1(3) de la Carta, que se limita a hacer una referencia programática al “desarrollo y estímulo” del respeto a los derechos humanos; es decir, concibiéndolos más como ideal a perseguir que como parámetro concreto de actuación⁸⁴⁶. Tampoco aportan luz los artículos 55(c), 62(2), 68, 76(c), que también se refieren a ellos en ciertos ámbitos específicos de la actuación de las Naciones Unidas. Y por último, aunque relacionado con argumentos anteriores, no está de más recordar que la CIJ dictaminó en el asunto *Ciertos gastos de la organización* que la función principal del Consejo de Seguridad es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, objetivo tan imprescindible que el resto de propósitos y principios de la Carta—entre ellos el “estímulo y desarrollo de los derechos humanos- no se puede materializar sin su realización⁸⁴⁷.

Desde el punto de vista de los límites *ad extra*, los problemas no son tampoco irrelevantes. El punto de partida es indiscutible: la ONU es una organización internacional, y como todo sujeto de Derecho internacional, ha de someterse a las obligaciones dimanantes de este orden jurídico. Ya en el asunto de la *Reparaciones de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, la CIJ había precisado que no hay nada en el carácter de una organización internacional que justifique considerarla como una “especie de súper-Estado”⁸⁴⁸. Años más tarde, en el asunto *Acuerdo entre la OMS y Egipto*, dejaría bien claro que “l’organisation internationale est un sujet de droit international lié et en tant que tel *par toutes les obligations qui lui imposent les règles générales de droit*

⁸⁴⁶ Como afirma KOSKENNIEMI, “(...) Article 1(3) (...) was probably put in simply to cover the general functionalist belief that cooperation in these fields was useful for attaining peace and to provide a justification for the UN’s economic and social activities under Chapter IX” (KOSKENNIEMI, M.: *The police in the temple, order, justice and the UN: a dialectical view*”, *EJIL*, Vol. 6, n° 1, 1995, pp. 12-13).

⁸⁴⁷ CIJ, *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, *Recueil CIJ* 1962, p. 385.

⁸⁴⁸ CIJ, *Reparaciones de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, dictamen consultivo de 11 de abril de 1949, *Recueil CIJ* 1949, p. 179.

international, son acte constitutif ou les accords internationaux auxquels il est partie”⁸⁴⁹. En la misma línea, el artículo 4(b) del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales aprobado en primera lectura por la CDI establece como uno de los elementos originante de dicha responsabilidad la “acción u omisión [que] constituye una violación de una obligación internacional de esa organización internacional”. El comentario del Proyecto incluye expresamente, entre esas “obligaciones internacionales” a las que hace referencia el artículo 4(b), al Derecho internacional general⁸⁵⁰.

Claro que la relación entre la Carta, como tratado fundador de una organización internacional “especial”, y el Derecho internacional general (costumbre, principios generales del derecho), es todo menos pacífica. A ella volveremos más adelante, cuando analicemos el alcance del artículo 103 de la Carta. Lo que queremos subrayar aquí es (de nuevo) el problema de la indeterminación de este conjunto normativo a la hora de limitar los poderes de las organizaciones internacionales. Más si cabe en lo que concierne a los derechos humanos, obligaciones diseñadas para ser cumplidas por los Estados frente a personas que se hallan bajo su jurisdicción. En efecto, se ha afirmado respecto de los límites a los poderes del Consejo de Seguridad en el derecho consuetudinario que

“given the notorious disagreements among states with respect to the content of customary human rights, advocates of the human rights accountability of the UN rely on the human rights covenants or other human rights treaties but it is quite a leap to suggest that the UN, a third party to such treaties, can possibly be bound by agreements that not all of its members have ratified and that, even when they have, are subject to diverse (and sometimes quite extensive) reservations”⁸⁵¹.

La objeción es importante. Es cierto que, como estudiamos en el capítulo tercero, ciertos derechos humanos –entre ellos, las garantías judiciales–, se encuentran consagrados en el Derecho internacional general, bien sea como costumbre o como principio general del derecho. Además, intentamos demostrar que el estatus jurídico de *ius cogens* no es ni

⁸⁴⁹ CIJ, *Acuerdo entre la OMS y Egipto*, dictamen consultivo de 20 de diciembre de 1980, *Recueil CIJ 1980*, § 37, énfasis añadido.

⁸⁵⁰ CDI, *Proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales*, texto aprobado en Primera Lectura por la CDI, disponible en Doc. A/64/10, de (Informe de la AG de su 64º período de sesiones, Suplemento nº 10, 2009), pp. 15 y ss., esp. p. 60, § 2.

⁸⁵¹ ÁLVAREZ, J. E.: “International organizations: accountability or responsibility?”, *Luncheon Address, Canadian Council of International Law, 35th Annual Conference on Responsibility of Individuals, States and organizations*, 27 de octubre de 2009, disponible en www.asil.org/aboutasil/documents/CCILspeech061102.pdf, pp. 14-15, visitado por última vez el 28 de octubre de 2010. En el mismo sentido, FASSBENDER, B.: “Targeted sanctions...”, *loc. cit.*, pp. 16 y ss.; MARTENCZUK, B.: “The Security Council...”, *loc. cit.*, p. 537.

mucho menos ajeno al ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, se intentaron aportar elementos para evidenciar que el derecho a un juez, junto con las garantías del debido proceso, forma parte de ese reducido conjunto de normas que no pueden ser derogadas por los Estados (a no ser, claro está, que la comunidad de Estados creen una nueva norma de *ius cogens* que estipule lo contrario). O siguiendo la otra tesis sobre la naturaleza imperativa de *todos* los derechos humanos que propusimos, el derecho a las garantías judiciales forma parte de ese conjunto de normas que el *ius cogens* protege ante las suspensiones en estados de emergencia.

Ahora bien, estas propuestas no resuelven en sí el problema de la indeterminación pues, como bien apunta la cita de ÁLVAREZ, si queremos deducir el contenido preciso del Derecho internacional general debemos todavía acudir al derecho convencional de los derechos humanos, en el que no son parte importantes Estados, y que se encuentra repleto de regímenes particulares establecidos vía reservas.

c) La imperiosa necesidad de la existencia de dichos límites

A pesar de todas estas objeciones, resulta difícil admitir que un órgano creado por el Derecho internacional, y que por lo tanto no puede aislarse de él, pueda obviar algunas de las normas fundamentales de dicho sistema jurídico sin límite y sin control. Resultaría difícil, por ejemplo, aceptar sin más que el Consejo pudiera autorizar a varios Estados a llevar a cabo operaciones de “asesinatos selectivos” (*targeted killings*) en aras de la lucha contra el terrorismo internacional; de la misma manera que es difícil admitir un embargo general de armas que impida a una de las partes en un conflicto evitar el genocidio que la otra intenta cometer (como argumentó Bosnia-Herzegovina ante la CIJ respecto del embargo impuesto por el Consejo de Seguridad⁸⁵²). Igualmente resultó complicado admitir que las sanciones impuestas contra Irak tras la guerra del Golfo, que originaron una verdadera catástrofe humana en el país, fueran legales sólo por basarse en una decisión “política” del Consejo, protegida por tanto por su amplísimo poder discrecional. Y finalmente, volviendo a nuestro ámbito de estudio, no es sencillo asimilar que este órgano pueda ordenar a los Estados una congelación *sine die* de todos los bienes de individuos sospechosos de financiar el terrorismo, sin al menos ofrecerles la posibilidad de recurrir la

⁸⁵² Cfr. apartado II.1.C) de este capítulo.

decisión ante una autoridad independiente e imparcial en un procedimiento que ofrezca unas garantías mínimas.

Con esto se pretende simplemente subrayar lo obvio: la existencia de límites jurídicos a los poderes del Consejo de Seguridad es no sólo un imperativo moral, sino una realidad jurídica incuestionable⁸⁵³. Ello es así a pesar de que el artículo 1(1) de la Carta excluye al respeto del Derecho internacional del objetivo principal del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, precisamente en aras de otorgarle la máxima discrecionalidad posible en su actuación⁸⁵⁴. Y si existen límites, han de poderse concretar mínimamente, porque para que un límite sea algo más que una formulación programática, o una declaración de buenas intenciones, ha de poder ser definido, aunque sólo sea por aproximación⁸⁵⁵. En la Carta, en cuyo preámbulo los “pueblos de las Naciones Unidas” se muestran “resueltos (...) a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana (...)”, dichos límites se intuyen, se perciben, se reconocen; sin embargo, cuando se intentan aprehender con los instrumentos interpretativos de la CVDT, se muestran esquivos e “insumisos” a toda disciplina jurídica; se “evaporan” de las manos del estudioso. Es indudable, por lo tanto, que la labor

⁸⁵³ *Contra*, el minoritario y discutible trabajo de OOSTHUIZEN, G.: “Playing the devil’s advocate: the Security Council is unbound by law”, *LJIL*, Vol. 12, nº 3, pp. 549 y ss. Su análisis muestra, a nuestro juicio, un excesivo énfasis en el texto y los trabajos preparatorios de la Carta. Asimismo, niega el *ius cogens* como límite operativo a los poderes del Consejo.

⁸⁵⁴ Como es sabido, fueron los Estados grandes los que impulsaron la concepción más abierta de los poderes del Consejo. Sobre las tensiones “constituyentes” al respecto, *Vid.* JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss. Con los argumentos que hemos planteado aquí, el texto del artículo 1(1) y sus trabajos preparatorios no nos parecen una objeción relevante. De hecho, buscar una solución al problema de los poderes del Consejo en el hecho de que diversas propuestas para vincular Derecho internacional y capítulo VII en la Carta fueron rechazadas en Dumbarton Oaks es interpretar la Carta con excesivo apego al texto de *un artículo* y los trabajos preparatorios, olvidando las interpretaciones sistemática, teleológica, y la misma naturaleza de la ONU como organización internacional. Además, la versión final del artículo 1(1) tenía en mente problemas muy diferentes de aquellos que la práctica reciente del Consejo de Seguridad ha puesto en evidencia. Como afirma WOLFRUM, “this motion, however, was rejected on the grounds that it might unduly limit the functions and powers of the Security Council. The view was expressed that it was important that the SC should have to power to bring about an end to hostilities without considering whether one side could legally have recourse to armed force” (WOLFRUM, R.: “Article 1(1)”, en SIMMA, B.: (Ed.): *The Charter...*, *loc. cit.*, p. 52).

⁸⁵⁵ Utilizamos aquí el término de “límite” en un sentido amplio, que abarca todas las posibilidades de los derechos humanos como “límites” al poder. En otras palabras, “límite” no es aquí únicamente un término negativo que implica una abstención por parte del Consejo de Seguridad; también puede utilizarse en un sentido positivo, implicando un “deber hacer” por parte de este órgano. Siguiendo las palabras de DE ASÍS ROIG, “límite no indica en todos los casos prohibición, sino que respecto a ciertas exigencias, hace referencia a una *actuación perfilada*” (DE ASÍS ROIG, R.: *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 73, énfasis añadido). Más concretamente, en el caso de y las sanciones inteligentes financieras del Consejo, el derecho a las garantías judiciales como “límite” puede implicar un deber de proporcionar a los individuos listados un proceso con todas las garantías. Claro que, si se mira en sentido contrario (negativo), también puede implicar un deber de *abstenerse de* sancionar a individuos y entidades *si no se ofrecen* las garantías necesarias.

delimitadora implica en el caso la Carta un elevado aporte teleológico⁸⁵⁶, que no por creativo es menos riguroso: de la misma manera que los poderes del Consejo en virtud del artículo 41 de la Carta se adaptan a los acontecimientos para poder incluir las sanciones contra entidades no estatales⁸⁵⁷, igualmente se han de acomodar los límites a esta realidad cambiante, incluyendo garantías derivadas de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos⁸⁵⁸. Si hay poderes implícitos, debe haber también límites implícitos⁸⁵⁹. En definitiva, y siguiendo la cita de ABI-SAAB que transcribimos con anterioridad, la búsqueda de límites concretos a los poderes del Consejo de Seguridad no debe ignorar, pero tampoco obsesionarse, con las permeables fronteras entre la *lege lata* y la *lege ferenda*.

d) Las garantías judiciales como límite concreto a los poderes del Consejo

En el ámbito particular de los derechos humanos, y más precisamente en el de las garantías judiciales, los límites se encuentran perfectamente codificados en los numerosos textos en materia de derechos humanos, bien convencionales, bien de *soft law*, a los que hemos prestado atención en el Capítulo IV de este estudio. Es verdad que, siguiendo la objeción de ÁLVAREZ previamente citada, la lista de reservas al derecho a un juicio justo en los diferentes textos en materia de derechos humanos, universales o regionales es considerable. De hecho, el régimen en materia de derecho a un juicio justo no es

⁸⁵⁶ FASSBENDER, B.: *The United Nations Charter...*, *op. cit.*, p. 132, aunque el autor insiste, como es evidente, en partir del texto de la Carta.

⁸⁵⁷ Hoy en día nadie duda de que el art. 41 de la Carta permite sancionar a individuos. *Vid.* p.e. CIAMPI, A.: *Sanzioni...*, *op. cit.*, p. 22-26; HINOJOSA, L. M.: *La financiación del terrorismo...*, *op. cit.*, pp. 133 y ss.; WESSEL, R. A.: “Debating the smartness...”, *loc. cit.*, p. 639.

⁸⁵⁸ *Cfr.* p.e. SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A.: “Sistema de listas y derechos humanos en las sanciones del Consejo de Seguridad: la perspectiva europea”, en BLANC ALTEMIR, A. (Ed.): *El proceso de reforma de las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 312. Algunos llegan a definir este proceso como de “absorción constitucional”; proponiendo una incorporación de los derechos humanos en cierto modo similar a la efectuada por el TJUE vía principios generales del derecho comunitario (HALBERSTAM, D.; STEIN, E.: “The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order”, *CMLRev*, Vol. 46, 2009, pp. 23 y ss.)

⁸⁵⁹ “Given all the ambiguities with the license accorded treaty interpreters (*sic*) by the Vienna rules, as well as the ambiguities with the application of those rules, it seems clear that these black letter rules are merely the start of the enquiry” (ÁLVAREZ, J. E.: *International organizations...*, *op. cit.*, p. 86, refiriéndose precisamente a la Carta). En el caso de las sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad, afirma JIMÉNEZ GARCÍA que “frente a esta tendencia de «personalización de las sanciones internacionales», no se ha producido, como contrapartida y debido desarrollo complementario, una «personalización de la justicia internacional» dando lugar a una asimetría jurídica que cuestiona la compatibilidad de tal realidad con las nociones inherentes a una Comunidad de Derecho” (JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “El control judicial de la legalidad en la ejecución de las sanciones internacionales antiterroristas por parte de la Unión Europea: ¿tutela judicial efectiva o vuelta a la doctrina de los actos políticos?”, *RDUE*, nº 15, 2008, p. 86).

precisamente tan “universal” como uno pudiera desear. Sin embargo, dicha universalidad no se disipa del todo cuando se escudriña este régimen particular de reservas y objeciones, pues siempre ha de quedar un remanente, un hilo conductor común ajustado al “objeto y fin del tratado”, que se encuentra presente en el derecho convencional, filtrándose en el Derecho internacional general⁸⁶⁰ y acabando en el *ius cogens*⁸⁶¹.

Analizar ese régimen jurídico ha sido nuestro objetivo en los Capítulos III, y sobre todo IV de este trabajo. No creemos necesario volver a ello; simplemente queremos resaltar en este apartado que ese núcleo elemental es oponible al Consejo de Seguridad; bien sea a través de una interpretación del artículo 1(3) de la Carta de las Naciones Unidas en tanto que “instrumento viviente”⁸⁶² cuyo aparato institucional ha dado lugar a los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos⁸⁶³; bien como norma imperativa que no admite suspensión en ninguna circunstancia y por ningún sujeto de Derecho internacional⁸⁶⁴. Ambas vías son igualmente válidas. La primera, *ad intra*, interpreta la Carta como un texto dinámico que ha de adecuarse a la realidad de las *prerrogativas* que está ejerciendo el Consejo de Seguridad, y que considera que el fin primordial del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, “fin de fines” en la Carta⁸⁶⁵, no puede justificar cualquier medida al amparo del artículo 41 de la Carta⁸⁶⁶. Y la

⁸⁶⁰ FASSBENDER, B.: “Targeted sanctions...”, *loc. cit.*, p. 15.

⁸⁶¹ Aunque ya tratamos la cuestión en el capítulo III, no está de más referirse otra vez a la sentencia del TEDH *Belilos c. Suiza*, en la que se concluyó que la reserva suiza al art. 6(1) del CEDH que restringía la aplicabilidad de éste a los actos *finales* de determinación de responsabilidad (y no a las fases preliminares de los procesos, en las que se establecen los hechos litigiosos), era demasiado vaga y por lo tanto inválida a efectos de modular las obligaciones asumidas por Suiza, dado que viola las condiciones del art. 64(1) del Convenio (§§ 50 y ss.)

⁸⁶² *Mutatis mutandis*, CIJ, *asunto Namibia*, § 53 (respecto del art. 19 del Pacto de la Sociedad de Naciones). Cfr. también, FASSBENDER, B.: “Targeted sanctions...”, *loc. cit.*, pp. 24 y ss. De manera general, sobre esta disposición, Vid. DE FROUVILLE, O.: “Article 1, paragraphe 3”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M.: *La Charte...*, *loc. cit.*, pp. 357 y ss.; LUGATO, M.: “Sono le sanzioni...”, *loc. cit.*, p. 321 y ss.; RIEDEL, E.: “Article 55(c)...”, *loc. cit.*, pp. 917 y ss.

⁸⁶³ Para algunos autores, las Naciones Unidas –y por ende, el órgano encargado del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales- han creado unas “expectativas legítimas”, un *estoppel* en materia de respeto de derechos humanos que les impide ahora violar esos derechos a cuya codificación internacional tanto ha contribuido (DE WET, E.: “The role of European Courts in the development of a hierarchy of norms within International law: evidence of constitutionalisation?”, *EuCLR*, Vol. 5, 2009, pp. 292-293. En sentido similar, CONDORELLI, L.: “Le Conseil de sécurité, les sanctions ciblées et le respect des droits de l’homme”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S.: *Challenging...*, *op. cit.*, p. 131 y ss. El trabajo ha sido también publicado en BOISSON DE CHAZOURNES, L.; KOHEN, M. G. (Eds.): *International Law in quest of its...*, *op. cit.*, pp. 73 y ss. Nos limitaremos aquí a hacer referencia a la primera obra colectiva).

⁸⁶⁴ En lo que respecta al Derecho internacional general, recordamos que volveremos a él en el siguiente apartado.

⁸⁶⁵ BEDJAOUI, M.: “Article 1”, en COT, J.-P.; PELLET, A.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 1ª Ed., Economica, Paris, 1993, p. 24.

segunda, *ad extra*, que impide que un determinado régimen normativo sea derogado por otro emanado de la voluntad puntual de quince Estados, por mucho que su “responsabilidad primordial” le haya sido conferida por los Miembros de las Naciones Unidas⁸⁶⁷.

Esta aproximación fue confirmada por la Sala de Apelaciones del TIPY en la ya referida sentencia *Tadic*. El acusado-recurrente argumentaba que el Tribunal no respetaba una de las garantías esenciales del juicio justo, como es el requisito de que el juez sea

⁸⁶⁶ ANGELET, N.: “International law limits...”, *loc. cit.*, p. 75; BEDJAOUI, M.: *Nuevo orden mundial...*, *op. cit.*, p. 49; CARDONA LLORÉNS, J.: « El mantenimiento... », *loc. cit.*, p. 242; COHEN-JONATHAN, G.: « Le Conseil de sécurité... », *loc. cit.*, p. 40; CRAVEN, M.: “Humanitarianism and the quest...”, *loc. cit.*, p. 51; DE WET, E.: *The Chapter VII Powers...*, *op. cit.*, pp. 198 y ss.; DOMINICÉ, C.: “Le Conseil de sécurité et le droit international”, *Révue yougoslave de droit international*, Vol. 43, Nos 1-2, 1996, pp. 197 y ss. (disponible en la compilación *L'ordre juridique entre tradition et innovation. Recueil d'études*, PUF, Paris, 1997, esp. pp. 208 y ss.); FASSBENDER, B.: “Targeted sanctions...”, *loc. cit.*, p. 19; FROWEIN, J. A.: « Issues of legitimacy around the United Nations Security Council », en VV.AA.: *Verhandeln für den Frieden Negotiating for peace. Liber amicorum Tono Eitel*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2003, p. 128; HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: *La financiación del terrorismo...*, *op. cit.*, pp. 140 y ss.; LAGRANGE, E.: “Le Conseil de sécurité...”, *loc. cit.*, p. 588 y ss.; LÓPEZ-JACOÍSTE DÍAZ, M. E.: *Actualidad del Consejo...*, *op. cit.*, pp. 59 y ss.; MEGRET, F.; HOFFMANN, F.: “The UN as a human rights violator? Some reflections on the United Nations human rights changing responsibilities”, *HRQ*, Vol. 25, nº 2, May 2003, p. 319; MILANOVIC, M.: “Norm conflict in international law: whither human rights?”, *DJI&CL*, Vol. 20, nº 1, p. 94; PELLET, A.: “Peut-on et doit-on contrôler les actions du Conseil de sécurité?”, en *SFDI: Le chapitre VII...*, *op. cit.*, pp. 233-234; TORRECUADRADO GARCÍA-LOZANO, S.: “Los límites...”, *loc. cit.*, p. 242; SASSÓLI, M.: « Sanctions and international humanitarian law. A commentary », en GOWLLAND-DEBBAS, V. (Ed.): *United Nations sanctions...*, *loc. cit.*, p. 246; SCHWEIGMAN, D.: *The authority...*, *op. cit.*, pp. 171 y ss.; THOUVENIN, J.-M.: “Le juge international peut-il contrôler la légalité des sanctions adoptées par le Conseil de sécurité?”, *RMCUE*, nº 529, juin 2009, p. 375; WESSEL, R. A.: “Debating the smartness...”, *loc. cit.*, pp. 652 y ss. KARAGIANNIS opta por una tercera vía que lleva al mismo resultado: la de considerar que no hay primacía automática entre paz y seguridad y promoción (y respeto) de los derechos humanos. En realidad, no habría dicotomía entre ambos, el uno no se entiende sin el otro (KARAGIANNIS, S.: “Certains comportements récents du conseil de sécurité des Nations Unies en matière de droits de l’homme. À propos de la question des “listes noires du Comité des sanctions””; en Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: *Commission des questions juridiques et des droits de l’homme. Listes noires du Conseil de sécurité des Nations Unies* (Rapporteur Dick Marty) As/Jur (2007) 14, 19 de marzo de 2007, pp. 9-10). *Contra* todas estas visiones, BOTHE, M.: “Les limites des pouvoirs du Conseil de sécurité”, en DUPUY, R.-J. (Ed.): *Le développement...*, *op. cit.*, p. 74; KELSEN, H.: *The Law of the United Nations...*, *op. cit.*, pp. 27 y 29. *Cfr.* igualmente la bibliografía citada en el apartado I.1. del Capítulo III respecto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como “interpretación autorizada” de las disposiciones de la Carta en materia de Derechos Humanos.

La postura de HINOJOSA se basa en la misma aproximación que la que proponemos aquí, pero sin embargo reconoce que el objetivo principal del Consejo es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, objetivo frente al que pueden ceder el resto de derechos humanos menos los que pertenecen al *ius cogens*. La clave de su argumentación es que este autor no considera que el derecho a las garantías judiciales forme parte del *ius cogens*, contrariamente a lo que hemos defendido en el capítulo III (HINOJOSA, L. M.: *La financiación del terrorismo...*, *op. cit.*, pp. 139 y ss.).

⁸⁶⁷ Artículo 24(1) de la Carta. Sobre la relación entre la Carta y el *ius cogens*, *cfr.* especialmente ORAKHELASHVILI, A.: “The impact of peremptory norms on the interpretation of Security Council resolutions”, *EJIL*, Vol. 16, nº 1, 2005, pp. 59 y ss. En este sentido, el proyecto de artículo 25 sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobado en primera lectura por la CDI dispone enfáticamente que “ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de Derecho internacional general”.

“establecido por la ley”. Y es que para él, el hecho de que el TPIY hubiera sido creado por una resolución del Consejo de Seguridad, órgano ejecutivo de composición política, no satisfacía las exigencias de ninguno de los textos principales en materia de derechos humanos, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia a la que nos hemos referido en el capítulo IV; al no haber sido creado por una ley parlamentaria⁸⁶⁸.

La respuesta del TPIY argumentó que aunque el derecho a las garantías judiciales es un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas, ello no implica que haya que aceptar las propuestas del recurrente. No es acertado analizar la creación del TPIY de acuerdo con un modelo estatal de separación de poderes, porque las Naciones Unidas no responden a ese modelo. Ello no quiere decir que haya que rechazar la aplicabilidad de las garantías de independencia e imparcialidad del artículo 14(1) del PIDCP. Por el contrario, lo que se ha de hacer es flexibilizar el requisito del “establecimiento por la ley” para hacerlo operativo en el ámbito internacional, equiparando “ley” a “primacía del Derecho” (*rule of law*). En otras palabras, lo que se exige es que el Tribunal sea establecido “in accordance with the proper international standards; it must provide all the guarantees of fairness, justice and even-handedness, in full conformity with internationally recognized human rights instruments⁸⁶⁹”. Para ello se remite, entre otros, a los Pactos internacionales y a la jurisprudencia de los órganos internacionales de supervisión en materia de derechos humanos.

Lo relevante de este caso es que, como se ha puesto de relieve⁸⁷⁰, el TPIY parece dar a entender que el derecho a un juicio justo es un límite insalvable para el Consejo de Seguridad cuando uno de sus órganos subsidiarios determina acusaciones penales contra individuos. Aún más, el Tribunal no acude a principios “vagos” recogidos por los artículos 1(3) o 55 de la CNU, sino que se basa *directamente* en textos convencionales y jurisprudencia de los órganos de supervisión, *aún cuando las Naciones Unidas no son parte en ellos*. De esta manera las garantías del juicio justo, aún con las salvedades que implica su aplicación a un tribunal internacional, se oponen como límite a respetar por el Consejo cuando delega funciones sancionadoras penales en un órgano subsidiario. Esta

⁸⁶⁸ TPIY, *Tadic*, §§ 41-46.

⁸⁶⁹ *Ibid*, § 45.

⁸⁷⁰ ORAKHELASHVILI, A.: “The impact of preemptory norms...”, *loc. cit.*, pp. 65-66.

conclusión es muy relevante en el ámbito de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes, donde las sanciones son determinadas por un Comité designado a tal efecto⁸⁷¹.

e) Cuestiones metodológicas

Conviene despejar tres variables antes de terminar nuestro análisis sobre la “fórmula” de la aplicabilidad de las garantías judiciales como límite al Consejo de Seguridad.

La primera se refiere en general a los derechos humanos como límites al ejercicio del poder, en el sentido de que su aplicabilidad no puede limitarse a su sentido más formal y tradicional, es decir, como comprensible únicamente en las relaciones entre Estados e individuos (o entre Estados). Aunque el parámetro de referencia en el DIDH siga siendo el mismo Estado, no se puede interpretar que hoy en día sólo éste ejerza prerrogativas “estatales”⁸⁷², por muy oximorónica que pueda resultar la afirmación. De hecho, las organizaciones internacionales son el ejemplo perfecto de ello. Como afirman KOLB, PORRETO y VITÉ, “à partir du moment où les organisations internationales, notamment les Nations Unies, exercent des fonctions d’administration de territoires à l’instar des Etats, leur adhésion à ces instruments [los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos] s’impose”⁸⁷³. No resulta falta de rigor interpretar las obligaciones de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos sobre la base de los textos convencionales existentes, pues estos constituyen un parámetro válido de actuación a tener en cuenta por cualquiera que ejercite poderes estatales (por complicado que pueda ser

⁸⁷¹ *Contra*, HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: *La financiación...*, *op. cit.*, p. 144. El autor deduce del razonamiento en *Tadic* que el mismo TPIY reconoce que el art. 14 del PIDCP no le es aplicable *en cuanto tal*. Ciertamente, pero ello no quiere decir, a nuestro juicio, que el TPIY haya considerado que los principios del art. 14 PIDCP no le sean oponibles *mutatis mutandis*.

⁸⁷² La obra de referencia al respecto sigue siendo CLAPHAM, A.: *Human rights obligations...*, *op. cit.*, introducción, pp. 1 y ss.

⁸⁷³ KOLB, R.; PORRETO, G.; VITÉ, S.: *L'applicabilité du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 241. En el mismo sentido (entre la abundantísima bibliografía), HALBERSTAM, B.; STEIN, B.: «The United Nations...», *loc. cit.*, p. 18; MÉGRET, F.; HOFFMAN, F.: “The UN...”, *loc. cit.*, esp. pp. 316 y ss. *Vid.* También el *Sexto Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Martin Scheinin (sobre el respeto de los derechos humanos por las Naciones Unidas) A/65/258

determinar cuáles son esos poderes)⁸⁷⁴. Lo relevante es que esta protección sea “equivalente”⁸⁷⁵.

Cierto, de seguirse esta opción, la “normatividad” de los textos convencionales se diluye y “relativiza” en cierto modo, en el sentido propuesto hace años por WEIL⁸⁷⁶, al filtrarse el régimen convencional en materia de derechos humanos en otros ámbitos no previstos por la voluntad soberana de los Estados. Además, la citada afirmación de KOLB, PORRETO y VITÉ se circunscribe al análisis del régimen jurídico de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz, y no al de la *decisión* de la imposición de sanciones económicas que han de ejecutar los Estados de las Naciones Unidas.

Pues bien, ninguna de las dos objeciones nos parece decisiva. En lo que respecta al primer argumento, lo que se hace aquí no es extender el derecho convencional en materia de derechos humanos *como tal* a las organizaciones internacionales, sino utilizarlo para interpretar regímenes jurídicos diferentes, pero *idénticos o similares* en su contenido⁸⁷⁷. Es decir, se propone algo parecido a lo que se lleva años admitiendo respecto de la interacción entre costumbre y tratado⁸⁷⁸: si bien ambos son independientes, ello no quiere decir que sean *indiferentes*, pues la norma convencional puede influir de manera decisiva en la consuetudinaria, al aclarar y sistematizar su contenido. De manera similar, aunque no idéntica⁸⁷⁹, el derecho convencional de los derechos humanos no es ajeno a la Carta de las Naciones Unidas, pues el contenido en materia de derechos humanos de ésta no se puede

⁸⁷⁴ CONDORELLI, L.: “Les sanctions ciblées...”, *loc. cit.*, p. 132.

⁸⁷⁵ BOTHE, M.: “Security Council’s targeted sanctions...”, *loc. cit.*, p. 551. Sobre el “test” de la equivalencia, *cfr.* punto III.2. del Capítulo VI.

⁸⁷⁶ WEIL, P.: “Towards normative relativity...”, *loc. cit.*

⁸⁷⁷ El recurso directo a los Pactos es criticada con énfasis en CIAMPI, A.: *Sanzioni...*, *op. cit.* 140-141.

⁸⁷⁸ CIJ, asunto de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, sentencia de 20 de febrero de 1969, *Recueil 1969*, p. 41, § 71. *Vid.* también JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: “International Law in the past...”, *loc. cit.*, pp. 12 y ss. La doctrina sobre los tres modos de interacción entre costumbre y tratado fue aplicada recientemente por el TEDH en la sentencia *Cudak c. Lituania*, a la que nos referimos en el capítulo IV (ap. II.4.1.), §§ 66-67. El TEDH determinó el carácter consuetudinario de la excepción a la inmunidad de jurisdicción de los Estados en asuntos relativos a relaciones laborales en sus embajadas, sobre la base no sólo del art. 11 de la Convención sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004, sino también del art. 11 del Proyecto de artículos de la CDI de 1991 que lo precedió, y que no coincide exactamente en contenido con el art. 11 final de la Convención.

⁸⁷⁹ Evidentemente, la situación no es la misma. Entre otras cosas, no hay jerarquía entre costumbre y tratado; pero sí que la hay entre la Carta y el derecho convencional en materia de derechos humanos; así como entre el *ius cogens* y la Carta. La *ratio* nos parece sin embargo aplicable.

comprender sin aquél⁸⁸⁰. Además, por si estos planteamientos no fueran suficientes, siempre queda la opción de acudir a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como interpretación “auténtica” del artículo 1(3) de la Carta, del que constituye prácticamente un apéndice⁸⁸¹.

En lo que respecta a la segunda objeción, basta con responder que el argumento de la aplicabilidad *ratione personae* de los derechos humanos a las organizaciones internacionales resulta plausible allá donde el Consejo ejercite directamente u *ordene* a los Estados ejercer sus prerrogativas de tal manera que estos puedan violar derechos como las garantías judiciales básicas. Dicha aplicabilidad no puede limitarse, pues, al único supuesto de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz⁸⁸², dado que éstas no son las únicas competencias *paraestatales* que ha venido ejerciendo el Consejo de Seguridad. En consecuencia, no apreciamos ningún obstáculo para no extender la aplicabilidad del límite de los estándares internacionales en materia de derechos humanos al Comité de sanciones Al-Qaeda/Talibanes.

Hasta aquí en lo que respecta a la técnica de interpretar la Carta y el *ius cogens* sobre la base del derecho convencional en materia de derechos humanos. Otro aspecto que queríamos resaltar es que la práctica del mismo Consejo de Seguridad apuntala la existencia de límites a los poderes del Consejo, pues *él mismo se los ha impuesto*, aunque de manera indirecta. Aunque desde un punto de vista general, el valor de los precedentes en la práctica del Consejo es discutido⁸⁸³, lo cierto es que éste lleva ya algunos años recordando a los Estados “la necesidad de combatir por todos los medios, *de conformidad*

⁸⁸⁰ *Vid. mutatis mutandis* la OG nº 8 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. No sólo requiere que las sanciones respeten las disposiciones generales de la Carta en materia de derechos humanos (§ 1), sino que además precisa que “si se imponen sanciones a Estados que no son parte en el Pacto, se aplicarán en todo caso los mismos principios [que los del PIDESC], teniendo en cuenta que los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos vulnerables se consideran parte del Derecho internacional general, como lo demuestra, por ejemplo, la ratificación casi universal de la Convención sobre los Derechos del Niño y el rango de la Declaración Universal de Derechos Humanos” (§ 8) (Doc. HRI/GEN/1/Rev.6, 12 de mayo de 2003, pp. 56 y ss.).

⁸⁸¹ *Vid.* capítulo III de este trabajo, apartado II.1.

⁸⁸² *Cfr.* la *Circular del Secretario General sobre el respeto del derecho humanitario por las Operaciones de Mantenimiento de la Paz* (UN Doc. ST/SGB/1999/13, 6 de agosto de 1999, arts. 1 y ss.).

⁸⁸³ En lo que respecta a la cualificación, éste depende, en definitiva, de la tesis que se sostenga respecto de la discrecionalidad de los poderes del Consejo de Seguridad y su poder de calificación, lo cual nos remite al Capítulo II de este trabajo. No está de más anotar aquí que el TIPY, de manera coherente con su razonamiento sobre los poderes del Consejo, buscó parámetros claros en el texto del artículo 39 y en la práctica del Consejo de Seguridad para considerar que el conflicto en la ex Yugoslavia constituía una “ruptura de la paz internacional” (TPIY, *Fiscal c. Dusko Tadic a/k/a “Dule”*, § 30).

con la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho internacional, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho humanitario aplicables, las amenazas para la paz y la seguridad internacionales que constituyen los actos terroristas”⁸⁸⁴. Pues bien, de nada serviría tanto énfasis si el mismo Consejo pudiera exigir mediante las sanciones que él mismo impone que los Estados violen no sólo las normas internacionales de derechos humanos, sino también la misma CNU y el *ius cogens*⁸⁸⁵. Una de dos: o las sanciones no violan los estándares de referencia

⁸⁸⁴ S/RES/1617(2005), preámbulo, § 4; S/RES/1822(2008), preámbulo, § 3, S/RES/1904(2009), preámbulo, § 3, énfasis añadidos. *Vid.* también las Declaraciones del Presidente del Consejo S/PRST/2006/28, § 3, S/PRST/2008/45, § 11. Aunque se trate del preámbulo de las resoluciones, se ha señalado que éste tiene una importancia más marcada en el contexto de las resoluciones del Consejo de Seguridad, que en el de los textos convencionales (KOLB, R.: *Interprétation et création...*, *op. cit.*, p. 259).

⁸⁸⁵ Aunque escapa del ámbito de este trabajo, no está de más recordar que el Consejo de Seguridad lleva casi desde sus orígenes, con más o menos constancia y/o coherencia, recordando a Estados y actores no estatales su obligación de respetar los derechos humanos en toda circunstancia, *incluso en período de conflicto armado*. Siendo imposible ser exhaustivos dada la abundantísima práctica, y presentando la “materia prima” sin “refinar”, se puede exponer que el Consejo ha actuado así en contextos tan diferenciados como el de Palestina (S/RES/237(1967), preámbulo, § 2, parte dispositiva (“los derechos del hombre esenciales e inalienables deben ser respetados incluso en las vicisitudes de la guerra”, S/RES/605(1987), preámbulo, § 2, parte dispositiva, § 1); Chipre (S/RES/361(1974), § 3), Rhodesia (S/RES/202(1965), § 3 a), S/RES/245(1968), preámbulo, §§ 2-3, parte dispositiva, § 1, S/RES/311(1972), § 3); el conflicto entre Pakistán y la India (S/RES/307/1971, § 3); el conflicto en el Líbano, (S/RES/512(1982), preámbulo, § 2, parte dispositiva, § 1, S/RES/513(1982), preámbulo, § 2, S/RES/515(1982), *idem*, S/RES/516(1982), *idem*); la guerra entre Irak e Irán (S/RES/540 (1983), § 2); Haití (S/RES/1193(2008), § 7, S/RES/1820(2008), preámbulo, §§ 3 y 12); la antigua Yugoslavia (S/RES/1019(1995), preámbulo, § 2, parte dispositiva, §§ 1 y 3, S/RES/1265(1999); República Democrática del Congo (S/RES/1234(1999), § 6, S/RES/1279(1999), preámbulo, § 10, S/RES/1493(2003) § 6, S/RES/1653(2004), preámbulo, § 5, S/RES/1807(2008), preámbulo, § 4); Afganistán (S/RES/1193(1998), preámbulo, § 13, parte dispositiva, § 14, S/RES/1267(1999), preámbulo, § 3; S/RES/1333(2000), preámbulo, § 11); la lucha contra la piratería en Somalia (S/RES/1816(2008), de 2 de junio de 2008, § 9; S/RES/1897(2009), de 30 de noviembre de 2009, preámbulo y § 11; S/RES/1918(2010), de 27 de abril de 2010, preámbulo y § 2; S/RES/1950(2010), de 23 de noviembre de 2010, preámbulo § 11; y más recientemente, Libia (S/RES/1970(2011), 26 de febrero de 2011, preámbulo, § 2, parte dispositiva, § 2 a; S/RES/1973(2011); varias disposiciones del preámbulo, donde además se hace por primera vez referencia a la “responsabilidad de proteger”; y § 3 de la parte dispositiva). También en resoluciones temáticas, como aquellas sobre protección de la infancia durante los conflictos armados (S/RES/1261(1999), § 2; S/RES/1539, § 1, S/RES/1379(2001), § 8 a, S/RES/1820(2008), preámbulo, §§ 3-12); la protección de los civiles en período de guerra (S/RES/1265(1999), § 4, S/RES/1674(2006), § 6, S/RES/1314(2001), § 9, S/RES/1894(2009), dedicada íntegramente a los DD.HH., el DIH y la protección de los refugiados); o la protección de la mujer durante los conflictos armados (S/RES/1325(2000), preámbulo, § 6, S/RES/1674(2006), preámbulo, § 3, S/RES/1888(2009), preámbulo, § 20, parte dispositiva, § 3). Aunque ya se ha hablado con más detalle en el capítulo I sobre la práctica en materia de lucha contra el terrorismo internacional, pero no está de más recordar que la resolución 1624(2005), sobre la prohibición de la incitación a la comisión de actos de terrorismo, recuerda a los Estados sus obligaciones en materia de derechos humanos, refiriéndose incluso a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y al PIDCP (S/RES/1624(2005), preámbulo, § 2). Precisamos que se encuentran aquí citados sólo supuestos en los que el Consejo se refiere a DIDH, y no al DIH. Encontramos bibliografía general sobre el Consejo de Seguridad y los Derechos Humanos en BAILEY, S. D.: “The Security Council”, en ALSTON, P. (Ed.): *The United Nations and Human Rights. A critical Appraisal*, 1ª Ed, Oxford, New York, 1992, pp. 304 y ss.; BAILEY, S. D.: *The Security Council and Human Rights*, St. Martin’s Press, Sidney, 1994, COHEN-JONATHAN, G.: “Le Conseil de sécurité...”, *loc. cit.*, pp. 19 y ss.; FERRER LLORET, J.: *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 317 y ss. (en tono muy crítico); RAMCHARAN, B. G.: *The Security Council and the protection of Human Rights*, Nijhoff, Boston-The Hague, 2002. Para una útil guía práctica

en la materia; o si lo hacen, han de ser interpretadas de manera que se eviten estas fricciones, *a pesar de lo que exija el Consejo de Seguridad*. Lo contrario sería aceptar una situación totalmente esquizofrénica, jurídicamente inadmisibles⁸⁸⁶.

El último aspecto que debemos remachar antes de proseguir es el relativo al principio de proporcionalidad como límite a los poderes del Consejo. Si bien no hay unanimidad respecto de la aplicabilidad de este límite a las sanciones del Consejo *ex artículo 41*⁸⁸⁷, todo el debate sobre las consecuencias de la catástrofe originada por las sanciones contra Irak apunta a su presencia en la práctica sancionadora del Consejo: las sanciones no habrán de provocar más daños humanitarios que hasta donde sea necesario para ejecutarlas. Las sanciones inteligentes son, como afirmamos en otro lugar⁸⁸⁸, la versión más humana de las sanciones del Consejo, diseñadas precisamente para evitar el sufrimiento directo de las poblaciones a las que pretenden beneficiar en última instancia⁸⁸⁹. En otras palabras: las sanciones inteligentes son indisociables del principio de

sobre las resoluciones del Consejo hasta 1993, WELLENS, K.: *Resolutions and Statements of the United Nations Security Council (1946-1992). A thematic guide*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston-The Hague, 1993.

⁸⁸⁶ En el mismo sentido, CANNIZARO, E.: “Machiavelli, the United Nations Security Council and the rule of law”, en *Hauser Global Law School Program, Global Law Working Paper 11/05*, pp. 24-25; FASSBENDER, B.: “Targeted sanctions...”, *loc. cit.*, p. 23; LUGATO, M.: “Sono le sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza incompatibili con il rispetto delle garanzie procedurali?”, *RIDI*, n° 2, 2010, p. 320; REMIRO BROTONS, A.: *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 404. Nos remitimos también a nuestras observaciones en la introducción al Capítulo VI. De manera más general, sin contextualizar el argumento al ámbito del terrorismo internacional, *cf.* COHEN-JONATHAN, G.: “Le Conseil de sécurité...”, *loc. cit.*, p. 40. *Contra*, CIAMPI, A.: *Sanzioni...*, *op. cit.*, p. 139, quien considera “poco convincente” este argumento. Pero la autora parece contradecirse, cuando más tarde defiende la misma idea que hemos propuesto aquí (p. 145).

⁸⁸⁷ A favor de su aplicación, por ejemplo, BOTHE, M.: “Les limites...”, *loc. cit.*, p. 78; CAHIN, G.: “Le pouvoir...”, *loc. cit.*, p. 578; GOWLLAND-DEBBAS, V.: “The Security Council...”, *loc. cit.*, p. 91; KOLB, R.: “La proportionnalité...”, *loc. cit.*, pp. 438 y ss.; O’CONNELL, M. E.: “Debating the law...”, *loc. cit.*, pp. 70 y ss.; SICILIANOS, L.-A.: “Sanctions institutionnelles...”, *loc. cit.*, pp. 65 y ss. *Contra*, DE WET, E.: *The Chapter VII powers...*, *op. cit.*, p. 184, quien considera –a nuestro juicio, erróneamente-, que no hay ningún principio de proporcionalidad en el Capítulo VII de la Carta: prueba de ello sería la inexistencia de un principio de progresividad en la imposición de sanciones en el Capítulo VII de la Carta. Independientemente de que se esté de acuerdo con la existencia o no de progresividad en el Capítulo VII, la autora confunde a nuestro juicio dos problemáticas diferentes: por un lado, la de la progresividad *en el capítulo VII*, y por otro, la de la proporcionalidad de *cada una de las medidas adoptadas*. Y es que, independientemente de que el Consejo pueda exigir el uso de la fuerza contra un Estado X, sin necesidad de probar previamente la oportunidad de los medios no militares (cuestión discutida sobre la que no nos podemos extender), es dudoso que pueda recurrir directamente a un uso de la fuerza *desproporcionado* respecto de la situación a la que pretende hacer frente.

Además, no es cierto que el Capítulo VII de la Carta no contenga *in toto* exigencia de proporcionalidad alguna. Y es que la condición de la existencia de una amenaza para la paz y la seguridad internacionales implica la existencia *al menos* de un elemento de proporcionalidad temporal: las medidas coercitivas deberán ser proporcionadas a la duración de la situación.

⁸⁸⁸ *Vid.* la Introducción del Capítulo I y la bibliografía allí citada.

⁸⁸⁹ Lo cual no deja de ser paradójico (FRANCIONI, F.: “*Kadi* and the vicissitudes of access to justice”, en CREMONA, M.; FRANCIONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging...*, *op. cit.*, p. 19).

proporcionalidad, y por ello, indican que existe una práctica del Consejo de Seguridad que valora este principio como límite a sus poderes discrecionales.

El problema que se plantea con las sanciones “Al-Qaeda-Talibanes” es el de la aplicabilidad del principio de proporcionalidad a lo que ya de por sí es más proporcionado. Conviene, sin embargo, no confundir planos de análisis, es decir, no confundir la proporcionalidad en sus diferentes manifestaciones. Y es que ésta es un principio poliédrico que se adapta camaleónicamente a su entorno, variando su morfología en función de su ámbito de aplicación⁸⁹⁰. No es lo mismo la proporcionalidad en el ámbito de las contramedidas, que por ejemplo en el DIH. E incluso dentro del DIH, ni siquiera ésta es la misma en todos los casos: en ocasiones se presenta como una relación de adecuación entre un daño y los *finés* perseguidos⁸⁹¹; mientras que a veces la ponderación se hace entre el daño y los *medios* disponibles para perseguir esos fines⁸⁹².

Trasladando el debate a las sanciones inteligentes Al-Qaeda/Talibanes, la definición correcta del problema es valorar en qué medida se pueden limitar las garantías esenciales del juicio justo para conseguir los objetivos del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Ello implica, a nuestro juicio, que lo idóneo es acudir a los estándares de aplicación de la proporcionalidad del *ámbito de los derechos humanos*, tanto desde el punto de vista de la proporcionalidad *material* (limitación sólo de aquellas garantías que sean precisas), como *temporal* (no más tiempo del que se considere oportuno). Es decir, no son relevantes otros estándares de proporcionalidad aplicables en otras ramas del Derecho internacional. De todas formas, dado que esta cuestión es discutida con bastante profundidad por la jurisdicción de la UE, nos remitimos a su estudio en la Tercera parte de este trabajo.

I.1.2. Perspectiva *ad extra*: las fronteras materiales de la primacía de la Carta

⁸⁹⁰ KOLB, R.: “La proportionnalité...”, *loc. cit.*, p. 389.

⁸⁹¹ Presente, p.e., en el preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 11 de diciembre de 1868 (“le seul but légitime que les Etats doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi”), el art. 52 del Anexo a la Convención IV sobre las Leyes y las Costumbres de la guerra terrestre de la Haya, 18 de octubre de 1907 (requisiciones de bienes y servicios durante la ocupación); o los arts. 51(5)(b) y 57(2)(a)(iii) PA I (prohibición de daños “excesivos” respecto de la ventaja militar perseguida, principio de precaución). *Vid.* DAVID, E.: *Principes de droit...*, *op. cit.*, pp. 285 y ss.

⁸⁹² Es decir, entre los medios disponibles que resultan idóneos para alcanzar un fin, se ha escoger el que menos daño produzca (*principio del mal menor*): art. 57(2)(a)(ii) PA I, también reconducible al principio sentado en la Declaración de San Petersburgo recién citada.

a) *El derecho de la Carta y el derecho convencional de los derechos humanos*

El artículo 103 CNU dispone lo siguiente:

“En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

Como es sabido, una de las principales razones que han llevado a algunos autores a caracterizar la Carta de las Naciones Unidas como la “Constitución de la comunidad internacional” es la primacía de sus obligaciones sobre el resto de “acuerdos internacionales”⁸⁹³. Aunque uno a veces tiene la impresión de que el razonamiento se presenta de manera circular (es decir, el artículo 103 justifica en parte la naturaleza “constitucional” de la Carta y al mismo tiempo ésta prima sobre el Derecho internacional general *debido a la naturaleza constitucional* de la misma⁸⁹⁴), no puede haber ninguna duda de que el artículo 103 dota a la Carta de una efectividad extraordinaria en un organismo tan invertebrado como el Derecho internacional público. La Carta no es más (ni menos) que un tratado, pero es sin duda un tratado “especial”⁸⁹⁵.

⁸⁹³ Aunque el concepto de “constitución de la comunidad internacional” se remonta a los escritos del VERDROSS, podemos citar el trabajo clásico de JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA como uno de los exponentes más tempranos de la tesis de la naturaleza constitucional de la Carta (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 623). *Vid.* también SCALLE, G.: “Le droit constitutionnel international”, en VV.AA.: *Mélanges R. Carré de Malberg*, Libraire du Rec. Sirey, Paris, 1933, donde afirmaba ya que: « pour nous, il y a Constitution et normes constitutionnelles toutes les fois qu’il y a élaboration de règles normatives destinées à traduire les nécessités essentielles des rapports sociaux et à fournir, fût-ce de façon rudimentaire, les moyens de mise en œuvre de ces règles fondamentales » (p. 505).

⁸⁹⁴ Un ejemplo claro de esta formulación la encontramos en FLORY, T.: “Article 103”, en COT, J.-P.; PELLET, A. (Dirs.): *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 1ª Ed., Economica, Paris, 1993, p. 1381. *Vid.* también BERNHARDT, R.: “Commentary on Article 103”, en SIMMA, B. (Ed.): *The Charter of the United Nations*, Oxford, New York, OUP, 2002, p. 1299; KAECKENBEEK, G.: “La Charte de San Francisco dans ses rapports avec le droit international”, *RCADI*, Vol. 70, 1947, p. 297 ; KELSEN, H. : *The Law of the United Nations...*, *op. cit.*, p. 110 (este último, criticado con acierto por FORTEAU, M. : « Le dépassement de l’effet relatif de la Charte », en CHEMAIN, R. ; PELLET, A. (Eds.): *La Charte des Nations Unies...*, *op. cit.*, p. 140).

Este punto sobre el carácter autorreferencial de los argumentos en pro de la constitucionalidad de la Carta ha sido recientemente subrayado por KLABBERS, en una recomendable recensión del conocido libro de FASSBENDER sobre la materia (KLABBERS, J. : « Book review », *IOLRev*, Vol. 6, nº 2, 2009, p. 671. *Vid.* también LIIVOJA, R.: “The scope of the supremacy clause...”, *loc. cit.*, p. 612).

⁸⁹⁵ Ello fue reconocido hasta por la antigua doctrina soviética, tan preocupada por el respeto del principio *pacta sunt servanda* y la interpretación estrecha de los poderes concedidos a la ONU. *Vid.* TUNKIN, G.: “The legal nature of the United Nations”, *RCADI*, Vol. 3, 1966, pp. 18 y ss., reconociendo que la Carta es un “tratado *sui generis*” (p. 19). No cabía otra opción, pues el carácter “especial” de la Carta ya había sido reconocido por la CIJ en el asunto *ciertos gastos* de 1961 (p. 157).

En lugar de adentrarnos en el inacabable debate sobre la naturaleza jerárquica del orden jurídico internacional y la posición de la Carta en el mismo, nos centraremos en este apartado en algunas cuestiones especialmente relevantes para nuestro objeto de estudio⁸⁹⁶.

La primera es si el artículo 103 se aplica *ratione materiae* únicamente al derecho “constitucional” de las Naciones Unidas o también al derecho derivado de la Carta, lo cual incluye evidentemente a las resoluciones obligatorias del Consejo de Seguridad. La respuesta a esta pregunta es afirmativa. De hecho, es tan abrumadora la mayoría de autores (y jurisprudencia internacional) que ha considerado que el artículo 103 se aplica a estas decisiones que nos parece superfluo intentar exponer aquí las razones a favor de esta tesis⁸⁹⁷.

⁸⁹⁶. Para un análisis más reciente de la historia y las aproximaciones constitucionales a la Carta, Vid. FASSBENDER, B.: “The meaning of International Constitutional Law”, en MACDONALD, R. ST.; JOHNSTON, D. M.: *Towards World Constitutionalism*, Nijhoff, The Hague, 2005, pp. 837 y ss., y con más detalle, FASSBENDER, B.: *The Charter of the United Nations...*, *op. cit.*, pp. 26 y ss. Sobre la aproximación « constitucional » a la Carta, *cfr.* (sin ánimo de exhaustividad, y destacando entre ellos la doctrina alemana) CHESTERMAN, S.; FRANCK, T. M.; MALONE, D. M.: *Law and practice of the United Nations. Documents and commentary*, OUP, 2008, esp. p. 7; DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, *loc. cit.*, pp. 215 y ss.; *idem*: “The Constitutional dimension of the Charter of the United Nations revisited”, *Max Planck Ybook of UN Law*, Vol. 1, 1997, pp. 2 y ss.; FROWEIN, J. A.: “Reactions by not directly affected States to breaches of public international law”, *RCADI*, Vol. 248, 1994, pp. 355 y ss.; LÓPEZ-JACOÍSTE DÍAZ, M^a E.: *Actualidad del Consejo...*, *op. cit.*, pp. 31 y ss.; SIMMA, B.: “From bilateralism...”, *loc. cit.*, pp. 258 y ss. Mucho antes, VIRALLY había llegado a afirmar que “le jour où l’organisation sera devenue complètement universelle, les deux acceptions du droit constitutionnel des Nations Unies que nous distinguons actuellement se recouvriront entièrement” (se refiere a las nociones *latu sensu* y *strictu sensu* de Constitución. Virally, M.: “L’ONU devant le droit”, en Virally, M.: *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Puf-IHEID, Paris, 1990, pp. 262 y ss.)

Visiones más moderadas encontramos en ABI-SAAB, G.: “Cours général...”, *loc. cit.*, pp. 451 y ss.; TOMUSCHAT, C.: “Obligations...”, *loc. cit.*, pp. 216 y ss.; TOUBLANC, A.: “L’article 103...”, *loc. cit.*, pp. 439 y ss. Para una visión muy crítica con esta posición Vid. ARANGIO-RUIZ, G.: “The Federal analogy...”, *loc. cit.*, pp. 1 y ss; también WOOD, M.: “The legal framework of the Security Council”, *2006 Sir Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*, 7 de noviembre de 2006, pp. 7 y ss.; disponible en http://www.lcil.cam.ac.uk/lectures/2006_sir_michael_wood.php, pp. 5 y ss.

⁸⁹⁷ Vid., p.e. CONFORTI, B.: « Cours général... », *loc. cit.*, p. 134 (respecto de las resoluciones del Consejo de Seguridad en el ámbito del capítulo VII); COMBACAU, J.: *Le pouvoir de sanction...*, *op. cit.*, pp. 281 y ss.; DOMINICÉ, C.: « L’article 103 de la Charte des Nations Unies et le droit international humanitaire », en CONDORELLI, L., LA ROSA, A.-M., SCHERRER, S. (Eds.): *Les Nations Unies et le droit international humanitaire, Actes du Colloque international à l’occasion du 50e anniversaire de l’ONU*, A. Pedone, Paris 1996, p. 178; FLORY, T.: « Article... », *loc. cit.*, pp. 1382-1383; FORTEAU, M.: *Droit de la sécurité collective...*, *op. cit.*, p. 462; KLABBERS, J.: *Treaty conflict and the European Union*, Cambridge, 2009 p. 152; THOUVENIN, J.-M.: « Article 103 », en COT, J.-P., PELLET, A., FORTEAU, M. (Eds.): « La Charte... », *op. cit.*, p. 2135; LIIVOJA, R.: « The scope of the supremacy clause... », *loc. cit.*, pp. 586 y ss.; TOUBLANC, A.: “Article 103...”, *loc. cit.*, p. 441; ABBAS, A.; WHITE, N.: « Countermeasures... », *loc. cit.*, p. 527; ZIMMERMANN, A.: « Acting under chapter VII (...) – Resolution 1422 and possible limits of the powers of the Security Council », en FROWEIN, J.A.; SCHARIOTH, K.; WINKELMANN, I.; WOLFRUM, R. (Eds.): *Verhandeln für den Frieden Negotiating for Peace. Liber amicorum Tono Eifel*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2003, pp. 273-274. *Cfr.* también el Informe de la CDI “Fragmentación del Derecho internacional...”, § 331.

El segundo interrogante natural que cabría plantearse es si el artículo 103 comprende sólo las obligaciones de estos órganos o si también se aplica a las *autorizaciones* realizadas por ellos, en especial por el Consejo de Seguridad⁸⁹⁸. Sin embargo, desde el mismo momento en que el lenguaje de las resoluciones 1267 y siguientes contra Al-Qaeda y los Talibanes es de naturaleza indudablemente obligatoria, la cuestión queda fuera de nuestro interés. Ello quiere decir que nuestra mirada ha de desviarse de la dicotomía “autorización/obligación” a la discusión sobre el “margen de discrecionalidad” de los Estados. Se trata de dos problemáticas diferentes, que responden a tipos de normas distintas. Si en la primera la diferencia entre normas que obligan y normas que autorizan radica en la existencia o no de un mandato dirigido al Estado; en la segunda ambas clases de normas son obligatorias, aunque unas ofrecen un cierto margen de aplicación para ejecutarla y otras no lo hacen⁸⁹⁹.

La última cuestión preliminar sobre el artículo 103 que queremos resolver aquí es no menos controvertida que la anterior, y merece una cierta elaboración. Se trata, de hecho, de uno de los problemas más tópicos en el estudio de la Carta de las Naciones Unidas: la expresión “obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional”, ¿se refiere únicamente al derecho convencional o se extiende igualmente al Derecho internacional general (costumbre, principios generales del derecho)? El interrogante ganó interés desde el final de la guerra fría tras el sorprendente uso que el Consejo de Seguridad realizó de sus poderes, y desde luego es decisivo para nuestro estudio.

La CIJ ha hecho lo propio en *Lockerbie*, § 42 y, anteriormente, la Opinión separada del Vice-Presidente AMMOUN en la sentencia *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia a pesar de la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, Opinión consultiva de 21 de junio de 1971, *Recueil CIJ 1971*, § 18.

⁸⁹⁸ CONFORTI, B.: “Le rôle de l’accord...”, *loc. cit.*, pp. 262 y ss.; KOLB, R.: “Does article 103 of the Charter of the United Nations apply only to decisions or to authorizations by the Security Council?” *ZAöRV*, 64, 2004, pp. 21 y ss.; KLEIN, P.: “Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d’opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l’homme : quelques considérations critiques sur l’arrêt Behrami et Saramati », *AFDI*, vol. 53, 2008, pp. 43 y ss.; LAGRANGE, E.: « Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Observations à propos de la décision de la Cour européenne des Droits de l’Homme (Grande Chambre) sur la recevabilité des requêtes Behrami et Behrami c. France et Saramati c. Allemagne, France et Norvège, 31 mai 2007 », *RGDIP*, Vol. 112, nº 1, pp. 101 y ss. ; SICILIANOS, L.-A. : « Entre multilatéralisme... », *loc. cit.*, pp. 175 y ss. *Vid.* también la sentencia de la Cámara de los Lores británica en *R (on the application of Al-Jedda) v Secretary of State for Defence*, sentencia de 12 de diciembre de 2007, [2007] UKHL 58, §§ 30 y ss. (*Al-Jedda*).

⁸⁹⁹ Son las que PISSILLO-MAZZESCHI clasifica como “obligaciones de resultado final” y “obligaciones de comportamiento específico” (PISSILLO-MAZZESCHI, R.: “Responsabilité de l’état pour violations des obligations positives relatives aux droits de l’homme”, *RCADI*, Vol. 333, 2008, pp. 271 y ss.)

En lo que respecta al derecho convencional, tanto el TPI en la saga de sentencias *Kadi-Yusuf*⁹⁰⁰, como el TEDH en *Behrami y Behrami y Saramati*⁹⁰¹, el Tribunal Federal Suizo en *Nada*⁹⁰², la Cámara de los Lores británica en *Al-Jedda*⁹⁰³, e incluso el Consejo de Estado de Turquía en *Kadi*⁹⁰⁴ han concluido que el artículo 103 prevalece sobre toda otra

⁹⁰⁰ Cfr. por todas, TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 233.

⁹⁰¹ TEDH, *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega* (GS), decisión de inadmisibilidad de 2 de mayo de 2007, Ap. n° 78166/01, §§ 147-149. La sentencia tiene su origen en dos demandas interpuesta ante el TEDH. La primera, por una madre y su hijo contra Francia, en tanto que Estado líder de la KFOR en aquel momento en el lugar donde se produjeron los hechos. La causa eran las respectivas muerte y lesión grave de dos de sus hijos originada por la explosión de una bomba de racimo en territorio controlado por la KFOR. La segunda, por un ciudadano kosovar contra tres Estados miembros de UNMIK que no aseguraron el respeto de los arts. 5 y 13 CEDH al detener al Sr. Saramati sin ofrecer garantías y recursos suficientes. En su decisión de inadmisibilidad, el TEDH hace referencia a los arts. 25 y 103 de la Carta, cierto, pero el núcleo de su decisión de incompetencia *ratione personae* se centra más bien en la importancia de la misión del Consejo de mantener la paz y la seguridad internacionales.

Esta postura del TEDH sería confirmada en *Beric y otros c. Bosnia-Herzegovina*, donde lo que estaban en juego eran las decisiones del Alto Representante de las Naciones Unidas para el país balcánico. El Tribunal de Estrasburgo volvió a plegarse ante los imperativos de la paz y la seguridad internacional y la primacía de la Carta (TEDH, *Beric y otros c. Bosnia-Herzegovina* (GS), decisión de inadmisibilidad de 16 de octubre de 2007, Aps. nos. 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05 y 25496/05, esp. § 29). También reiteró su adhesión a esta doctrina en las decisiones de inadmisibilidad *Blagojevic c. Países Bajos* y *Galic c. Países Bajos* (ya citadas, § 37 de ambas decisiones), aunque en ambos asuntos el Tribunal prefirió finalmente centrarse en la cuestión de la responsabilidad del Estado que acoge la organización.

⁹⁰² Tribunal Federal, *Nada gegen Seco, Staatssekretariat für Wirtschaft, sowie Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, sentencia de 14 de noviembre de 2007, BGE 133 II 450. Aunque es menos conocida, la decisión del Tribunal Constitucional de Croacia en el asunto *Bobetko* merece también ser citada como ejemplo de aplicación de la doctrina de la *self-restraint* de los tribunales nacionales cuando una resolución del Consejo de Seguridad se encuentra en juego. Incluso aunque se cuestione la legalidad de un acto de ejecución nacional de las obligaciones ex Capítulo VII de la Carta. En este caso se discutió la constitucionalidad de la entrega al TPIY de un General croata retirado. Tras recibir la orden de arresto, el gobierno croata planteó si dicha entrega sufría de un vicio de inconstitucionalidad, dadas las condiciones de la captura (en territorio bajo mando de la UNPROFOR), y algunos de los términos de la orden de arresto. En su respuesta, el Tribunal Constitucional se declaró incompetente para conocer del caso por los siguientes argumentos: (1) la orden de arresto tiene su origen en las decisiones adoptadas por los órganos competentes del TPIY, en última instancia derivadas del Capítulo VII de la Carta; (2) el Tribunal Constitucional de Croacia carece de competencia para valorar la constitucional de cualquier acto emanado de cualquier órgano de Naciones Unidas.

⁹⁰³ HL, *Al-Jedda*, § 33.

⁹⁰⁴ El Sr. Kadi, el mismo demandante que en las sentencias de la jurisdicción de Luxemburgo, inició un procedimiento administrativo para revocar un Decreto n° 2001/3483 que ejecutaba las sanciones tanto del régimen Al-Qaeda/Talibanes como las del régimen del Comité contra el terrorismo establecido por la resolución S/RES/1373(2001) del Consejo. La sentencia, que rechazó las pretensiones del demandante, no hizo una referencia directa al art. 103 de la Carta, aunque reconoció que el art. 25 de la Carta no precisa la técnica que han de utilizar los Estados para implementar las resoluciones. Sin embargo, se bastó con la existencia de un “recurso” ante el Comité de Sanciones para considerar que no hubo violación de los derechos humanos del demandante. No hemos tenido acceso al texto completo de la sentencia en otro idioma que no sea el turco, pero sí al resumen disponible en *Oxford Reports on International Law (Kadi v Prime Ministry and Ministry of Foreign Affairs of Turkey, Appeal judgment, E 2006/2824, K 2007/115; ILDC 311 (TR 2007); <http://www.oxfordlawreports.com/>*, visitado por última vez el 1 de febrero de 2011). LEMA UYAR, persona que ha realizado el Informe sobre esta sentencia, explica sobre ella que “despite the fact that the Board did not mention Article 103 of the UN Charter in its decision, its reasoning seemed to rely on a

obligación internacional de carácter convencional. En otras palabras, las obligaciones convencionales en materia de derechos humanos, por muy esencial que sea el interés que protegen⁹⁰⁵, han de ceder el paso cuando el Consejo de Seguridad se pronuncia en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Afirmar lo contrario supondría establecer una primacía *de facto* de las obligaciones *convencionales* de derechos humanos que emplazaría a éstas como mínimo al mismo nivel jerárquico que la Carta⁹⁰⁶. Desde esta concepción los tratados de derechos humanos se apropiarían de un rango *pseudoconstitucional* difícilmente justificable⁹⁰⁷, más si tenemos en cuenta que todavía quedan Estados muy influyentes en la esfera jurídica internacional que siguen sin ratificar la normativa más relevante en la materia⁹⁰⁸.

cursorly interpretation of that article. The Board did not consider the possibility of judicial review of Security Council resolutions; it only strictly engaged with Turkey's obligations under the UN Charter, such as the obligations under Article 41").

⁹⁰⁵ *Ius cogens* aparte, claro está.

⁹⁰⁶ Sobre esta preocupación, *Vid.* KARAGIANNIS, S. (« A propos de certains comportements... », § 33, p. 14) : « Si l'on pousse cette manière de voir à ses limites logiques, on obtient comme résultat que les instruments internationaux de protection des droits de l'homme acquièrent une sorte de primauté sur tous les autres ». Aunque luego el mismo autor propone que el TEDH desoiga los argumentos relativos a la primacía de la Carta en una hipotética sentencia sobre la legalidad de las sanciones inteligentes... (§ 39, pp. 16-17).

⁹⁰⁷ No hay nada en el texto del PIDCP o el PIDESC que permita aferrarnos a la supremacía de estos convenios sobre el resto de obligaciones internacionales del Estado, ni mucho menos de la Carta de las Naciones Unidas. Tampoco está claro lo contrario. Particular atención merecen los artículos 46 del PIDCP y 24 del PIDESC, que parecen subordinar sus respectivos articulados al derecho de la Carta. Ambos artículos estipulan lo siguiente: "Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto". A juicio de un comentarista cualificado como NOWAK, ambas disposiciones no se refieren en absoluto a las obligaciones derivadas de la Carta en general, o a las derivadas del artículo 25 en particular. Por el contrario, se ha de considerar que ambas se refieren simplemente "to the relationship of the Covenant to the *organs* of the UN and its specialized agencies" (...) They declare "that the *functions* of the UN organs (...) are not impaired by the entry into force of the Covenant" (NOWAK, M.: *UN Covenant on...*, *op. cit.*, p. 798, primer énfasis original y segundo añadido). En otras palabras, según el Profesor austríaco, se refieren a la *distribución de funciones* entre los órganos de ambos ordenamientos, a la *relación orgánica*, no al eventual conflicto entre el derecho material de ambos sistemas.

El Comité de Derechos Humanos parece haber seguido otro camino en la comunicación *Sayadi and Vinck c. Bélgica*, en el que, aferrándose a la letra del artículo 46 PIDCP, interpretó éste como aplicable en general "a lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas" sin más especificación (CDH, *Nabil Sayadi y Patricia Vinck c. Bélgica*, de 22 de octubre de 2008, CCPR/C/94/D/1472/2006, § 10.3).

Aunque el debate sigue abierto, lo que está fuera de toda duda es que, independientemente del contenido que el intérprete otorgue a estos artículos 46 y 24, los Pactos internacionales en materia de derechos humanos *no establecen nunca ni su primacía ni su equiparación* al Derecho de la Carta. El artículo 103 de la Carta, pues, resuelve el problema de un eventual conflicto entre ambos conjuntos normativos (*Contra*, p.e., KOSKENNIEMI, M.: "Fragmentation...", *loc. cit.*, pp. 558-559).

⁹⁰⁸ *Contra*, LUGATO, M.: "Sono le sanzioni...", *loc. cit.*, pp. 324 y ss.; considerando, entre otros argumentos, "manifiestamente absurdo o irracional" concluir que la Carta pueda primar sobre el derecho convencional en materia de derechos humanos.

Claro que una cosa es afirmar que la Carta prima sobre el derecho convencional de los derechos humanos, y otra es sostener que un tribunal/órgano internacional o nacional encargado de proteger los derechos humanos deba deducir del artículo 103 su incompetencia para conocer de cualquier asunto en que se encuentre en juego una resolución del Consejo de Seguridad. Es precisamente en este sentido que KARAGIANNIS ha sugerido de manera provocadora que “la Cour européenne des droits de l’homme (et on la prend ici comme exemple de toute autre juridiction internationale spécialisée dans le contentieux des droits de l’homme) pourrait écarter la pertinence de cette disposition de la Charte puisque celle-ci s’appliquerait aux Etats membres des Nations Unies, pas à la Cour”⁹⁰⁹. ¿Hemos de considerar pues que el artículo 103 prevalece también sobre las normas (convencionales) en materia de jurisdicción *ratione materiae* de los tribunales/órganos internacionales de protección de los derechos humanos?

Dejaremos la solución propuesta por el TPI europeo para la tercera parte de este estudio. En consecuencia, equipararemos los órganos judiciales europeos a los tribunales nacionales, aunque el paralelismo se discuta posteriormente con más detalle. Por ello, la influencia del artículo 103 de la Carta sobre los tribunales nacionales será estudiada cuando emplacemos el “prisma” de las sanciones inteligentes en la perspectiva europea de las sentencias *Yusuf / Kadi*.

Nos centraremos pues en lo afirmado por otros tribunales/órganos internacionales, concretamente dos. En primer lugar encontramos la postura del TEDH en *Bosphorus c. Irlanda*⁹¹⁰. En este caso se dirimía la legalidad *ex* CEDH de una decisión nacional de confiscar una aeronave, orden que tiene su eslabón inmediato en un Reglamento del Consejo de la UE y su eslabón último en una serie de resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas con base en sus poderes coercitivos del Capítulo VII de la Carta.

Esta circunstancia no impidió, por el contrario, que el TEDH se declarara competente *ratione materiae* para revisar la medida nacional violadora del derecho a la propiedad de la compañía aérea demandante. De hecho, el artículo 103 no aparece mencionado por ninguna parte, a pesar de que hay motivos suficientes para considerar

⁹⁰⁹ KARAGIANNIS, S.: “A propos de certains comportements...”, *loc. cit.*, p. 16, en su *addendum* al informe sobre las listas negras presentado por DICK MARTY a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. En sentido similar, DE SENA, P.; VITUCCI, M. C.: “The European Courts and the Security Council: between *dédoublement fonctionnel* and balancing of values”, *EJIL*, Vol. 20, nº 1, 2009, esp. pp. 227 y ss.

⁹¹⁰ TEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, sentencia de 30 de junio de 2005, Ap. nº 45036/98

necesaria una aclaración del Tribunal a este respecto. En este sentido, el TEDH se limitó a apuntar que el demandante no impugnaba el Reglamento comunitario, sino la legislación nacional que lo ejecutaba. ¿Omisión generalizable o supuesto excepcional en el que la intervención de la UE rompe la “cadena” de la primacía de la Carta? Dado que todavía no se ha resuelto otro caso igual, la cuestión parece estar abierta; pero no podemos dejar de anotar que el TEDH no descartó una eventual responsabilidad del Estado en caso de que la UE hubiera ofrecido una protección “manifiestamente deficiente” del derecho a la propiedad de la compañía demandante. En otras palabras, la solución ofrecida en *Bosphorus* apunta a la responsabilidad del Estado por la “falta de vigilancia” de las actividades de la UE al implementar las resoluciones del Consejo de Seguridad, lo cual es verdad que, en términos prácticos, difiere bastante poco de la responsabilidad *directa* del Estado por la ejecución de una resolución del Consejo de Seguridad. Insistimos en que en el capítulo siguiente daremos buena cuenta de este importante pronunciamiento del TEDH.

En segundo lugar, la posición del Comité de Derechos Humanos en *Sayadi y Vinck c. Bélgica* ofreció un interesante debate abierto entre sus miembros en forma de opiniones disidentes, en el que se discutió –entre otros puntos- la relación entre la primacía de la Carta y la “jurisdicción” del Comité. Puesto que luego daremos buena cuenta de las circunstancias del caso, nos limitaremos a anotar que el problema de fondo era precisamente la impugnación por un matrimonio belga de su inclusión en la lista del Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes. A la hora de valorar la influencia de la primacía de la Carta sobre la competencia del Comité, la respuesta del Comité fue la siguiente:

“Si bien es cierto que el Comité no puede examinar denuncias de violaciones de otros instrumentos, como la Carta de las Naciones Unidas, ni denuncias relativas a la reglamentación de las Naciones Unidas en materia de lucha contra el terrorismo, sí es competente para recibir comunicaciones en que se denuncien violaciones por el Estado parte de derechos enunciados en el Pacto, *sea cual fuere el origen de las obligaciones aplicadas por el Estado parte.*”⁹¹¹.

Más adelante afirmaría que

“(…) el Comité considera que, sea como fuere, tiene competencia para examinar la compatibilidad con el Pacto de medidas nacionales adoptadas atendiendo a una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El Comité, en su calidad de garante de los derechos protegidos por el Pacto, debe averiguar hasta qué punto las obligaciones impuestas al Estado parte por las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden justificar el menoscabo del derecho a circular libremente, protegido por el artículo 12 del Pacto”⁹¹².

⁹¹¹ CDH, *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, § 10.6. Para un comentario de esta decisión, Vid. KELLER, H.; FISCHER, A.: “The UN anti terror sanctions regime under pressure”, *HRLRev*, Vol. 9, nº 2, 2009, pp. 257 y ss.

⁹¹² CDH, *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, § 10.6.

De esta manera, el Comité consideró que las normas sobre su competencia no se ven afectadas por el artículo 103 de la Carta, permitiéndole así revisar *indirectamente* la medida sancionatoria del Consejo de Seguridad a la luz del artículo 12 del Pacto. Esta decisión motivó tres opiniones disidentes que consideraban errónea la decisión del Comité. En primer lugar, WEDGWOOD consideró que el resultado de la decisión es “reescribir (...) la Carta”. En segundo lugar, SHEARER opinó que “el razonamiento del Comité (...) parece indicar que considera que el Pacto está en un plano de igualdad con la Carta y no subordinado a ella”. Y finalmente, en una opinión en la que participaron el mismo SHEARER, junto con RODLEY y MOTOC, se afirmó que “no se puede poner en entredicho al Consejo de Seguridad en virtud del Pacto ni menos del Protocolo Facultativo”.

La cuestión que hay que plantearse es: ¿actuó el Comité *ultra vires*? Desde nuestro punto de vista, hay que diferenciar el caso concreto de la afirmación de principio. En el caso concreto el Estado belga fue responsabilizado por *proponer un nombre para la lista*, y no simplemente por ejecutar una resolución del Consejo de Seguridad. Como reiteraremos cuando estudiemos la complicidad, el Estado disponía aquí de un cierto margen de discreción para proponer nombres al Comité de Sanciones, y en definitiva, el “escudo” del artículo 103 no podía protegerle de la intervención del Comité⁹¹³. Sin embargo, no nos convence tanto la afirmación de principio sobre la competencia del Comité para revisar medidas nacionales de ejecución “sea cual fuere el origen de las obligaciones aplicadas por el Estado parte”. Y es que es muy difícil que el Comité pueda evitar que el peso del artículo 103 recaiga sobre él cuando un Estado se ve obligado sin más a ejecutar una resolución del Consejo de Seguridad. Defender lo opuesto sería tomarse la primacía de la Carta con excesiva ligereza. En efecto, ésta implica necesariamente la exclusión de la jurisdicción de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para considerar a los Estados internacionalmente responsables por la *mera* ejecución de una resolución del Consejo de Seguridad *que no sea claramente ultra vires*⁹¹⁴ (quedan al

⁹¹³ Vid. el voto particular de YURI IWASAWA en *Sayadi y Vinck*: “El Estado parte habría podido proceder de otra forma sin dejar de poner en efecto las resoluciones del Consejo de Seguridad”. Resulta muy recomendable leer el debate sobre esta comunicación iniciado en el foro *EJIL Talk!* por MILANOVIC. Éste se muestra especialmente crítico con la decisión del Comité, entre otras cuestiones, porque considera que éste *huye* del art. 103; no hace ni una sola referencia al mismo en su razonamiento. Compartimos su crítica al laconismo del Comité, aunque, como veremos en el próximo capítulo, sus conclusiones sobre la extensión del art. 103 en relación con la responsabilidad de Bélgica en ese caso nos parecen más dudosas (<http://www.ejiltalk.org/sayadi-the-human-rights-committee%E2%80%99s-kadi-or-a-pretty-poor-excuse-for-one%E2%80%A6/>, visitado por última vez el 13 de noviembre de 2010).

⁹¹⁴ Admitimos de todas maneras las dificultades del argumento, pues supone que el Comité deba declararse competente para valorar si una resolución del Consejo de Seguridad es o no *ultra vires*, convirtiéndolo

margen otras formas de responsabilidad que analizaremos en el próximo capítulo). No una exclusión total de la jurisdicción, pues puede suceder que la resolución que se ejecute sea claramente *ultra vires* (y por lo tanto lo será el acto de ejecución por no conformarse al derecho internacional), o incluso –lo discutiremos en la tercera parte del estudio– que el Tribunal se limite a *anular* el acto de ejecución de la resolución del Consejo. Una única condición sería imprescindible a este respecto: que el Estado no dispusiera de ningún margen de discrecionalidad para ejecutar la obligación que se le exige.

El argumento de que se respeta la Carta porque sólo se está revisando el acto nacional de ejecución de la resolución puede tener sentido en el ámbito del derecho de la UE, donde el principio de autonomía merece ser tenido en cuenta. Es lo que sucedió en *Kadi*. Sin embargo, resulta más difícil defenderlo cuando el Tribunal es un órgano convencional cuasi-judicial como el Comité de Derechos Humanos: la autonomía (utilizada aquí como sinónimo de régimen “autosuficiente”), no ha sido ni es la piedra angular del mecanismo de revisión del Pacto, como tampoco lo ha sido (entre otros tribunales) para el TEDH en sus relaciones con el Derecho Internacional⁹¹⁵. Como afirma HIGGINS, comparando la jurisprudencia del TEDH con el TJUE, “the European Court of Human Rights (...) uses a different technique. Its starting point is that human rights law, including the Convention on Human Rights, is part of international law”⁹¹⁶. No hay creación de “nuevos órdenes jurídicos de Derecho internacional”⁹¹⁷ ni en el PIDCP ni en la CEDH; pues estos han sido concebidos como la cúspide de un subsistema de Derecho

incidentalmente en órgano evaluador de la legalidad de la Carta. Fue la aproximación del TPI al respecto en la línea de asuntos *Yusuf*, cuando el Tribunal de Luxemburgo se declaró competente para valorar incidentalmente la legalidad de las resoluciones a la luz del *ius cogens*. Volveremos a esta postura en la tercera parte de este estudio.

⁹¹⁵ *Contra*, aunque sin aportar apenas argumentos al respecto, SCHEININ, M.: “Is the ECJ ruling in *Kadi* incompatible with International Law?”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counter-terrorism...*, *loc. cit.*, pp. 60-61.

⁹¹⁶ HIGGINS, R.: “The ICJ, the ECJ and the integrity of International Law”, *ICLQ*, Vol. 52, nº 1, Jan 2003, p. 10; también REUTER, P.: “La Cour de justice des communautés européennes et le droit international”, en VV.AA.: *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Faculté de Droit de l'Université de Genève/IUHEI, Genève, p. 666. Otra cosa es que la aplicación que el TEDH haga del Derecho Internacional general en uno u otro asunto concreto sea satisfactoria (como tanto se ha discutido en el asunto *Al-Adsani*, al que nos referimos en el Capítulo IV); o que incluso lo ignore completamente (como en el asunto *Matthews*, como ha reclamado SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: “Sobre el Derecho. Internacional...”, *loc. cit.*, pp. 95 y ss.).

⁹¹⁷ TJCE, *Van Gend en Loos (NV Algemene Transporten Expeditie Orderneming) v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, ECR 00303

internacional con su orden propio de prelación de fuentes⁹¹⁸. Volveremos a esta cuestión en el Capítulo VII, cuando abordemos las consecuencias de la sentencia *Kadi* del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Quizás pueda uno pensar que el Comité hace lo que debe al revisar estas medidas nacionales, dada la relevancia de su función supervisora de la protección de los derechos humanos de los individuos sometidos a la jurisdicción de los Estados parte. Sin embargo, existe un riesgo evidente de que la decisión del Comité se quede en poco más que una mera declaración de intenciones, o mejor, en una simple constatación de ilegalidad sin consecuencia práctica alguna. Es más, ello es desde la perspectiva del Estado *un imperativo legal*, si se tiene que elegir entre aplicar una decisión del Comité y ejecutar la resolución del Consejo de Seguridad; pues como enfatizara el Relator Especial AGO en su 8º Informe sobre la Responsabilidad Internacional del Estado para la CDI, “cuando se adopta una medida en aplicación del artículo 41 de la Carta, el comportamiento no conforme a la obligación anterior no es solamente lícito, *es obligatorio*”⁹¹⁹.

Ahora bien, no es menos cierto que el Comité era perfectamente consciente de esta eventualidad en *Sayadi*. Por eso, en vez de condenar a Bélgica a proveer al demandante de un recurso efectivo de acuerdo con el artículo 2(3) del Pacto, se limitó a recordar al Estado que “tiene la obligación de adoptar *todas las medidas posibles* para que se supriman de la lista de sanciones lo antes posible, de proporcionar a los autores una *posible* indemnización y de divulgar las solicitudes de supresión. El Estado parte tiene además la obligación de velar por que en el futuro no se cometan violaciones semejantes”⁹²⁰. Finalmente, una obligación de medios y una “posible” indemnización no es un precio tan caro para un Estado condenado por el Comité...

⁹¹⁸ En el mismo sentido, TRIDIMAS, T.: “Terrorism and the ECJ: empowerment and democracy in the EC legal order”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging...*, loc. cit., p. 107.

⁹¹⁹ A/CN.4/318 y Add. 1 a 3, § 22, p. 56. Cfr. también el debate en el seno del Comité de Medidas Colectivas establecido por la Asamblea General en su resolución 377(V), “Unión Por la Paz”, que precisamente se planteó la cuestión de la responsabilidad del Estado por la ejecución de obligaciones derivadas de resoluciones vinculantes de la AG y el CS. El texto final con la propuesta del Comité es claro: “d) Es importante que al aplicar medidas colectivas de las Naciones Unidas, los Estados no estén ligados por obligaciones jurídicas en virtud de tratados o de otros acuerdos internacionales.”. Si no hay obligación, mal puede haber responsabilidad (Cfr. *Repertorio de la Práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas* (1945-1954), Vol. V, pp. 330-332).

⁹²⁰ CDH, *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, § 12, énfasis añadidos.

b) *El artículo 103 de la Carta, el Derecho internacional general y el ius cogens*

i) Entre la armonía y el conflicto: la Carta y el Derecho internacional general⁹²¹

En lo que respecta a la primacía del derecho de la Carta sobre el Derecho internacional general, ésta presenta no pocos problemas⁹²². Y es que desde una perspectiva que podemos denominar “confrontacionista”, situada en un plano *general*, las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden suponer la derogación de ciertos aspectos de los más elementales principios protegidos por el Derecho internacional general, como la prohibición del uso de la fuerza⁹²³, el *pacta sunt servanda*⁹²⁴, o la libre determinación de

⁹²¹ Una precisión importante. Aunque el concepto es discutido, utilizaremos en este apartado la noción de “Derecho internacional general” como concepto que aglutina costumbre y principios generales del Derecho presentes en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. No observamos ninguna razón para no aplicar lo esencial de los razonamientos aquí defendidos a la tercera de las fuentes citadas en el art. 38(1) del Estatuto de la CIJ. Ello no empece para que en ocasiones nos refiramos exclusivamente a la costumbre, fuente más mencionada en la doctrina que ha estudiado el alcance del art. 103 de la Carta.

⁹²² Recordemos que el art. 20 del Pacto de la Sociedad de las Naciones establecía la “abrogación” de los acuerdos que contrariaran las obligaciones de los Estados miembros.

⁹²³ Subespecie de esta prohibición es la nulidad del Convenio firmado bajo coacción (art. 51 CVDT). Es lo que sucedió en la guerra del Golfo con la resolución 687 (1991), que obligó a Irak a firmar el acuerdo fronterizo con Kuwait, y a firmar la Convención 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas y tóxicas y su destrucción (LÓPEZ-JACOÍSTE DÍAZ, M^a E.: *Actualidad...*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.). O la resolución 1203 (1998), que validaba los acuerdos de paz en la antigua Yugoslavia (ORAKHELASHVILI, A.: “The impact of...”, *loc. cit.*, p. 74).

⁹²⁴ Ya hicimos referencia a la cuestión en el capítulo V, al discutir sobre las resoluciones *ultra vires* del Consejo de Seguridad, aportando citas al respecto. La opinión es argumentada con mayor detalle en FORTEAU, M.: *Droit de la sécurité collective...*, *op. cit.*, p. 519; KOLB, R.; GAGGIOLI, G.: “Le Conseil de sécurité...”, *loc. cit.*, pp. 92-97. *Vid.* también CDI: *Informe sobre la fragmentación...*, p. 201. Ejemplo preclaro de violación del *pacta sunt servanda* fueron las obligaciones que el Consejo impuso a los estados en el asunto *Lockerbie* (otra cosa es que se acepte su legalidad). Pero no es ni mucho menos el único. En clave de DIH, encontramos otro ejemplo (menos citado) en la resolución 664 relativa a la crisis originada por la invasión de Kuwait por Irak. El párrafo 1º de la resolución (S/RES/664, de 18 de agosto de 1990), exigía a Irak que “permita y facilite la inmediata partida de los nacionales de terceros países que se encuentran en Kuwait y el Irak y conceda a los funcionarios consulares acceso inmediato y continuo a dichos nacionales”. La obligación va más allá de lo exigido a los Estados en el artículo 35 de la 4ª Convención de Ginebra (de la que Irak era parte desde el 14 de febrero de 1956). Esta norma permite bloquear la salida de los extranjeros en el territorio de una parte en el conflicto cuando ello “redunde en perjuicio de los intereses nacionales del Estado” (Por ejemplo, las personas en edad de combatir o los individuos cuya influencia en el conflicto es tal que su salida perjudica los intereses de la seguridad del Estado). En otras palabras, el Consejo de Seguridad creó un “derecho” a favor de los ciudadanos extranjeros en territorio de una de las partes en el conflicto; o lo que es lo mismo, exigió una obligación inexistente en Derecho internacional. Y lo hizo de manera similar a como hiciera con Libia en el asunto *Lockerbie* respecto de la Convención de Chicago de 1963, es decir, actuando más allá de las posibilidades que el DIH ofrece a los Estados partes de las Convenciones de Ginebra cuando actúan por sí solos. Para una propuesta de discusión del caso, *Vid.* SASSÒLI, M., BOUVIER, A. A.: *Un droit dans la guerre? Cas, documents et supports d’enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire*, Vol. II, CICR, Genève, 2003, pp. 1263 y ss. *Vid.* también nuestro debate en el capítulo V sobre las resoluciones *ultra vires* del Consejo de Seguridad.

los pueblos⁹²⁵. En otras palabras, la *suspensión* del Derecho internacional general –al menos, el que obliga hoy en día a los Estados– sería casi la regla general cuando el Consejo actúa, opción implícita en la naturaleza de los poderes del órgano encargado del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales⁹²⁶, y lógica además, si tenemos en cuenta que muchas de las obligaciones convencionales de los Estados que el Consejo puede suspender tienen una obligación paralela en el derecho consuetudinario⁹²⁷. El legislador de San Francisco quiso pues crear una especie de “super-legalidad” internacional y dejarla en manos del Consejo⁹²⁸. Como afirmaba JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “en la Conferencia de San Francisco se dio, con acierto, discrecionalidad al Consejo de Seguridad para prescindir *momentáneamente* de las reglas del Derecho internacional en esta fase puramente policial de su actividad”⁹²⁹. De ello se podría deducir que un eventual conflicto entre ambas fuentes normativas (Carta y Derecho internacional general) ha de resolverse *prima facie* a favor de la Carta. Eso sí, en el corto plazo porque, a fin de cuentas,

⁹²⁵ Un ejemplo puede ser el caso de Kosovo, si seguimos la corriente doctrinal que considera que la resolución 1244 (S/RES/1244 (1999), de 10 de junio de 1999) obligaba a que cualquier solución del conflicto respetara la integridad territorial yugoslava. De acuerdo con esta visión, la Declaración unilateral de independencia llevada a cabo por el Parlamento kosovar el 17 de febrero de 2008 contradiría el texto de la citada resolución, que en su preámbulo reafirma “la adhesión de todos los Estados Miembros al principio de la soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y los demás Estados de la región” (Tal era la posición de España, *cfr.* la posición defendida en la Carta del Ministro de AA.EE. de 14 de abril de 2009, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15644.pdf?PHPSESSID=58015bd807406a24a6e04d8dbbb8742c>, visitado por última vez el 23 de agosto de 2010. *Vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.; BERMEJO GARCÍA, R.: “De la Opinión Consultiva de las (sic) Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010, sobre Kosovo”, *ARI Elcano*, 35/2010. Es sabido que, por 10 votos contra 4, la CIJ no ha avalado esta postura en su reciente Dictamen consultivo de 22 de julio de 2010, en el que, basándose en una interpretación contextual de la resolución, ha considerado que la Declaración de independencia no viola ni la resolución 1244 ni el Marco Constitutivo de Kosovo (ni el Derecho internacional general).

⁹²⁶ En términos similares se expresan KOLB, R.: “La ocupación en Irak desde 2003 y los poderes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, *RICR*, Vol. 90, n° 869, Marzo 2008, p. 6; HALBERSTAM, B.; STEIN, B.: « The United Nations... », *loc. cit.*, p. 21; ZEMANEK, K.: “The Legal Foundations...”, *loc. cit.*, p. 232. Un argumento a favor lo encontramos en que el mismo Derecho internacional permite a los Estados suspender sus obligaciones internacionales mediante el recurso a las contramedidas. Ello no quiere decir que estos autores no reconozcan que el Consejo de Seguridad no se encuentre limitado por el Derecho consuetudinario, pero diferencian entre el que se aplica a los Estados, y el que se aplica al Consejo. Además, KOLB apunta a la existencia de un límite añadido al ejercicio por el Consejo de sus poderes: la regla general, implícita en la Carta, y en especial en su Capítulo VII, de que el consejo sólo se puede desviar del derecho internacional general cuando lo exija “imperiosamente” su misión (p. 7). Lo contrario contrariaría, a juicio del autor, “la facticidad y la razón”.

⁹²⁷ MILANOVIC, M.: “Norm conflict...”, *loc. cit.*, pp. 78-79.

⁹²⁸ CAHIN, G.: « La notion de pouvoir discrétionnaire... », *loc. cit.*, pp. 567 y ss.; PELLET, A.: “Peut-on et doit on...”, *loc. cit.*, pp. 235 y ss.

⁹²⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *Derecho constitucional...*, *loc. cit.*, pp. 42-43, énfasis añadido.

“si la paix précède dans le feu de l’instant, la justice prend à plus long terme sa revanche, car il n’y a pas de paix réelle et durable sans elle”⁹³⁰.

Por el contrario, desde otra mirada más “contemporizadora”, es también muy probable, siguiendo a DUPUY, que los padres de la Carta redactaran el artículo 103 refiriéndolo exclusivamente al derecho convencional *porque consideraban imposible una contradicción entre la Carta y el Derecho internacional general*⁹³¹. Como la Carta era en esencia la expresión de la voluntad estatal de salvaguardar los principios más esenciales de la comunidad internacional, recogidos en el Derecho internacional consuetudinario, no cabía que bajo su amparo se violaran los principios para cuya protección fue creada. Esta visión explicaría la modificación (voluntaria) por el Comité de Redacción IV/2 de una primitiva versión del artículo 103, que establecía la primacía de la Carta sobre “cualquier otra obligación” a la que estuvieran sujetos los Estados⁹³². Igualmente, explicaría que la práctica seguida por los órganos de la ONU tampoco se haya planteado nunca la interacción entre Carta y Derecho internacional general⁹³³.

⁹³⁰ KOLB, R.: *Ius contra bellum...*, op. cit., p. 99.

⁹³¹ DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, loc. cit., p. 242. De manera similar, aunque yendo más lejos, FASSBENDER argumenta que la Carta abraza todo el Derecho internacional general. Es decir, la Carta lo rechaza o lo confirma, expresa o tácitamente; lo “refunda”: “the community of states which enacted the Charter had the authority partly or completely to repeal the then existing law (...) pre-1945 law could not remain in force without the Charter acting as an intermediate” (FASSBENDER, B.: *The United Nations Charter...*, op. cit., p. 119). Vid. también VIRALLY, M.: “L’ONU devant...”, loc. cit., p. 261.

⁹³² UNCIO, Vol. XIX, t. 1, WD 441 CO/205, p. 376, énfasis añadido. Añadamos a favor de esta tesis que durante los debates en el Comité IV/2 algunos Estados mostraron su inquietud por la incertidumbre jurídica que podía motivar la adopción de una disposición que se asemejaba a la del art. 20 del Pacto de la Sociedad de Naciones. Para ello argumentaban que el problema de la primacía ya se encontraba resuelto “by the principle embodied in paragraph 2 of Charter II of the Charter which states that *all members of the Organization undertake to fulfil the obligations assumed by them in accordance with the Charter*”. La respuesta del Comité, no menos ilustrativa, fue que “it is necessary to incorporate in the Charter a provision regarding inconsistency between the obligations of members *under other treaties* and under the Charter itself (...)” (UNCIO, Vol. XIII, Com. IV/2, Doc. 933 IV/2/42 (2),, p. 707, énfasis añadidos). Sobre esta cuestión, Vid. TOUBLANC, A.: “L’article 103...”, loc. cit., pp. 446-447. Esta tesis explicaría también que el comprehensivo tratado de KELSEN sobre la Carta sólo considere el artículo 103 desde la perspectiva del derecho convencional, “olvidando” cualquier referencia a otras fuentes del Derecho internacional (KELSEN, H.: *The Law of the United Nations...*, op. cit., pp. 111 y ss.).

⁹³³ Cfr. *Repertorio de la práctica seguida por los órganos de las Naciones Unidas*, (1945-1954), Vol. 5, pp. 327 y ss.; y Suplementos n° 1 (1954-1955), Vol. 2, pp. 445 y ss.; n° 2 (1955-1959), Vol. 3, pp. 593 y ss.; n° 3 (1959-1966), Vol. 4, pp. 181 y ss.; n° 4 (1966-1969), Vol. 2, pp. 387 y ss.; n° 5 (1970-1978), Vol. 5, pp. 181 y ss.; n° 6 (1979-1984), vol. 6, pp. 169 y ss.; n° 7 (1985-1988), Vol. 6, pp. 181 y ss.; n° 8, (1989-1994), Vol. 6; n° 9 (1995-1999), Vol. 6, los dos últimos disponibles sólo en inglés en <http://www.un.org/law/repertory/>, visitado por última vez el 2 de noviembre de 2010. En todos los casos se analizan diferentes supuestos relativos a la interacción entre la Carta y su derecho derivado y derecho convencional, sobre todo tratados regionales. La misma resolución 1267 (y subsiguientes) incluye una cláusula que “Insta a todos los Estados a que actúen estrictamente de conformidad con las disposiciones de esta resolución, independientemente de la existencia de derechos conferidos u obligaciones impuestas en virtud de un *acuerdo internacional o un contrato firmado, o de cualquier licencia o permiso concedido* (...)” (§ 7, énfasis añadido).

La tesis es atractiva, pero no nos resuelve el problema, pues es un hecho indudable a día de hoy que las resoluciones del Consejo pueden perfectamente violar una norma de derecho consuetudinario, o contrariar lo prescrito por un principio general del derecho⁹³⁴, sin estar muy claro si el legislador de la Carta deseó dejar en manos del Consejo, sin límite alguno, el poder de derogar en cualquier circunstancia *cualquier* principio de derecho internacional general. El problema se acentúa si consideramos que el encargado de ejecutar las decisiones del Consejo no es el mismo Consejo, sino los Estados, que son los que en la práctica serán responsabilizados internacionalmente en caso de actuación *ultra vires* de éste.

La CIJ ha acogido con acierto una postura mucho más matizada y acertada respecto de la identidad entre la Carta y el Derecho internacional general. Así, en el asunto *Nicaragua (fondo)*, en el contexto de la discusión del argumento de la legítima defensa esgrimido por los Estados Unidos como justificación de sus actuaciones en territorio nicaragüense, la Corte resolvió que “(...) en este ámbito la Carta, lejos de distanciarse del derecho consuetudinario que todavía se mantiene en cuanto tal, ha consagrado principios que ya formaban parte del derecho consuetudinario, y que se han desarrollado en los cuarenta años siguientes bajo la influencia de la Carta hasta el punto de que muchas normas enunciadas en la Carta han adquirido un estatuto independiente de ella”⁹³⁵. Si bien la Corte se cuida de precisar que su *dictum* se circunscribe a “este ámbito” (el de la legítima defensa), lo que aquí se enuncia es un principio sobre las relaciones “constituyentes” entre

La única excepción son los debates en la Sexta Comisión de la AG sobre el actual art. 30(1) CVDT – tratados sucesivos sobre la misma materia, donde se hace una referencia al art. 103 de la Carta-, y los arts. 53 y 64 CVDT (nulidad por *ius cogens*, *ius cogens superveniens*). Sin pretender adentrarnos con detalle en los trabajos preparatorios de dos disposiciones que poco aclaran sobre el contenido del art. 103 de la Carta, resulta interesante anotar cómo “(...) las delegaciones reiteraron que la Carta de las Naciones Unidas contenía diversas normas incontestables de derecho público internacional que el Artículo 103 hacía obligatorias para los Estados Miembros (...). En consecuencia, el *ius cogens* debería abarcar la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, la inadmisibilidad de injerencias en los asuntos internos de los Estados, la igualdad soberana de los Estados, los derechos iguales y la libre determinación de los pueblos. Por ejemplo, cualquier tratado que disponga la preparación, iniciación y conducción de guerras de agresión y el uso de cualquier forma de coerción en las relaciones entre los Estados debería ser considerado sin valor” (nº 4 (1966-1969), Vol. 2, p. 390). Es decir, que numerosas delegaciones de la Sexta Comisión de la AG consideraron que la Carta recogía principios del Derecho internacional general, confirmando la opción de la “identidad” entre ambos. Para un análisis más detallado sobre la práctica posterior de las NN.UU. respecto del art. 103 y la costumbre, *Vid. LIIVOJA, R.: “The scope of...”, loc. cit., pp. 605 y ss. Vid. también SUY, E.: “Art. 53...”, loc. cit., p. 1913.*

⁹³⁴ CIAMPI, A.: *Sanzioni...*, *op. cit.*, p. 161.

⁹³⁵ CIJ, *Actividades militares y paramilitares...*, (1986), § 181. Traducción en CASANOVAS, O.; RODRIGO, A. J.: *Casos y textos...*, *op. cit.*, p. 51.

la Carta y el Derecho internacional general⁹³⁶. De esta manera, la interacción entre Carta y costumbre es un proceso que no se puede reducir al mero acto legislativo de 1945, sino que ha de analizarse recurriendo, entre otros, a los mecanismos tradicionales de la interacción entre costumbre y tratado; teniendo en cuenta, además, la posición especial de la Carta en el Derecho internacional contemporáneo.

Así pues, para la Corte, Carta y Derecho internacional general, si bien parecidos, no son idénticos, y aunque la influencia del uno sobre el otro sea indudable, no tienen por qué coincidir. Sin embargo, la pregunta de si toda derogación de los “principios más elementales del Derecho internacional” por parte del Consejo ha de considerarse admisible queda presente. Aunque ambos puedan coincidir en un determinado caso concreto, sigue sin quedar claro si el propósito primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales permite suspender la aplicación de un determinado principio de derecho consuetudinario, *aunque éste también se encuentre protegido por la Carta*. Es decir, si el artículo 103 de la Carta se aplica *ratione materiae* a todo el Derecho internacional general.

ii) Propuestas doctrinales sobre la primacía de la Carta y el derecho internacional general

En el plano doctrinal, la búsqueda de una respuesta a este interrogante refleja no sólo concepciones diferentes sobre la naturaleza de la Carta y su valor en el Derecho internacional, sino también la búsqueda de argumentos innovadores que protegen intereses infravalorados por el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional (sobre todo, las consideraciones elementales de humanidad). Por ejemplo, para BERNHARDT el artículo 103 cubre *todo el Derecho internacional –ius cogens* aparte⁹³⁷. Y mientras que para otros autores la postura contraria es la correcta⁹³⁸, algunos tratadistas aproximan la cuestión

⁹³⁶ CAHIN, G.: “Droit de la Charte et coutume internationale”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M.: *La Charte...*, *loc. cit.*, p. 86.

⁹³⁷ BERNHART, R.: “Commentary...”, *loc. cit.*, p. 1298. *Cfr.* también CDI: *Informe sobre la fragmentación...*, § 345, CAVARÉ, L.: “Les sanctions dans le cadre...”, *loc. cit.*, p. 219; CONDORELLI, L.: “La Charte, source...”, *loc. cit.*, p. 166; MARTENCZUK, B.: “The Security Council...”, *loc. cit.*, p. 545; PICCHIO FORLATI, L.: « Le sanzioni... », *op. cit.*, pp. 228-229; POZO SERRANO, P.: “La Corte Internacional de Justicia...”, *loc. cit.*, pp. 436-437; THOUVENIN, J.-M.: “Le juge international...”, *loc. cit.*, pp. 374-375; WOOD, M.: « The legal framework... », *loc. cit.*, p. 19; ZEMANEK, K.: “The legal foundations...”, *loc. cit.*, pp. 231-232. Añadiremos en su apoyo que el art. 1(1) de la Carta sólo hace referencia al respeto del Derecho internacional en el contexto de las medidas adoptadas por el Consejo en el ámbito del capítulo VI, y no del capítulo VII (en este sentido, ZIMMERMANN, A.: “Acting under Chapter...”, *loc. cit.*, p. 274).

⁹³⁸ CLAPHAM, A.: *Human rights obligations...*, *op. cit.*, p. 134; DOMINICÉ, C.: « L’article 103... », p. 125; DOMINICÉ, C.: “Le Conseil de sécurité...”, *loc. cit.*, pp. 209 y ss.; GOWLLAND-DEBBAS, V.: “The relationship...”, *loc. cit.*, p. 660, nota al pie 93; HUESA VINAIXA, R.: “El Derecho de la responsabilidad

desde las reglas clásicas de conflicto *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generalis*⁹³⁹: dependiendo del momento de la entrada en vigor de la norma consuetudinaria, será posible determinar si ésta prima sobre la Carta y/o la resolución relevante del órgano onusiano. Otra opción, sensiblemente más original, es la de BEDJAOUI, para quien lo relevante es que el Consejo de Seguridad respete la legalidad internacional, bien sea la legalidad de la Carta, o bien la del Derecho internacional general. Basta con que su actuación se adecúe a una de los dos, aunque una sea más permisiva que la otra, o más ambigua, o incluso parezca menos equitativa⁹⁴⁰.

Por último, el *Informe sobre la fragmentación del Derecho internacional* enlaza la problemática de la aplicabilidad del Derecho internacional humanitario (DIH) a las Operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas con el artículo 103. El documento elaborado por KOSKENNIEMI argumenta que si los poderes del Consejo de Seguridad se encuentran limitados por las obligaciones del DIH, entonces este órgano estaría actuando *ultra vires*, por lo que en definitiva “no hay conflicto en absoluto”⁹⁴¹: éste es aparente, no real⁹⁴². Se desvía de esta manera el balón del tejado de la primacía de la Carta al de la extensión de los poderes del Consejo de Seguridad. Un argumento similar ha sido propuesto –con acierto, a nuestro juicio– respecto de las sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad⁹⁴³.

Llegados a este punto, hemos de realizar una breve parada antes de cerrar nuestro razonamiento. Y es que si se defiende que tanto el derecho convencional y general pueden dejarse inaplicados por la Carta, ello quiere decir que el Consejo ha de poder “suspender”

internacional...”, *loc. cit.*, pp. 609-610; MANGAS MARTÍN, A.: “Instrumentalización de Naciones Unidas y ausencia de control de sus actos”, en GUERRA, A.; TEZANOS, J. F.: *La paz y el Derecho Internacional*, Ed. Sistema, Madrid, 2005, pp. 356-357; MONTAZ, D.: “Sanctions...”, *loc. cit.*, pp. 226-227; SÁNCHEZ, V. M.: *La potestad coercitiva de las organizaciones...*, *op. cit.*, p. 186; TOUBLANC, A.: “L’article...”, *loc. cit.*, pp. 446 y ss. Un apoyo jurisprudencial para esta postura se encuentra en la sentencia del *asunto de las actividades militares y paramilitares de EE.UU. en y contra Nicaragua* de 1986, donde la CIJ separó Carta de las Naciones Unidas y derecho consuetudinario en materia de legítima defensa, llegando a afirmar que la Carta no ha recogido todo el derecho consuetudinario aplicable (§§ 174-178).

⁹³⁹ DINSTEIN, Y.: *The interaction...*, *op. cit.*, p. 418; FORTEAU, M.: *Droit de la...*, *op. cit.*, pp. 464-468 ; KARAGIANNIS, S.: «A propos de certains...», *loc. cit.*, pp. 18 y ss. (aunque relativiza la utilidad de este enfoque); THOUVENIN, J.-M.: « Article 103 », *loc. cit.*, p. 2140 y ss.

⁹⁴⁰ BEDJAOUI, M.: *Nuevo orden mundial...*, *op. cit.*, p. 49.

⁹⁴¹ CDI: *Fragmentación...*, § 331. En un sentido similar, CONFORTI, B.: « Le rôle de l’accord... », *loc. cit.*, pp. 212 y ss. ; KLEIN, P.: “Responsabilité...”, *loc. cit.*, p. 60.

⁹⁴² MILANOVIC, M.: “Norm conflict...”, *loc. cit.*, p. 73.

⁹⁴³ LUGATO, M.: “Sono le sanzioni...”, *loc. cit.*, pp. 333-334.

todo el derecho convencional y general: también el derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, y por ende, las reglas sobre la responsabilidad *indirecta* del Estado -es decir, la complicidad y la falta de vigilancia que analizaremos en el siguiente capítulo⁹⁴⁴-. En este sentido, la conocida obra de GOODRICH, HAMBO y SIMONS tomaba nota de una opinión del Comité de Medidas Colectivas (*Collective Measures Committee*) establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su conocida resolución “Unión por la Paz”⁹⁴⁵. Cuestionado sobre la responsabilidad de los miembros de las Naciones Unidas por el cumplimiento de medidas coercitivas al amparo de la Carta, este

⁹⁴⁴ FORTEAU, M. : *Droit de la sécurité...*, *op. cit.*, pp. 519 y ss. ; LAGRANGE, E.: “Le Conseil de sécurité...”, *loc. cit.*, p. 580. Admitimos que esta afirmación ha de ser aceptada con todas las cautelas posibles, sobre todo en lo que respecta al derecho consuetudinario de la responsabilidad internacional. La relación entre ambos no es nada clara. (GOWLLAND-DEBBAS, V.: “Responsibility and the United Nations...”, *loc. cit.*, esp. p. 122). Como es sabido, el Proyecto de art. 4 del Relator Especial RIPHAGEN, establecía que “Las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado enunciadas en las disposiciones de la presente parte estarán sujetas, según corresponda, a las disposiciones y procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” (Sexto Informe del Relator Especial RIPHAGEN, *loc. cit.*, p. 5). Esta disposición dio lugar a arduos debates en la CDI debido a la intención del Relator ARANGIO-RUIZ, quien se oponía al mantenimiento de una norma que subordinara *toda* la responsabilidad internacional del Estado a la Carta. Su propuesta alternativa restringía la subordinación del Proyecto a la Carta a “las medidas acordadas por el Consejo de Seguridad *en el ejercicio de las funciones que le confieren las disposiciones de la Carta*” (Propuesta de art. 20 a), Séptimo Informe del Relator Especial ARANGIO RUIZ, Doc. A/CN.4/469 Add 1, *ACDI*, vol. II(1), 1995, § 140, énfasis añadido).

La idea fue rechazada y, de hecho, tal y como el sistema se mantiene hoy en día, el art. 59 debe considerarse como el “hijo” del art. 103, “hermano pequeño” en edad del art. 30(1) CVDT, nacido del extraño “matrimonio” (o divorcio, según se mire), entre la Carta y el derecho de la responsabilidad internacional del Estado, unión en la que el cónyuge de San Francisco tiene la última palabra en la toma de decisiones. El énfasis del (breve) Comentario de la CDI al proyecto final a la primacía de la Carta apunta en este sentido (Sobre esta cuestión, *Vid.* las críticas posteriores de ARANGIO-RUIZ a la actitud de la CDI en “Article 39 of the ILC First-Reading Draft Articles on State Responsibility”, *ICLQ*, vol. 43, n° 1, 1994, pp. 55 y ss.; y AZNAR GÓMEZ, M. J.: *Responsabilidad internacional...*, *op. cit.*, pp. 45-70 y conclusiones; HUESA VINAIXA, R.: “El derecho de la responsabilidad...”, *loc. cit.*, pp. 606 y ss).

En lo que respecta al derecho consuetudinario, autores como FORTEAU se adentran en una sofisticada búsqueda en pos de una norma que asesore en los conflictos entre la Carta y el Derecho internacional consuetudinario de la responsabilidad internacional del Estado, llegando a la (inevitable) conclusión de que dicha regla no existe (FORTEAU, M.: *Droit de la sécurité collective...*, *op. cit.*, pp. 464-468). Concurrimos con esta opinión y su conclusión final “s’en remettre à l’organe saisi du conflit à qui il appartiendra de faire un choix en faveur de l’intérêt qu’il considèrerait plus digne de protection » (p. 468). Para otros autores simplemente no es posible para el Consejo derogar el derecho consuetudinario en materia de responsabilidad internacional del Estado, porque consideran que el art. 103 fue redactado pensando sólo en obligaciones primarias (*Vid.* por todos, HUESA VINAIXA, R.: “El Derecho de la responsabilidad...”, *loc. cit.*, p. 609).

⁹⁴⁵ Resolución 377(A) V de la AGNU, de 3 de noviembre de 1950, arts. 11-13. Compuesta por 14 Miembros (Australia, Bélgica, Birmania, Brasil, Canadá, Egipto, Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Turquía, Venezuela y Yugoslavia). Su misión era, “en consulta con el Secretario General y con los Estados Miembros que la Comisión considere adecuado consultar”, realizar un estudio, a presentar al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General, “sobre los métodos que podrían emplearse, inclusive los indicados en la sección C de la presente resolución, a fin de mantener y fortalecer la paz y la seguridad internacionales, conforme a los propósitos y principios de la Carta, tomando en consideración las disposiciones relativas a las medidas de legítima defensa colectiva y a los acuerdos regionales (Artículos 51 y 52 de la Carta)” (art. 11).

órgano subsidiario de la AG subrayó la importancia de librar a los Estados de responsabilidad “legal” convencional y bajo “*otros acuerdos internacionales*” como consecuencia de la ejecución de medidas colectivas⁹⁴⁶. No puede ser de otra manera si tenemos en cuenta, como matizaremos más adelante, que el artículo 103 tiene un efecto similar al de una causa de exclusión del ilícito, y que por lo tanto no puede restringirse *ratione materiae* al derecho primario de las Naciones Unidas⁹⁴⁷. Ello confirmaría además nuestra posición mantenida anteriormente respecto de la jurisdicción de los órganos internacionales de supervisión en materia de derechos humanos para declarar internacionalmente responsables a los Estados, cuando estos ejecutan resoluciones del Consejo de Seguridad incompatibles con las obligaciones convencionales en materia de derechos humanos⁹⁴⁸.

No es menos cierto, sin embargo, que las derogaciones implícitas *en bloc* del Consejo han de ser escudriñadas con suma cautela⁹⁴⁹, pues deducir del texto ambiguo y parco de las resoluciones del Consejo una derogación *total* de un orden normativo es abrir la puerta a todo tipo de abusos hermenéuticos. El silencio del Consejo respecto de las obligaciones de los Estados cuando ejecutan sus resoluciones no tiene por qué significar la paralización total de un régimen jurídico determinado. De hecho, resulta mucho más sensato verificar *caso por caso* si el Consejo ha pretendido derogar una norma primaria o secundaria mediante su acción coercitiva bajo el Capítulo VII de la Carta, en función de la interpretación que se realice de las obligaciones concretas exigidas por la resolución⁹⁵⁰.

⁹⁴⁶ GOODRICH, L. M.; HAMBRO, E.; SIMONS, A. P.: *Charter of the United Nations. Commentary and documents*, 3ª Ed., Columbia University Press, New York-London, 1969, pp. 615-616. *Vid.* también THOUVENIN, J.-M.: “Article 103...”, *loc. cit.*, p. 2136-2137. Los debates del Comité de medidas colectivas se encuentran repletos de referencias a las “obligaciones contractuales” y los “acuerdos internacionales de los Estados”, excluyendo cualquier referencia expresa a las obligaciones consuetudinarias de los Estados. *Vid. Repertorio de la Práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas (1945-1954)*, Vol. 5, §§ 8-9 y 11, pp. 331-332.

⁹⁴⁷ Dado que nos parece necesario precisar los argumentos en los que basamos nuestro apoyo a la opinión del Comité de Medidas Colectivas, volveremos al tema de la aplicabilidad del artículo 103 de la Carta a terceros en la tercera parte de este estudio, cuando analicemos la jurisprudencia de Luxemburgo. Y es que se podría deducir fácilmente que apoyar la aplicabilidad de la Carta a terceros-órganos judiciales de tribunales internacionales, como hacemos aquí, implica que partimos de una visión “constitucionalista” de la Carta. Como veremos, no es necesario ir tan lejos para llegar a esta conclusión.

⁹⁴⁸ Otra cosa es, como venimos insistiendo, que la misma resolución del Consejo sea *ultra vires* al no respetar la Carta, y que además utilicemos las obligaciones del PIDCP como referente para concretar las obligaciones del Consejo en materia de derechos humanos.

⁹⁴⁹ KOLB, R.: “La ocupación en Irak...”, *loc. cit.*, pp. 12-13, refiriéndose al derecho de la ocupación.

⁹⁵⁰ AUST, A.: “The role of human rights in limiting the enforcement powers of the Security Council: a practitioner’s view”, en DE WET, E.; NOLLKAEMPER, A. (Eds.): *Review of the Security by Member States*, Intersentia, Antwerp, 2003, p. 34, quien habla de “expresamente o por implicación necesaria”; KLABBERS, J.:

Aún más, en el ámbito más concreto de los derechos humanos, como ha defendido con particular vigor MILANOVIC, la hermenéutica ha de hacer todo lo posible para evitar que las expresiones poco precisas de las resoluciones del Consejo repercutan innecesariamente sobre los derechos humanos de los individuos⁹⁵¹.

Ello no obsta, sin embargo, para que insistamos en que, en nuestro caso concreto, las resoluciones del Consejo Al-Qaeda/Talibanes responden a la pretensión del Consejo de evitar *al menos* la responsabilidad internacional *directa* de los Estados miembros por la eventual violación de los derechos humanos derivada de la *ejecución* de las sanciones inteligentes⁹⁵². Y es que no tendría sentido que el Consejo obligara a los Estados a ejecutar las listas que él elabora, sin margen de discrecionalidad alguno, sin querer exonerarlos al mismo tiempo de la responsabilidad internacional *directa* por el incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Afirmar lo contrario sería a nuestro juicio un sinsentido. Cuestión diferente es, insistimos, si las listas del Consejo son *intra vires* y han de ser obedecidas por los Estados. Como ya hemos defendido, hay al menos un mínimo de derechos humanos que debe considerarse aplicable al Consejo cuando actúa en el ámbito del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Este *minimum* abarca las garantías esenciales del juicio justo. Y si uno acepta que las sanciones Al-Qaeda/Talibanes suponen una violación de dichas garantías esenciales, los Estados incurren en responsabilidad internacional al ejecutar éstas *a pesar* de la legalidad *prima*

Treaty conflict..., *op. cit.*, pp. 104 y ss.. Se recurre de esta manera al “principio de armonización”, propuesto por KOSKENNIEMI en su Informe para la CDI sobre la fragmentación: “cuando varias normas tratan de la misma cuestión, esas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles” (Conclusión n° 4, p. 449). El principio se aplica no sólo en las relaciones entre diferentes normas de Derecho internacional que regulan una misma materia; también está recogido en el Derecho constitucional de varios Estados, a fin de regular la relación entre Derecho Internacional y Derecho interno (P.e., LAVRANOS, N.: *Legal interactions between decisions of international organizations and european law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2004, p. 14; VON BOGDANDY, A.: “Pluralism, direct effect and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, n° 3-4, 2008, p. 398, nota al pie 2).

⁹⁵¹ MILANOVIC, M.: “Norm conflict...”, *loc. cit.*, pp. 98 y ss. Sintetiza el autor cinco argumentos que encuentra confirmados en doctrina y jurisprudencia nacional e internacional: existe en Derecho internacional una norma que exige interpretar las normas de manera que se eviten los conflictos –si es posible–; el Consejo de Seguridad no es un legislador global (a pesar de los poderes que se ha arrogado en la resolución 1373(2001), la práctica del Consejo de Seguridad obliga a leer sus resoluciones de manera que se acomoden a las exigencias internacionales en material de derechos humanos; los derechos humanos son un imperativo inherente al individuo que se encuentra por encima de los intereses de la paz y la seguridad; los Estados tienden a interpretar el lenguaje de las resoluciones del Consejo de la manera más amplia posible en innecesario detrimento de los derechos humanos (como sucedió en *Al-Jeddah*).

⁹⁵² Así, en el 8º Informe de Equipo de Vigilancia se argumenta que la efectividad del régimen de sanciones se vería severamente afectada por la impugnación de listas en la UE (8º Informe..., §§ 39 y ss., pp. 18 y ss.), lo cual es un claro llamamiento en aras de la “irresponsabilidad” internacional del Estado por la ejecución de las sanciones inteligentes.

facie de las resoluciones del Consejo de Seguridad; precisamente porque en el fondo, la legalidad de éstas es sólo *prima facie*, y no real.

iii) Propuestas jurisprudenciales sobre la primacía

Volvemos así a nuestro repaso general a las opiniones sobre el artículo 103 y el Derecho internacional general con la visión de diversos *tribunales nacionales e internacionales* sobre el artículo 103 de la Carta y el Derecho internacional general. En lo que respecta a la jurisprudencia de la CIJ, ninguno de sus pronunciamientos ha afrontado de manera diáfana los límites de la problemática primacía de la Carta. Por ello, no es de extrañar que esta jurisprudencia haya sido calificada a este respecto de “agnóstica”⁹⁵³: por ejemplo, en *Nicaragua* (admisibilidad), la CIJ afirmó que la Carta prevalece sobre todos los acuerdos regionales, bilaterales o multilaterales, sin ofrecer más detalles al respecto⁹⁵⁴.

La directriz más concreta que encontramos a este respecto es la Opinión separada del Juez REZEK en el asunto *Lockerbie*, en el que afirma que “article 103 (...) is not designed to operate to the detriment of customary international law and even less so to the detriment of the general principles of law of the law of nations”⁹⁵⁵. En otras palabras, el citado Juez defiende una concepción restrictiva de la primacía de la Carta. Sin embargo, de sobra es sabido que la decisión del Tribunal evitó pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada, ciñéndose estrictamente a la relación entre la Convención de Montreal de 1971 y el derecho derivado de la Carta⁹⁵⁶. Este silencio no impediría más tarde al Juez *ad hoc* LAUTERPACHT interpretar el alcance del artículo 103 de la Carta en su sentido más amplio, apoyándose precisamente en *Lockerbie*. En efecto, en su Opinión separada a la

⁹⁵³ LIIVOJA, R.: « The scope of the supremacy clause... », *loc. cit.*, p. 591.

⁹⁵⁴ CIJ, *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (admisibilidad), § 107.

⁹⁵⁵ CIJ, Opinión separada del Juez REZEK en el asunto *Lockerbie*, § 2. Previamente, el Juez AMMOUN había considerado la aplicabilidad del artículo 103 *únicamente* en el contexto convencional en su Opinión separada en el asunto *Namibia* (§ 18).

⁹⁵⁶ CIJ, *Cuestiones relativas a la interpretación y la aplicación de la Convención de Montreal de 1971 derivadas del incidente aéreo de Lockerbie* (Jarahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos), Ordenanza de 14 de abril de 1992 (medidas conservatorias), *Recueil CIJ 1992*, §§ 37-50. En iguales términos se pronuncian las declaraciones/opiniones disidentes/separadas de los jueces SCHWEBEL (pp. 67-68, 71 y 76); GUILLAUME y FLEISCHAUER (p. 48) y JENNINGS (pp. 106 y 113). *Vid.*, de manera general, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: “¿*De maximis non curiat praetor?* El Consejo de Seguridad y la CIJ en el asunto *Lockerbie*”, *REDI*, Vol. 44, nº2, 1992, pp. 327 y ss. También se ha interpretado la sentencia en el sentido contrario, en el de confirmar la primacía de la Carta sobre el derecho consuetudinario. Sin base textual suficiente, a nuestro modo de ver (REISMAN, M.: “The Constitutional crisis in the United Nations”, *AJIL*, Vol. 87, nº 1, 1993, p. 88).

Ordenanza de la CIJ sobre la solicitud de medidas provisionales en el *asunto de la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio*, el Juez británico consideró la referencia de la CIJ a la primacía de la Carta en *Lockerbie* en su versión más extensiva; es decir, abarcando *todo* el Derecho internacional salvo el *ius cogens*⁹⁵⁷.

El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas no fue más expresivo que la CIJ en la línea de casos *Yusuf*. Ciertamente, el órgano luxemburgués adoptó una visión radicalmente extensa de la primacía de la Carta, abarcando tanto el derecho convencional *como el derecho interno de los Estados*⁹⁵⁸. Pero la sentencia omite cualquier referencia al resto de fuentes del Derecho internacional, y eso que el Consejo y la Comisión no dudaron en invocar el artículo 103 como norma que abarca tanto el derecho convencional como el consuetudinario⁹⁵⁹. Por el contrario, el Tribunal estimó que la adecuación de las resoluciones del Consejo de Seguridad al Derecho internacional general escapaba de su jurisdicción *ratione materiae*. La única excepción se encuentra en la eventual violación del *ius cogens*. Como es sabido, el posterior razonamiento del TJCE en *Kadi* variaría la perspectiva de *Yusuf* para centrarla en el derecho comunitario, obviando de esta manera cualquier referencia a la primacía de la Carta de las Naciones Unidas y al *ius cogens* internacional.

Tampoco intenta despejar dudas la sentencia del Tribunal Federal Administrativo Alemán en *Fiscal de las Fuerzas Armadas Federales c. Pfaff (Oficial de las Fuerzas Armadas)*. El caso tiene su origen en la sanción impuesta a un Oficial de las Fuerzas Armadas alemanas por su negativa a participar en una serie de programas militares de preparación de la Guerra de Irak. El Oficial justificó su actuación por su discrepancia con el conflicto, que consideraba inmoral e ilegal, por lo que consideraba que su derecho a la libertad de conciencia se encontraba en juego. En su respuesta, el órgano judicial alemán no dudó en valorar con detalle la legalidad de la intervención aliada en Irak de 2003 y en sopesar el alcance de las obligaciones que Alemania tenía por su pertenencia a la OTAN, a fin de justificar la decisión del Sr. Pfaff. En este sentido, concluyó que el conflicto no

⁹⁵⁷ Opinión separada del Juez LAUTERPACHT en CIJ, *aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio*, Ordenanza de 13 de septiembre de 1993, *Recueil CIJ 1993*, § 99-100.

⁹⁵⁸ TJCE, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 231.

⁹⁵⁹ Olvidando así que los principios generales del derecho también son una fuente del derecho en el art. 38 del Estatuto de la CIJ (TJCE, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 207).

respondía a las exigencias del artículo 51 de la Carta y que por lo tanto constituía un acto de agresión.

Pues bien, entre las múltiples cuestiones discutidas en esta interesante sentencia, el Tribunal Federal Administrativo Alemán se pronunció en los siguientes términos respecto del artículo 103 de la Carta:

“Art. 103 UN Charter establishes a blanket primacy of the law of the UN Charter over obligations from all other agreements in international law. In the present context the consequence of this is that no rights and obligations in conflict with the UN Charter, for example by breaching the prohibition on the use of force of Art. 2(4) UN Charter, may in any case be relied on by the USA and the UK with respect to Germany (...)”⁹⁶⁰.

Poco podemos colegir de este *dictum*, al contextualizarse en unos supuestos acuerdos secretos de colaboración militar firmados por Alemania con EE.UU. y el Reino Unido. Simplemente, anotamos el uso intencionado de la expresión “primacía en blanco”⁹⁶¹, término extenso que descarta que cualquier materia de Derecho internacional quede fuera de la esfera de actuación del artículo 103 de la Carta, aunque sean los derechos humanos o el Derecho internacional humanitario. Ahora bien, si el *dictum* se refiere o no al Derecho internacional general, ésa es una cuestión que no encontramos resuelta tras la lectura del caso.

En el mismo sentido, la sentencia *Nada* del Tribunal Federal Suizo (en la que recordemos se ventilaba la situación de Youssef Nada, empresario egipcio recluido por Suiza en el pequeño enclave de Ticino tras su inclusión en la lista del Consejo), se afirma que la primacía de la Carta se extiende sobre todos a los acuerdos “bilaterales, regionales y multilaterales”. De esta manera, sigue al pie de la letra lo afirmado por la CIJ en *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1984)⁹⁶². Es más, al igual que el Tribunal de la Haya, la Alta jurisdicción suiza se apoya en el artículo 30(1) de la CVDT, que excepciona a la CNU de las normas generales en materia de aplicación de Tratados sucesivos sobre la misma materia. Con ello se vuelven a mantener indeterminados los perfiles jurídicos del artículo 103 de la Carta en lo que respecta al Derecho internacional

⁹⁶⁰ TFAA, *Fiscal de las Fuerzas Armadas Federales c. Pfaff* (Oficial de las Fuerzas Armadas, sentencia de 21 de julio de 2005, BVerwG 2 WD 12.04, § p. 4.1.4.1.3. *in fine*. Traducción al inglés disponible en *ORIL*, Ref. ILDC 483 DE2005, <http://www.oxfordlawreports.com/>, visitado por última vez el 16 de julio de 2010.

⁹⁶¹ *Blanket primacy* en la traducción del alemán al inglés.

⁹⁶² TFS, *Nada gegen Seco, Staatssekretariat für Wirtschaft, sowie Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, sentencia de 14 de noviembre de 2007, BGE 133 II 450, § 5.1. Traducción al inglés disponible en *International Law in Domestic Courts*, Ref. ILDC 461 (CH 2007), <http://www.oxfordlawreports.com/>, visitado por última vez el 30 de julio de 2010.

general. Idéntica aproximación fue mantenida por el TEDH en su sentencia *Behrami y Behrami y Saramati*⁹⁶³.

Un último apunte sobre esta cuestión en la jurisprudencia internacional y nacional nos lleva al asunto *Al-Jedda* de la Cámara de los Lores británica. En esta decisión relativa a la detención de un nacional británico por las tropas aliadas que depusieron a Saddam Hussein, se planteó la legalidad de una serie de resoluciones del Consejo de Seguridad y los límites de la obligación de los Estados de ejecutarlas. A este respecto, la opinión de Lord BINGHAM OF CORNHILL fue la más explícita, y no encontró en este punto la oposición ninguno de los otros Lores. Siguiendo la opinión del Juez *ad hoc* LAUTERPACHT en el asunto de la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio, el juez británico interpretó el pronunciamiento de la CIJ en *Lockerbie* en el sentido más amplio posible, el de no admitir más límite a las decisiones del Consejo que el *ius cogens*. Ello lo hizo refiriéndose expresamente a la Convención Europea de los Derechos Humanos en tanto que instrumento de salvaguardia de los derechos humanos de pretendido carácter “especial”⁹⁶⁴ (uno podría pensar que incluso en tanto que orden público europeo). La Cámara de los Lores sostuvo, pues, uno de los puntos que defendimos antes: que incluso los tratados de derechos humanos han de ceder el paso a las obligaciones exigidas por el Consejo de Seguridad. En otras palabras, la sentencia *Al-Jedda* apoya la primacía de la Carta sobre toda otra obligación internacional, proceda de la fuente que proceda, dejando aparte únicamente el *ius cogens* como derecho imperativo que no admite derogación.

iv) La Carta y el *ius cogens*

Para acabar, sobre la primacía de la Carta y el *ius cogens* poco se puede añadir a estas alturas de debate. Y es que, aparte de los elementos jurisprudenciales a los que nos venimos refiriendo, existen apoyos doctrinales de sobra para argumentar que el extraordinario alcance de los poderes del Consejo de Seguridad encuentra una barrera infranqueable en el respeto de las normas de carácter imperativo⁹⁶⁵. No puede ser de otra

⁹⁶³ TEDH, *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Alemania, Francia y Noruega*, § 27.

⁹⁶⁴ HL, Opinión de Lord BINGHAM OF CORNHILL en *Al-Jedda c. Secretary of State for Home Department*, § 35.

⁹⁶⁵ *Vid.*, entre otros trabajos que venimos citando, COHEN-JONATHAN, G.: « Le Conseil de sécurité... », *loc. cit.*, p. 39-40; CONDORELLI, L.: “La Charte, source des principes...”, *loc. cit.*, p. 166; DOEHRING, K.:

manera, pues por definición las normas de *ius cogens* limitan la voluntad de todos los sujetos de Derecho internacional sin excepción alguna⁹⁶⁶. A este respecto no se puede oponer ningún argumento, a no ser que se niegue la existencia misma del *ius cogens* en Derecho internacional, o que se limite la existencia del *ius cogens* a su consagración en el artículo 53 de la CVDT, evitando su aplicación a la Carta sobre la base de la irretroactividad consagrada en el artículo 4 de la Convención⁹⁶⁷. Incluso las tesis sobre la naturaleza constitucional de la Carta confirman a nuestro modo de ver este argumento al descartar *ipso iure* cualquier posibilidad de contradicción entre la Carta y el Derecho

“Unlawful resolutions...”, *loc. cit.*, p. 99; DOMINICÉ, C.: « Le Conseil de sécurité... », *loc. cit.*, p. 218; FLORY, M.: « Article 103 », en COT, J.-P.; PELLET, A.: *La Charte...*, *loc. cit.*, p. 1387; KARAGIANNIS, S.: “A propos de...”, *loc. cit.*, pp. 19 y ss.; ORAKHELASHVILI, A.: « The impact of Security Council resolutions... », *loc. cit.*, pp. 68-69; PELLET, A.: “Peut-on et doit-on...”, *loc. cit.*, p. 236 y ss.; POZO SERRANO, P.: *La Corte Internacional...*, *op. cit.*, p. 533; SCHWEIGMAN, D.: *The authority...*, *op. cit.*, pp. 197 y ss.; SIMMA, B.: “La Charte des Nations Unies et le *ius cogens*”, en CHEMAIN, R.; PELLET, A.: *La Charte...*, *loc. cit.*, p. 208; VACAS FERNÁNDEZ, F.: *La responsabilidad internacional de las Naciones Unidas : fundamento y principales problemas de su puesta en práctica*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 95-96; VOEFFRAY, F.: “Le Conseil de sécurité...”, *loc. cit.*, p. 1207; ZEMANEK, K.: « The legal foundations... », *loc. cit.*, p. 231-232. *Vid.* también el informe de la *International Law Association* titulado “Accountability of international organisations”, *Final Report Conference Berlin 2004*, p. 19, disponible en <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/9>, visitado por última vez el 9 de agosto de 2010. Entre los apoyos jurisprudenciales, podemos añadir el voto particular de Sir NIGEL RODLEY en *Sayadi y Vinck*, § 6. *Cfr.* también CDI: “Informe sobre la fragmentación...”, *loc. cit.*, § 346, y la opinión de Lord HOPE (al que se unieron Lord WALKER y Lord HALE) en *Jabar Ahmed y otros*, § 11). *Contra*, MARTENCZUK, B.: “The Security Council...”, *loc. cit.*, p. 546.

⁹⁶⁶ Una curiosa (y abusiva, a nuestro juicio) interpretación de la cuestión la formula THOUVENIN, quien estima que las resoluciones del Consejo de Seguridad presentan todas las características de las normas de *ius cogens*: aceptadas y reconocidas por todos los miembros de las Naciones Unidas; no permiten derogación, y sólo pueden ser descartadas por una decisión del Consejo de Seguridad. Faltaría la condición de *generalidad* (las resoluciones del Consejo se destinan a situaciones particulares), pero este inconveniente se está “resolviendo” con las resoluciones legislativas del Consejo de Seguridad, como la 1373(2001). Desde esta óptica, desde luego, el Consejo de Seguridad sería de facto, y casi de iure, *ab legibus solutus* (THOUVENIN, J.-M.: “Le juge...”, *loc. cit.*, p. 376).

⁹⁶⁷ De acuerdo con esta posibilidad, la primacía/inderogabilidad del *ius cogens* no puede predicarse respecto de las resoluciones del Consejo contrarias a éste, aunque sean posteriores a la entrada en vigor de la CVDT, pues la obligatoriedad de estas resoluciones sobre *todo* el Derecho internacional descansa en los artículos 25 y 103 de la Carta, anteriores al artículo 53 CVDT (*cfr.* p.e. LAGRANGE, E.: “Le Conseil de sécurité peut-il...”, *loc. cit.*, p. 584. *Contra*, p.e., KARAGIANNIS, S. “A propòs...”, *loc. cit.*, p. 19). Esta solución se puede superar considerando varios argumentos, por ejemplo, que el *ius cogens* preexiste a la Carta o al menos le es coetáneo, o que las limitaciones a los poderes del Consejo de Seguridad que se encuentran en el derecho imperativo son fruto de una interpretación evolutiva de los artículos 25 y 103 de la Carta. Lo que no es posible en ningún caso es admitir que, si bien el *ius cogens* preexiste a la Carta, ésta admite su derogación, porque ello llevaría a la conclusión, absurda por necesidad, de la nulidad de la Carta.

No podemos obviar de todas maneras que las relaciones entre el *ius cogens* y la Carta plantean no pocos problemas relativos a las autorizaciones del uso de la fuerza por el Consejo de Seguridad, o incluso a los procedimientos de la Corte Penal Internacional. En este sentido, LAGRANGE ilustra con acierto cómo una interpretación demasiado estricta del *ius cogens* como límite a la Carta puede provocar efectos no deseados. Entre ellos, la nulidad del artículo 16 del Estatuto de la Corte (suspensión de la investigación o enjuiciamiento por mandato del Consejo), si se interpreta que la obligación de todo Estado de prevenir y sancionar el crimen de genocidio forma parte del derecho imperativo (*ibid.*, pp. 584-585)

internacional imperativo⁹⁶⁸. La argumentación es similar a la ofrecida por la CDI respecto de los eventuales conflictos entre la Carta y el Derecho internacional humanitario⁹⁶⁹: no hay conflicto posible entre ambos, porque la primera protege al segundo e impide su derogación; luego toda resolución contraria al *ius cogens* violará automáticamente la Carta y será nula *ab initio*.

v) Conclusión

Hasta aquí nuestra valoración de los límites de la primacía de la Carta en la doctrina y la jurisprudencia internacionales. A pesar de algunas incertidumbres que todavía rodean a varios aspectos del artículo 103, nos parece razonable concluir a la luz de los múltiples elementos que acabamos de exponer que *la primacía de las obligaciones derivadas del ejercicio por el Consejo de Seguridad de sus poderes al amparo del capítulo VII de la Carta encuentra únicamente un claro límite jurídico-internacional: el ius cogens. La primacía sobre el resto de fuentes del Derecho internacional general, sin embargo, ha de ser evaluada caso por caso, presumiéndose prima facie la superioridad de la Carta.* Ahora bien, la operatividad de dicha primacía depende de un punto de partida imprescindible: la legalidad de las decisiones del Consejo de Seguridad a la luz de la misma ONU, sin la cual no puede desplegar sus efectos.

La primacía de la Carta se ve determinada por el margen de discrecionalidad que el Consejo de Seguridad deje a los Estados para ejecutar sus obligaciones. Precisamente en el caso de las sanciones inteligentes, se trata de un elemento de influencia nada despreciable, y de hecho, será analizado en el próximo capítulo, que estudia el “prisma” de las sanciones

⁹⁶⁸ Una peculiar visión del art. 103 y el *ius cogens* se encuentra en CONFORTI, B.: “Cours général...”, *loc. cit.*, pp. 129 y ss., donde se analiza la regla de la primacía como *confirmación* del carácter imperativo de ciertos propósitos y principios de la Carta, entre ellos, el deber de los Estados de proteger los derechos humanos.

⁹⁶⁹ DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, *loc. cit.*, pp. 305-306; FASSBENDER, B.: *The Charter of the United Nations...*, *op. cit.*, p. 125. Una de las inesperadas consecuencias de esta doctrina es que en *Yusuf* el TPI habría llevado a cabo algo que el mismo Tribunal había pretendido evitar: revisar indirectamente la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad a la luz de la misma Carta. En efecto, si no hay contradicción posible entre la Carta y el *ius cogens*, el TPI revisó la legalidad de las resoluciones Al-Qaeda/Talibanes del Consejo de Seguridad al valorar si éstas violaban el derecho imperativo (*Vid. TPI, Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 370: “la determinación de lo que constituye una amenaza contra la paz y seguridad internacionales y de las medidas necesarias para defenderlas o restablecerlas constituye una competencia exclusiva del Consejo de Seguridad, que por consiguiente queda sustraída a la competencia de las autoridades y tribunales nacionales o comunitarios, sin otra salvedad que el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, contemplado en el artículo 51 de dicha Carta”). Tal fue el respeto mostrado por el TPI a los poderes del Consejo que incluso excluyó la posibilidad de un control *incidental* de las actuaciones del Consejo sobre la base de los estándares comunitarios de protección de los derechos humanos (§ 272). La argumentación del TPI sobre su jurisdicción sería, pues, esquizofrénica.

inteligentes desde la perspectiva de la responsabilidad internacional del Estado. En este capítulo el artículo 103 jugará un papel muy relevante, dado que si observamos la manera en la que esta disposición opera, podremos apreciar su indudable semejanza con una *circunstancia de exclusión del ilícito*. En efecto, como ha subrayado GOWLLAND-DEBBAS, el artículo 103 “ensures that States do not incur responsibility for non-fulfillment of their other treaty obligations”⁹⁷⁰. Es decir, el conflicto normativo sigue en pie, pues el artículo 103 de la Carta no supone la nulidad de la norma contraria a la Carta; sino que *suspende*⁹⁷¹ su aplicabilidad y, por ende, evita la subsiguiente responsabilidad del Estado. Desde este punto de vista, pues, primacía y causa de exclusión del ilícito pueden ser asimilados, por lo que, a pesar de su indudable naturaleza de “norma de conflicto”⁹⁷², aprovecharemos en su momento este ángulo particular del “prisma” del artículo 103 para valorar la responsabilidad del Estado por las violaciones de las garantías judiciales causadas por las sanciones inteligentes financieras.

II.2. Fase de recepción de las resoluciones del Consejo por los Estados: el problema de las resoluciones *ultra vires*

II.2.1. La interpretación de la Constitución de las Naciones Unidas: una mirada voluntarista

a) De la existencia de un poder estatal para desobedecer las resoluciones ultra vires del Consejo de Seguridad...

Una vez introducida la panoplia de argumentos que pueden ser utilizados como soporte de la ilegalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad, resulta más fácil apreciar cómo los Estados miembros se encuentran en una situación esquizofrénica en la que deben ponderar dicha ilegalidad en circunstancias de clara presión jurídica ejercida por los artículos 25, 48 y 103 de la CNU. En efecto, por un lado, el artículo 25 CNU establece

⁹⁷⁰ GOWLLAND-DEBBAS, V.: “Security Council enforcement...”, *loc. cit.*, p. 88. En el mismo sentido, DUPUY, P.-M.: “La pratique récente...”, *loc. cit.*, p. 528; HUESA VINAIXA, R.: “El derecho de la responsabilidad internacional...”, *loc. cit.*, pp. 610 y ss.; KLEIN, P.: “Responsabilité...”, *loc. cit.*, p. 60; SICILIANOS, L.-A.: “Entre multilatéralisme...”, *loc. cit.*, p. 175 (respecto de las resoluciones del C.S.); SZUREK, S.: “La Charte...”, *loc. cit.*, p. 39; SUY, E.: “Art. 53”, en KLEIN, P.; CORTEN, O.: *La Convention de Vienne...*, *loc. cit.*, p. 1913.

⁹⁷¹ MILANOVIC, M.: “Norm conflict...”, *loc. cit.*, p. 76.

⁹⁷² COMBACAU, J.: *Le pouvoir de sanction...*, *op. cit.*, p. 281 y ss.; TOUBLANC, A.: “L’article 103... », *loc. cit.*, p. 441, rechazando que se trate de una “regla de jerarquía”.

una relación “vertical”⁹⁷³ entre los Estados y las Naciones Unidas, obligando a los primeros a ejecutar las obligaciones emanadas del Consejo de Seguridad⁹⁷⁴. Por el otro lado, tanto las relaciones “horizontales” entre Estados, como las relaciones “verticales” entre Estados e individuos sujetos a su jurisdicción, e incluso la misma Carta (si se considera que las resoluciones Al-Qaeda/Talibanes no respetan sus propósitos y principios), tensan la cuerda jurídica en dirección contraria. En este sentido, la relevancia de los intereses en juego (el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional) y la naturaleza del instrumento del que derivan -para algunos, la “Constitución de la comunidad internacional” -, hacen necesario evaluar cuidadosamente lo que un Estado puede hacer frente a una resolución del Consejo de apariencia ilegal. No en vano, el artículo 25 de la Carta es entre otras cosas una clara expresión de la obligación de los Estados de cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales, codificada en el artículo 26 de la CVDT⁹⁷⁵.

El paradigma del positivismo voluntarista, cuya expresión más notoria es el reiterado *dictum* de la CPJI⁹⁷⁶ (presidida por el Juez ANZILOTTI), de acuerdo con el cual las limitaciones a la independencia de los Estados no se presumen nunca, ha encontrado innumerables cuestionamientos con el desarrollo del derecho “derivado” de las organizaciones internacionales. Algunos instrumentos constitutivos de éstas han sido interpretados en ocasiones de manera difícilmente reconciliable con la voluntad de los “padres fundadores”, y con menor interés por los métodos más “clásicos” de interpretación de Tratados⁹⁷⁷. Los órganos judiciales de las organizaciones internacionales han desarrollado metodologías para interpretar el alcance de las competencias de la manera

⁹⁷³ GOWLLAND-DEBBAS, V.: “Sanctions regimes under article 41...”, *loc. cit.*, p. 19.

⁹⁷⁴ La ejecución no es la única obligación de los Estados; pues existe igualmente una obligación común a los regímenes de sanciones de informar al Comité de Sanciones sobre la ejecución de las sanciones, así como una obligación de cooperar con él de buena fe. En el régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes, esta obligación está presente desde la resolución 1267 (S/RES/1267, §§ 8-10). Nos remitimos a nuestro análisis en el capítulo I sobre el Comité de Sanciones y el Equipo de Vigilancia.

⁹⁷⁵ *Cfr.*, p.e., PELLET, A.: “Les fondements juridiques...”, *loc. cit.*, p. 238, en el contexto de la discusión sobre el fundamento jurídico-internacional del principio de cooperación leal del derecho de la UE.

⁹⁷⁶ CPJI, *asunto del Lotus* (Francia c. Turquía), 7 de septiembre de 1927 (fondo), *Recueil CPJI*, p. 18.

⁹⁷⁷ Convención de Viena, cuyo art. 5, recordémoslo, dispone su aplicabilidad a los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales “sin perjuicio de cualquier otra regla pertinente de la organización”. Claro que no es ninguna novedad referirse a la doble naturaleza convencional y *constitucional* de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales: origen/forma convencional; función *constitucional* (SOBRINO HEREDIA, J. M.: “Los medios jurídicos de acción: el Derecho de las organizaciones internacionales”, en DÍEZ DE VELASCO, M.: *Las organizaciones...*, *loc. cit.*, pp. 132-133).

más amplia posible, tomando a veces prestadas técnicas de los sistemas federales⁹⁷⁸, y con el fin de acomodar el tratado originario a su función o “destino” constitucional⁹⁷⁹. En consecuencia, se recurre con insistencia a la interpretación teleológica⁹⁸⁰, a la práctica subsiguiente de la organización frente a la intención de las partes contratantes, y a la aproximación “biológica” a los textos constitutivos como “instrumento viviente”⁹⁸¹. Recurriendo a las palabras del Juez SCHWEBEL en *Lockerbie*, algunas de las aplicaciones de estos métodos se encuentran más cerca de la interpretación “revolucionaria” (*revolutionary*) que de la “evolutiva” (*evolutionary*)⁹⁸².

Se ha apuntado respecto de las resoluciones del CS que “the freedom to contract ends when the parties cannot dispose of the subject matter in question”⁹⁸³. En efecto, la

⁹⁷⁸ Por todos, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea. Germen iusinternacionalista versus vocación federal*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 29 y 126 y ss. Para una lúcida crítica de la aplicabilidad de este método federal en las NN.UU, *cfr.* ARANGIO-RUIZ, G.: “The federal analogy...”, *loc. cit.*, pp. 1 y ss. *Vid.* también, en sentido crítico, ÁLVAREZ, J. E.: *International organizations...*, *op. cit.*, pp. 65 y ss.; BORE EVENO, V.: “Le contrôle juridictionnel des résolutions du Conseil de sécurité: vers un constitutionnalisme international ? », *RGDIP*, Vol. 4, 2006, pp. 827 y ss.; DOERING, K.: “Unlawful resolutions of the SC and their legal consequences”, *MPYUNL*, Vol. 1, 1997, pp. 94 y ss.

⁹⁷⁹ Sobre la función constitucional de los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales, *Vid.*, VAN DER MEERSCH, W. G.: “L’ordre juridique des communautés européennes et le droit international”, *RCADI* Vol. 119, t. 3, 1966, esp. pp. 28 y ss; MONACO, R.: “Le caractère constitutionnel des actes institutifs d’organisations internationales”, en VV.AA.: *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, La communauté internationale, Paris, Pédone, 1974, pp. 153 y ss.

⁹⁸⁰ LAUTERPACHT, E.: “The development of the Law of International Organization by the decisions of international tribunals”, *RCADI*, Vol. 152, 1976, pp. 420 y ss.; MONACO, R.: “Le caractère...”, *loc. cit.*, p. 170; SCHWEIGMAN, D.: *The authority...*, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

⁹⁸¹ BETTATI, M.: “Création et personnalité juridique des organisations internationales”, en DUPUY, R.-J.: *Manuel...*, *op. cit.*, p. 38. Entre los incontables ejemplos, *Vid.* las interpretaciones teleológicas de la Carta defendidas por la CIJ en los asuntos *Reparaciones por los daños sufridos en el servicio a las Naciones Unidas*, pp. 182-183; y *Legalidad del uso por un Estado de armas nucleares en conflicto armado*, § 25, p. 79.

⁹⁸² Opinión disidente del Juez SCHWEBEL en el citado *asunto Lockerbie*, § 171. Sin pretender adentrarnos en profundidad en el vasto terreno de la interpretación de las constituciones de las organizaciones internacionales (sobre todo de la UE), no está de más recordar que esta misma idea late en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el tratado de Maastricht. El Alto Tribunal diferencia claramente entre “interpretación” y “reforma” de los Tratados, a efectos de reservarse la competencia última para determinar si las instituciones europeas –sobre todo, el TJUE- han ampliado las competencias que les han sido atribuidas sin seguir los procedimientos formales establecidos en el entonces art. N del TUE (*Vid.* por todos, STEIN, T.: “La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht”, *RIE*, Vol. 21, nº3, 1994, pp. 745 y ss.).

⁹⁸³ DOEHRING, K.: “Unlawful resolutions...”, *loc. cit.*, p. 102, KLEIN, P.: *La responsabilité...*, *op. cit.*, p. 341. Una formulación diferente de dicho principio se encuentra en la autorizada obra de SCHERMERS y BLOKKER. Partiendo de una analogía con la sucesión de Estados, ambos autores concluyen que “an organization formed by states will be bound by the obligations to which the individual states were committed when they transferred powers to the organization” (SCHERMERS, H.; BLOKKER, N. M.: *International institutional law. Unity within diversity*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, 4th Ed., § 1574, p. 995). Este razonamiento es claro en lo que respecta a las obligaciones negativas de los Estados con respecto a la organización, aunque debe ser acogido con más cautela en lo que respecta a las obligaciones positivas.

regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quand ipso habet*⁹⁸⁴ ha sido propuesta como argumento a favor de la incapacidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad para violar el Derecho internacional, justificando de esta manera una eventual desobediencia de los Estados. Esta regla se ajusta al modelo positivista voluntarista⁹⁸⁵ y su énfasis en el *momentum* constitutivo, pero su aplicación al ámbito de la seguridad colectiva plantea no pocos problemas. Y es que, como veíamos anteriormente, algunos de los poderes del Consejo de Seguridad pueden suponer *casi por definición* una derogación de aquello que los Estados no son competentes de hacer por separado ni ahora, ni en 1945, cuando se firmó la Carta. Véase, por ejemplo, el artículo 2(7) de la Carta, que prohíbe a los Estados la intervención en los asuntos internos de otros Estados, *salvo aplicación de medidas prescritas en el Capítulo VII de la Carta*⁹⁸⁶.

Otra visión sociológicamente más “realista” tiende a considerar que la perspectiva del *nemo plus iuris*, la vuelta a la voluntad del legislador de San Francisco en el momento fundacional, es más que nada una ficción jurídica, asimilando con cierta ironía la adhesión a un tratado como la CNU al contrato social firmado por un individuo con su sociedad⁹⁸⁷. El acento es puesto aquí en el *proceso* de evolución del texto constitutivo de la organización, y en la incapacidad del Estado para controlar la fuerza centrífuga que empuja sus múltiples facetas: la división de funciones de la organización, la actividad legislativa y la relación con otros sujetos de Derecho internacional⁹⁸⁸. Desde este ángulo la

⁹⁸⁴ *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quand ipso habet*, nadie puede transferir a otro más poderes de los que se tienen.

⁹⁸⁵ A pesar de que uno puede argumentar que la regla *nemo plus iuris* se refiere al *ius cogens* como aquello de lo que los Estados no pueden disponer; *ius cogens* que, como vimos en el capítulo III, no encaja bien con el positivismo voluntarista.

⁹⁸⁶ El matiz es reiterado, como no podía ser de otra forma, en el anexo de la resolución 2625(XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*.

⁹⁸⁷ ÁLVAREZ, J. E.: *International organizations...*, *op. cit.*, prefacio, p. xvi; TOMUSCHAT, C.: “Obligations arising...”, *loc. cit.*, p. 327. Para una tipología de actos de transferencia/atribución de poderes a las organizaciones internacionales, *Vid.*. SAROOSHI, D.: *International organizations and their exercise of sovereign powers*, Oxford, New York, pp. 28 y ss.

⁹⁸⁸ Como apunta DUPUY, « l’interprétation du droit propre à l’organisation, comme la révision coutumière de la Charte constitutive (...), soulève des difficultés dues à la concurrence de compétence interprétative entre les États membres et les organes (...) Cette dispersion du pouvoir d’interprétation est un des éléments déterminants des difficultés rencontrées parfois à propos de la participation des États membres au fonctionnement de l’organisation » (DUPUY, P.-M. ; KERBRAT, Y.: *Droit International...*, *op. cit.*, pp. 177 y ss., en el contexto de la adopción de la resolución 377 (V), « Unión pro paz », por la AGNU).

organización es, pues, “como el barco que sale del astillero y navega por el mar: nunca vuelve al lugar donde fue creado”⁹⁸⁹.

En el contexto más específico de las sanciones inteligentes y las garantías judiciales, esta última visión merece cierta consideración, tanto más si tenemos en cuenta que, como hemos visto, numerosos autores consideran que el encuadre de los derechos humanos como objetivo esencial de la Carta, y su yuxtaposición al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, es sobre todo el resultado de la evolución “constitucional” de la Carta⁹⁹⁰. Ello no obstante, hay que reconocer que la capacidad del Estado de reaccionar individualmente a las violaciones del derecho decretadas por un órgano de una organización internacional encaja mejor en el modelo voluntarista. La Carta de las Naciones Unidas, como tratado constitutivo de una organización internacional, puede efectivamente describirse como un barco, pero un barco que, aunque navegue alejado de la costa de la que partió, siempre retorna al puerto de origen cuando necesita abastecerse, o cuando un temporal hace peligrar su estructura. Esto es evidente en el caso de las resoluciones del Consejo al amparo del Capítulo VII de la Carta. Y es que, como ningún órgano internacional dispone de la capacidad para determinar en última instancia si una resolución del Consejo de Seguridad es o no legal⁹⁹¹, los Estados miembros siguen siendo en teoría libres para protestar e incluso rechazar la ejecución de un mandato del Consejo de Seguridad por exceso de poder⁹⁹². Siguiendo la terminología de la CPJI en el asunto del *Lotus*, las “limitaciones a la independencia” de los Estados no se presumen aquí. Los Estados partes en las Naciones Unidas no han transferido al Consejo la *kompetenz-kompetenz*⁹⁹³, y el rol de control de la CIJ es incidental⁹⁹⁴, dando lugar al conocido

⁹⁸⁹ La metáfora fue propuesta por el Juez ÁLVAREZ, en su opinión disidente en el *asunto de las reservas a la Convención sobre el Genocidio* (CIJ, *Recueil 1951*, p. 53); aunque no se circunscribe sólo a la Carta fundacional de las Naciones Unidas, sino a las nuevas convenciones de orden público nacidas tras la Segunda Guerra Mundial, entre ellas la Convención objeto de litigio.

⁹⁹⁰ *Vid.*, por todos, el trabajo clásico de VERDROSS, A.: “Idées directrices...”, *loc. cit.*, pp. 24-25. *Contra*, como vimos en el capítulo III, LAUTERPACHT, H.: *International law...*, *op. cit.*, p. 150, para quien el art. 1(3) de la Carta ya contenía una obligación clara para las NN.UU: de respetar los derechos humanos exigibles para los Estados.

⁹⁹¹ TOMUSCHAT, C.: “Obligations arising...”, *loc. cit.*, 249.

⁹⁹² PELLET, A.: “Peut-on et doit-on contrôler...”, *loc. cit.*, p. 231.

⁹⁹³ Como explica con claridad y acierto CONFORTI, B.: “Le rôle de l'accord...”, *loc. cit.*, pp. 223 y ss., al criticar las teorías que niegan la juridicidad de las contestaciones por los Estados de las resoluciones de la AG y el CS; sobre la base de los trabajos preparatorios, sobre la base de la Carta misma, y sobre la base de la práctica la casi totalidad de los Estados miembros. *Contra*, LAUTERPACHT, H.: *International Law and human...*, *op. cit.*, p. 181.

fenómeno de “indiscutible dispersión del poder de interpretación de la Carta” al que se refiere BEDJAOUI⁹⁹⁵. Ciertamente, la solución judicial internacional es en puridad la ideal para resolver disputas sobre el alcance de un acto normativo de una organización internacional, dado su carácter neutral⁹⁹⁶. Y es que las tomas de posición de los Estados sobre el Derecho internacional tienen siempre detrás de sí la alargada sombra de la geopolítica, “à tel point qu’il apparaît souvent difficile de les considérer comme de véritables expressions d’une *opinio iuris* ou d’une conviction quand à la juste interprétation qu’il convient de donner à une règle de droit international”⁹⁹⁷. Pero este aspecto, por relevante que sea, no priva a los Estados del recurso último a la desobediencia, carta de gran valor en la baraja voluntarista, pero cuyo uso ha de saber guardarse para el momento adecuado⁹⁹⁸.

Esta descentralización interpretativa debe analizarse además a la luz del artículo 25 de la Carta, como norma que dispone que “los Miembros de las Naciones Unidas

⁹⁹⁴ Sin pretender abundar en la cuestión, la intervención de la CIJ depende, en definitiva, de que le sea sometida una opinión consultiva por uno de los órganos principales de las Naciones Unidas -art. 96(1) de la Carta-; o por por otros «órganos de Naciones Unidas y organismos especializados» autorizados por la Asamblea General -art. 96(2) de la Carta-. Si tenemos en cuenta que el art. 12 de la Carta impide a la AG pronunciarse sobre una cuestión bajo la competencia del Consejo, el resultado final es que sólo en el improbable caso -que se dio en el asunto *Namibia*- de que el mismo Consejo se lo solicite al CIJ, podrá éste pronunciarse *directamente* sobre la validez de una resolución del Consejo. Por el contrario, sí que es posible un pronunciamiento *incidental* sobre la legalidad de una resolución en sede consultiva, si ello es necesario para la resolución del caso (*Vid.* por ejemplo, POZO SERRANO, P.: «La Corte Internacional...», *loc. cit.*, p. 511 y 534 y ss.).

No entraremos tampoco en la cuestión de la competencia de la CIJ para cuestionar, e incluso invalidar, las resoluciones obligatorias del Consejo de Seguridad, hipótesis muy discutida pero absolutamente improbable en nuestro ámbito de estudio, y cuyo tratamiento se alejaría excesivamente de los objetivos de este trabajo. Aparte de la bibliografía que venimos citando en este capítulo, *cfr.* AZNAR GÓMEZ, M.: «El control de legalidad de la acción del Consejo de Seguridad de las NN.UU. en el ámbito del Capítulo VII de la Carta», *AADI*, vol. 8, 1998, pp. 31 y ss. Además, estas breves apreciaciones no pretenden prejuzgar si recurrir a un control de las resoluciones del Consejo es la solución más oportuna para resolver las carencias del sistema de la Carta (Sobre esta cuestión, *cfr.* el minucioso y agudo análisis de ÁLVAREZ, J. E.: “Judging the Security...”, *loc. cit.*, pp. 1 y ss.).

⁹⁹⁵ BEDJAOUI, M.: *Nuevo orden mundial...*, *op. cit.*, p. 29. Para una visión general de los diferentes mecanismos para revisar la legalidad de las decisiones de los órganos de las Organizaciones Internacionales, *Vid.* KLEIN, P.: *La responsabilité des organisations...*, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

⁹⁹⁶ Aunque no queremos caer aquí en la inocencia de considerar que las sentencias de la CIJ no se ven influenciadas en absoluto por la presión política de los Estados. Sobre la preferencia de la resolución judicial de las disputas sobre la interpretación de la Carta, *Vid.* también SOHN, L. B.: “Enabling the US to contest “illegal” United Nations Acts”, *AJIL*, Vol. 69, nº 4, Oct. 1975, pp. 852 y ss.

⁹⁹⁷ DISTEFANO, G.; BUZZINI, G. P.: *Bréviaire de jurisprudence internationale* (préface), 2ª Ed., Bruylant, Bruxelles, 2010, p. X.

⁹⁹⁸ *Contra*, OSIEKE, E.: «The legal validity of the «ultra vires» decisions of International Organizations», *AJIL*, Vol. 77, 1983, p. 255: “to arrogate to the member states a general right to reject a properly adopted decision on the basis of a unilateral determination that it is *ultra vires* would be tantamount to making the members the judge in their own case”. En otras palabras, este autor no sólo niega el derecho a la “desobediencia”, sino igualmente a la interpretación disconforme.

convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”. Nos detendremos un momento en este importante artículo. Como es sabido, el significado exacto de sus últimas cinco palabras es controvertido: o bien se interpretan en el sentido de reconocer el deber de los Estados de cumplir *sólo* con las resoluciones que respetan los propósitos y principios de la Carta⁹⁹⁹; o bien se entienden como una obligación para los Estados de *ejecutar* las resoluciones “de acuerdo con los propósitos y principios de la Carta”¹⁰⁰⁰.

A este respecto, la jurisprudencia de la CIJ en el *asunto de las consecuencias jurídicas de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia* constituye una referencia obligada. Es cierto que, al discutir la legalidad de la resolución 276 (1970), que declaraba ilegal la presencia continuada de África del Sur en Namibia e invitaba a los Estados a obrar en consecuencia¹⁰⁰¹, la Opinión consultiva argumentaba que las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad fueron adoptadas “in conformity with the purposes and principles of the Charter *and* in accordance with its Articles 24 and 25”¹⁰⁰². Es decir, que aquí uno podría argumentar que la CIJ se inclinó por la segunda tesis sobre el artículo 25, que es la que en definitiva no reconoce implícitamente un poder para los Estados de desobedecer los mandatos del Consejo. En efecto, la redacción de esa frase, al yuxtaponer los propósitos y los principios de la Carta y los artículos 24 y 25, podría dar a entender que estas disposiciones ofrecen un criterio de valoración de la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad *diferente* del ofrecido por el art. 25 de la Carta, cuya referencia a estos sería pues meramente retórica¹⁰⁰³. Nada más lejos de la realidad, sin embargo, pues

⁹⁹⁹ CAVARÉ, L.: “Les sanctions dans le cadre...”, *loc. cit.*, p. 255 ; PELLET, A. : « Peut-on et doit-on... », *loc. cit.*, p. 235.

¹⁰⁰⁰ SOREL, J.-M.: “Remarques...”, *loc. cit.*, p. 466; WOOD, M.: “The Security Council’s powers...”, *loc. cit.*, p. 7. No nos pronunciaremos sobre la otra de las polémicas relativas al significado del art. 25 de la Carta, la de si se aplica sólo a las decisiones ejecutadas al amparo del Capítulo VII, o también a las decisiones en el marco del Capítulo VI (Sobre esta cuestión, *cf.* GRAEFRAHT, B.: “Leave it to the Court what belongs to the Court. The Lybian case”, *EJIL*, Vol. 4, 1993, pp. 195 y ss.; HIGGINS, R.: “The advisory opinion on Namibia: which resolutions are binding under article 25 of the Charter?”, *ICLQ*, Vol. 21, n° 2, Apr. 1972, pp. 270 y ss.).

¹⁰⁰¹ S/RES/269 (1969), de 12 de agosto de 1969.

¹⁰⁰² CIJ, *consecuencias jurídicas de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia*, § 115, énfasis añadido.

¹⁰⁰³ Se ha argumentado que si se interpretan las cinco últimas palabras del art. 25 de la Carta en el sentido de referirse a la obligación de los Estados de ejecutar las resoluciones del Consejo *conforme a la Carta*, entonces el poder de interpretación de los Estados de la Carta se queda sin argumentos (WOOD, M.: “The Security Council’s powers...”, *loc. cit.*, p. 7). A nuestro modo de ver, la solución es justo la contraria: *incluso* si el art. 25 de la Carta se interpreta de esa manera, se refuerza el poder de interpretación de los Estados de

poco antes la CIJ afirmaba de manera inequívoca que “article 25 (...) applies to “decisions of the Security Council” *adopted in accordance with the Charter*”¹⁰⁰⁴, aceptando *sensu contrario* que el artículo 25 no se aplica a las resoluciones ilegales del Consejo de Seguridad. Resumiendo: la CIJ reconoce implícitamente la competencia de los Estados de *desobedecer* las resoluciones del Consejo que violan la Carta de las Naciones Unidas¹⁰⁰⁵.

Junto a esta jurisprudencia, los trabajos preparatorios de la Carta confirman que el constituyente quiso evitar que un solo órgano de la Carta tuviera la última palabra a la hora de interpretarla. Cuestionado el Comité II/2 al respecto, éste llegó a dos conclusiones principales. Uno, que es inevitable que existan conflictos entre los órganos de las Naciones Unidas sobre la interpretación de las competencias de los diferentes órganos que la componen. Y dos, que si dos Estados miembros discrepan sobre la interpretación correcta que haya que dar a la Carta, estos han de procurar agotar los medios sobre solución de controversias existentes: acudir a la CIJ vía opinión consultiva, crear un comité *ad hoc* de juristas, o incluso convocar una conferencia internacional conjunta sobre el asunto. Pero eso sí, y esto es lo más importante, se recuerda que estas soluciones pueden no ser definitivas, pues “if an interpretation made by any organ of the Organization or by a committee of jurists is not generally acceptable *it will be without binding force*”. Si tal fuera el caso, sería necesario incorporar la nueva interpretación en una eventual reforma de la Carta¹⁰⁰⁶.

Como argumento complementario, se ha de defender que no es necesario que exista un reconocimiento explícito del poder de los Estados para interpretar las resoluciones del

las resoluciones del Consejo. En efecto, resulta difícil imaginar cómo un Estado puede ejecutar de acuerdo con los propósitos y principios de la Carta una resolución claramente *ultra vires* que no respeta los propósitos y principios de la Carta.

¹⁰⁰⁴ CIJ, *consecuencias jurídicas de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia*, § 113.

¹⁰⁰⁵ ORAKHELASHVILI, A.: “The impact of...”, *loc. cit.*, p. 85. En sentido parecido, CIAMPI, A.: *Sanzioni...*, *op. cit.*, p. 164: “*a contrario*, (...) una decisione non conforme nel senso indicato non produce obblighi”. Sin embargo, la autora concluye que la práctica de la organización no confirma esta aproximación (aunque como veremos más adelante, sí que existe dicha práctica en el ámbito de las sanciones inteligentes del Consejo). Además, considera un problema el de determinar qué órgano de derecho interno va a ser competente para examinar la legalidad de las resoluciones del Consejo (pp. 172-173). Como iremos defendiendo a lo largo de este capítulo, ninguno de los dos argumentos nos parece convincente.

¹⁰⁰⁶ UNCIO, Vol. XIII, Com. IV/2, Doc. 933 IV/2/42 (2), pp. 709-710, énfasis añadido. *Vid.* MARTENCZUK, A.: “The Security Council...”, *loc. cit.*, pp. 526 y ss.; POZO SERRANO, P.: “La Corte Internacional de Justicia...”, *loc. cit.*, p. 460; SANJOSÉ GIL, A.: “Las consecuencias jurídicas de los actos “*ultra vires*” de las organizaciones internacionales, en particular de la ONU”, *REDI*, Vol. XLII, n° 2, 1990, pp. 453 y ss.

Consejo de Seguridad para poder afirmar que dicho poder existe¹⁰⁰⁷. Dado que en ningún lugar de la Carta se otorga a ningún órgano la *kompetenz-kompetenz definitiva* sobre los actos del Consejo ni explícita ni implícitamente, aquí sí, la restrictiva máxima positivista *expressio unius est exclusio alterius* (la expresión de unos [poderes] es la exclusión de otros [poderes]), aplicable en materia de interpretación de textos constitutivos de organizaciones internacionales, ha de ser tenida en cuenta¹⁰⁰⁸.

En definitiva, presentados estos postulados normativos teórico-prácticos relativos a la interpretación de la Carta en general y de su artículo 25 en particular, concluimos que la cuestión de la facultad de los Estados para no cumplir con las resoluciones del Consejo de Seguridad ha de resolverse afirmativamente. Quedan por precisar, pues, las condiciones del ejercicio de esta facultad¹⁰⁰⁹.

c)...a las condiciones para el ejercicio de dicho poder

En este punto, una referencia obligatoria es –otra vez– la de la jurisprudencia de la CIJ, que traza dos vectores principales. El primero es la protección de las resoluciones del Consejo de Seguridad con una presunción de legalidad cuando la organización actúa para alcanzar uno de los objetivos de la Carta (“legalidad *prima facie*”)¹⁰¹⁰. La ilegalidad puede

¹⁰⁰⁷ SUY, E.; ANGELET, N.: “Article 25”, en COT, J.-P. *et al* : « La Charte... », *op. cit.*, p. 917. *Vid.* también OSIEKE, E.: “Ultra vires acts in international organizations - The experience of the International Labour Organization”, *BYIL*, 48, 1977, p. 261 y 279, sobre la base de la sentencia *Namibia* de la CIJ.

¹⁰⁰⁸ A pesar de las cautelas con las que ha de ser aplicada, dada su maleabilidad (ÁLVAREZ, J. E.: *International organizations...*, *op. cit.*, pp. 85-86).

¹⁰⁰⁹ Se suele advertir *contra* que la efectividad del mecanismo del Capítulo VII de la Carta se vería seriamente menoscabada si se le tienta a los Estados con la manzana de la desobediencia (sobre todo, a los Estados “rebeldes sin causa”. (Cfr. p.e., HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: *La financiación del terrorismo...*, *op. cit.*, pp. 137-138, nota al pie 142, LAGRANGE, E.: “Le Conseil de sécurité...”, *loc. cit.*, p. 591; OOSTHUIZEN, G.: “Playing the devil’s...”, *loc. cit.*, pp. 555-556; SCHRIJVER, N. Y VAN DEN HERIK, L.: “Eroding the primacy of the UN System of Collective Security: The Judgment of the European Court of Justice in the Cases of Kadi and Al Barakaat”, *IOLRev*, Vol. 5, 2008, p. 335). Riesgo inevitable de un sistema creado por el Derecho internacional, y al que debe someterse sin más *check and balances* efectivos a corto/medio plazo que el veto de los cinco grandes y la mayoría de 9 Estados. A nuestro modo de ver, la deferencia hacia las resoluciones del Consejo es un imperativo, pero no lo es la ejecución mecánica de resoluciones *manifiestamente* ilegales y, por lo tanto, nulas: la Carta es obra del Derecho internacional, y a él se debe someter, a pesar de sus particularidades (Postura calificada como “romanticismo judicial” en REISMAN, M.: “The constitutional...”, *loc. cit.*, p. 94).

¹⁰¹⁰ CIJ, *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, p. 168: “lorsque l’Organisation prend des mesures dont on peut dire à juste titre qu’elles sont appropriées à l’accomplissement des buts déclarés des Nations Unies, il est à présumer que cette action ne dépasse pas les pouvoirs de l’Organisation”. (reiterado en *consecuencias jurídicas de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia*, § 22). Más tarde, en *Lockerbie*, la CIJ se refirió a la legalidad *prima facie* de la resolución 748 (1992), ante la petición de Libia a la Corte de medidas provisionales que, de ejecutarse, serían contrarias a lo requerido por el Consejo en la citada resolución (CIJ,

deberse a causas diversas, como la violación del derecho material de la Carta, el incumplimiento de normas sobre procedimiento de aprobación, o el exceso de poder o *détournement de pouvoir*¹⁰¹¹; pero como puso en evidencia LAUTERPACHT, la presunción de legalidad parece haberse interpretado con más rigor por la CIJ cuando se violan los principios de la Carta que cuando no se respeta el procedimiento a seguir o la división interna de poderes de la organización¹⁰¹². Por ello, cuando el Consejo de Seguridad adopta una resolución que impone a los Estados la obligación de ejecutar las sanciones inteligentes a fin de luchar contra el terrorismo, “una de las amenazas más serias contra la paz y la seguridad”¹⁰¹³, la presunción de legalidad opera en su sentido más riguroso. Corresponde pues al Estado “díscolo” probarla con argumentos jurídicos serios¹⁰¹⁴, basados en una interpretación de buena fe de sus obligaciones internacionales, y no en justificaciones espurias o abusivas¹⁰¹⁵.

El segundo es la determinación de la metodología a utilizar cuando se quiere valorar la legalidad de una resolución. Y es que, como recientemente ha recordado la CIJ en el *asunto de la adecuación al Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia respecto de Kosovo*, las resoluciones del Consejo han de interpretarse no sólo a la luz de los métodos ordinarios ofrecidos por los artículos 31 y 32 la CVDT, sino también con apoyo en otros elementos propios del particular contexto de elaboración de

Lockerbie, § 40). Aquí la presunción de legalidad se esgrimió más en el contexto de las relaciones entre la CIJ y el CS, que entre el CS y los Estados miembros de las NN.UU. También se circunscribía a un estadio procesal concreto (solicitud por Libia de medidas provisionales a la CIJ), y no a una decisión sobre el fondo; sin embargo, las conclusiones de la Corte nos parecen igualmente válidas. Sobre esta presunción de legalidad, Vid. ALVAREZ, J. E.: *International organizations ...*, *op. cit.*; p. 79, apoyándose en los *travaux préparatoires* de la Carta; LÓPEZ-JACOÍSTE DÍAZ, M^a E.: *Actualidad ...*, *op. cit.*, pp. 188 y ss.; POZO SERRANO, P.: “La Corte Internacional...”, *loc. cit.*, pp. 514 y ss. La presunción es criticada por CONFORTI, B.: “Le rôle de l'accord...”, *loc. cit.*, pp. 230 y ss.

¹⁰¹¹ KLEIN, P.: *La responsabilité...*, *op. cit.*, pp. 31 et ss

¹⁰¹² LAUTERPACHT, E.: “The legal effects of illegal acts of international organisations”, en VV.AA.: *Cambridge essays in international law. Essays in honour of Lord McNair*, Stevens, London, 1965, p. 111. El autor se refiere al § 168 del asunto *Ciertos Gastos*, donde el Tribunal introdujo el concepto de violaciones al “plano interno”, la “estructura interna de la organización”. Para este autor, “the Court was distinguishing between these two classes of illegal acts by reference not to their consequences, but to the force of the presumption (...)”.

¹⁰¹³ S/RES/1822 (2008), preámbulo, § 2.

¹⁰¹⁴ Contrátese la operatividad fáctica de esta presunción de legalidad con la de los actos de derecho derivado de la Unión Europea. La presunción opera en un sentido materialmente similar, pero el único órgano cualificado para revocarla es el TJUE. Las eventuales objeciones planteadas por el Estado durante su elaboración no son relevantes en este sentido (TJCE *Granaria BV v Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten*, sentencia de 13 de febrero de 1979, C-101/78, §§ 3-6).

¹⁰¹⁵ Algún autor argumenta que la doctrina de los actos *ultra vires* del Consejo sólo es aplicable en “casos extremos” (*Cfr.*, por todos, FROWEIN, J. A.: “Reactions by not directly...”, *loc. cit.*, p. 385).

una resolución por un órgano de una organización internacional. Se citan en este sentido como ejemplo los discursos de los representantes de los Estados durante el proceso de aprobación de la resolución, el conjunto de resoluciones del Consejo sobre el mismo asunto, y la práctica subsiguiente de los Estados en su ejecución¹⁰¹⁶.

Además, anotamos un punto que ya hemos subrayado anteriormente: los conflictos entre las resoluciones *ex* Capítulo VII de la Carta y otras normas de Derecho internacional público no pueden presumirse. En otras palabras, no existen las “derogaciones implícitas” por el Consejo de un bloque normativo. Si KOLB ha apuntado en el contexto de la ocupación de Irak en 2003 que el Consejo de Seguridad ni puede derogar el derecho de la ocupación *en bloc* –en tanto que parte de la noción de orden público internacional-, ni mucho menos se puede presumir su derogación; no parece difícil defender una reflexión análoga respecto de los derechos humanos *en su globalidad*¹⁰¹⁷. Es decir, que el Consejo de Seguridad ni puede derogar los derechos humanos en su conjunto con el fin de responder a una amenaza para la paz y la seguridad internacional, ni mucho menos se puede *presumir* que así lo pueda hacer respecto de los destinatarios de sus medidas. Por ello, en tanto que mecanismo de protección de una cierta coherencia del ordenamiento jurídico internacional, la técnica de la presunción *iuris tantum* es aplicable al ejercicio de los poderes coercitivos del Consejo de Seguridad¹⁰¹⁸.

Trasladando el argumento a los individuos y entidades listados por el Comité Al-Qaeda/Talibanes, habrá que ir *caso por caso* valorando si el Consejo ha pretendido “suspender” la garantía ofrecida por el Derecho internacional de un derecho humano individual.

¹⁰¹⁶ CIJ, *asunto de la adecuación al Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia respecto de Kosovo*, Opinión consultiva de 22 de julio de 2010, *Recueil CIJ 2010*, § 94. Sistematiza mejor con ello los elementos ya ofrecidos en su Opinión consultiva sobre *Namibia*, en el que, sin embargo, la CIJ hizo más tarde una valoración superficial de la conformidad de los términos de la resolución 269 (1969) con los objetivos y propósitos de la Carta (*Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia...*, § 114-115, p. 53).

¹⁰¹⁷ KOLB, R.: “Occupation in Iraq...”, *loc. cit.*, p. 32. Algo similar se ha propuesto para interpretar las resoluciones *legislativas* del Consejo: “Les règles éventuellement adoptées par le Conseil de sécurité doivent être présumées compatibles avec les règles du droit international général” (LAGRANGE, E.: “Le Conseil de sécurité...”, *loc. cit.*, pp. 577 y ss.) ; y para interpretar las resoluciones del Consejo que pueden violar el *ius cogens* (ORAKHELASHVILI, A. : « The impact... », *loc. cit.*, pp. 79-8).

¹⁰¹⁸ Sobre la función de la presunción en el contexto de la discusión sobre la fragmentación en el Derecho internacional, *cfr.* las observaciones de SIMMA y PULKOWSKI: “Of planets...”, *loc. cit.*, p. 505.

II.2.2. Sanciones inteligentes y desobediencia estatal: ¿una *opinio iuris* en evolución?

Pues bien, que existen argumentos suficientes para cuestionar la legalidad *prima facie* de las resoluciones 1267 y siguientes (sobre todo a partir de la 1390, aprobada tras los atentados del 11 de septiembre), es algo que a estas alturas se podrá deducir sin dificultad, sobre todo después del análisis ofrecido en los capítulos I, III y IV.

Lo que queremos plantear aquí es que, independientemente de que haya violación o no, la posibilidad para los Estados de invocar este derecho a la “desobediencia” presenta ciertos obstáculos relacionados con el transcurso del tiempo. Y es que, en la terminología que utiliza ANGELET¹⁰¹⁹, los Estados pueden “salir” (*exit*) del mecanismo de sanciones, si “manifiestan” (*voice*) en algún momento que la resolución es ilegal; de no ser así, su silencio será interpretado como aquiescencia con la nueva ilegalidad. Dejando aparte el *ius cogens*, no existe una relación de superioridad entre los tratados y la costumbre, y si un Estado no protesta contra la adopción de una resolución por el Consejo de Seguridad resulta complicado que más tarde pueda objetar que el Consejo estaba actuando *ultra vires*¹⁰²⁰. Su actitud silenciosa podría serle opuesta como *estoppel*¹⁰²¹, como una aceptación tácita de la legalidad de la nueva situación.

En la mayoría de casos es esto lo que ha sucedido: los ejemplos históricos de desobediencia hacia las decisiones del Consejo de Seguridad no se han repetido aquí¹⁰²². El clima de gran preocupación por el terrorismo internacional tras los atentados del 11-septiembre puede explicar esta subrogación a los intereses de los EEUU. Además, las protestas ocasionales que pudiera haber por la inclusión de uno u otro nombre en la lista no refutan esta conclusión, dado que éstas se centrarían en los actos particulares de inclusión

¹⁰¹⁹ ANGELET, N.: “Protest against...”, *loc. cit.*, p. 280.

¹⁰²⁰ SAROOSHI, D.: *International organizations...*, *op. cit.*, pp. 115-116.

¹⁰²¹ CONFORTI, B.: « Le rôle de l'accord... », *loc. cit.*, pp. 235 y ss. ; DOERING, K.: “Unlawful resolutions...”, *loc. cit.*, p. 103, KLEIN, P.: “La responsabilité des...”, *loc. cit.*, p. 89-90, LAUTERPACHT, E.: “The legal effect...”, *loc. cit.*, p. 111; SCHWEIGMAN, D.: *The authority...*, *loc. cit.*, p. 209; SUY, E.; ANGELET, N.: “Article 25”, *loc. cit.*, p. 917. ARANGIO-RUIZ diferencia entre “oposición adecuada”, “aquiescencia” y “aceptación” en la práctica de oposición de los Estados a los actos del Consejo (“On the Security Council's...”, *loc. cit.*, p. 690). Incluso si uno considera que las tres categorías son diferentes, la práctica subsiguiente de la mayoría de Estados que han colaborado con el Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes mediante la sumisión de informes y –algunos de ellos– la proposición de nombres para la lista, indica algo más que el mero silencio. Para una panorámica general de la ejecución de las sanciones por los Estados, *Vid.* BIANCHI, A.: “Security Council's anti-terror...”, *loc. cit.*, pp. 1044-1073.

¹⁰²² Como ejemplo, la protesta ejercida por la Liga de Estados Árabes y la Unión Africana contra las sanciones impuestas por las resoluciones 731 y 748 del Consejo de Seguridad en el contexto de la crisis *Lockerbie* (REMIRO BROTONS, A.: “Terrorismo, mantenimiento de la paz...”, *loc. cit.*, p. 136).

de nombres, y no en la legalidad del mecanismo de sanciones en su globalidad. Si REMIRO BROTONS *et al* han argumentado que tras la aprobación de la resolución 1456 (2004), que reclama que los Estados “deben cerciorarse de que las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo cumplan (...) con (...) las normas relativas a los derechos humanos (...)”¹⁰²³, se ha ofrecido en bandeja de plata el rechazo a la ejecución de las sanciones por parte de los Estados¹⁰²⁴, lo cierto es que ese *momentum* de incumplimiento legal parece haber pasado para la mayoría de Estados.

Pero como los problemas no se presentan en blanco o negro, ni sus soluciones se alcanzan de un día para otro, existen elementos que apuntan a algo parecido a una progresiva toma de conciencia de ilegalidad, a una *opinio iuris* sobre la insostenibilidad del mecanismo de sanciones que se encuentra en constante evolución. Desde dentro y desde fuera del sistema de Naciones Unidas. Si bien lo decisivo es que sean los Estados los que muestren esta conciencia, no está de más referirse a alguna influyente voz procedente de la Organización misma.

Así, hace ya unos años que el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, el Sr. NICOLAS MICHEL, se dirigió al Consejo de Seguridad planteando con claridad las condiciones mínimas que había de reunir el mecanismo de sanciones para ser considerado adecuado a los propósitos y principios de la Carta¹⁰²⁵. En un convincente discurso a favor de la primacía del derecho en las Naciones Unidas, el entonces Vicesecretario General para Asuntos Jurídicos, basándose en una Carta oficiosa del Secretario General al Presidente del Consejo de Seguridad, exigió que todo mecanismo de sanciones debía cumplir al menos con cuatro requisitos. A fin de evitar las transcripciones demasiado largas, sintetizaremos sus propuestas como sigue:

¹⁰²³ S/RES/1456 (2003), de 20 de enero de 2003, § 6 (Declaración adjunta sobre la cuestión de la lucha contra el terrorismo).

¹⁰²⁴ REMIRO BROTONS, A. *et al: Derecho internacional público*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 666. El argumento se encuentra desarrollado en “Terrorismo internacional...”, *loc. cit.*, pp. 35-36, considerando que, al ser las resoluciones del Consejo *non self-executing*, los Estados pueden escoger, de entre las obligaciones que tengan que implementar, aquéllas que no vulneren los derechos fundamentales del individuo. En la última versión de su manual también se insiste en esta posibilidad (*op. cit.*, p. 404).

¹⁰²⁵ S/PV.5474, de 22 de junio de 2006, pp. 3-4. La misma opinión sería reiterada posteriormente en un discurso pronunciado ante el Comité de Consejeros Jurídicos del Consejo de Europa (6 de marzo de 2008, Doc. disponible en http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%E9ration_juridique/droit_international_public/Textes_&_documents/Statement%20Nicolas%20Michel.pdf, visitado por última vez el 23 de agosto de 2010).

1. Derecho a ser informado y a conocer, lo antes posible, y con la debida justificación de motivos, de que se ha sido objeto de una “acusación” (el término acusación es el original).
2. Derecho a presentar por escrito y en un plazo razonable las alegaciones pertinentes, con la debida asistencia legal. La presentación de alegaciones ha de ser directa, sin mediación del Estado de nacionalidad o residencia.
3. Derecho a un mecanismo independiente e imparcial, que provea una solución eficaz a las sanciones inteligentes. Nótese que el documento hace referencia a la eventual indemnización por las Naciones Unidas en caso de error al incluir un nombre en la lista.
4. Las listas han de ser revisadas periódicamente.

Antes del Vicesecretario General, el Informe del Grupo de Alto Nivel para las Amenazas, los Desafíos y el Cambio ya había anticipado estas preocupaciones al incluir la problemática de las sanciones inteligentes en su agenda y afirmar que

“La manera en que se agregan nombres a la lista de personas y entidades terroristas que mantiene el Consejo y la inexistencia de un recurso de revisión o apelación para quienes se incluyen en la lista plantean graves problemas de rendición de cuentas y posiblemente violan normas y convenciones fundamentales de derechos humanos”¹⁰²⁶.

De hecho, la Asamblea General recogió estas inquietudes en el Documento Final de la Cumbre de 2005¹⁰²⁷.

Incluso los debates que han dado lugar a la aprobación alguna de las resoluciones relativas al régimen Al-Qaeda/Talibanes han abierto ciertas fisuras que contrastan con el silencio que rodeaba las negociaciones entre los miembros del Consejo desde los atentados de Nueva York y Washington (todas las resoluciones eran aprobadas por unanimidad en 5 minutos y sin debate alguno), precisamente por los problemas originados por la falta de conformidad del régimen con el respeto a los derechos individuales. Por ejemplo, la aprobación de la resolución 1730 (2006) fue la primera ocasión en la que tres Estados «osaron» poner en tela de juicio de manera abierta el régimen sancionador existente. Dada la absoluta carencia de garantía alguna en el Comité de Sanciones, Francia, Dinamarca y

¹⁰²⁶ Informe del Grupo de Alto Nivel para las Amenazas, los Desafíos y el Cambio, Doc. de 2 de diciembre de 2004, A/59/565, § 152.

¹⁰²⁷ A/RES//60/1, de 24 de octubre de 2005, esp. § 109.

Qatar dejaron clara su disconformidad con el *statu quo* al afirmar, en palabras del primero, que «se ha hecho evidente la deficiencia de los procedimientos»¹⁰²⁸.

Muy relevante ha sido la labor del Relator Especial MARTIN SCHEININ, quien siempre ha mantenido una línea especialmente crítica con los mecanismos de la lista Al-Qaeda/Talibanes. Tal es así que finalmente ha abogado directamente por la supresión de las lista Al-Qaeda/Talibanes del Consejo de Seguridad, dejando en manos de los Estados la gestión de las listas con el asesoramiento del Comité contra el Terrorismo u otro órgano dependiente del CSNU. También insiste en que los Estados deben proveer un mecanismo de recurso judicial contra la inclusión de nombres en la lista, mientras el CSNU no provea “una revisión independiente de las listas”¹⁰²⁹. Respecto de la *Ombudsman*, el Relator Especial SCHEININ ha apuntado en su Sexto Informe que, a pesar de los esfuerzos realizados por el CSNU, las mejoras realizadas siguen sin ser insuficientes mientras no se introduzca un órgano independiente e imparcial que ofrezca las garantías del *fair trial*¹⁰³⁰.

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de manifestar su apoyo a la decisión del Consejo de Seguridad de crear una Oficina de la *Ombudsman* en el seno del Comité Al-Qaeda/Talibanes. En sendas resoluciones de 19 de marzo y 15 de abril de 2010, este órgano acogió satisfactoriamente este avance; y sobre todo se mostró interesado en el nombramiento de la *Ombudsman* “para continuar reforzando las debidas garantías procesales de las personas incluidas en la lista consolidada del Consejo de Seguridad”¹⁰³¹. La idea de “continuidad” en la mejora de los procedimientos de la lista Al-Qaeda/Talibanes enfatiza que el proceso de reformas no está terminado, y que, en definitiva, el nombramiento de la *Ombudsman* ha abierto expectativas sobre la humanización de la gestión de nombres de la lista, tendencia que es una realidad pero que todavía no ha agotado todas sus posibilidades.

Pasamos con ello a la perspectiva estatal. El silencio generalizado fue la tónica dominante durante los primeros años post-11 de septiembre, en los que los miembros de las Naciones Unidas ejecutaron las sanciones sin protesta alguna. En este sentido, uno

¹⁰²⁸ Para el contenido de los debates en el Comité, *Vid.* el Doc. S/PV.5599 de 16 de diciembre de 2006, pp. 2 y ss.

¹⁰²⁹ A/61/267, §§ 30 y ss., A/63/223, § 16.

¹⁰³⁰ A/65/258, § 56.

¹⁰³¹ A/HRC/13/L.20, de 19 de marzo de 2010, § 16; A/HRC/RES/13/26, de 15 de abril de 2010, § 8, énfasis añadidos

puede estar de acuerdo con J. E. ÁLVAREZ en que un estudio profundo de las razones concretas para esta aquiescencia generalizada puede ofrecer razones más complejas que el simple acuerdo con el *statu quo* del régimen de sanciones. En efecto, en muchas ocasiones “absence of transparency, lack of financial or other resources to mount a challenge, or simply the fear of giving offense to the powerful” pueden encontrarse detrás de la connivencia de un Estado¹⁰³². Sin embargo, no resulta sencillo incluir estas consideraciones socio-políticas en un análisis estrictamente jurídico¹⁰³³, y menos a la hora de valorar una institución como la aquiescencia, en la que lo sutil y lo implícito cobran una gran importancia. El riesgo de caer en un subjetivismo poco riguroso parece evidente. Por ello, preferimos el marco teórico ofrecido por CONFORTI para valorar la aceptación silenciosa por los Estados de las resoluciones de las Naciones Unidas, más basado en momentos puntuales y hechos fácilmente objetivables que en razones subjetivas cambiantes y difícilmente discernibles. Es decir, que tendremos en cuenta elementos puntuales como las reacciones de los Estados votantes en el Consejo, o de aquellos participantes en sesiones más abiertas del mismo, la actitud de los Estados respecto de la ejecución de las sanciones, etc¹⁰³⁴.

Así, a medida que la opinión pública internacional se fue haciendo eco de las dramáticas consecuencias de estas sanciones, y que diversos tribunales nacionales y regionales se fueron manifestando respecto de la legalidad de estas sanciones, la toma de conciencia sobre la insostenibilidad del mecanismo de sanciones Al-Qaeda/Talibanes se fue haciendo más visible. Por ejemplo, durante el debate que condujo a la aprobación de la resolución 1730, dos Estados mostraron sus serias dudas sobre la legalidad del sistema (concretamente, Qatar y Francia). Es interesante apreciar cómo el discurso del representante francés hacía referencia a una “toma de conciencia colectiva”, a una deficiencia de los mecanismos que se ha apreciado “gradualmente”. Igualmente, los discursos de Grecia, Argentina y Dinamarca, al mismo tiempo que se felicitaban por la

¹⁰³² ÁLVAREZ, J. E.: *International organizations...*, *op. cit.*, p. 91.

¹⁰³³ Este tipo de cuestiones se refieren más a lo que ABI-SAAB define como “análisis infrajurídico o político-jurídico” del Derecho (“la recherche des forces au sein de la société qui font que le droit emerge et de développe, s’éclipse ou se stabilise”), en vez de un análisis “descriptivo” del Derecho (ABI-SAAB, G.: “Cours général...”, *loc. cit.*, p. 33).

¹⁰³⁴ Respecto a los Estados que no participan en el Consejo, CONFORTI también propone tener en cuenta el momento en que la organización invita al Estado a precisar su actitud respecto de la resolución, cuando le llega el texto de la resolución de la parte del Secretario General (CONFORTI, B.: “Le rôle de l’accord...”, *loc. cit.*, pp. 237 y ss.).

creación del Punto Focal, también manifestaban su preocupación por la falta de garantías del *due process*¹⁰³⁵.

Otra muestra de esta *opinio iuris* gradual fue el debate, antes citado, en el que NICOLAS MICHEL pronunció su discurso sobre primacía del derecho en el ámbito internacional. Y es que no sólo fueron numerosos los Estados que concurrieron con el Vicesecretario General para Asuntos Jurídicos en la necesidad de reformar el mecanismo de sanciones; sino que dos de ellos (Nigeria y Argentina) llegaron incluso a valorar que el mecanismo de sanciones, tal y como se encontraba desarrollado en el año 2006, violaba las disposiciones de *ius cogens* en materia de garantías judiciales¹⁰³⁶.

Todos estos desarrollos han de comprenderse en el seno de otro movimiento paralelo, el del fomento de la primacía del Derecho (*rule of law*) que desde años antes se encontraba en plena ebullición en el Seno del Secretario General de las Naciones Unidas¹⁰³⁷. Cabe destacar que en este marco, un grupo de Estados, bajo la iniciativa de la Misión austriaca en Nueva York, organizó una serie de conferencias relativas al respeto de este principio por el Consejo de Seguridad, sobre todo en los aspectos más polémicos de sus poderes, como son el recurso a las funciones legislativas y cuasi-judiciales. Como consecuencia de ello, un número –aún mayor- de Estados y de Altos Funcionarios de las Naciones Unidas, constituyeron un grupo de “amigos de la primacía del Derecho” para discutir diversos aspectos relativos a este principio¹⁰³⁸. Aparte de presionar en la Cumbre del Milenio para incluir esta perspectiva en el documento final, el resultado más relevante de esta iniciativa fue el Informe “The United Nations Security Council and the rule of law”, documento de referencia en la materia redactado por CHESTERMAN. En él, entre otras cuestiones, los participantes hicieron suyas punto por punto las recomendaciones previamente sugeridas por el Consejero Jurídico de las Naciones Unidas MICHEL ante el

¹⁰³⁵ Las opiniones pronunciadas durante esa 5599ª sesión del Consejo se pueden encontrar en S/PV.5599, de 19 de diciembre de 2006).

¹⁰³⁶ Docs. S/PV.5474, de 22 de junio de 2006; y S/PV.5474(Resumption 1), de la misma fecha.

¹⁰³⁷ Sobre todo, a raíz de la publicación por el Secretario General del documento “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, de 3 de agosto de 2004, S/2004/616. *Cfr.* el monográfico de la *MPYUNL* sobre la cuestión (vol. 12, 2008). Más concretamente, sobre el origen del concepto y su uso por el Secretario General de las Naciones Unidas, FITSCHEN, T.: “Inventing the rule of law for the United Nations”, *loc. cit.*, pp. 347 y ss.

¹⁰³⁸ Entre ellos se encuentran Angola, Austria, Bahamas, Bélgica, Canadá, Cabo Verde, Colombia, Costa Rica, Finlandia, Alemania, Ghana, Jordania, Kenia, Lituania, Liechtenstein, México, Marruecos, Panamá, Papúa Nueva Guinea, Paraguay, Rumanía, República Democrática del Congo, República de Corea, Senegal, Singapur, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza y el Reino Unido. Con más detalle sobre las actividades de esta iniciativa, BÜHLER, K.: “The Austrian Rule of Law initiative”, *loc. cit.*, pp. 409 y ss.

Consejo de Seguridad¹⁰³⁹ (de hecho, el mismo MICHEL formaba parte del “Grupo de Amigos”).

Este espíritu reformista fue igualmente puesto en evidencia durante las cortas sesiones que dieron lugar a la aprobación de las resoluciones 1822 (2008) y 1903 (2009), en las que dos países como Costa Rica y Austria han insistido en la necesidad de que los procedimientos del Comité de sanciones Al-Qaeda/Talibanes sean más legítimos y transparentes¹⁰⁴⁰. Cabe destacar, además, que tras la creación de la institución del *ombudsman* en la resolución 1903 (2009)¹⁰⁴¹, el primero de ambos países ha enfatizado que este nuevo desarrollo no ha de suponer ni mucho menos el punto final al proceso de reformas, sino que espera que “en el futuro se logre el consenso necesario para incorporar nuevas mejoras (...)”¹⁰⁴².

Por último, encontramos el caso de Suiza. En el país transalpino fue la labor de DICK MARTY, miembro del Consejo de los Estados (*Conseil des Etats, Ständerat* o *Consiglio degli Stati*)¹⁰⁴³, la que inició el debate sobre la legitimidad de las sanciones inteligentes Al-Qaeda/Talibanes. Pues bien, dicho debate derivó el 12 de junio de 2009 en la aprobación por el órgano legislativo suizo de una moción que prohibía al gobierno suizo (Consejo Federal) la ejecución de las listas negras en el país hasta que no se reformara el sistema de una manera satisfactoria¹⁰⁴⁴. La moción fue aprobada por unanimidad de los veintiocho miembros del Consejo. Si bien está por ver qué es lo que sucederá tras la introducción de la institución del *ombudsman*¹⁰⁴⁵, el “caso suizo” constituye un verdadero

¹⁰³⁹ Vid. recomendación nº 15. Tanto el citado como el resto de documentos del proceso se encuentran en <http://www.iiij.org/research/UNSecurityCouncil.asp>, visitado por última vez el 24 de agosto de 2010.

¹⁰⁴⁰ Cfr. los Docs. S/PV.5928, de 30 de junio de 2008; y S/PV.6247 de 17 de diciembre de 2009.

¹⁰⁴¹ El puesto ha recaído sobre la que fuera Juez del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, KIMBERLY PROST (<http://www.un.org/News/Press/docs//2010/sc9947.doc.htm>, visitado por última vez el 20 de octubre de 2010).

¹⁰⁴² S/PV.6247, p. 2.

¹⁰⁴³ Cámara Alta con poderes legislativos que representa a los cantones y semicantones del país, y cuyas sesiones se desarrollan en el Palacio Federal de Berna.

¹⁰⁴⁴ El texto de la moción se encuentra en http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/s/4811/306539/f_s_4811_306539_306688.htm, visitado por última vez el 24 de agosto de 2010.

¹⁰⁴⁵ Dado que la opinión del Sr. DICK MARTY sobre la institución del *ombudsman* es básicamente que no varía las principales carencias del mecanismo, no es de esperar que se vayan a producir cambios importantes al respecto (Entrevista con DICK MARTY, Berna, 29 de junio de 2010).

ejemplo de rebeldía de un parlamento nacional ante un mecanismo que cada vez más se percibe más ilegítimo e ilegal¹⁰⁴⁶.

En definitiva, no resulta sencillo valorar si el *momentum* para una oposición legal a la ejecución de las sanciones inteligentes ha pasado o no para los Estados de la comunidad internacional. El silencio inicial se ha ido transformando en un incesante trabajo diplomático a favor de la reforma, y en algunos casos aislados, en una clara protesta por la falta de legitimidad del sistema que ha llegado a la desobediencia. La cuestión se complica si tenemos en cuenta que, a efectos de valorar si hay o no aquiescencia de un Estado a una resolución o un grupo de resoluciones, hay que ponderar la actitud no sólo de los órganos que lo representan en la organización internacional, sino también la del resto de poderes que componen la estructura del Estado (legislativo y judicial). Así, un gobierno puede aplaudir una determinada resolución del Consejo de Seguridad, y años más tarde un tribunal interno considerar inconstitucional –e incluso contraria al *ius cogens*– la ejecución de la misma. La cuestión es incluso más compleja en países como el Reino Unido, donde las decisiones judiciales contrarias a la ejecución de las resoluciones 1267, 1333 siguientes, se han visto seguidas de un profundo debate parlamentario sobre la legalidad y legitimidad de las mismas (al caso concreto del país británico volveremos en el próximo capítulo). De manera similar, en Estados Unidos ha sido el cambio de Administración el que ha propiciado la toma de conciencia sobre las debilidades del mecanismo.

Con ello ponemos de manifiesto un aspecto en el que seguiremos insistiendo en nuestro análisis del “prisma” de las sanciones inteligentes: y es que, más que una estática constatación de ilegalidad, han de ser analizadas como un *proceso* de percepción y reforma de lo ilícito¹⁰⁴⁷. No hay que descartar, en definitiva, que la inexecución de las sanciones

¹⁰⁴⁶ En el siguiente link de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, (http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/07122010_blacklists.pdf, visitado por última vez el 23 de diciembre de 2010), se ofrecen, entre otras cuestiones a las que nos referiremos en el siguiente capítulo, una versión traducida (no oficial) de la Carta de 22 de marzo enviada por Suiza al Presidente del Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes, comunicando que Suiza dejará a partir del 1 de enero de 2011 de ejecutar las sanciones si no se cumplen los siguientes requisitos: “the individuals concerned have been "blacklisted" for over three years and have still not been brought before a court; they have not been allowed to appeal to an independent authority; no charges have been brought against them by a judicial authority; and no new evidence against them has been put forward since they were blacklisted”. La respuesta del Presidente del Comité se encuentra la Carta de 22 de mayo de 2010, Doc. S/AC.37/2010/OC.55, 20 de mayo de 2010, en la que se recuerda a Suiza sus obligaciones en virtud de los arts. 25 y 103 de la Carta.

¹⁰⁴⁷ Esta *opinio iuris* progresiva plantea interesantes interrogantes de intertemporalidad que no podemos afrontar aquí (determinación del momento en que la obligación existe, se viola y se puede atribuir su responsabilidad; en este caso, del momento en que el Estado puede considerar *ultra vires* la resolución y puede decidir no ejecutarla). Sobre la intertemporalidad en el Derecho internacional, *cfr.* CANÇADO

inteligentes Al-Qaeda/Talibanes sea todavía una opción válida para los Estados de las Naciones Unidas.

II. LA VIOLACIÓN DE LOS LÍMITES POR EL CONSEJO

Planteados los límites a los poderes del Consejo, y discutida la opción de la desobediencia por parte de los Estados, nos queda cotejar el límite con la posible violación. En otras palabras, este segundo apartado pretende escudriñar en qué medida el régimen Al-Qaeda/Talibanes sobrepasa los límites de lo jurídicamente admisible para el Consejo de Seguridad.

II.1. A título preliminar: entre terroristas y dictadores. Las sanciones inteligentes en perspectiva

Comenzaremos planteando una cuestión, quizás algo dogmática, que sin embargo no deseábamos pasar por alto, puesto que contribuye a precisar el alcance *ratione personae* de nuestros argumentos, así como a apuntalar mejor la coherencia del trabajo.

En efecto, quizás la respuesta pueda parecer evidente, pero no deja de ser interesante preguntarse cuál es la *ratio* que subyace a tanto interés por los derechos de los individuos listados por el Consejo. A fin de cuentas, como ya anticipamos al principio de este trabajo, el régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes no es sino uno más de los varios que el Consejo de Seguridad ha delegado en los Comités creados con este propósito. Dictadores y sus familias, elites políticas de “países hampones”¹⁰⁴⁸, y milicias y grupos armados, entre otros, también han sido seleccionados por el “dedo acusador” del Consejo. ¿Por qué aquí sí y en los otros casos no? ¿Por qué un *ombudsman* para el Comité Al-Qaeda/Talibanes y no para los individuos relacionados con la cúpula militar de Corea del Norte? ¿No son las garantías judiciales un derecho de *todo* individuo, independientemente de su condición social y responsabilidad política? Hasta ahora, a nuestro conocimiento,

TRINDADE, A. A.: “International Law for humankind...”, *loc. cit.*, pp. 61 y ss.; en el derecho de la responsabilidad internacional del Estado, TAVERNIER, P.: “Relevance of the Intertemporal Law”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S.: *The Law of...*, *op. cit.*, pp. 397 y ss.

¹⁰⁴⁸ REMIRO BROTONS, A.: “Bush y los Estados hampones”, *Política Exterior*, nº 90, Nov/Dic 2002, pp. 91 y ss.

nadie se ha preocupado con tanto afán por el derecho a un juez de Charles Taylor o de los sospechosos del asesinato de Rafik Hariri, ex Primer Ministro libanés¹⁰⁴⁹.

Este interrogante de respuesta inquietantemente obvia se lo planteó Lord MANCE en el asunto *Jamad Ahmed y otros* ante la nueva Corte Suprema, del que daremos cuenta en el siguiente capítulo. Por ahora nos basta con adelantar que se trata del caso de varios individuos incluidos en las listas británicas dictadas por el ejecutivo de este país, con el fin de ejecutar las resoluciones 1267, 1373 y siguientes del Consejo de Seguridad.

El citado Juez británico responde de manera clara a esta pregunta: *cualquier* dirigente gubernamental u otra persona identificada como próxima a un Estado o grupo no estatal sancionado ha de tener a su disposición una serie de garantías judiciales en su país. Ello, a no ser que haya sido listado directamente por el Consejo de Seguridad, debido a su enorme potencial peligro para la paz y la seguridad internacionales. De hecho, afirma, “the origins and history of the Second World War are a sufficient demonstration of the potential threat to world peace which a single individual heading a state may pose”¹⁰⁵⁰.

A nuestro juicio, lo más razonable es acudir razones de índole pragmática relacionadas con el potencial sancionador del régimen Al-Qaeda/Talibanes. Sobre todo, la clave se encuentra en la capacidad de este mecanismo de afectar muy seriamente la vida de individuos y entidades alejados de las estructuras del poder y, por tanto, especialmente vulnerables a un bloqueo total de fondos o una prohibición de viajar, y cuya relación con los objetivos de la lista negra es, en ocasiones, muy discutible¹⁰⁵¹. Como afirma Lord MANCE llevando el argumento al extremo, no es posible deducir que el TJUE en *Kadi* haya

¹⁰⁴⁹ Se ha apuntado al respecto con complacencia que “the SC normally tries to make quite a sharp dividing line between those who are responsible for the violations of international law, leading to the instalment of a sanctions regime, and those who cannot be held responsible for that at all” (VAN GENUGTEN; KAMMINGA, M.: “Security Council sanctions as limitations of the right to freedom of movement”, en BOELES, P.; BULTERMAN, M.; LAWSON, R. (Eds.): *Mobility and human rights*, Intersentia, Antwerp, 2007, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=969448, visitado por última vez el 13 de noviembre de 2010, p. 9).

¹⁰⁵⁰ CS, *Her Majesty’s Treasury (Respondent) v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC) (Appellants) Her Majesty’s Treasury (Respondent) v Mohammed al-Ghabra (FC) (Appellant) R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) v Her Majesty’s Treasury (Appellant)*, sentencia de 27 de enero de 2010, [2010] UKSC 2, § 247. Comentada en ZGONEC-ROZEJ, M.: “Her Majesty’s Treasury v. Mohammed Jabar Ahmed and Others; Her Majesty’s Treasury v. Mohammed al-Ghabra; R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) v. Her Majesty’s Treasury”, *AJIL*, Vol. 105, nº 1, January 2011, pp. 114 y ss.

¹⁰⁵¹ Según SCHRIJVER y VAN DEN HERIK, “While the target States of sanctions were generally in a position to air their views in public sessions of the Security Council before those sanctions were imposed, individuals and entities do not have any standing whatsoever at the Security Council or UN sanctions committees”, SCHRIJVER, N. Y VAN DEN HERIK, L.: “Eroding...”, *loc. cit.*, pp. 332.

pretendido concluir que el mismo Osama bin Laden haya de tener la oportunidad de presentar sus argumentos ante el Consejo de la UE, antes de poder bloqueársele sus cuentas bancarias¹⁰⁵². Por el contrario, eso es lo que el mismo Juez exige a las autoridades británicas respecto del demandante en el caso concreto ante la Corte Suprema. Desde luego, no es que con ello se niegue la personalidad humana a BIN LADEN, sino que simplemente se cede con acierto ante el abrumador peso de un *idealismo utilitarista* que defiende los intereses de los potencialmente más vulnerables ante el Consejo de Seguridad¹⁰⁵³. Como recientemente sentenciara MANGAS MARTÍN, la intervención judicial es “impensable” mientras se mantenga el dictador en el poder¹⁰⁵⁴.

II.2. El terrorismo como amenaza para la paz y la seguridad internacionales: ¿suspensión *implícita* del régimen de protección de los derechos humanos?

Aclarado este punto preliminar, pongamos en conjunto algunos de los elementos que hemos venido presentando en los capítulos anteriores a fin de proseguir nuestro análisis. Por un lado, en el capítulo III comentamos que el derecho a un proceso equitativo no está incluido en el catálogo de derechos *inderogables* del artículo 4 del PIDCP y del artículo 15 de la CEDH. Ahora bien, apuntamos que de todas formas, el CDH ha intentado completar las lagunas recordando que “en ningún caso cabe desviarse de los principios fundamentales del juicio imparcial, incluida la presunción de inocencia”¹⁰⁵⁵. Por otro lado, se analizó (en el mismo capítulo) el interesante asunto *A y otros c. Reino Unido*.

¹⁰⁵² *Ibid.*

¹⁰⁵³ Preguntado el Sr. DICK MARTY sobre la justificación de su oposición al régimen Al-Qaeda/Talibanes, la respuesta fue “ce n’est pas une question de quelques erreurs dans la liste, il s’agit plutôt de la protection de l’Etat de droit” (entrevista en Berna, 29 de Julio de 2010). Ciertamente, pero si se lleva el argumento del Estado de Derecho al extremo, las conclusiones de este estudio deberían, para ser coherentes, extenderse a *todos* los Comités de sanciones del Consejo. Un resultado difícilmente deseado por los defensores de la paz y la justicia internacional...

En el extremo contrario, tampoco es nuestra intención llegar hasta el nivel de pragmatismo que sugiere una de las opciones comentadas en el último informe del WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES. Partiendo de un paralelismo entre los nombres erróneos en la lista y los activos “tóxicos” que han originado la crisis financiera, se propone la práctica solución de eliminar los nombres “tóxicos” que se encuentran en la lista, de la misma forma que las instituciones financieras han borrado de sus balances los activos contaminados por la imposibilidad de impago (WATSON INSTITUTE: “Addressing challenges to targeted sanctions...”, *loc. cit.*, p. 24). Ello facilitaría el mantenimiento del *statu quo* y evitaría aplicar costosas garantías judiciales, pero no resuelve el problema de fondo. Es, entre otras, la opción defendida por BIERSTEKER, coautor del Informe del WATSON INSTITUTE (entrevista en Ginebra, 27 de febrero de 2009).

¹⁰⁵⁴ MANGAS MARTÍN, A.: “Doble estándar con dictadores corruptos”, *El Mundo*, 11 de febrero de 2011, p. 26.

¹⁰⁵⁵ OG n° 32, § 6.

Recordemos que en este caso el Reino Unido, a la hora de notificar al Secretario General del Consejo de Europa que iba a proceder a una suspensión de derechos *ex* artículo 15 del CEDH debido al peligro originado por el terrorismo islámico, motivó su decisión (entre otras razones) en la aprobación por el Consejo de Seguridad de la resolución 1373 (2001), texto que ordena a todos los Estados perseguir y castigar a los culpables de financiar el terrorismo. Junto a ello, recalcamos que suspensión de derechos y derogación tampoco son lo mismo pues, entre otros motivos, en la suspensión de derechos no hay sustitución de un régimen jurídico de normas por otro. También se insistió en que derechos de *ius cogens* y derechos no sujetos a suspensión no son categorías idénticas.

Así pues, como hemos tenido la oportunidad de ver, en tanto que norma de *ius cogens*, ninguna norma de Derecho internacional puede sustituir el derecho a las garantías judiciales por otro régimen jurídico distinto, ni el Consejo de Seguridad puede decretar su inaplicabilidad a un caso concreto, ni ningún Estado puede decidir unilateralmente dejar de ejecutarla¹⁰⁵⁶. En tanto que norma mínima de humanidad, el “derecho al Derecho” no puede ser sujeto a suspensión en ninguna circunstancia, pues todo individuo tiene derecho a que en cuanto se den las condiciones adecuadas (acusación penal, conflicto civil) un tribunal dirima su causa. Y en tanto que norma de derecho convencional y de derecho consuetudinario, y a pesar de las lagunas del derecho convencional, parece difícilmente justificable una suspensión *total* del derecho a un proceso equitativo.

Aplicados estos argumentos a nuestra problemática, bien pudiera parecer que el Derecho internacional no deja resquicios a sus sujetos destinatarios para dejar de aplicar las garantías judiciales *esenciales*. Sin embargo, con ello no responderíamos a todas las preguntas que nos plantean las sanciones inteligentes. Si algo nos ha permitido apreciar el capítulo anterior es la enorme complejidad de este derecho compuesto y multiforme, de indeterminada aplicabilidad, derecho de *prestación* dependiente de los recursos de que disponga el Estado, con aristas que admiten limitaciones e incluso suspensiones parciales (publicidad, acceso a elementos probatorios); y que incluso ofrece la posibilidad de restringir *totalmente* su aplicación si hay inmunidades de Derecho internacional de por medio.

¹⁰⁵⁶ Recordemos, la otra opción es considerar que todos los derechos humanos forman parte del *ius cogens*, pero que el derecho a las garantías judiciales está incluido en la lista de derechos no sometidos a suspensión, lista que *también* forma parte del derecho imperativo.

Por ello nos parece pertinente intentar limar algunas de esas aristas respondiendo a la siguiente cuestión que se nos plantea con insistencia: el hecho de que el Consejo de Seguridad determine que una situación concreta es una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, ¿puede dar lugar a una especie de suspensión *implícita* del régimen convencional –y consuetudinario- de protección de derechos humanos que permita a los Estados dejar de proteger *ciertas* garantías judiciales que no forman parte del *minimis* que todo Estado ha de respetar en todo momento? ¿Son asimilables “paz y seguridad internacional” y “estado de emergencia”, o al menos de *lege ferenda* es recomendable tender puentes entre ambos conceptos? En términos más técnicos: ¿es admisible un sistema *dualista* de suspensión de derechos, en el sentido de que haya dos órganos con competencia para llevar a cabo dicha suspensión, por un lado el Estado parte –cuya “declaración de emergencia” se cierne a la nación-, y por otro el Consejo de Seguridad –cuya declaración se extiende a todos los Estados-?

Nuestra respuesta es negativa. Si bien pudiera parecer que estamos planteando una hipótesis meramente académica, la problemática ha sido ya referida en contextos prácticos relativos a la *limitación* de ciertos derechos humanos fundamentales, como el respeto de las garantías del *habeas corpus* en el asunto *Al-Jeddah*¹⁰⁵⁷ frente a la *House of Lords* británica o el derecho a la libertad de movimientos en el asunto *Sayadi y Vinck c. Bélgica* ante el Comité de Derechos Humanos del PIDCP. También el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea ha tenido que sopesar la validez de este argumento limitador del proceso equitativo en la saga de sentencias *Yusuf*. Estos dos últimos pronunciamientos serán estudiados con más detalle en capítulos posteriores.

De entre los tres pronunciamientos el más explícito es el de la Cámara de los Lores en *Al-Jeddah*. En este asunto se discutía la legalidad de la prolongada detención preventiva de un ciudadano iraquí por las tropas británicas que tras la guerra de Irak ocuparon parte del suelo iraquí. Teniendo en cuenta que la detención de aquellos individuos que supusieran un riesgo para la seguridad del país se encontraba (implícitamente) facultada por la resolución 1546 (2004)¹⁰⁵⁸, era evidente el conflicto que se planteaba entre la lucha contra el terrorismo islamista que entonces sacudía a diario al país asiático y la protección

¹⁰⁵⁷ House of Lords, *R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) c. Secretary of State for Defence (Respondent)*, §§ 38 y ss.

¹⁰⁵⁸ El texto de la resolución 1546 (2004) del Consejo afirma que éste “*Decide* que la fuerza multinacional estará autorizada a tomar todas las medidas que sean necesarias para contribuir al mantenimiento de la seguridad y la estabilidad en el Iraq (...)” (S/RES/1546 (2004), § 10).

de los derechos fundamentales que garantiza el CEDH. Entre las diferentes opiniones y las múltiples cuestiones planteadas por el caso, Lord BINGHAM OF CORNHILL presentó la dicotomía entre ambos objetivos sin ambages, y de hecho consideró abiertamente la posibilidad para los Estados del Consejo de Europa de recurrir al mecanismo del artículo 15 del CEDH cada vez que el Consejo de Seguridad adoptara medidas *ex* Capítulo VII de la Carta. Así, rechazando expresamente cualquier automatismo, este Juez británico consideró acertadamente respecto de las condiciones que el artículo 15 exige para *derogar* que “it is hard to think that these conditions could ever be met when a State had chosen to conduct an overseas peacekeeping operation, however dangerous the conditions, from which it could withdraw (...) There is in my opinion only one way in which they can be reconciled [se refiere a los objetivos de mantener la paz y la seguridad y el respeto de los derechos humanos]: by ruling that the UK (...) must ensure that the detainee’s rights under article 5 are not infringed to any greater extent than is inherent in such detention”¹⁰⁵⁹.

Cierto es que las detenciones de las tropas británicas en Irak bajo *permiso* del Consejo de Seguridad y la congelación de fondos de terroristas por *orden* del mismo órgano difieren un mundo desde el punto de vista factual y jurídico. Ello no obsta sin embargo para deducir dos importantes lecciones del tenor de la opinión del citado Lord: (1) en la medida de lo posible, el Estado *debe* reconciliar sus obligaciones del Capítulo VII con el respeto de los derechos humanos (*doctrina del margen de discreción del Estado*¹⁰⁶⁰), y (2) no existe una relación de identidad entre el artículo 39 de la Carta y el artículo 15 del CEDH¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁹ HL, *Al Jeddah c. Secretary of State for Defence*, §§ 38-39. Ninguno de los otros Lores discutió esta cuestión.

¹⁰⁶⁰ Muy relevante en el contexto del régimen de sanciones 1267 del Consejo, como veremos más adelante en el asunto *Organización de Mujahedines del pueblo de Irán c. Consejo de la UE*.

¹⁰⁶¹ Completamos nuestro análisis con lo afirmado por el CDH en *Sayadi y Vinck c. Bélgica* y por el TPIUE en *Yusuf*. En este último caso, el Tribunal europeo consideró que el derecho a las garantías judiciales recogido en el art. 6 de CEDH y en el principio de protección de los derechos humanos que informa el ordenamiento de la Unión puede verse totalmente limitado por el “el interés general esencial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales frente a una amenaza claramente identificada por el Consejo de Seguridad, con arreglo a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas” (§ 344). Ello es así debido a la “inmunidad de jurisdicción” de que gozan las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el ordenamiento interno de los Estados (§ 343). Independientemente de lo desafortunado del razonamiento relativo a la “inmunidad de jurisdicción” de las resoluciones del Consejo (pues a nuestro juicio las inmunidades de Derecho internacional se refieren a los Estados y a las organizaciones internacionales, no a sus actos legislativos; el problema del TPI con las resoluciones del Consejo no es de inmunidad, es de jurisdicción), lo cierto es que el pronunciamiento nada aporta a nuestro tema de discusión aquí. Y en lo que respecta al caso *Sayadi y Vinck*, el CDH reconoce que la obligación de cumplir con una resolución del Capítulo VII de la Carta puede constituir una “limitación” necesaria para proteger la seguridad nacional o el orden público en el sentido del art. 12(3) del PIDCP (CDH, *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, § 10.7).

Importantes razones jurídicas y políticas militan en favor de esta segunda conclusión. En primer lugar, los conceptos de “paz y seguridad” y de “guerra u otro peligro que amenace la vida de la nación” pueden referirse a lo mismo en muchas situaciones, pero no está nada claro que ambos formen círculos concéntricos. La práctica de reciente cuño del Consejo de Seguridad que acoge ciertas amenazas *abstractas* (como el terrorismo¹⁰⁶²) en el limbo del artículo 39 es un oportuno ejemplo que conduce a la duda. Además, la “realidad” de la amenaza para el orden público¹⁰⁶³ -entendiendo por ésta la proximidad temporal, material y *territorial* del peligro- no es nada clara en la mayoría de calificaciones al amparo del artículo 39 de la Carta¹⁰⁶⁴. De hecho, una equiparación entre ambas categorías bien podría dar lugar a abusos por otros miembros de la comunidad internacional escasamente incentivados para respetar los derechos humanos, a los que el Consejo otorgaría carta blanca para atentar contra las garantías jurídicas que protegen la dignidad de sus súbditos sin ningún tipo de control internacional.

En lo que respecta al elemento *temporal* de la suspensión de derechos, la doctrina ha alzado la voz sobre el riesgo que plantea una amenaza permanente como la del terrorismo internacional. Más concretamente, se ha afirmado que las suspensiones permanentes a las obligaciones en materia de derechos humanos no son aceptables ni *de iure* ni *de facto*¹⁰⁶⁵. Por el contrario, la práctica del Consejo de Seguridad avanza en una

¹⁰⁶² Sobre el terrorismo como amenaza para la paz y la seguridad internacionales, *Vid.* nuestras reflexiones en Cap. II, § II.2.2.

¹⁰⁶³ Condición exigida p.e. por la CionEDH en el ya citado *asunto griego*, § 153.

¹⁰⁶⁴ SICILIANOS, L.-A.: « Entre multilatéralisme et unilatéralisme: l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la forcé », *RCADI*, Vol. 339, pp. 348-349.

¹⁰⁶⁵ COSTAMAGNA, F.: “Derogating from ECHR obligations to fight international terrorism: analysis of some controversial issues, *La Comunità Internazionale*, 1/2007, p. 115; COSTAS-TRASCASAS, M.: “Terrorism, state of emergency and derogation from judicial guarantees”, en FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, P. A. (Ed.): *International legal dimension...*, *op. cit.*, p. 478. Por su parte, el excelente trabajo de SIEHR sugiere la imposibilidad de declarar un estado de emergencia por parte del Reino Unido al faltar el elemento de la inminencia del peligro, negando la legalidad de los “estados de emergencia preventivos” (al contrario de propuesto por el TEDH en *A y otros c. Reino Unido*) (SIEHR, A.: “Derogation measures under article 4...”, *loc. cit.*, p. 589). Y añade que el art. 4 no está diseñado para emergencias permanentes (*ibid.*, p. 592) *Contra*, DE WET, E.: *The Chapter VII powers...*, *op. cit.*, p. 202. Más cauta en sus opiniones es JOSEPH. Para esta autora la OG n° 29 no nos ofrece ideas claras respecto a si la suspensión de derechos británica tras el 11-S es legal (JOSEPH, S.: “Human rights committe...”, *loc. cit.*, p. 85).

Contrastemos por un segundo todas estas opiniones con la reserva *interpretativa* realizada por Israel en el momento de acceder al PIDCP: “In view of the above, the State of Emergency which was proclaimed in May 1948 has remained in force ever since. This situation constitutes a public emergency within the meaning of article 4 (1) of the Covenant” (disponible en http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtds_g_no=IV-4&chapter=4&lang=en, visitado el 14 de junio de 2010). Es decir, Israel reservó el mismo artículo 4 del PIDCP, y entre otros aspectos de esta disposición, el criterio de necesidad temporal. No ha habido objeciones a la propuesta israelí. Una interesante discusión sobre las reservas al artículo 4 se encuentra en el citado artículo de SIEHR (pp. 558-

dirección opuesta a esta precaución. Así, no sólo la naturaleza abstracta de la amenaza del terrorismo internacional ha motivado la adopción de la legislativa resolución 1373 (2001), pues también la amenaza algo más concreta de Al-Qaeda y los Talibanes (que no abarca, pues, todo el fenómeno terrorista) está justificando la adopción de medidas cuasipermanentes difícilmente aceptables desde el punto de vista de los mecanismos de suspensión de derechos¹⁰⁶⁶.

Cierto, como hemos visto (y valorado negativamente), el TEDH ha rechazado en la sentencia *A y otros c. Reino Unido* que entre los criterios para valorar la estricta necesidad de las medidas adoptadas bajo el paraguas del artículo 15 se encuentre el de la temporalidad de dichas medidas. Pero también hay que recordar que el mismo artículo 15(1) del CEDH prohíbe a los Estados suspender derechos allá donde otras obligaciones internacionales lo impiden (*principio de consistencia de la suspensión*); y aunque resulta ingenuo esperar que el Alto Tribunal europeo vaya a invalidar una suspensión por no respetar este requisito, lo cierto es que éste es el imperativo que el citado principio de consistencia imponía al Tribunal en el caso británico. De hecho, el mismo TEDH aceptó en su razonamiento que la OG nº 29 del CDH (sobre Estados de emergencia) imponía un requisito de necesidad temporal a los Estados que quisieran *derogar* derechos y libertades del PIDCP¹⁰⁶⁷. Dicho de otra forma: quizá sea posible suspender indefinidamente garantías de acuerdo con el CEDH, pero si el PIDCP lo prohíbe, el requisito de la “consistencia” entre suspensiones que reconoce el mismo CEDH impide finalmente cualquier suspensión indefinida.

Un último y breve apunte relativo al requisito de notificación de la suspensión de derechos. Y es que este requisito, aunque sea formal, es otra de las *conditio sine qua non* para liberarse de las obligaciones en materia de derechos humanos. Pues bien, resulta evidente que en el caso de que el Consejo de Seguridad declare una determinada *situación* como amenaza para la paz y la seguridad internacionales y un Estado del CEDH quiera suspender, habrá de ser éste -y no el “ejecutivo” de Naciones Unidas- el que comunique la medida, pues sólo aquél es parte contratante de los tratados en materia de derechos

562), en el que la autora defiende la posibilidad de realizar reservas a dicha disposición, siempre y cuando no atenten contra el objeto y el fin del tratado; en otras palabras, una reserva que excluya de su aplicación uno de los derechos no derogables.

¹⁰⁶⁶ Con el mismo tono crítico, *cfr.* BONET PÉREZ, J.: “El Tribunal Europeo...”, *loc. cit.*, pp. 24 y ss.

¹⁰⁶⁷ TEDH, *A y otros c. Reino Unido*, § 178.

humanos. De esta manera, es el Estado y no el Consejo el que asume la derogación y, por ende, la responsabilidad en caso de incumplimiento¹⁰⁶⁸.

Hasta aquí nuestros argumentos para rechazar una correlación entre artículo 39 de la Carta y cláusulas de suspensión de derechos. Por muy importante que sea la película del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, el Consejo de Seguridad no ha de ser sino un figurante en la escena de los artículos 15 CEDH, 4 PIDCP y 29 CADH¹⁰⁶⁹.

II.3. Sanciones inteligentes contra particulares: ¿acusación penal?

Para responder al interrogante que plantea este epígrafe es necesario poner en conjunto varios de los elementos del análisis ofrecido hasta ahora en este estudio.

En el Capítulo primero describimos con dos categorías los criterios que el Consejo de Seguridad utiliza para incluir individuos en su lista: el de pertenencia y el de actividad. El primero se vincula sobre todo al término “asociación” con Al-Qaeda y los Talibanes, mientras que el segundo se encuentra próximo de la “participación en las actividades” de Al-Qaeda, que en las sucesivas resoluciones del Consejo se definen de manera muy amplia.

En el Capítulo segundo intentamos llamar la atención sobre la ambigüedad de la dicotomía prevención-punición en la retórica del Consejo. En primer lugar, se ha podido

¹⁰⁶⁸ Una visión parcialmente contraria es la de SICILIANOS en su estudio sobre las operaciones de mantenimiento de la paz autorizadas por el Consejo de Seguridad. En primer lugar, subraya ciertas diferencias entre los requisitos de las cláusulas de suspensión de derechos y las posibilidades para derogar derechos en este tipo de operaciones. En segundo lugar, constata que no existe evidencia empírica de que las autoridades responsables de una operación de mantenimiento de la paz hayan *derogado* derechos. Y sin embargo, es habitual que en este tipo de situaciones –según el autor-, la autoridad *de facto* sea ejercida por la operación o que éste se reparta entre la operación y las actividades locales. En consecuencia, concluye, « afin d’assurer une transparence des activités des forces multinationales dans le domaine des droits de l’homme, il faudrait procéder à une forme de notification analogue à celle qui est prévue dans les clauses conventionnelles de dérogation ». La propuesta es desde luego interesante pero no nos afecta, pues se restringe a un tipo de actividad *ex* Capítulo VII de la Carta muy concreta y con unos fines muy específicos. No apoyamos su generalización a *todo tipo* de circunstancias (*Cfr.* SICILIANOS, L.-A.: “Entre multilatéralisme...”, *loc. cit.*, pp. 352-355).

¹⁰⁶⁹ Ciertamente es que ABI-SAAB apuntó después de los atentados del 11-S que “Security Council resolution 1373 (...) comes nearest to a declaration of an “international state of emergency” to face up these events, establishing a temporary regime under Chapter VII to take measures against terrorism in this particular emergency (...)” (“The proper role of International Law in combating terrorism”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 1, 2002, p. 310). Pero estas palabras no han de ser malentendidas en el sentido estricto de una derogación de los estándares protegidos por los convenios internacionales de derechos humanos. Más bien, describen la respuesta jurídica del órgano ejecutivo de Naciones Unidas. El mismo autor lo confirma en un trabajo posterior que ya hemos citado (“Security Council as legislator...”, *loc. cit.*, p. 128).

ver que históricamente el fin de las sanciones no sólo ha sido el de evitar la comisión de futuros actos terroristas, dado que también se ha pretendido presionar y castigar a los Talibanes por no entregar a Osama bin Laden para su enjuiciamiento. En segundo lugar, hemos pretendido mostrar que el criterio de “asociación” con Al-Qaeda relaciona las sanciones no sólo con la prevención de futuros actos de terrorismo, sino que también con la represión del comportamiento presente o pasado. Además, la ambivalencia de la congelación *total* de fondos como medida preventiva o represiva fue considerada innegable; más aún teniendo en cuenta la severidad de sus efectos, que hacen más difícil aceptar que el Consejo pueda *objetivamente* defender que sus fines no son punitivos. Seguidamente, criticamos la noción de “carácter preventivo” como metodológicamente engañosa. Y por último, el ejemplo de la congelación de los fondos de THOMAS LUBANGA ante la CPI intentó evidenciar la difícil operatividad práctica de todas estas (necesarias) categorías académicas.

En el capítulo Tercero se presentaron los llamados *criterios de Engel* a los que habitualmente recurre el TEDH para diferenciar entre acusaciones penales y disputas civiles en el sentido del art. 6 TEDH. Esta distinción ha planteado también problemas en la *jurisprudencia* del Comité de Derechos Humanos, pero no así en el caso de la CrIDH, encargada de aplicar un artículo 8 CADH de ámbito de aplicación *ratione materiae* tan amplio que se deja la puerta abierta a todo tipo de procesos¹⁰⁷⁰. Junto a ello, además, se ofreció una panorámica de los argumentos con los que la jurisprudencia internacional (TEDH, CrIDH y, en menor medida, el CDH) ha salido al paso de la dicotomía “prevención/punición” en el contexto del respeto de la garantía de la presunción de inocencia. Como ya anticipamos, la foto ofrecida no fue completa, pues precisamente en el contexto de la materia que en breve discutiremos el TEDH ha aportado soluciones más precisas.

El camino está pues allanado para plantearnos la inevitable pregunta: ¿supone la imposición de las sanciones inteligentes por el Consejo de Seguridad la existencia de una “acusación en materia penal” en el sentido del art. 14(1) PIDCP y 6(1) CEDH? El

¹⁰⁷⁰ Por su parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos únicamente establece garantías para los procesos penales. La Declaración Americana de Derechos Humanos se refiere únicamente a los “derechos legales” de los individuos, la Carta Africana a la “causa” de una persona, y la Convención de los Estados Independientes de la Commonwealth recurre al término, que no hemos encontrado traducido del inglés, de “any charge”. Por último, la Carta Árabe, al igual que el PIDCP y la CEDH, diferencia igualmente entre derechos civiles y penales.

interrogante no es desde luego banal pues dependiendo de su solución predeterminaremos la aplicabilidad de las garantías del proceso penal analizadas en el capítulo anterior al análisis de las sanciones inteligentes, y por ende, su oposición como límite que el Consejo de Seguridad no puede traspasar.

Para responder a esta pregunta hemos de evaluar el cumplimiento de dos requisitos: (1) ha de haber una *acusación*, y (2) dicha acusación ha de versar sobre una *materia penal*. La jurisprudencia reciente del TEDH al respecto es técnicamente muy compleja y merece ser repasada con cierto detalle; al final de este apartado la resumiremos en una tabla.

II.3.1. Existe una acusación...

La sentencia *Deweer c. Bélgica* del TEDH situó la determinación de la existencia de una acusación en materia penal en tres momentos posibles: o el momento del arresto del acusado, o el momento en que a éste se le notifica oficialmente que será abierto un proceso contra él, o el momento en que se abren las investigaciones preliminares¹⁰⁷¹. El concepto de acusación resultante es material y no formal. Quiere ello decir que para la determinación de la existencia de una “acusación” habrá que ir más allá de las categorías jurídicas del derecho nacional a fin de, fijándonos en la “realidad del proceso”¹⁰⁷², encontrar el momento en que “l’*autorité compétente exprime sans équivoque qu’*elle tient l’*individu pour l’auteur du fait reprochable*”¹⁰⁷³: el arresto del interesado, la notificación oficial de la intención de perseguir una determinada conducta, la apertura de una investigación judicial, etc.

En el caso de las sanciones inteligentes, como ya tuvimos la oportunidad de ver en el capítulo I, el Consejo de Seguridad ha acabado imponiendo a los Estados la obligación de notificar a los interesados sobre la imposición de la medida¹⁰⁷⁴. Así, todo individuo sancionado ha de recibir una comunicación del Estado con los detalles de las restricciones a las que se va a ver sometido, así como de los *motivos* que la justifican. Si a ello le sumamos el hecho de que la conducta reprimida fue definida por el mismo Consejo a partir

¹⁰⁷¹ TEDH, *Deweer c. Bélgica*, sentencia de 16 de julio de 1971, Ap. nº 6903/75, § 42.

¹⁰⁷² *Ibid.*, § 34.

¹⁰⁷³ QUILLERÉ-MAJZOUB, F.: *La défense du droit...*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁷⁴ Directrices, p. 6 h).

de la resolución 1617, podemos concluir sin dificultad que existe una acusación en el sentido autónomo en que ésta es definida por el TEDH.

II.3.2. ...pero, ¿hay materia penal?

a) De la simplicidad de algunas propuestas afirmativas....

Mucho más difícil es responder a la segunda parte de la pregunta: determinar si existe una “materia penal” siguiendo los términos de los artículos 6 CEDH y 14 PIDCP. ¿Es posible encajar una medida pretendidamente preventiva y de supuesta naturaleza provisional en las categorías alternativas de los tres “criterios de *Engel*” ofrecidos por el TEDH, así como en la más difusa jurisprudencia del CDH al respecto? A pesar de las críticas a las que se ha visto sometido el régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes por su violación de las garantías judiciales básicas, no son numerosas las voces que hayan profundizado esta cuestión. Por el contrario, la mayoría de análisis relativos a la relación entre sanciones inteligentes y CEDH/PIDCP se centran en el tema más general de la responsabilidad de los Estados por la ejecución de actos ordenados por organizaciones internacionales¹⁰⁷⁵.

Entre los autores que sí se adentran en esta problemática, encontramos por un lado a GUTHERIE, quien subraya el hecho de que los procedimientos de congelación de fondos de algunos países se desarrollan en el ámbito del derecho administrativo. El autor intenta así ilustrar sobre las dificultades que presentan las sanciones para aplicarles las más estrictas garantías ofrecidas por el Derecho internacional de los derechos humanos¹⁰⁷⁶. Sin embargo, su análisis se apoya únicamente en la práctica estadounidense y en un caso del TEDH cuya relación con la legalidad de las sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad es más que dudosa (*Albert y LeCompte c. Bélgica*, un caso relativo a la suspensión de una licencia para ejercer la profesión de médico a dos nacionales belgas al que nos hemos referido ya). Son necesarias más evidencias jurisprudenciales para poder extraer una conclusión sólidamente fundada a este respecto.

¹⁰⁷⁵ Vid. nuestro análisis del Capítulo VI, § II.

¹⁰⁷⁶ GUTHERIE, P.: “Security Council sanctions and the protection of individual rights”, *NYU Annual Survey of American Law*, Vol. 60, 2004, pp. 506-511. Por su parte, el estudio de FASSBENDER comisionado por Naciones Unidas vuelve al criterio de la intencionalidad del Consejo para deducir de él el carácter administrativo de las medidas (FASSBENDER, B.: “Targeted sanctions...”, *loc. cit.*, p. 29). Vid. igualmente HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: *La financiación del terrorismo...*, *op. cit.*, p. 145.

Más interesante encontramos la opinión de CAMERON, en su conocido estudio sobre la relación entre sanciones inteligentes y CEDH encargado por el Consejo de Europa. A pesar de la severidad de sus efectos, las sanciones inteligentes constituyen un “strange type of criminal charge” al no haber ni siquiera una definición de la conducta sancionada¹⁰⁷⁷. Aunque sus dudas sobre la calificación “penal” eran plausibles en el momento de la redacción del estudio, ya hemos venido insistiendo en que la resolución 1617 definió más tarde (y con más o menos acierto) la conducta sancionable. El argumento ha dejado de ser válido hoy en día.

El Primer Informe del WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES mostraba sus dudas sobre la aplicabilidad del derecho al juez a los procedimientos del Comité Al-Qaeda/Talibanes. A pesar de hacerse eco de aquellas voces que vienen reclamando la aplicabilidad de estándares penales a estas medidas, se apoya en las opiniones del Equipo de Vigilancia para dejar la cuestión abierta al debate, aunque insistiendo en tener presente que el derecho al juez admite limitaciones y excepciones por motivos de seguridad pública. Por ello prefiere apoyarse en otro derecho que no hemos tratado en este trabajo, el derecho a un recurso efectivo, que en el caso de la CEDH no exige una solución judicial (en función de las circunstancias, un *Ombudsman* sería admisible). Claro está que esta salida, técnicamente correcta, tiene a nuestro juicio un inconveniente práctico. Y es que aunque el derecho a un recurso efectivo sea oponible al Consejo de Seguridad por la vía consuetudinaria (dada su presencia en el artículo 8 de la DUDH), el derecho a la propiedad privada no se encuentra protegido como tal por el PIDCP, por lo que la exigibilidad de este derecho por la vía del mecanismo universal de protección de derechos resulta más que dudosa¹⁰⁷⁸. Sí que plantearía menos problemas en el ámbito de la CADH (donde se exige un recurso “judicial”), y en el artículo 13 CEDH, al menos para los Estados partes en el Primer Protocolo Adicional.

Por su parte, la autorizada voz del Relator Especial SCHEININ se ha apoyado en uno de los “criterios de *Engel*” para categorizar las sanciones como penales. En concreto, se ha basado en el criterio de la *gravedad* de los efectos de la medida; y es que las sanciones inteligentes, aplicadas con rigor, repercuten de una manera tan radical en la vida diaria de los individuos y entidades afectados (y en la de las familias de los primeros) que considerar

¹⁰⁷⁷ CAMERON, I.: “The European Convention on Human Rights...”, *loc. cit.*, p. 10. El mismo estudio parecía dejar de todas formas abierta la respuesta.

¹⁰⁷⁸ Como reconoce el mismo Informe del WATSON INSTITUTE, *Strengthening...*, *loc. cit.*, p. 12.

otros criterios, como la discrecional calificación *administrativa* que les otorga el órgano neoyorquino, o su supuesta finalidad preventiva, supone cerrar los ojos a la realidad de los hechos. Para ello relaciona *duración indefinida* con *gravedad*, coligiendo que “si las sanciones relacionadas con la inclusión en la lista son permanentes, se considerará que pertenecen al ámbito de lo penal a los fines del Derecho internacional en materia de derechos humanos, independientemente de su calificación”¹⁰⁷⁹. Asimilándolas a la confiscación, concluye que las sanciones inteligentes pueden constituir una “medida penal muy severa que exige las garantías procesales pertinentes”¹⁰⁸⁰. El hecho de que son numerosos los individuos y entidades que llevan casi diez en la lista es la mejor prueba de ello.

Si bien no podemos ocultar nuestra cercanía de la opinión del Relator Especial SCHEININ, el contraste entre la simplicidad de la argumentación que éste desarrolla y la sofisticación de la jurisprudencia del TEDH en materia de medidas preventivas nos induce a no conformarnos con esta respuesta sin pasar antes por el filtro de la jurisprudencia del juez de Estrasburgo. El estímulo lo hemos encontrado en un trabajo reciente sobre el pronunciamiento del CDH en la comunicación *Sayadi y Vinck c. Bélgica* de un experto de la jurisprudencia del TEDH como FLAUSS. Evaluando el acierto de los razonamientos del CDH en este asunto, el autor francés echaba en falta una referencia cruzada por el órgano onusiano a la respuesta ofrecida por la jurisprudencia estrasburguesa en el asunto *Dassa Foundation y otros c. Liechtenstein*¹⁰⁸¹. Dado que el mismo CDH rechazó en *Sayadi y Vinck* que el régimen de sanciones establecido por la resolución 1267 pueda ser calificado de “acusación en materia penal”, se hace preciso abordar, en primer lugar, el razonamiento del CDH en este último caso para finalmente sumergirnos en el maremágnum de la jurisprudencia europea.

¹⁰⁷⁹ En el mismo sentido, DE WET, E.: *The Chapter VII powers...*, *op. cit.*, p. 353; HUDSON, A.: “Not a great asset: The UN Security Council’s counter-terrorist regime: violating human rights”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 25, nº 2, 2007, p. 115-116.

¹⁰⁸⁰ *Segundo Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin*, 16 de agosto de 2006, Doc. A/61/267, §§ 34-35, p. 17. De manera similar, WESSEL, R.: “Debating the smartness...”, *loc. cit.*, pp. 654-655. A este respecto una autoridad como VERVAELE ha constatado en un artículo de referencia que “son de aplicación íntegramente al procedimiento de confiscación *in rem* los artículos 6 CEDH y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, VERVAELE, J.: “Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el derecho penal?”, *Revista Penal*, nº 2, 1998, p. 78.

¹⁰⁸¹ FLAUSS, J.-F.: « Les “listes noires” de l’ONU devant le Comité des droits de l’homme. Comité des droits de l’homme des Nations Unies, *Sayadi et Vinck c. Belgique*, 22 octobre 2008 », *RTrDH*, Vol. 82, 2010, p. 380, nota al pie 26 (cita la sentencia *Dussa y otros c. Liechtenstein*, pero en realidad es *Dassa y otros c. Liechtenstein*. *Vid. infra*).

b)... pasando por la respuesta negativa del CDH...

Dado que el razonamiento no es extenso, ofreceremos la versión íntegra de lo afirmado por el CDH en el *Sayadi y Vinck c. Bélgica*. Recordemos que aquí se planteó la legalidad de la congelación de fondos y la prohibición de viajar ejecutados contra un ciudadano belga y su mujer, en la lista desde el 22 de noviembre de 2003, por sus supuestos lazos con la proscrita *Global Relief Foundation*¹⁰⁸². Los demandantes defendieron ante el CDH que las sanciones eran de naturaleza indudablemente penal¹⁰⁸³. Como no podía ser de otra forma, el Estado europeo respondió con el argumento *oficial* del Comité de Sanciones (y del Equipo de Vigilancia), basado en la naturaleza sumaria del *proceso* por el que los individuos son incluidos en la lista negra del Consejo y en los fines preventivos de las medidas, añadiendo que el eventual sufrimiento del individuo listado se ve reducido por las excepciones y exenciones humanitarias¹⁰⁸⁴. El CDH solventó la cuestión de la siguiente manera:

“El Comité recuerda que su interpretación del Pacto parte del principio de que el sentido de sus expresiones y conceptos es independiente de todo sistema nacional o legislación y que debe atribuir un sentido autónomo a sus expresiones. Aunque el régimen de sanciones tenga consecuencias severas para los interesados, lo que podría indicar que ese régimen tiene carácter punitivo, el Comité considera que no se refiere a una acusación de carácter penal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14. En consecuencia, el Comité estima que los hechos no ponen de manifiesto que haya habido una violación del párrafo 3 del artículo 14, del párrafo 2 del artículo 14 ni del artículo 15 del Pacto”¹⁰⁸⁵.

Poco se puede añadir a todo lo defendido hasta aquí en este trabajo para responder a esta opinión. El CDH primó apariencia jurídica sobre realidad al mostrar lo que a nuestro juicio es un excesivo respeto por la configuración jurídica del aparato sancionador del Consejo de Seguridad. Los Sres. SAYADI y VINCK fueron retirados de la lista el 20 de julio de 2009, es decir, casi seis años después de haber sido listados por el Consejo. El único miembro del Comité que mostró sensibilidad hacia la relación tiempo/falta de procedimientos aceptables fue Sir NIGEL RODLEY, quien sin llegar cuestionar directamente la decisión del órgano del que forma parte sí que subrayó que

¹⁰⁸² Respetando nuestra estructura en “caras” del mismo prisma, dejaremos los detalles del proceso por el que ambos individuos fueron listados para el próximo capítulo.

¹⁰⁸³ CDH, *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, § 5.9.

¹⁰⁸⁴ *Ibid*, § 6.4.

¹⁰⁸⁵ *Ibid*, § 10.11. La opinión fue apoyada en el Voto particular (parcialmente disidente) de los miembros del Comité WALTER KÄLIN y YUJI IWASAWA, en el Voto (disidente) de RUTH WEDGWOOD.

“No es fácil saber por qué, casi diez años después de la aprobación de la primera resolución del Consejo -la resolución 1267 (1999)- y siete años después del 11 de septiembre, el Consejo de Seguridad no haya podido elaborar procedimientos más compatibles con los valores de los derechos humanos fundamentales de transparencia, responsabilidad y apreciación imparcial e independiente de los hechos”¹⁰⁸⁶.

Fragmento que encierra una crítica evidente a la falta de garantías procesales en el seno del Comité y al que, como se podrá imaginar, nos sumamos.

c)... y acabando en la compleja jurisprudencia del TEDH

Nos adentramos ya en lo que hemos calificado de maremágnum jurisprudencial del TEDH. No en sí por su extensión, pues en materia de aplicabilidad de las garantías penales a medidas de privación temporal del derecho a la propiedad el analista no nada en la sobreabundancia de decisiones, tan habitual en el contexto del Convenio. Pero sí lo es por su elevado tecnicismo y casuismo; en otras palabras, por su complejidad. Prevenimos al lector de que no examinaremos *todas* las sentencias del Tribunal relativas a las medidas ejecutivas *in rem* sino sólo aquellas en las que se discuta el vínculo con las garantías del proceso penal. De no ser así nos adentraríamos en un estudio de pretensiones diferentes a las nuestras.

Volvamos en primer lugar a *Phillips c. Reino Unido*, donde se valoró (entre otras cuestiones) la legalidad *ex* artículo 6 CEDH de la presunción *iuris tantum* establecida por el legislador británico de que *todos* los bienes poseídos por un individuo durante los seis años anteriores a su condena por narcotráfico habían sido obtenidos de manera ilícita. De acuerdo con el demandante, dicha presunción violaba el derecho a la presunción de inocencia. Por el contrario, como pudimos analizar, la Sala concluyó que la controversia no implicaba la determinación de una acusación penal, excluyendo las medidas cuestionadas de la categoría criminal.

En *Öztürk c. Alemania*, asunto aparentemente muy alejado de nuestro ámbito de estudio¹⁰⁸⁷, se planteó el problema de dirimir si las garantías del proceso penal eran

¹⁰⁸⁶ CDI, Voto razonado de Sir NIGEL RODLEY, *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, p. 39.

¹⁰⁸⁷ TEDH, *Öztürk c. Alemania*, sentencia de 21 de febrero de 1984, Ap. n° 8544/79. El problema se originó con la decisión de un Tribunal de Distrito alemán de obligar al Sr. Öztürk a pagar sus propias costas judiciales, entre ellas las de un intérprete. Según se desprende de los hechos, el demandante ante el TEDH había sido multado por una imprudencia automovilística que derivó en un accidente de tráfico. La multa que se le impuso era de muy escasa cuantía (aunque en total podía ascender a unos DM 1000, unos 511 €), pero podía ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa alemana en un breve procedimiento escrito. La legislación alemana en materia de seguridad vial anterior a 1975 preveía

aplicables a un procedimiento contencioso-administrativo que dio lugar a la imposición una multa de escasa cuantía. De manera similar a la Comisión Europea de Derechos Humanos, la respuesta del Tribunal insistió en los “criterios de *Engel*”, pero enfatizando la vertiente autónoma de su jurisprudencia en materia de garantías del proceso penal. En otras palabras, el TEDH desatendió los numerosos indicadores que en el derecho alemán apuntaban a una regulación exclusivamente administrativa de la infracción, para subrayar su –a juicio del Tribunal- verdadera naturaleza penal. Varios elementos fueron tomados en cuenta a este respecto: el carácter punitivo de las medidas, el hecho de que la mayoría de Estados europeos seguían criminalizando este tipo de infracciones¹⁰⁸⁸ y, en general, el interés por evitar que el cambio de procedimiento derive en una reducción de las garantías para los individuos protegidos por el Convenio. En lo que respecta a la levedad en la cuantía de las multas que la legislación alemana derivaba de la actuación del Sr. Öztürk, el Tribunal de Estrasburgo fue claro: no hay nada en el Convenio que vincule las garantías del proceso penal a un cierto nivel de gravedad de las sanciones¹⁰⁸⁹.

Hasta aquí en lo que respecta al asunto *Öztürk*. No es un caso de ejecución de medidas preventivas, sino de calificación de sanciones retributivas. Y no obstante lo particular del contexto, el principio autonomista sentado por el TEDH nos parece muy relevante para nuestros intereses: la aplicabilidad de las garantías del proceso penal a una medida sancionatoria es una cuestión de realidades, no de apariencias regulatorias.

En *Agosi c. Reino Unido*¹⁰⁹⁰ se discutió la legalidad de la *confiscación* de una importante cantidad de monedas de oro a una empresa alemana que se las había vendido de buena fe (sin cobrar finalmente el precio acordado) a dos ciudadanos británicos detenidos en la frontera británica por contrabando de monedas. La jurisdicción británica validó la amplísima discrecionalidad de los poderes confiscatorios de la autoridad aduanera y

sanciones penales para el tipo de infracciones cometidas por el Sr. Öztürk, pero una profunda revisión de la legislación en materia de tráfico las despenalizó, entre otros motivos para simplificar los procedimientos y aligerar la carga de trabajo de la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹⁰⁸⁸ Argumento acertadamente criticado por el Juez MATSCHER en su Opinión disidente, debido a la superficialidad y falta de rigor con el que lo aborda el TEDH (§ 3). En general, el resto de opiniones interpretaron, por un lado, que la legislación alemana había operado una decriminalización real de este tipo de infracciones de tráfico, y por otro, que la cuantía de la multa máxima que podía imponerse al Sr. Öztürk era muy reducida (*Cfr.* opiniones (separadas) de los Jueces THOR VILHJALMSSON, BINSCHEDLER-ROBERT, LIESCH, MATSCHER, PINHEIRO-FARINHA y BERNHART).

¹⁰⁸⁹ TEDH, *Öztürk c. Alemania*, § 53.

¹⁰⁹⁰ TEDH, *Agosi c. Reino Unido*, sentencia de 24 de octubre de 1986, Ap. n° 9118/80.

denegó a la apelante la posibilidad de acudir a la Cámara de los Lores. La Sala del Tribunal llegó a esta conclusión sin adentrarse siquiera en escrutar la finalidad de las medidas impuestas por el ejecutivo británico. La opinión disidente del Juez PETTITI llamó la atención sobre las paradojas del resultado propuesto por el Tribunal, dado que si las autoridades aduaneras hubieran iniciado diligencias penales contra el director de *Agosi* por supuesta complicidad en el fraude, estos últimos habrían podido beneficiarse de un juicio equitativo. Recordando la idea-fuerza de la sentencia del TEDH en *Öztürk*, recalcó que el juez europeo no ha de verse influenciado por la calificación que en el derecho nacional se conceda a la conducta sancionada y ha de centrarse en la *realidad de los resultados*:

“A State which, because of the way in which it has structured its administration of justice, has not prosecuted a person under the criminal law may not deprive him of the guarantees provided by Article 6 (art. 6) on the ground that there have been no criminal proceedings, and yet at the same time prevent the bringing of civil proceedings. Thus, AGOSI was denied the opportunity both of proving its innocence in criminal proceedings and of asserting its rights in civil proceedings. It was treated less well in its case than were the actual offenders”¹⁰⁹¹.

En *Air Canada c. Reino Unido*¹⁰⁹² fue a una compañía aérea a la que se le confiscó primero un avión (que en el momento de la confiscación estaba estacionado en tránsito y con numerosos pasajeros en el interior) y seguidamente se le impuso una multa de £50,000 para poder recuperarlo. El motivo fue que el 26 de abril de 1987, y tras repetidas advertencias a la compañía de que vigilara a sus empleados más rigurosamente, se descubrió un contenedor con 331 kg de hachís en el compartimento de carga de un avión comercial. En ningún momento se le comunicaron las razones de la medida a la compañía aérea, que sólo conoció el motivo por el que se le sancionó durante el procedimiento ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. Al igual que en *Agosi*, la jurisdicción británica había cedido ante el amplio poder discrecional sancionatorio del que gozan las autoridades británicas. La decisión final de la Sala fue obtenida con cinco votos contra cuatro.

Analizando si hubo violación de artículo 1(1) del Protocolo Adicional Primero al CEDH, el Tribunal reconoció el “sorprendente”¹⁰⁹³ poder discrecional de las autoridades aduaneras británicas, pero insistió en la finalidad no represiva de las medidas impuestas. Para la Sala, se trataba de dos medidas impuestas “con el fin de mejorar los procedimientos de seguridad de la compañía”. Igualmente consideró que no había tal obligación de

¹⁰⁹¹ Opinión disidente del Juez PETTITI, p. 26.

¹⁰⁹² TEDH, *Air Canada c. Reino Unido*, sentencia de 26 de abril de 1995, Ap. nº 18465/91.

¹⁰⁹³ *Ibid*, § 41.

comunicar los motivos de la confiscación. En efecto, la compañía podría haberlos deducidos de las numerosas cartas que entre 1983 y 1987 había recibido de las autoridades británicas urgiéndolos a mejorar sus mecanismos de seguridad, a fin de evitar que sus aviones comerciales fueran utilizados por miembros no identificados de la tripulación para el tráfico de drogas¹⁰⁹⁴.

Y ya en lo que respecta al art. 6 CEDH, la Sala siguió al pie de la letra su argumentación previa en *Agosi*. De hecho, las diferencias entre el presente caso y el anterior (entre ellas, el hecho de que se le impusiera una multa a la compañía aérea) fueron utilizados por el Tribunal como argumento *a fortiori*¹⁰⁹⁵ y, en definitiva, se concluyó que las garantías del artículo 6 CEDH no eran aplicables al caso en tanto que “acusación penal”¹⁰⁹⁶.

La sentencia fue dictada con cuatro opiniones disidentes. En dos de ellas encontramos elementos muy interesantes para nuestro análisis. En primer lugar, el Juez WALSH incidió en el criterio de la naturaleza y la gravedad de la pena consagrado por el TEDH en la ya comentada sentencia *Öztiirk c. Alemania*¹⁰⁹⁷. Lejos de aceptar las categorías establecidas en el derecho nacional, el Juez subrayó que la realidad del caso concreto es que las autoridades británicas querían imponer una pena a la compañía. Sus discrepancias de fondo no fueron muy diferentes de las manifestadas por el Juez PEKKANEN en otro de los votos disidentes.

En segundo lugar, la larga opinión disidente del Juez MARTENS, a la que se unió el Juez RUSSO, subrayó el hecho de que la confiscación cuestionada no tenía fines reparativos como fuera el caso en *Agosi*. Aún más, se abundó en que “cuando uno se deshace de las categorizaciones nacionales, [el caso] cae claramente dentro del ámbito del derecho penal”, dado que el evidente fin de la confiscación del avión previa condena era “penalizar una

¹⁰⁹⁴ *Ibid*, § 44.

¹⁰⁹⁵ *Ibid*, § 54.

¹⁰⁹⁶ Por ello el razonamiento del Tribunal se trasladó a la aplicabilidad de las garantías del proceso *civil* al caso concreto, aunque no es habitual que el Tribunal haga entrar este tipo de medidas coercitivas en la noción de “determinación de las obligaciones y derechos de carácter civil”. La aplicabilidad del artículo 6 fue aceptada sin más discusión, aunque los recursos judiciales que ofrecía el sistema jurídico británico a *Air Canada* fueron considerados suficientes.

¹⁰⁹⁷ Aunque en realidad, como acabamos de ver, la severidad de la pena fue precisamente el elemento determinante para el TEDH, dada la escasa cuantía de la multa que se le impuso al Sr. Öztiirk.

conducta criminal (el tráfico de drogas) a fin de evitar su repetición”¹⁰⁹⁸. En lo que respecta al análisis conjunto de la violación del artículo 1(1) PA I y el artículo 6 CEDH, el juez francés mostró su disconformidad con la conclusión del Tribunal en *Agosi* relativa a la legalidad de la amplia discrecionalidad concedida por el juez británico a las autoridades aduaneras británicas. Para ello llamó la atención sobre la reunión de los poderes de fiscalizar y sancionar en un sólo órgano (la autoridad aduanera británica), reclamando que la legalidad de un poder tan amplio sólo es posible si se ve acompañada de estándares ajustados al artículo 6 del Convenio.

Posteriormente, en *Dogmoch c. Alemania*¹⁰⁹⁹, un influyente hombre de negocios vio una muy importante cantidad de sus bienes congelados como medida preventiva, durante el desarrollo de unas investigaciones penales contra dos ciudadanos alemanes implicados en un escándalo financiero. El Sr. Dogmoch fue formalmente considerado por el juez instructor de Mannheim como “persona inculpada penalmente”, pero no tuvo derecho a una audiencia oral en la que pudiera someterse a un careo frente a los otros acusados. Todas sus alegaciones fueron presentadas por escrito durante el procedimiento. El TEDH reiteró su jurisprudencia en *Phillips* según la cual cuando se discuten medidas provisionales hay que tener en cuenta sobre todo dos elementos para calificar de “penal” una medida: (1) si el propósito de la medida era la condena o la absolución del acusado; (2) si la medida impugnada tiene consecuencias en su historial penal. El TEDH razonó por unanimidad que la medida ejecutada contra el demandante era una medida provisional dirigida a salvaguardar posibles derechos de terceras partes y, eventualmente, a garantizar la confiscación de esos bienes. Notando que una tal eventual confiscación sería ejecutada en un proceso diferente con todas las garantías, la Sección V del Tribunal concluyó por unanimidad que las garantías del proceso penal no eran aplicables al caso.

En *Zlinsat, Spol S. RO c. Bulgaria*¹¹⁰⁰ la disputa tuvo su origen en la suspensión de la ejecución de un contrato de privatización de un edificio público firmado con una compañía privada, debido a supuestas irregularidades en el mismo. Dicha suspensión fue seguida por el desahucio de la empresa contratante. Entre las violaciones planteadas al Tribunal, se encontraba la relativa a la del derecho de acceso a un Tribunal para revisar las

¹⁰⁹⁸ Opinión disidente del Juez MARTENS, al que se suma el Juez RUSSO, § 2.

¹⁰⁹⁹ TEDH, *Dogmoch c. Alemania*, decisión de inadmisibilidad de 14 de agosto de 2003, Ap. n° 26315/03.

¹¹⁰⁰ TEDH, *Zlinsat, Spol S. RO c. Bulgaria*, sentencia de 15 de junio de 2006, Ap. n° 57785/00.

decisiones del Fiscal que ordenó las medidas ejecutivas, derecho del que no se benefició la compañía demandante.

El Tribunal consideró que la controversia encajaba en la categoría “civil” del artículo 6(1) del CEDH, pero no en la “penal”. Con respecto a la segunda se aceptó que las medidas decididas y ejecutadas por la Fiscalía de Sofía no implicaban la determinación de una culpa, sino que fueron diseñadas para “prevenir la comisión de futuros delitos y salvaguardar el interés público en el proceso de privatización”¹¹⁰¹. Además, apuntó el Tribunal, no se había realizado ninguna acusación ni contra la compañía contratante ni contra una tercera parte, algo que, de todas formas, no necesariamente *penaliza* la actuación de las autoridades estatales. En definitiva, y sin una sola opinión contraria a este respecto¹¹⁰², el caso se resolvió en territorio *civil*. A este respecto, se consideró que el procedimiento que dirige la actuación de las diferentes oficinas de la Fiscalía búlgara no reunía varios de los requisitos del art. 6 CEDH (independencia, imparcialidad, derechos del proceso, etc.¹¹⁰³).

El último pronunciamiento al que haremos referencia es la citada decisión de inadmisibilidad en *Dassa Foundation y otros c. Liechtenstein*¹¹⁰⁴. Recordemos una vez más en que aquí se discutió la violación de los arts. 6 y 7 CEDH por la congelación de los fondos de dos entidades legales depositadas en un banco sito en el país centroeuropeo. El motivo de la misma eran las sospechas de que el tercer demandante ante el TEDH, un ciudadano italiano, hubiera desviado a ambas entidades fondos destinados al soborno de jueces italianos, sospechas surgidas durante una investigación llevada a cabo en Italia contra un segundo ciudadano italiano relacionado con el anterior.

A diferencia de *Zlinsat, Spol S. RO c. Bulgaria*, o de los asuntos británicos *Agosi y Air Canada*, pero de manera similar a *Phillips y Dogmoch*, la decisión de congelar los bienes había sido adoptada por un Tribunal Regional y confirmada por el Tribunal

¹¹⁰¹ *Ibid*, § 71.

¹¹⁰² La resolución del caso contó con la opinión contraria del Juez MARUSTE, que lamentaba que no se hubiera considerado la violación del artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo) de manera independiente al análisis de la violación del artículo 6 CEDH.

¹¹⁰³ Con una concepción muy globalizante (casi *totalitaria*) de la noción de “Tribunal”, el TEDH vinculó el respeto de varias garantías procesales básicas (contradictoriedad, derecho a recurrir las decisiones) con los elementos definitorios de dicho término, extendiendo pues el ámbito del concepto mucho más allá de lo que se le atribuyó en nuestro capítulo anterior (§§ 74 y ss.).

¹¹⁰⁴ TEDH, *Dassa Foundation y otros c. Liechtenstein*, decisión de inadmisibilidad de 10 de julio de 2007, Ap. n° 696/05.

Supremo, siempre previa solicitud del fiscal. Los bienes permanecieron congelados en un principio durante tres años¹¹⁰⁵. Sin embargo, tras la condena en primera instancia del demandante italiano por un Tribunal de Milán, se prolongaron las congelaciones por lo menos hasta 2007, año de la sentencia del TEDH. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Liechtenstein consideraba desproporcionada toda medida de congelación de fondos que excediera los tres años sin la condena del sospechoso. No obstante, el hecho de que hubiera una sentencia condenatoria en otro país por los mismos hechos contra uno de los afectados había sido decisivo para que las sucesivas instancias judiciales del pequeño Estado centroeuropeo verificaran la legalidad de la congelación prolongada.

Planteado otra vez el interrogante de la aplicabilidad de las garantías del proceso penal al caso concreto, el Tribunal se mantuvo firme en su jurisprudencia *Phillips*. Es decir, se reiteraron los dos criterios habituales: (1) “determinación” de una acusación penal; (2) finalidad inculpatoria o exculpatoria del proceso + inclusión de la medida aplicada en el historial penal del demandante¹¹⁰⁶. La demanda se consideró inadmisibile porque las órdenes de congelación nacionales eran de “naturaleza” meramente provisional, asegurativa, y no modificaban el historial delictivo del afectado. Ciertamente, el Código Procesal Penal de Liechtenstein vinculaba la adopción de este tipo de órdenes a la sospecha de haber cometido un delito. Además, el demandante italiano fue condenado de manera provisional a once años de prisión por un Tribunal de Milán. Sin embargo, ello no implicaba “any finding of guilt or conviction of the person or legal entity who owned the assets seized”¹¹⁰⁷. En otras palabras, la mera sospecha no puede equipararse a la acusación formal, y cualquier tipo de medida ejecutiva a la que dé lugar no va a ser protegida por las garantías del proceso justo. La demanda fue en definitiva desestimada.

¿Qué conclusiones obtener de toda esta casuística jurisprudencia? Con el fin de aclarar los principales detalles de cada caso, hemos considerado útil elaborar una tabla en la que sintetizaremos estos elementos. Ciertamente que cada asunto presenta una combinación única de circunstancias de la que no resulta sencillo aislar los aspectos esenciales. No obstante, es indudable que resulta mucho más fácil el análisis si tomamos en cuenta los datos siguientes: el tipo de medida ejecutada y su duración; el propósito perseguido por las

¹¹⁰⁵ La exposición de los hechos del TEDH no precisa cuándo se paralizó la congelación de bienes de los tres demandantes, por lo que no nos ha sido posible saber cuánto tiempo estuvieron paralizados en total.

¹¹⁰⁶ TEDH, *Dassa Foundation y otros c. Liechtenstein*, §§. 14-15.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, §. 15.

autoridades nacionales, la naturaleza de la infracción que propició la sanción en el derecho nacional, el tipo de autoridad que la decidió, si había posibilidad de revisar la medida ante una autoridad judicial; y por último, la decisión final del TEDH respecto de la aplicabilidad de las garantías judiciales.

Presentado todo el material, lo cotejaremos con las sanciones inteligentes: congelación de fondos de duración indefinida, de finalidad preventiva de “delitos” o actos que amenazan a la paz y la seguridad internacionales, definidas como “administrativas”, decididas por ende por una autoridad “administrativa”, y sin posibilidad de revisión judicial efectiva. ¿Solución lógica, la inaplicabilidad de las garantías del proceso penal, como en todos los casos que se presentan en la tabla?

A nuestro modo de ver, las sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad se caracterizan por una particularidad que las diferencia totalmente del resto de casos originarios de la jurisprudencia que se sintetiza aquí: la combinación de una medida *indefinida* de efectos radicales sobre el individuo y sus familias (criterio de gravedad defendido entre otros por Scheinin) y la carencia absoluta de cualquier tipo de revisión por un órgano independiente e imparcial (sustitución del juez por la autoridad administrativa criticada por el Juez Pettiti en *Agosi*). El primer elemento sólo lo encontramos *mutatis mutandis* en *Phillips*, en *Dogmoch* y en *Dassa Foundation*. Sin embargo, como se puede apreciar había sido en los tres casos una autoridad *judicial*, independiente e imparcial, la que había decidido la imposición de la medida preventivo-asegurativa (aunque el razonamiento del TEDH parece dar a entender que ello no era necesario)¹¹⁰⁸. Y en el resto de asuntos en los que no hubo intervención judicial alguna, la gravedad de las sanciones no era tal como para justificar la “penalización” *ex* artículo 6 CEDH de las medidas ejecutivas sobre la base única del criterio “Engel” de la gravedad de la pena. Ni siquiera en *Air Canada*, donde el TEDH valoró la gravedad de la sanción impuesta a la compañía aérea, se llegó a tales niveles de afectación a los intereses de los particulares, individuos o entidades privadas.

Por ello, nuestra conclusión no puede ser otra que la de proponer el carácter penal de las medidas en el sentido del art. 6 CEDH. Las circunstancias aquí son tan excepcionales, de tal onerosidad y con tal carencia absoluta de procedimiento independien-

¹¹⁰⁸ ECKES, C.: *EU Counter-terrorist...*, *op. cit.*, pp. 162-163, basándose en la sentencia *Phillips*.

Tabla II: decisiones del TEDH sobre la ejecución de medidas in rem¹¹⁰⁹

	Tipo de medida y duración	Propósito “oficial”	Naturaleza de la infracción	Autoridad que decidió	Posibilidad de revisión judicial efectiva	¿Aplicabilidad de garantías penales?
Phillips	Confiscación de <i>todos</i> los bienes (definitiva)	Asegurativo	Penal	Judicial (penal)	Sí	No
Öztürk	Multa de escasa cuantía (definitiva)	Preventivo de otros delitos	Administrativa	Administrativa	Sí	Sí, garantías penales
Agosi	Confiscación de bienes del delito (definitiva)	Asegurativo	Administrativa (previa infracción penal)	Administrativa	No	No
Air Canada	Confiscación (provisional) + multa	Asegurativo	Administrativa (previa infracción penal)	Administrativa	No	No
Dogmoch	Congelación de bienes (indefinida)	Asegurativo	Penal	Judicial	No	No
Zlinsat, Spol S. RO	Ruptura de contrato + desahucio (definitiva)	Preventivo de otros delitos	Administrativa	Administrativa	No	No, sólo civiles
Dassa Foundation al	Congelación de fondos (indefinida)	Asegurativo	Administrativa	Judicial	Sí	No

¹¹⁰⁹ No se incluye la sentencia *Öztürk*, no relativa a medidas *in rem* pero sí a la aplicabilidad de las garantías del proceso penal.

te e imparcial, que resulta totalmente oportuno apoyarse en el autonomismo antiformalista del TEDH en *Öztürk c. Alemania*¹¹¹⁰. Por no olvidar el factor temporal de las sanciones inteligentes, pues como ha sido reiteradamente afirmado con acierto, “the longer the individual stays in the list, the more likely the sanction resembles a criminal charge”¹¹¹¹. O como ha afirmado la Corte Suprema británica, las personas listadas son “prisioneras” de las autoridades estatales¹¹¹². De hecho, acudir a la autonomía de las nociones no resultaría aquí una opción tan extrema como en el asunto alemán, en el que la gravedad de la “pena” cuestionada en Estrasburgo era insignificante. Por el contrario, deshacerse de las “categorías nacionales”, como afirmaba el Juez MARTENS en *Agosi*, nos parece una opción plenamente convincente. Tanto es así que el Tribunal General de la UE ha llegado a afirmar en una reciente sentencia relativa a las sanciones Al-Qaeda/Talibanes que “en una vida humana, en efecto, diez años representan una duración considerable, y la calificación

¹¹¹⁰ Incluso si uno insistiera en que no son penales, ¿*quid* de clasificarlas como civiles? Si bien es nuestra intención jugarlos la partida a la carta penal, abriremos el debate para la “jugada” civil con la sentencia *Micallef c. Malta* decidida por la Gran Sala (sentencia de 15 de octubre de 2009, Ap. n° 17056/06); otro de esos virajes bruscos en la jurisprudencia del TEDH. Aquí por primera vez la Corte europea ha admitido que había que modificar su estricta postura anterior sobre la inaplicabilidad del art. 6(1) a las medidas preventivas *in rem* decididas durante los procesos civiles. Varias razones se han apuntado al respecto: el consenso generalizado en los países del Consejo de Europa al respecto (§ 78); la tendencia de muchos jueces en Europa a perennizar las medidas provisionales para agilizar los procesos (§ 79) y, en definitiva, la necesidad de garantizar la protección efectiva de los derechos recogidos en el Convenio (§ 81). El nuevo doble criterio es: (1) que el litigio “principal” verse sobre un derecho civil; y (2) que la medida preventiva ha de predeterminar el derecho o la obligación civil en cuestión (§§ 84-85). Finalmente, en determinadas circunstancias, es posible que no se apliquen todas las garantías del art. 6 CEDH si los intereses de la justicia así lo exigieren, situando en el gobierno demandado la carga de la prueba ante el TEDH (§ 86). Algunas opiniones critican acertadamente que se tenga que vincular el efecto de la medida preventiva a la naturaleza “civil” del procedimiento original (Opinión de los Jueces ROZAKIS, TULKENS, KALAYDJIEVA).

Para el anecdotario, no está de más explicar también que el Tribunal aprovechó la literalmente más insignificante ocasión que se le presentó para cambiar su jurisprudencia anterior. En efecto, el litigio original que dio origen a la demanda ante el TEDH versaba sobre algo tan nimio como reconocer el derecho de una señora ya fallecida a tender la ropa recién lavada en el patio interior de su domicilio (*Vid.* al respecto la Opinión disidente de los Jueces COSTA, JUNGWIERT, KOVLER y FURA sobre la falta de seriedad de la demanda en el sentido del art. 35(3) *in fine* CEDH).

En apoyo de la tesis civil, se ha apuntado también que los efectos estigmatizadores de las listas negras también les acercan a los procedimientos civiles (ALMQVIST, J.: “A human rights critique of European judicial review: counter-terrorism sanctions”, *ICLQ*, Vol. 57, April 2008, p. 309). También el RE SCHEININ se ha mostrado partidario de esta opción, en caso caso de “falla” la “solución penal” (A/63/223, de 6 de agosto de 2008, § 16).

¹¹¹¹ ALMQVIST, J.: “A human rights critique...”, *loc. cit.*, p. 329; ÁLVAREZ, J. E.: “The Security Council’s war...”, *loc. cit.*, pp. 134-135; GUTHERIE, P.: “Security Council sanctions...”, *loc. cit.*, pp. 503-506; HILPOLD, M.: “EU Law and UN Law in conflict: the *Kadi* case”, *MPYUNL*, Vol. 13, 2009, p. 150; HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: *La financiación del terrorismo...*, *op. cit.*, p. 148; LUGATO, M.: “Sono le sanzioni...”, *loc. cit.*, pp. 340 y ss.; REICH, J.: “Due process...”, *loc. cit.*, pp. 510-511.

¹¹¹² CS, *Ahmed y otros*. §§ 60 y 192.

de las medidas en cuestión como medidas de carácter preventivo o represivo, cautelar o confiscatorio, civil o penal, parece, en lo sucesivo, abierta”¹¹¹³.

Como se podrá apreciar, finalmente nuestras conclusiones no son diferentes de las propuestas realizadas por el Relator Especial SCHEININ, pero el filtro de la restrictiva y sofisticada jurisprudencia del TEDH debía ser pasado.

Por último, no está de más apuntar que las listas negras pueden tener repercusiones importantes sobre eventuales procedimientos penales internos¹¹¹⁴. Se trata de un aspecto a tener en cuenta, aunque no sea decisivo para deducir el carácter penal de estas medidas. Un ejemplo contribuye a clarificar este argumento: en una Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Casación italiana¹¹¹⁵ se valoró, entre otras cuestiones de derecho penal italiano, la oportunidad del alistamiento de la organización Ansar Al Islam¹¹¹⁶ por el Consejo de Seguridad como elemento probatorio que permitiera condenar a tres individuos por diversos delitos relacionados con el terrorismo. Ante las alegaciones de la Fiscalía relativas al carácter decisivo de la presencia de esta organización en la lista como elemento probatorio en el proceso ante la Corte Suprema, ésta se vio obligada a precisar, siguiendo a la doctrina que consideró “dominante”, que

“l’inserimento di un gruppo in tali liste ha valore meramente amministrativo e legittima l’irrogazione delle sanzioni previste, senza che i suoi effetti possano dilatarsi al punto di assumere natura di prova”. De ello dedujo que “la collocazione di un’associazione nei predetti elenchi rappresenta un elemento valorizzabile soltanto quale spunto investigativo e che la prova della finalità di terrorismo deve necessariamente formarsi secondo le regole di utilizzabilità e di valutazione probatoria prescritte dalla legge processuale”¹¹¹⁷.

En otros términos, la Corte no aceptó el argumento sobre el valor “penal” de la inclusión en la lista, sino que se limitó a reafirmar sus efectos administrativos. A nuestro modo de ver, lejos de refutar nuestra postura respecto de los efectos penales de las sanciones inteligentes cuando éstas se prolongan *ad eternum*, la decisión de la Corte viene a confirmar que las carencias del proceso en el Consejo de Seguridad son tales que no se ajustan a los estándares judiciales de los ordenamientos jurídicos internos democráticos.

¹¹¹³ TG, *Kadi c. Consejo (III)*, § 150.

¹¹¹⁴ MIRON, A.: “Les “sanctions ciblées” du Conseil...”, *loc. cit.*, p. 361.

¹¹¹⁵ CSC, Sala de lo Penal I, sentencia de 11 de octubre de 2006-17 de enero de 2007, n. 1072.

¹¹¹⁶ Rúbrica QE.A.98.03 de la lista.

¹¹¹⁷ *Ibid*, párrafo 5.1.

II.4. El mal menor del *ombudsman*: de la ilegalidad sobrevenida a la legalidad cuestionable

Si las garantías judiciales convencionales y consuetudinarias del proceso penal son aplicables a las sanciones inteligentes, no cabe duda de que, casi desde su creación, el régimen Al-Qaeda/Talibanes ha adolecido de serias carencias a la luz de los citados estándares, violando incluso el *ius cogens*. No obstante, hemos insistido en la vertiente temporal de la ilegalidad del problema, en una toma de conciencia *progresiva* sobre la gravedad de la cuestión, a fin de comprender mejor su profundidad.

Con la introducción de la institución del *ombudsman*, el Consejo de Seguridad ha intentado moverse de esa “ilegalidad sobrevenida” a los márgenes de *su* legalidad. Lo hemos visto, en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la garantía de los derechos humanos es por necesidad más reducida que en tiempo de normalidad; la legalidad es por ende menos exigente. Ello no quiere decir que la salvaguardia que se ofrezca sea insignificante; pero tampoco puede significar que todas, absolutamente *todas* las garantías judiciales que estudiamos en el capítulo IV hayan de ser aplicadas al caso, pues éstas admiten limitaciones cuando sea necesario para mantener el orden público¹¹¹⁸. El equilibrio entre seguridad y dignidad del individuo no puede desnaturalizarse, pero tampoco se puede imponer al Consejo una carga excesivamente onerosa que no tenga en cuenta de manera mínimamente realista la importancia de su misión y estructura¹¹¹⁹. Si ni siquiera se les impone a los Estados una obligación tan estricta, *a fortiori* no le podrá imponer al Consejo¹¹²⁰.

¹¹¹⁸ House of Lord, reiterado por la Corte Suprema; Comité derechos humanos.

¹¹¹⁹ HILPOLD, P.: “UN sanctions before the ECJ: the *Kadi* case”, en REINISCH, A. (Ed.): *Challenging acts of international organizations before national courts*, Oxford, New York, 2010, p. 49. No parece realista ni deseable, por tanto, exigir que el Consejo ofrezca garantías exigibles en un proceso penal como una doble instancia de revisión de las sanciones o el acceso directo y pleno por parte de los afectados a *todos* los elementos probatorios. Más discutible es la cuestión de las reparaciones por los errores en la lista. Una de las cuestiones más resaltables de la entrevista que mantuvimos con el Sr. DICK MARTY fue el hecho de que, después de pasar años recluido en el pequeño enclave suizo de Ticino desposeído de sus bienes, no se le ofreciera al Sr. Youssef NADA ni una mera disculpa por un error que duró años. Resulta loable que el antiguo Consejero Legal de Naciones Unidas, NICOLAS MICHEL, exigiera públicamente al Consejo de Seguridad una compensación adecuada y proporcional al tiempo que un individuo o entidad haya permanecido en la lista. A esta propuesta ya nos referimos *supra*.

¹¹²⁰ El RE SCHEININ ofrece propuestas interesantes para los Estados que bien pueden aplicarse al Consejo de Seguridad. Destacamos dos: la expiración automática de la presencia de un nombre en la lista a los doce meses, salvo decisión judicial; y el control judicial “contra la decisión que se adopte al respecto en un procedimiento que ofrezca las debidas garantías procesales, en particular, la comunicación de los cargos presentados en su contra y la aplicación, en cuanto a la carga de la prueba de principios acordes con la gravedad de las sanciones” (Doc. A/HRC/16/5, § 35). Aunque el RE se muestra partidario de la supresión del

En este sentido, uno de los problemas más complejos de resolver es el del estándar probatorio que justifique la presencia de un nombre en la lista. Y es que, desde el momento en que los procesos se califiquen como penales, resulta inevitable plantearse si se ha de acudir a una interpretación estricta de la presunción de inocencia que exige un criterio penal de culpabilidad, que haga pesar la carga de la prueba sobre el órgano instructor del procedimiento¹¹²¹. Siendo nuestra posición en principio flexible (en este punto el estándar de “razonabilidad” propuesto por la *Ombudsman* en su Primer Informe nos parece acertado), creemos que el tiempo de presencia en la lista ha de aportar la medida exacta del rigor. No es aceptable, a nuestro juicio, que una persona cuya presencia en la lista se haya prolongado diez años (o cinco, o tres) haya sido objeto de medidas coercitivas bajo un estándar de mera razonabilidad que otorgue un excesivo margen de discrecionalidad al órgano que la impone. Como veremos en su momento, la reciente jurisprudencia del TG, modelada sobre otro tipo de procedimientos sancionadores europeos, sugiere interesantes soluciones flexibles que hacen depender el margen de discrecionalidad de la intensidad de las garantías del procedimiento¹¹²².

Es indudable que con la resolución 1904 el Consejo de Seguridad se acerca progresivamente a los márgenes de lo aceptable. El esfuerzo realizado por el Consejo de Seguridad no debe ser menospreciado¹¹²³. Se ofrece por primera vez algo próximo a un recurso efectivo para los individuos y entidades listados, aunque gran parte de la efectividad del mecanismo dependerá de las capacidades personales del *ombudsman* de negociar con los miembros del Comité. Pero el hecho es que, al fin, una institución independiente e imparcial, no determinada por los avatares de la política internacional, se ocupa directamente de la protección de sus intereses.

Sigue siendo evidente, sin embargo, que quedan grandes carencias que sólo un órgano judicial o cuasijudicial, es decir, independiente e imparcial y con capacidad para tomar decisiones vinculantes para el Comité, puede remediar¹¹²⁴. Curiosamente, poco

Comité Al-Qaeda/Talibanes, creemos que su mantenimiento sería más que recomendable si se creara una estructura, judicial o cuasijudicial, que cumpliera la segunda función, ofreciendo una respuesta satisfactoria al delicado problema de la carga de la prueba. Por un lado se ofrecerían garantías adecuadas, y por el otro se permitiría una cooperación internacional eficaz en materia de lucha contra el terrorismo.

¹¹²¹ ECKES, C.: *EU Counter-terrorist...*, *op. cit.*, p. 177.

¹¹²² *Vid.* Cap. IX, §§ I.2. y I.3.

¹¹²³ BONETALLI, P.: “L’*Ombudsperson...*”, *loc. cit.*, p. 242.

¹¹²⁴ Aparte de las referencias aportadas, añadimos la del texto el párrafo 5 de la resolución 1597 de 23 de enero de 2008 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (DICK MARTY como relator), que

después de la aprobación de la resolución 1904, en una entrevista publicada por la Misión Permanente de los Estados Unidos en las Naciones Unidas, la Embajadora SUSAN E. RICE las ponía en evidencia; quizás involuntariamente, pero con un indudable énfasis:

“We think this ombudsman is a very important step because it will ensure that the information and the data -- that those who seek delisting may be able to provide, are understood *by the committee*, assessed *by the committee*, and that *the committee's* transparent and fair assessment is communicated back to those individuals”¹¹²⁵.

Tres veces aparece la referencia al Comité en la misma frase, como órgano todavía central en el mecanismo de sanciones Al-Qaeda/Talibanes. Ello sólo puede significar una cosa: que el *ombudsman* tiene un rol colateral, no decisivo. Los dueños del proceso siguen siendo los Estados que forman el Comité. Puede que se haga justicia, pero sigue sin parecer que se hace. Se ha introducido el abogado, pero sigue faltando el juez. Las acertadas palabras de HILPOLD siguen siendo válidas “(...) the Sanctions Committee, formally an executive organ with preventive functions, operates in many ways like a Criminal Court without, however, providing for similar guarantee”¹¹²⁶. O en los términos de SCOVAZZI, “la prosecuzione del procedimento resta però nella sua totalità in mano agli Stati”¹¹²⁷. En definitiva: se sigue desprotegiendo el mínimo que tanto los textos internacionales de derechos humanos, interpretados por los respectivos órganos de supervisión; así como el Derecho internacional humanitario, han establecido como garantía mínima de humanidad de toda aquella persona que sea acusada de un delito: el derecho a la defensa *personal* ante un juez independiente e imparcial; norma de *ius cogens* que el Consejo no puede transgredir suspendiéndolo¹¹²⁸. Esto será así hasta que no se den pasos más sustanciales.

enumera las garantías del proceso que han de ser respetadas. La resolución viene acompañada de una recomendación 1824(2008) de la misma fecha, que básicamente “invita” a los Estados a recurrir a su capacidad de influencia para mejorar los procedimientos en el seno del Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes. *Vid.* también las recomendaciones del Informe de la Comisión Internacional de Juristas: *Assessing damage...*, *doc. cit.*, pp. 121-122, y las conclusiones del Informe *Current challenges regarding respect of human rights in the fight against terrorism*, presentado por RÓISÍN PILLAY para la Dirección General de Políticas Exteriores de la UE del Parlamento Europeo, EXPO/B/DROI/2009/27, PE 410.208, 2010, April 2010, p. 19.

¹¹²⁵ <http://usun.state.gov/briefing/statements/2009/133836.htm>, visitado por última vez el 31 de agosto de 2010. La entrevista es de 17 de diciembre de 2009. Énfasis añadidos.

¹¹²⁶ HILPOLD, M.: “EU Law and UN Law...”, *loc. cit.*, p. 148.

¹¹²⁷ SCOVAZZI, T.: “Diritto individuale di petizione e sanzioni “intelligenti”, appunti”, en VV.AA.: *Diritti individuale e giustizia internazionale*. Liber amicorum Fausto Pocar, Giuffrè Ed., Milano, 2009, p. 917.

¹¹²⁸ Como vimos en el capítulo IV, incluso el menos exigente estándar de acceso a la justicia en Derecho internacional consuetudinario, el mínimo de justicia exigible *en todo tipo de procesos*, el que tiene su origen en la institución clásica de la prohibición de la denegación de justicia, exige un órgano independiente e

Parafraseando a GRAEFRATH en sus reflexiones sobre la crisis “Lockerbie”, el Consejo ha de reservarse para sí lo que es del Consejo, y dejar al Juez lo que es del Juez¹¹²⁹.

imparcial (no necesariamente judicial), que decida de acuerdo a Derecho y que siga un procedimiento preestablecido. El mecanismo actual no lo cumple (FRANCIONI, F.: “*Kadi* and the vicissitudes of access to justice”, en CREMONA, M.; FRANCIONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU...*, *loc. cit.*, p. 24).

¹¹²⁹ GRAEFRATH, B.: “Leave it to the Court what belongs to the Court...”, *loc. cit.*, pp. 184 y ss. Algún comentarista muy cualificado, comentando la sentencia *Kadi (I)* del TG, considera que si bien los procedimientos en el Consejo de Seguridad no son del todo satisfactorios, relativiza la crítica bajo el argumento de que el mecanismo de la protección diplomática no ha sido suficientemente explorado (TOMUSCHAT, C.: “Comment on...”, *loc. cit.*, p. 537). Igualmente afirma que el concepto de “due process” no es equivalente a “judicial procedure”. Esta última consideración se ha tenido en cuenta aquí (no hemos exigido que se un juez *strictu sensu* el que revise las listas negras, sino un órgano independiente e imparcial); respecto del primero, no nos parece suficiente por los argumentos que venimos exponiendo a lo largo de este trabajo (decisión en manos de los Estados, etc.). Quizás se pueda tachar nuestra opción de dogmática, de poco flexible ante las necesidades de la cooperación institucional internacional; sin embargo es la que nos parece jurídicamente más acertada, y más apegada a la realidad de estas sanciones.

CAPÍTULO VI: VIOLACIÓN DE GARANTÍAS JUDICIALES Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: RASGANDO EL VELO CORPORATIVO DE LAS NACIONES UNIDAS

INTRODUCCIÓN

Se compartan o no, los argumentos basados en el poderío jurídico que el artículo 103 de la Carta otorga al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional seguirán siendo un baluarte importante para los defensores de la necesidad de una política intergubernamental efectiva contra el terrorismo. De hecho, como hemos estudiado, no faltan apoyos doctrinales a la interpretación más extensiva de la primacía de la Carta sobre la base de un análisis constitucionalista de la misma. Claro que estas tesis constitucionalistas difícilmente apoyarían una Carta en la que el objetivo de la protección de los derechos humanos deba siempre ceder ante el interés de la paz y la seguridad internacionales. Pero este detalle es sin embargo obviado por aquellos actores interesados en mantener el *statu quo* de los individuos de la lista. Además, el sistema institucional establecido en San Francisco no ofrece posibilidades prácticas para ejercitar un control centralizado, ágil y efectivo del ejercicio del poder regulado por el Capítulo VII de la Carta.

En consecuencia, volviendo a la metáfora de MIGUEL DELIBES que ya utilizáramos en el Capítulo IV, estamos ante uno de los “culatazos” de la tesis constitucionalistas sobre la Carta. Y es que la defensa de su “carácter refundador” del Derecho internacional no se ve acompañada de un mecanismo constitucional efectivo a corto o medio plazo para limitar los poderes transferidos por los Estados al Consejo de Seguridad¹¹³⁰. Con ello, en definitiva, se hace involuntariamente el juego a los Estados deseosos de salvaguardar los privilegios heredados del final de la Segunda Guerra Mundial.

¹¹³⁰ CARCASSONNE, G.: “Les vertus et les dangers de la transposition dans l’ordre international”, en CHEMAIN, R.; PELLET, A.: *La Charte...*, *op. cit.*, pp. 180-181.; CONDORELLI, L. : « La Charte, source des principes... », *loc. cit.*, p. 171 ; PETERSMANN, E.-U.: “Constitutionalism, International Law and “We the peoples of the UN””, en VV.AA.: *Tradition und Welttoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer, Berlin-Heidelber-New York, 2002, esp. pp. 303 y 305. Desde la perspectiva de la *judicial accountability* del Consejo de Seguridad en el denominado “derecho administrativo global”, *Vid.* KANETANE, M.: “Enhancing community accountability of the Security Council through pluralistic structure: the case of the 1267 Committee”, *MPYUNL*, Vol. 12, 2008, pp. 128-129. Desde una perspectiva similar, BORE EVENO, V.: “Le contrôle juridictionnel... », *loc. cit.*, pp. 827 y ss.

Ello implica que la voz de los jueces haya comenzado a elevarse para, amparándose -según corresponda- en las diferentes opciones ofrecidas por el discurso jurídico internacional o el Derecho nacional, remediar las violaciones derivadas del sistema de sanciones Al-Qaeda/Talibanes. A estas soluciones judiciales nos referiremos en este Capítulo. De esta manera, después de revisar el derecho primario en materia de protección de garantías judiciales (capítulos III y IV), y de analizar en qué medida las sanciones del Consejo se desvían del mismo, nos adentramos en el análisis de uno de los aspectos más determinantes del “prisma” de las sanciones inteligentes: el de la responsabilidad internacional. Pasamos, con ello, del derecho primario al derecho secundario, de los estándares internacionales al de las consecuencias de su violación; aunque más que a las consecuencias en sí, a los problemas de atribución de los ilícitos.

Hemos de aclarar ya que renunciamos al estudio de una más que hipotética responsabilidad internacional de las Naciones Unidas por las obligaciones que ésta impone sobre los Estados cuya legalidad internacional es dudosa. Las conclusiones que pudiéramos obtener de tal análisis no serían sino meras hipótesis totalmente alejadas de la evolución que han adquirido los acontecimientos, centrada en el papel troncal de los tribunales nacionales y de los órganos de supervisión de derechos humanos¹¹³¹. Ciertamente, las Naciones Unidas, como todo sujeto de Derecho internacional, se encuentran sometidas a las obligaciones en materia de derechos humanos que le sean funcionalmente aplicables¹¹³². Esta conclusión poco original no aporta sin embargo nada a la carencia de un mecanismo judicial de puesta en práctica de dicha responsabilidad por los efectos de las sanciones inteligentes que, a nuestro conocimiento, todavía no se ha planteado el Consejo de Seguridad.

No faltan sin embargo motivos para hacerlo. Y es que no parece aceptable que sean únicamente los Estados por separado los que deban acarrear las consecuencias de las violaciones derivadas del régimen Al-Qaeda/Talibanes. Claro que, hasta el momento ni siquiera es imaginable una mera indemnización del Consejo de Seguridad a los individuos por haber sido erróneamente listados. Por no hablar de lo inverosímil que resulta que un

¹¹³¹ Sobre la responsabilidad internacional de las Naciones Unidas, *Vid.*, entre otras obras que citaremos en este capítulo, DOMINICÉ, C.: “La responsabilité internationale des Nations Unies”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTHEAU, M.: *La Charte...*, *loc. cit.*, pp. 140 y ss.; KLEIN, P.: *La responsabilité...*, *op. cit.*; KOLB, R.; PORRETO, G.; VITÉ, S.: *L’applicabilité...*, *op. cit.*, pp. 317 y ss.; VACAS FERNÁNDEZ, F.: *La responsabilidad internacional...*, *op. cit.*

¹¹³² *Cfr.* capítulo V, § I.1.1.

asunto relacionado con la legalidad de estas sanciones llegue al órgano mejor cualificado y más legitimado para un escrutinio de su legalidad, la Corte Internacional de Justicia.

En consecuencia, en este Capítulo evaluaremos si se puede responsabilizar internacionalmente a los Estados por las carencias del mecanismo de las listas negras. Comenzaremos por la complicada responsabilidad *directa* del Estado; es decir, el análisis de la medida en que éste puede considerarse responsable por la simple ejecución de una sanción inteligente. En este sentido valoraremos si el Consejo de Seguridad ha pretendido excluir dicha posibilidad al no ofrecer prácticamente margen de discrecionalidad alguno a los Estados para ejecutar las sanciones inteligentes y rechazar incluso la intervención de los tribunales nacionales.

Una segunda parte valorará posibles alternativas, subsumibles en el término de responsabilidad *indirecta* del Estado. Como veremos, lo característico de ambas no es tanto que traten de imputar al Estado actos de la organización internacional, sino que busquen hechos ilícitos alternativos en la conducta estatal; en nuestro caso, la “complicidad” del Estado y el “deber de vigilancia” de las actividades de la organización internacional. Su aplicación al caso concreto no se encuentra exenta de problemas teórico-prácticos, como pueden ser su dependencia de elementos factuales en el primer caso (el conocimiento del Estado que propone nombres para la lista) y el conservadurismo del TEDH a la hora de enfrentarse a la primacía de la Carta, en el segundo.

Por ello, habremos de completar nuestro estudio con otra de las tendencias en la materia: la intervención de los jueces nacionales para descentralizar el mecanismo de sanciones inteligentes¹¹³³. Lo haremos desde una doble perspectiva: la del Comité de Derechos Humanos, que parece haber acogido la opción de la descentralización del mecanismo en la comunicación *Sayadi y Vinck*, y la de la Corte Suprema británica, que ha hecho lo propio en una reciente sentencia de enero de 2010.

El mensaje que envía toda la jurisprudencia es bien claro: en tanto que las actuaciones que decreta el Consejo no se perciban como legítimas, serán los órganos – nacionales e internacionales- los encargados de la protección de los derechos humanos los que buscarán la manera de suplir estas carencias. Y lo harán desde el punto de vista del

¹¹³³ Para un reciente análisis sistemático de las técnicas de revisión de las resoluciones del Consejo de Seguridad por parte de los jueces nacionales, *Vid.* TZANAKOPOULOS, A.: “Domestic court reactions to United Nations Security Council resolutions”, en REINISCH, A.: *Challenging acts...*, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

respeto a la primacía de la Carta y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, para así mostrar que legitimidad y efectividad van a largo plazo unidas de la mano.

II. LA RESPONSABILIDAD *DIRECTA* DEL ESTADO: EL MARGEN DE APRECIACIÓN COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR

En la sentencia *Sassi y otros*¹¹³⁴, la Corte de Casación francesa tuvo que resolver la admisibilidad de un recurso interpuesto por dos ciudadanos franceses que en 2002 fueron detenidos por las tropas de los Estados Unidos en Afganistán y acabaron encarcelados en la base militar de Guantánamo Bay (sin posibilidad de recurso alguno contra la detención), hasta su posterior liberación en el año 2004. De vuelta a Francia, interpusieron una denuncia contra varios agentes de los Estados Unidos que los detuvieron, pero el magistrado encargado de la instrucción dictó un auto renunciando a investigar. Las sucesivas instancias francesas fueron confirmando la decisión del magistrado instructor basándose en una interpretación exagerada de la primacía sobre el Derecho francés de las resoluciones 1368 y 1373 del Consejo de Seguridad, que reconocían el derecho de legítima defensa de los EE.UU. y por lo tanto convalidaban la invasión de Afganistán. Ante la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación, los ciudadanos franceses argumentaron que el derecho a la legítima defensa recogido en ambas resoluciones no podía justificar en ningún caso la violación de la Tercera Convención de Ginebra y del PIDCP.

En su respuesta, la Corte de Casación rechazó lo argumentado en instancias previas, acogiendo las pretensiones de los recurrentes. Con un razonamiento bastante lacónico, que guarda mucho más de lo que muestra, la Corte de Casación se limitó a subrayar que las instancias previas no habían investigado si la detención cumplía con lo dispuesto en los textos internacionales invocados por los denunciados, siendo errónea pues su declaración de incompetencia¹¹³⁵. Si bien el artículo 103 de la Carta no aparecía ni siquiera en los argumentos de los recurrentes, está claro que el problema de la primacía

¹¹³⁴ Corte de Casación, *Sassi et autres*, Pourvoi No 03-84652, *Bulletin Criminel* 2005 n° 1, 4 de enero de 2005.

¹¹³⁵ CC, *Sassi et autres*, §§ 13-14.

transpira por cada uno de los poros de la sentencia¹¹³⁶. En efecto, a nuestro modo de ver, la decisión del órgano jurisdiccional francés confirma que las derogaciones del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos no pueden presumirse en las decisiones del Consejo de Seguridad adoptadas bajo el amparo del Capítulo VII de la Carta¹¹³⁷, sino que han de hacerse explícitamente.

En otras palabras: la regla de conflicto del artículo 103 es la *ultima ratio*, el último recurso al que han de acudir los Estados para derogar las normas en materia de derechos humanos y Derecho internacional humanitario al ejecutar medidas del Consejo de Seguridad. Es pues una regla “contemporizadora”, que obliga al intérprete a evitar el conflicto normativo allá donde sea posible.

Aunque nuestra problemática es bien diferente de la que dio lugar al caso francés, el razonamiento de fondo nos parece igualmente aplicable, pues la relación entre “derogaciones implícitas” y “margen de discrecionalidad” es íntima en nuestro ámbito de estudio. De esta manera, la cuestión se puede plantear desde dos puntos de vista muy diferentes pero que convergen en el mismo punto: ¿ha suspendido *implícitamente* el Consejo de Seguridad el deber de los Estados de ofrecer garantías judiciales a los individuos cuando ello sea necesario? Es decir, ¿impone el derecho del régimen de sanciones Al-Qaeda Talibanes una obligación incondicional de ejecutar inmediatamente las sanciones sin atender a lo dispuesto en ningún procedimiento nacional que supla las carencias procesales del sistema?

El interrogante se planteó con seriedad desde la sentencia *Kadi (I)* del TPI, donde fue precisamente la falta de margen de discrecionalidad de las autoridades comunitarias para ejecutar las resoluciones del Consejo el elemento que impidió que el TPI evaluara su legalidad a la luz del artículo 6 TUE¹¹³⁸. Un intento de subsanación de los desperfectos causados por esta auto-limitación (*self-restraint*) del TPI serían las sentencias *Ayadi* y *Hassan c. Consejo y Comisión*. Aquí, el mismo tribunal intentó tímidamente conciliar la ausencia de garantías para la retirada de la lista 1267, deduciendo una obligación para los Estados de defender en el Comité de sanciones los intereses de los individuos listados que

¹¹³⁶ Tal es así que DUPUY/KERBRAT comparan esta sentencia con la pronunciada por el TJUE en *Kadi (II)*, a la que volveremos en la tercera parte de este estudio (DUPUY, P.-M.; KERBRAT, Y.: *Droit international...*, op. cit., p. 181.

¹¹³⁷ HAUPAIS N.: “Note de jurisprudence”, *RGDIP*, n° 2, 2005, pp. 494-495.

¹¹³⁸ TPI, *Kadi c. Consejo (I)*, § 265.

se encuentren bajo su jurisdicción¹¹³⁹. Y es que, como el Consejo no ha derogado el derecho que tienen los Estados para ejercer la protección diplomática de los individuos en el Comité de Sanciones, los Estados tienen margen de discrecionalidad de sobra para actuar a este respecto¹¹⁴⁰.

Más expresiva aún de esta doctrina del margen de apreciación es la sentencia de la Corte Federal de Canadá en *Abdelrazik c. Ministro de Asuntos Exteriores y Fiscal General de Canadá*¹¹⁴¹. Las circunstancias que motivaron esta sentencia son un tanto enrevesadas: un individuo con doble nacionalidad sudanesa-canadiense volvió a su país de origen (Sudán) después de haber vivido como refugiado cinco años en el país norteamericano. Comoquiera que en el pasado se había opuesto al régimen de Omar-al-Bashir, nada más llegar a Sudán fue arrestado, y posteriormente torturado. Durante su encarcelamiento fue incluido en la lista del Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes (aparentemente, a propuesta de Canadá), pero en ningún momento fue enjuiciado y condenado por tribunal alguno. Cuando fue liberado por las autoridades sudanesas, la reacción de Canadá fue denegarle la renovación de su pasaporte, que expiró durante su arresto en el país africano,

¹¹³⁹ TPI, *Ayadi c. Consejo y Comisión*, § 147.

¹¹⁴⁰ Aunque fue la sentencia del TPI en *Organización de Mujahedines del Pueblo de Irán* la que mostró con mayor crudeza el carácter decisivo del margen de discrecionalidad como elemento que permite al juez europeo verificar la legalidad de las sanciones inteligentes, no es desde luego el único caso. Y es que en un contexto muy diferente, el Tribunal Federal suizo había recurrido al margen de discrecionalidad a la hora de ejecutar de las decisiones obligatorias protegidas por el Capítulo VII de la Carta. Fue la sentencia *Rukundo. c. Bureau Fédéral de Justice* de 3 de septiembre de 2001. En este asunto se cuestionó la legalidad de una orden de arresto y confiscación de bienes de Emmanuel Rukundo, antiguo oficial de las Fuerzas Armadas de Ruanda acusado de genocidio y crímenes contra la humanidad. El argumento era que el proceso ante el Tribunal creado por el Consejo de Seguridad no respetaba las garantías judiciales básicas protegidas por el CEDH y el PIDCP. Por el contrario, Suiza no sólo reconocía la autoridad del tribunal ruandés, sino que consideraba que su procedimiento no violaba ninguna de las garantías judiciales básicas del individuo.

En su respuesta, el Tribunal Federal rechazó las peticiones de la demandante en lo que respecta a la ilegalidad de su detención y eventual extradición. Sin embargo, el Tribunal separó arresto y extradición de confiscación de bienes. A este respecto, el Tribunal Federal fue valorando bien por bien la necesidad de cada una de las confiscaciones ordenadas por las autoridades suizas. En otras palabras: la orden de arresto y confiscación de bienes procedentes del fiscal del TPIR, amparada por la fuerza obligatoria de las resoluciones *ex* Capítulo VII de la Carta, no precisaba qué bienes había que confiscar. Fue el Estado suizo el que dio contenido a la orden en este aspecto. Por ello, el Tribunal Federal no consideró violentar la autoridad del Consejo por considerar que la retención de una serie de bienes personales del Sr. Rukundo no se encontraba justificada (TFS, *Rukundo c. Bureau Fédéral de Justice*, sentencia de 3 de septiembre de 2001, N° 1^a.129/2001 y 1^a 130/2001. Disponible en *Oxford Reports on International Law*, <http://www.oxfordlawreports.com/>. Posteriormente, sería enjuiciado y condenado por el TPIR en *Fiscal c. Emmanuel Rukundo*, sentencia de 20 de septiembre de 2001, ICTR-2001-70-I).

¹¹⁴¹ CFC, *Federal Court of Canada, Abousfian Abdelrazik c. Minister of FF.AA. and General Attorney of Canada*, sentencia de 4 de junio de 2009, 2009 FC 580. Para un comentario de esta sentencia, *Vid.* TZANAKOPOULOS, A.: “United Nations sanctions in domestic courts”, *JICJ*, Vol. 8, 2010, pp. 249 y ss. El Sr. Abdelrazik ha solicitado recientemente al Ombudsman del Comité de Sanciones su retirada de la lista Al-Qaeda/Talibanes (<http://www.canada.com/news/Abdelrazik+appeals+list/4187497/story.html>, visitado por última vez el 1 de marzo de 2011).

bajo el argumento de que el país estaba obligado a ejecutar la prohibición de viajar impuesta por las resoluciones 1267 y siguientes del Consejo de Seguridad.

Entre otros motivos, el demandante consideraba que la decisión del Ministerio de AA.EE. canadiense violaba su derecho a entrar en el país de su nacionalidad tal y como se recoge en el artículo 6(2) de la Carta Canadiense de Derechos Humanos (*Canadian Charter of Human Rights*). La respuesta de la Corte Federal evitó pronunciarse sobre la sofisticada relación entre los estándares de protección de derechos humanos de Canadá y las resoluciones del Consejo. El motivo es bien simple: no era necesario. Y es que la interpretación del régimen de prohibición de viajar realizada desbordaba los límites de la letra de las resoluciones 1267 y siguientes. Bastó con *interpretar* la resolución 1735 y las recomendaciones del equipo de vigilancia en concordancia con el derecho de todo individuo de entrar en su país. Aunque es cierto que en *Abdelrazik* el parámetro de referencia era la legislación nacional en materia de derechos humanos, es perfectamente posible extender su *ratio* al Derecho internacional de los derechos humanos. De esta manera, el margen de discrecionalidad nos acerca a una de las propuestas que defendimos en el Capítulo V, la relativa al deber de interpretar las resoluciones del Consejo de Seguridad de manera que violen lo menos posible los derechos humanos, sin presumir las derogaciones en *bloc* de este régimen normativo.

Considerando ahora la aplicabilidad del margen de discrecionalidad a nuestro problema¹¹⁴², la pregunta que hay que hacerse es: ¿ofrece realmente el Consejo de

¹¹⁴² Anotamos de todas maneras que, fuera del contexto particular de la Carta, la cuestión de la responsabilidad del Estado por ejecutar un acto aún cuando no dispone de margen de discrecionalidad es discutida. La *International Law Association*, por ejemplo, se basa en la conocida la sentencia *Arab Organisation for Industrialisation, Arab British Helicopter Company y República Árabe de Egipto c Westland Helicopters Ltd., Emiratos Árabes Unidos, Reino de Arabia Saudí y Estado de Qatar*, decidida en última instancia por la Corte Federal Suprema de Suiza, 19 de julio de 1988. En este sentido, recomienda la opción de la responsabilidad conjunta del Estado y de la Organización Internacional cuando ésta aprueba un acto y aquél lo implementa, sin referirse a margen de discrecionalidad alguno (“Accountability...”, *loc. cit.*, p. 30). La CDI considera en su proyecto de artículo 16(1) que sólo la organización es responsable en estas circunstancias, aunque en su comentario toma nota de la responsabilidad del Estado cuando dispone de discreción para ejecutar la obligación sin violar ninguna norma internacional (pp. 100-101). La tesis del margen de discrecionalidad es aceptada en el Tercer Informe del Relator Especial GAJA sobre la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, p. 14). Sin embargo, al mismo tiempo, la misma CDI recoge la responsabilidad separada del Estado sólo en los supuestos de inducción de éste a la organización para que cometa el ilícito (art. 60), o cuando acepta la responsabilidad o ha inducido al tercero afectado a confiar en su responsabilidad conjunta con la de la organización (art. 61), lo cual resulta un tanto confuso. *Vid.*, sin ánimo de exhaustividad (más adelante añadiremos referencias más precisas al respecto), CORTÉS MARTÍN, J. M.: *Las organizaciones internacionales...*, *loc. cit.*, pp. 316 y ss.; HIRSCH, M: *The responsibility of international organizations toward third parties: some basic principles*, Martinus Nijhoff, Boston-Leiden-The Hague, 1995, p. 87; SAROOSHI, D.: *International organizations...*, *op. cit.*, p. 103; VACAS FERNÁNDEZ, F.: *La responsabilidad internacional...*, *op. cit.*, p. 120).

Seguridad la posibilidad para que los Estados apliquen sus garantías judiciales a las sanciones del Consejo, una vez decididas éstas?

Hasta hace poco, todo parecía indicar que no. La regla parecía ser: el Consejo decide, los Estados ejecutan sin más. Por ejemplo, poco antes de la sentencia *Kadi (II)* de septiembre de 2008, el 8º Informe del Equipo de Vigilancia mostraba su abierto rechazo a que cualquier autoridad nacional se considerara competente para revisar *ex post facto* la legalidad de una medida sancionatoria. El argumento es que tal posibilidad minaría “su facultad absoluta [la del Consejo] para adoptar medidas en cuestiones que afectan a la paz y seguridad internacionales, tal y como está consagrada en la Carta”¹¹⁴³.

Curiosamente, después de las decisiones en *Kadi*, *Sayadi* y *Vinck* y otras (que por razones de sistemática dejamos para más adelante), el tono del Equipo de Vigilancia se moderó. Frente al rigor del Informe anterior, ahora destacaba lo “provechoso” que sería “que el Comité examinara las decisiones de los tribunales relacionadas con las inclusiones en la Lista, evaluando sus sentencias a la luz de todas las pruebas disponibles”. Igualmente, “el Equipo también recomienda que si una persona incluida en la Lista puede demostrar, de forma suficiente a juicio de un tribunal nacional, que algún elemento del resumen de los motivos por los que su entrada se introdujo en la Lista es incorrecto, el Estado proponente de la medida debe comunicar esa información al Comité”¹¹⁴⁴. El lenguaje era mucho más prudente y de tonalidades más contenidas.

Todo ello no obstante, el Consejo de Seguridad no parece haber acogido la tesis del margen de discrecionalidad de los Estados, y es su palabra la que cuenta a este respecto en la medida en que el Consejo *ordene*¹¹⁴⁵ a los Estados la ejecución *inmediata* de las sanciones. Esta preferencia queda muy clara tras la lectura de las resoluciones 1822 (2008) y siguientes. Es verdad que en el preámbulo de estos textos el Consejo “toma nota” “de los problemas surgidos en las medidas ejecutadas por los Estados Miembros de conformidad con las medidas mencionadas en el párrafo 1 de la presente resolución”. Aún más, “reconoce (...) los esfuerzos constantes de los Estados Miembros y el Comité a fin de asegurar la existencia de procedimientos justos y claros para incluir a personas, grupos, empresas y entidades en la lista”. Pero estas afirmaciones vienen después de que el

¹¹⁴³ 8º Informe del Equipo de Vigilancia, § 41.

¹¹⁴⁴ 9º Informe del Equipo de Vigilancia, § 23.

¹¹⁴⁵ Y no simplemente *recomiende*, o haga un simple ejercicio de exégesis de sus resoluciones anteriores.

Consejo reitera “la necesidad de que las medidas indicadas en el párrafo 1 de la presente resolución se apliquen *enérgicamente* como medio importante para combatir la actividad terrorista”¹¹⁴⁶. A pesar del tono diplomático, el lenguaje de la resolución nos parece bastante claro: el Consejo quiere excluir la posibilidad de una revisión a nivel nacional de la inclusión de nombres en la lista¹¹⁴⁷. Su infatigable insistencia en el carácter “preventivo” de las sanciones, no sometido a estándares penales, no puede interpretarse de otra manera. En definitiva: el Consejo no sólo *interpreta* las sanciones como ejecutivas de inmediato, sino que *excluye* expresamente un juicio efectivo a nivel nacional¹¹⁴⁸; es decir, un juicio efectivo que permita valorar seriamente si hay que implementar o no una determinada sanción¹¹⁴⁹. De esta manera nos ajustamos a una de las reglas de interpretación de las resoluciones del Consejo que ya han sido presentadas anteriormente en este trabajo: las derogaciones del Derecho internacional no se pueden presumir. Las sanciones Al-Qaeda/Talibanes no son la excepción, y su régimen jurídico prevé expresamente la derogación del derecho a un juicio justo¹¹⁵⁰.

Hay otra manera de ver las cosas. En el capítulo anterior hicimos hincapié en el preámbulo de las resoluciones 1617 y ss. del Consejo de Seguridad, que incluye una referencia expresa a la necesidad de los Estados “de combatir por todos los medios, *de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* y el Derecho internacional, *incluidas las normas internacionales de derechos humanos*, el derecho de los refugiados y el derecho

¹¹⁴⁶ S/RES/1822(2008), preámbulo, §§ 13 y ss. “Sin demora”, en el lenguaje de la resolución S/RES/1963(2010), 20 de diciembre de 2010, preámbulo, § 7.

¹¹⁴⁷ En contra de esta opinión, *Vid.* la interpretación que IVAN SHEARER hizo de la sentencia *Kadi* en su voto particular disidente en *Sayadi y Vinck*, § 4. Más adelante, en la tercera parte de este estudio, discutiremos la posición defendida por la jurisdicción de Luxemburgo, que merece cierto comentario.

¹¹⁴⁸ En efecto, si la tutela judicial efectiva (*latu sensu*) ha de tener algún sentido, toda revisión judicial de la ejecución de una sanción inteligente ha de poder concluir con una sentencia que exija al ejecutivo la cesación de la ejecución de una sanción. Pues bien, de llegarse a esta conclusión, el Estado estaría violando claramente la obligación de aplicar “enérgicamente” las medidas ordenadas por el Consejo. *Contra*, varios autores se basan en la reiterada obligación exigida por el Consejo en sus resoluciones de respetar “el Derecho internacional de los derechos humanos” para deducir que el mecanismo de ejecución de sanciones permite la revisión nacional de las medidas sancionatorias (*Vid.*, p.e., BIANCHI, A.: “Assessing the effectiveness...”, *loc. cit.*, p. 916; BLÁZQUEZ NAVARRO, I.; EXPÓSITO MASSICCI, C.: “Los límites al control judicial de las medidas de aplicación de la política exterior en los asuntos *Ahmed Ali Yusuf/Al Barakaat International Foundation y Yassin Abdullah Kadi*”, en *REDE*, nº 17, 2003 p. 146; REMIRO BROTONS, A.: *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 404 (en la versión de 2007 de este manual la posición se defendía en p. 666).

¹¹⁴⁹ VAN DEN HERICK, L.; SCHRIJVER, N.: “Eroding...”, *loc. cit.*, p. 335.

¹¹⁵⁰ En este sentido, se ha afirmado que “unless there is a *manifest* intent on the part of the Security Council to derogate from such treaties [HR treaties], its resolutions must be interpreted in the light of such treaties” (GOWLLAND-DEBBAS, V.: “Collective security revisited in light of the flurry over UN reform: an international law perspective”, en CHETAIL, V. (Ed.): *Conflicts, sécurité et coopération/Conflict, Security and Cooperation. Liber amicorum Victor-Yves Ghebali*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 273)

humanitario aplicables, las amenazas para la paz y la seguridad internacionales que constituyen los actos terroristas”¹¹⁵¹. La consecuencia que dedujimos de la inclusión de esta cláusula es que el Consejo de Seguridad se ha impuesto él mismo límites, o mejor dicho, ha reconocido la existencia de límites en el Derecho internacional de los derechos humanos, y sobre todo, en la Carta de las Naciones Unidas, para la aprobación de resoluciones que impongan medidas perjudiciales para los individuos. Ello queda aún más patente a partir de la resolución 1822, en la que formula la obligación de respetar los derechos humanos de manera general, *sin referirse a los Estados*, extendiéndose a sí mismo la obligación de respeto, al menos implícitamente¹¹⁵². De esta manera, una interpretación sistemática de las resoluciones Al-Qaeda/Talibanes debe llevar a la conclusión contraria a la que nos conduce la cláusula “medidas preventivas” inserta en el preámbulo, *a pesar de voluntad del Consejo de Seguridad de excluir los procedimientos nacionales*. En otras palabras, se ha de interpretar dicha cláusula “medidas preventivas” en un sentido menos rígido que aquél al que conduce su interpretación contextual.

Ello presenta no pocos problemas desde el punto de vista de la lógica de las resoluciones. Y es que, como ha sintetizado con acierto COMELLAS AGUIRREZÁBAL, “los llamamientos del Consejo de Seguridad a respetar los derechos humanos en la lucha antiterrorista son insuficientes si no se acompañan de una actuación coherente y no siempre es posible compatibilizar o armonizar dos obligaciones, por lo que una de ellas tendrá que prevalecer”¹¹⁵³. La cuestión se plantea en términos de *incompatibilidad* entre ambas cláusulas, que no pueden sobrevivir en el mismo texto jurídico: o la una o la otra. Desde nuestro punto de vista, puestos a ponderar cuál de las dos cláusulas ha de prevalecer –la del respeto de los derechos humanos o la de la exclusión de los procedimientos nacionales–, uno es partidario de la primera, por una razón muy clara: y es que ésta es la *más respetuosa con la Carta de las Naciones Unidas*, fundamento último de los poderes del Consejo de Seguridad. Y es que, como ya enfatizamos en el capítulo anterior, un régimen de sanciones que suspenda indefinidamente el derecho a las garantías judiciales de

¹¹⁵¹ S/RES/1617(2005), preámbulo, § 4; S/RES/1822(2008), preámbulo, § 3, S/RES/1904(2009), preámbulo, § 3, énfasis añadidos.

¹¹⁵² En el mismo sentido, JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “El control de legalidad...”, *loc. cit.*, p. 89; SCHEININ, M.: “Does the ECJ ruling in *Kadi*...”, *loc. cit.*, p. 66.

¹¹⁵³ COMELLAS AGUIRREZÁBAL, T.: “El Consejo de Europa, la lucha contra el terrorismo y los derechos humanos: a propósito de las “listas negras”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ED.): *La obra jurídica...*, *op. cit.*, p. 709).

los individuos listados resulta difícilmente compatible con el texto de San Francisco, tal y como se tiende a interpretar hoy en día.

Sea como fuere, es muy probable que los Estados se sigan aferrando a la legalidad *prima facie* de las resoluciones del Consejo para interpretar éstas en su sentido más literal, excluyendo una interpretación amplia de la cláusula “respeto de los derechos humanos”. Pues bien, incluso así, quedará un pequeño resquicio; mínimo, cierto, pero válido, para que el artículo 103 no entre en juego evitando la “irresponsabilidad” internacional del Estado. Y es que, como pudimos analizar en el capítulo I de este trabajo, los Estados todavía disponen de un cierto margen de discrecionalidad a la hora de decidir cómo ejecutar las sanciones. En efecto, recordemos que en aquel apartado nos referíamos a la falta de acuerdo sobre la noción de “activos”, y a las diferentes soluciones que los Estados habían ofrecido respecto de la congelación de activos de titularidad solidaria o de sociedades que sólo habían desviado una pequeña parte de sus fondos para fines terroristas¹¹⁵⁴. Dado que dicho margen existe, parece razonable considerar responsabilizar a los Estados por las violaciones de las garantías judiciales –y del derecho a la propiedad-, en aquellos supuestos en que se ejecuten las sanciones contra entidades privadas de manera manifiestamente desproporcionada¹¹⁵⁵.

III. LA RESPONSABILIDAD *INDIRECTA* DEL ESTADO

Es indudable que, de manera general, la responsabilidad del Estado por la realización de actos derivados del derecho de la organización de la que forma parte es limitada en Derecho internacional. Aún lo es más si nos referimos a las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas -como acabamos de analizar-, pues el artículo 103 de la Carta tiende a interpretarse en un sentido muy amplio, impidiendo *cualquier* revisión directa o incidental de las resoluciones del Consejo por parte de un órgano de

¹¹⁵⁴ *Vid.* Cap. I, § III.3.

¹¹⁵⁵ Un razonamiento similar ha sido defendido por FEINUGLE respect de los conceptos de “congelación de fondos”, “prohibición de viajar” y “embargo de armas”. En las palabras de este autor, “the more these measures leave room for interpretation, the wider the discretion of the national authorities implementing them” (FEINUGLE, C. A.: “The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals?”, *GLJ*, Vol. 9, N° 11, November 2008, p. 1522).

supervisión de los derechos humanos (o incluso un Tribunal nacional)¹¹⁵⁶. Ahora bien, esta conclusión no ha de conducirnos a la pesimista constatación de una situación de irresponsabilidad total *de facto*. Ciertamente, como acabamos de estudiar, a la falta de interés por la responsabilidad internacional de las Naciones Unidas por violación de las garantías procesales derivadas de las sanciones inteligentes financieras, hemos de sumar el hecho de que los Estados (y el Comité de sanciones) tienden a interpretar las resoluciones Al-Qaeda/Talibanes en el sentido de no dejarles margen de discrecionalidad alguno¹¹⁵⁷, deduciendo pues una irresponsabilidad internacional *directa* del Estado (salvo en los casos muy circunstanciados que hemos propuesto en el epígrafe anterior, i.e., situaciones en las que el Estado dispone de un cierto margen de apreciación para determinar qué fondos congelar de una entidad concreta)¹¹⁵⁸. Sin embargo, ello no es óbice para analizar las vías *indirectas*¹¹⁵⁹ de responsabilidad del Estado. Y es que la jurisprudencia internacional en

¹¹⁵⁶ Vid. Cap. V, § I.1.2. a) y Cap. VIII, § IV.2.

¹¹⁵⁷ Algún autor ha considerado la tesis del margen de discrecionalidad del Estado como “aberrante”, recurriendo al símil con la aceptabilidad de las órdenes superiores como causa de exclusión de la responsabilidad por la comisión de crímenes internacionales (CONDORELLI, L.: “La compatibilité des sanctions du Conseil de sécurité avec le droit international humanitaire – commentaire” en GOWLLAND-DEBBAS, V. (Ed.): *United Nations sanctions...*, op. cit., p. 239).

¹¹⁵⁸ El único autor que a nuestro conocimiento ha explorado esta vía es CONDORELLI (“Le Conseil de sécurité, les sanctions ciblées...”, *loc. cit.*, pp. 137-138). El autor se basa en el artículo VIII, sección 29, de la Convención sobre los privilegios y las inmunidades de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946, para concluir que, mientras que ésta no establezca un mecanismo internacional para resolver las disputas relativas a la inmunidad jurisdiccional de la Organización cuando ésta viola los derechos humanos decretando las sanciones inteligentes que venimos estudiando, la habitual inmunidad jurisdiccional de la Organización ante los jueces nacionales decaerá y los jueces nacionales podrán ejercer su jurisdicción interna *vis-à-vis* la ONU. El citado artículo VIII, Sección 29, afirma lo siguiente: “Las Naciones Unidas tomarán las medidas adecuadas para la solución de: b) Disputas en que esté implicado un funcionario de las Naciones Unidas, que por razón de su cargo oficial disfruta de inmunidad, si el Secretario General no ha renunciado a tal inmunidad” (El autor realiza una interpretación particularmente extensiva del ámbito de aplicación *ratione personae* y *materiae* de la citada disposición que no es fácil de compartir).

¹¹⁵⁹ Hablaremos aquí de “responsabilidad indirecta” del Estado en una interpretación *latu sensu* que no se ajusta a la propuesta del Juez AGO en su Opinión Separada en el *asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* de 1986. En este caso el antiguo Relator Especial de la CDI criticó el uso de esta expresión para referirse a la relación entre Estados e individuos de la siguiente manera: “In any legal system, the responsibility defined as “indirect” or “vicarious” is the responsibility which a subject of the juridical order incurs for the wrongful act of another subject of the same juridical order. This anomalous form of responsibility entails separating the subject that commits and internationally wrongful act from the subject that bears responsibility for that act (...)” (CIJ, *Opinión separada del Juez AGO*, § 17, énfasis añadido). Con ello no sólo restringía su uso para las relaciones Estado-Estado (lo cual en sí no nos afecta), sino que equiparaba responsabilidad *indirecta* con responsabilidad *por el acto de otro* (Con más detalle sobre esta opinión, LEHTO, M.: *Indirect responsibility for terrorist acts*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009, especialmente pp. 238 y ss.). En otras palabras, el fenómeno de la responsabilidad indirecta produce lo que PADELETTI denomina “escisión” (*scissione*) entre la atribución de la responsabilidad y la imputación del hecho ilícito (PADELETTI, M. L.: *Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 58).

Anotamos igualmente que en la doctrina de principios de siglo XX se utilizaba el término de “responsabilidad internacional indirecta” en un sentido diferente al nuestro. Con él se calificaba aquellas

materia de derechos humanos ha buscado otras soluciones para salir del bloqueo jurídico impuesto por el derecho derivado del Capítulo VII de la Carta, propuestas que en la práctica jurisprudencial se resumen en dos formas de responsabilidad: la complicidad y la falta de vigilancia.

Lo común a ambas opciones es que se alejan del estrecho marco de la supervisión de los actos en los que el Estado actúa como brazo ejecutor de las decisiones de la organización, buscando el énfasis en un hecho ilícito internacional *alternativo*. Ello quiere decir, en el contexto de nuestra problemática, que el hecho ilícito internacional no será *per se* la congelación de fondos sin las debidas garantías judiciales por parte de un Estado, sino más bien la *combinación* de ésta y de otro acto previo *directamente atribuible* al Estado. La entrada en escena de ambos elementos justificará, como veremos, que el principio general de la responsabilidad exclusiva de la organización -en la expresión de la conocida resolución del *Institut de Droit International*-, ceda el paso a sus excepciones¹¹⁶⁰.

situaciones en las que la violación del Derecho internacional debía ser imputada a un sujeto diferente de aquél que ha de responder. El motivo: la relación de dependencia jurídica (o *de facto*, según los autores) de un sujeto respecto de otro. Es, en otras palabras, “une véritable responsabilité à raison du fait d’autrui” (ANZILOTTI, D.: « La responsabilité internationale de l’état à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, Vol. 14, 1906, p. 299), por ejemplo, la responsabilidad de un Estado por las violaciones cometidas por otro de su protección. No es nuestra intención detenernos en esta cuestión. Nos remitimos al trabajo de PADELETTI, M. L.: *Pluralità di Stati...*, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

También se usa el término de responsabilidad *indirecta* para referirse a la responsabilidad del Estado por los actos de la organización internacional a la que pertenece. Tampoco es éste el sentido en que lo utilizamos aquí. Si bien es cierto que existe cierta similitud entre ambas figuras, abarcan perspectivas de diferente amplitud. En el primer caso, “la responsabilidad indirecta de los Estados miembros se concreta en la obligación de éstos de aportar recursos para que la Organización sea capaz de cumplir las obligaciones y, en particular, saldar las deudas que ha contraído” (Cfr. por todos, VAL GARIJO, F.: “Organizaciones internacionales y Estados miembros: problemas generales en materia de responsabilidad internacional”, *REEI*, nº 16, 2008, <http://www.reei.org/>, p. 25). Por el contrario, en nuestro caso, la responsabilidad se concreta en normas primarias alternativas que permiten imputar un hecho ilícito cometido por una organización a un Estado, aún procediendo el ilícito de un acto normativo imputable a ésta. El sentido que le damos aquí es, pues, más amplio que el del aporte de recursos materiales a la organización.

¹¹⁶⁰ El principio fue formulado de la manera siguiente: “(...) no existe ninguna norma general de Derecho internacional en virtud de la cual los Estados miembros son, por razón únicamente de su condición de miembros, responsables conjunta o subsidiariamente de las obligaciones de una organización internacional de la que son miembros” (IDI, “The legal consequences of Member States of the non-fulfilment by International Organizations of their obligations toward third parties”, *AnnuaireIDI*, Vol. 66-II, 1996). La traducción la hemos encontrado en CDI: “Comentario al Proyecto de Artículos sobre responsabilidad de las organizaciones...”, *loc. cit.*, p. 190). *Vid.* por el contrario la resolución de la *International Law Association*, donde se afirma que “the responsibility of an IO does not preclude any separate or concurrent responsibility of a State or of another IO which participated in the performance of the wrongful act or which has failed to comply with its own obligations concerning the prevention of that wrongful act. There is also an internationally wrongful act of an IO when it aids or assists a State or another IO in the commission of an internationally wrongful act by that State or other IO” (“Accountability...”, *loc. cit.*, p. 28).

II.1. La “complicidad” del Estado

La “complicidad del Estado” es una regla de infinidad de usos que sin embargo es casi imposible encontrar “en estado puro” en la “naturaleza” judicial internacional. En otras palabras, su invocación directa en la práctica forense es rara, si bien es innegable que la norma encuentra su expresión en numerosos sectores del Derecho internacional que la recogen bajo la designación (más rigurosa técnicamente) de *ayuda o asistencia*. Es precisamente con esos términos con los que aparece en el artículo 16 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del estado de 2001 y en el artículo 13 del *Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales*, este último aprobado en Primera Lectura en su 61ª sesión¹¹⁶¹. La norma del primer texto es la siguiente:

El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

- a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y
- b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.

La variante del Proyecto de artículos de 2009 sobre la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales regula de manera idéntica la institución jurídica, aunque permitiendo expresamente el préstamo de ayuda no sólo a otra organización internacional, sino también de una organización internacional a un Estado.

Como de manera incesante ha subrayado la (no especialmente abundante) doctrina que ha estudiado esta disposición de manera exhaustiva, la complicidad *no* establece un régimen de corresponsabilidad de un Estado por la participación en el hecho ilícito de otro. Por el contrario, lo que hace es responsabilizar al Estado por el *mero hecho* de prestar su ayuda o asistencia a la comisión del ilícito¹¹⁶². Hay dos ilícitos diferentes, pues; por un

¹¹⁶¹ Vid. *Proyecto de artículos...*, A/64/10, 2009, §§ 31-51. La Asamblea General ha “tomado nota” del Proyecto en su resolución A/RES/64/114, de 15 de enero de 2010, § 1, sobre la base del Informe de la Comisión A/64/449.

¹¹⁶² DOMINICÉ, C.: “Attribution of conduct to multiple States and the implication of a State in the act of another State”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S.: *The Law of...*, *loc. cit.*, p. 285; GRAEFRATH, B.: “Complicity in the law of international responsibility”, *RBDI*, nº 2, 1996, p. 371; GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El hecho ilícito internacional*. UAM, Madrid, 2005, p. 214; NAHAPETIAN, K.: “Confronting State complicity in International Law”, *UCLA Journal of Int. Law and Foreign Affairs*, Summer/Spring 2002, p. 104; QUIGLEY, J.: “Complicity in international law: a new direction in the law of State responsibility”, *BYIL*, Vol. LVII, 1986, pp. 80-81. *Cfr.* también 7º Informe del Relator Especial AGO, *loc. cit.*, p. 64.

Esta característica de la “complicidad” lo es también respecto de la “antigua” complicidad, es decir, la que se utilizaba desde GROTIUS para referirse a la responsabilidad del Estado por la aprobación o incluso la

lado, el del Estado que viola *directamente* la norma internacional; y por el otro, el del Estado cómplice, que también comete otra violación *directa*, pero de otra norma internacional relacionada con la anterior. De esta manera, podemos deducir que la responsabilidad del Estado que ayuda o asiste al otro no es exigible si el Estado asistido no termina violando la norma internacional. En otras palabras, *no existe la complicidad como forma de tentativa de comisión del ilícito* en Derecho internacional, pues ni en el texto del artículo 16 ni en el Comentario de la CDI se establece que la eventual violación del Derecho sea una condición para que el cómplice incurra en responsabilidad internacional¹¹⁶³.

En este apartado comenzaremos esbozando los rasgos esenciales de esta institución jurídica, sobre la base de los trabajos de la CDI, la jurisprudencia internacional, y la doctrina. Posteriormente, contextualizaremos la comunicación *Sayadi y Vinck* del Comité de Derechos Humanos en el debate, intentado apreciar si estamos ante un verdadero supuesto de complicidad y, de responder en afirmativo, en qué medida esta comunicación afecta al el régimen general de la complicidad como forma de responsabilidad.

II.1.1. Una excepción y media a las premisas del régimen de responsabilidad internacional del Estado y de la Organización internacional

Como rasgo al que recurriremos para describir esta institución jurídica, subrayaremos el de su *excepcionalidad*. En efecto, nos encontramos ante una norma que subraya los difusos perfiles de varios de los rasgos esenciales que caracterizan al Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado, tal y como lo dejó perfilado el Relator Especial AGO, de tal forma que se presenta como excepción a los mismos. Nos estamos refiriendo, más concretamente, a la separación entre normas primarias y

falta de castigo de la violación cometida por uno de sus nacionales contra un ciudadano extranjero. En estos supuestos la responsabilidad del Estado también era contraída por el acto de “complicidad”, y no por el hecho concreto cometido por el particular (Cfr., p.e., AGO, R.: “Le délit...”, *loc. cit.*, p. 477; BRIERLY, J. L.: “The theory of implied State complicity in international claims”, *BYIL*, Vol. 42, 1928, p. 42). La tesis fue rechazada por la doctrina voluntarista, aunque ha sido resucitada por la CIJ en el asunto del genocidio en Bosnia-Herzegovina, al que nos referiremos más tarde (Vid. la didáctica exposición de DE FROUVILLE, O.: “Attribution of conduct to the State: private individuals”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. (Eds.): *The Law of...*, *loc. cit.*, pp. 275 y ss.).

¹¹⁶³ PADELETTI, M. L.: *Pluralità di Stati...*, *op. cit.*, p. 81. Ello se deduce de la mera interpretación lógico-sistemática del precepto, encuadrado en un capítulo IV titulado “responsabilidad del Estado en relación con el hecho de otro Estado”. Si no hay tal hecho, no puede haber responsabilidad. Otra cosa es que la conducta se encuentre prohibida *como tal* por una norma de Derecho internacional...

secundarias, por un lado, y al carácter pretendidamente objetivo del régimen de responsabilidad, por otro. Como veremos brevemente a continuación, en el primer caso la excepcionalidad es absoluta, mientras que en el segundo es incompleta, pues ha sido codificada de manera un tanto inconsistente en el Proyecto de artículos.

a) La excepción: una norma primaria en un régimen de reglas secundarias

No es nuestro objetivo entrar en profundidad en un debate tan recurrente en materia de responsabilidad internacional del Estado (y de la organización internacional), como el de la distinción entre normas primarias y secundarias. De hecho, ya se hizo una breve referencia a la cuestión en otro lugar, donde además reproducimos las contundentes palabras del Relator Especial AGO al respecto para zanjar el debate sobre la orientación que había de adoptar el futuro Proyecto¹¹⁶⁴. Por el contrario, únicamente queremos subrayar aquí que la complicidad parece un “intruso” primario en un territorio de reglas secundarias. En efecto, sin pretender incurrir en un dogmatismo excesivo¹¹⁶⁵, lo cierto es que nos encontramos frente a un texto destinado a regular únicamente las consecuencias del ilícito internacional que prohíbe una conducta primaria que aparece regulada de manera *ad hoc* en varios sectores del Derecho internacional público¹¹⁶⁶. Es decir, la complicidad parece

¹¹⁶⁴ Vid. Cap. II, §§ I.1. y I.2.1.

¹¹⁶⁵ Para una crítica reciente del exceso de dogmatismo en la distinción entre normas primarias y secundarias, con un énfasis en la ambivalencia de la distinción Vid. DAVID, E.: “Primary and secondary...”, *loc. cit.*, pp. 27 y ss. Sobre esta cuestión, vid. también JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional (1988)”, en *idem* (Prep.): *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado. XII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Alicante, 1990, pp. 24-27.

¹¹⁶⁶ Tales por ejemplo ciertas disposiciones de regímenes autónomos o semi-autónomos del Derecho internacional como la protección de los derechos humanos, (p.e., la prohibición del *non refoulement*, prohibición de la complicidad Estatal en los actos de genocidio) o el uso de la fuerza. Respecto de este último, se ha esgrimido como argumento la prohibición de la puesta a disposición por un Estado de su territorio para que otro Estado cometa un acto de agresión (art. 3(f) de la resolución 3314 (XXIX) de la AGNU, 14 de diciembre de 1974); así como la prohibición de “organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza” (principio 1º de la resolución 2625 (XXV) de la AGNU, 24 de octubre de 1970). Precisamente respecto del uso de la fuerza, ya en 1960 BROWNLIE hablaba de “complicidad” o de “agresión indirecta” en el caso de la ayuda o asistencia de un Estado para el uso de la fuerza, aunque mantenía dudas sobre la adecuación del término “agresión” para definir dicha relación (BROWNLIE, I.: *International Law and the use of force by States*, Oxford, New York, 1960, pp. 368-372). El problema, sin embargo, es que en el supuesto contemplado por la resolución 3314 no estamos ante un caso de complicidad, sino de agresión directa. En efecto, en el caso del crimen de agresión la conducta principal (la agresión) absorbe igualmente las conductas accesorias, como la puesta a disposición de un territorio para la comisión de una agresión contra un tercer Estado. Fue el mismo Relator Especial AGO el que tomó nota de esta característica particular de la agresión (Séptimo Informe del Relator Especial AGO, *loc. cit.*, p. 63).

ser, como el resto de conductas del capítulo IV de la Parte I del Proyecto¹¹⁶⁷, una conducta prohibida por el Derecho internacional, *no una consecuencia de su violación*. Es un ilícito *per se*, no un resultado del mismo. Ni siquiera es un título de imputación *strictu sensu*. El comentario del Proyecto lo reconoce abiertamente. Sin embargo, lo justifica sobre la base del carácter *derivado* de la responsabilidad del Estado. Además, busca apoyo en analogías con el derecho interno de los Estados miembros¹¹⁶⁸. Con ello el Proyecto de artículos aporta otra prueba de su carácter *sui generis*, situado en algún lugar entre un régimen de responsabilidad civil *latu sensu* y un régimen de responsabilidad penal¹¹⁶⁹.

Anotaremos que en la citada sentencia *Fiscal de las Fuerzas Armadas Federales c. Pfaff (Oficial de las Fuerzas Armadas)* el Tribunal Federal Administrativo Alemán discutió la legalidad de la guerra de Irak de 2003 en el caso concerniente a la negativa de un Oficial de las Fuerzas Armadas alemanas de participar en programas de preparación del conflicto. El Tribunal hizo una referencia al art. 16 del Proyecto de artículos de la CDI para interpretar el alcance del referido art. 3(f) de la resolución 3314 (XXIX), aunque su influencia en el resultado del proceso no fue decisiva (*Fiscal de las Fuerzas Armadas Federales c. Pfaff (Oficial de las Fuerzas Armadas)*, § 4.1.4.1.2.). En el asunto *Edward Horgan y An Taoiseach y otros*, ante la *High Court* irlandesa, el demandante, un oficial retirado de las fuerzas armadas irlandesas, invocó entre otros el artículo 16 del Proyecto para cuestionar la legalidad de intervención irlandesa en la Guerra de Irak. El Alto Tribunal irlandés acabó cobijándose en la *political question* para declararse incompetente para revisar los actos del ejecutivo en materia de política exterior (HC, *Edward Horgan y An Taoiseach y otros*, application for declaratory relief, (2003 No 3739P); (2003) 2 IR 468; (2003) IEHC 64, §§ 63-63 y 70-75. Texto integral disponible en *ORIL*, <http://www.oxfordlawreports.com/>, Ref. ILDC 486 (IE 2003), visitado por última vez el 15 de julio de 2010).

En este contexto se esgrime también el art. 2(5) de la Carta (“Los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva”), aunque el Comentario de la CDI considera que esta disposición tiene un ámbito de aplicación que va más allá del ámbito de aplicación del art. 16 del Proyecto (*Comentario...*, *loc. cit.*, p. 66).

¹¹⁶⁷ Nos referimos con ello también a la dirección y control ejercidos por un Estado sobre otro (art. 17 del Proyecto de la CDI), y a la coacción (art. 18). Ambas formas de participación en el ilícito de AGO no fueron consideradas como tal por el mismo Relator Especial (Séptimo Informe del Relator Especial AGO, *loc. cit.*, pp. 56 y ss.; Octavo Informe del Relator Especial AGO, *loc. cit.*, pp. 4 y ss.). Respecto de esta última, PADELETTI explica que fue DAHM el primero en sostener que cuando un Estado coacciona a otro para cometer un ilícito, el primero es responsable directamente por el hecho de coaccionar (PADELETTI, M. L.: *Pluralità...*, *op. cit.*, p. 17). Más tarde, profesores como DI BARILLE, ROMANO o DI SERENI defendieron esta postura para negar la existencia de una “responsabilidad indirecta” *strictu sensu* en Derecho internacional (*ibid*, pp. 30-35).

¹¹⁶⁸ *Comentario...*, *loc. cit.*, § 8, p. 65.

¹¹⁶⁹ Sobre el carácter *sui generis* de la responsabilidad internacional, *Vid.* la sentencia arbitral en el asunto del *Rainbow Warrior (Affaire du Rainbow Warrior, Nueva Zelanda c. Francia, Sentencia de 3 de abril de 1990, R.S.A., Vol. XX § 75)*. Recientemente CRAWFORD ha explicado la superposición entre el derecho primario y el secundario de la siguiente manera: “(...) they are legally and logically distinct. A State faced with a material breach of a treaty obligation can choose to suspend or terminate the treaty in accordance with the applicable rules of treaty law, thus releasing itself from its obligation to perform its obligation in the future (VCLT, article 60). But doing so does not prevent it also from claiming reparation for the breach”. La diferencia es, pues, de enfoque (CRAWFORD, J.: “The system of international responsibility”, en CRAWFORD, J.: PELLETT, A.; OLLESON, S. (Eds.): *The Law of...*, *loc. cit.*, p. 22).

b) La “media” excepción: la entrada de la culpa por la puerta trasera en un régimen (pretendidamente) objetivo

Larga e inacabable ha sido la discusión sobre la función de la culpa del Estado como origen de la responsabilidad internacional. Es sabido que fue ANZILOTTI el que rechazó la vieja doctrina grociana que había rebautizado la noción cristiana de *pecado* para devolverla a su origen romano de *culpa* (más concretamente, la *patientia* o *receptus*)¹¹⁷⁰. De esta manera, la responsabilidad internacional del Estado sólo podía ser contraída por una violación del Derecho internacional, con total independencia de la actitud psicológica del funcionario estatal respecto del ilícito. El motivo era que esta actitud subjetiva sólo podía ser regulada por el derecho interno; no era pues asunto del Derecho internacional. « Le dol et la faute [afirmaba] sont des attitudes de la volonté comme fait psychologique, on ne peut donc en parler qu'à l'égard des personnes physiques (...) Or, la volonté et l'action des organes ne peuvent être considérées comme la volonté et l'action de l'Etat que si le droit de ce dernier le permet : c'est le droit interne de l'Etat qui établit clans quelle hypothèse une conduite de la personne physique-organe peut être attribuée »¹¹⁷¹.

Criticando la argumentación de ANZILOTTI, AGO rechazó la tesis de fondo del maestro italiano en su Curso de la Haya¹¹⁷², para luego más tarde acabar abrazando la tesis objetiva en su labor como Relator Especial de la CDI¹¹⁷³. Precisamente la Academia de Derecho internacional sería lugar de toma de posición habitual sobre la cuestión en los Cursos Generales que anualmente imparten grandes maestros de esta disciplina¹¹⁷⁴.

¹¹⁷⁰ Sobre los orígenes de la culpa en el Derecho internacional, *Vid.* el estudio de DUPUY, P.-M.: « Le fait générateur de la responsabilité internationale de l'internationale de l'État », *RCADI*, Vol. 165, t. IV, 1979, pp. 29 y ss.

¹¹⁷¹ *Cfr.* el ineludible ANZILOTTI, D.: “La responsabilité internationale...”, *loc. cit.*, especialmente pp. 286 y ss., en el que vincula la culpa (*faute*) al derecho interno del Estado. Es aquí donde, respecto de la naturaleza de las obligaciones de *due diligence*, el maestro italiano considera que « le défaut de diligence est une inobservation du devoir imposé par le droit international, sans qu'il y ait alors à parler de faute au sens propre du mot. L'état qui a usé de la diligence qu'il devrait n'est point responsable, mais son défaut de responsabilité ne tient pas à une absence de faute » (*ibid.*, p. 291). Sobre la obra de ANZILOTTI en materia de responsabilidad internacional del Estado, *Vid.* DUPUY, P.-M.: “Dionisio Anzilotti and the law of international responsibility of States”, *EJIL*, Vol. 3, 1992, pp. 139 y ss.

¹¹⁷² AGO, R.: “Le délit...”, *loc. cit.*, pp. 476 y ss.

¹¹⁷³ Al menos en lo que respecta a las condiciones para que un Estado cometa un hecho ilícito internacional (Segundo Informe del Relator Especial AGO, A/CN.4/233, 20 de abril de 1970, *ACDI*, 1970, Vol. II, pp. 200 y ss.; Tercer Informe del Relator Especial AGO, Doc. A/CN.4/246y Add.1 a 3, 5 de marzo, 7 de abril, 28 de abril y de 18 de mayo de 1971, *ACDI*, pp. 1971, Vol. II, pp. 228 y ss). En lo que respecta a las causas de exclusión del ilícito, su posición es más moderada (Octavo Informe del Relator Especial AGO, *loc. cit.*, especialmente p. 156).

¹¹⁷⁴ Y no sólo en los Cursos Generales. Sin ánimo de abarcar todo, sintetizaremos tres visiones diferentes, la *objetivista que no matiza* (BROWNLIE, I.: “International law in the fiftieth anniversary of the United Nations.

Si bien la tesis objetivista sobre la responsabilidad ha acabado imponiéndose en la doctrina y en la práctica, no han faltado voces que hayan reclamado el carácter moderado del objetivismo codificado por el Proyecto final de la CDI. Es cierto que el hecho ilícito internacional que origina la responsabilidad internacional del Estado radica finalmente en una “constatation froide et neutre d'un comportement non conforme à ce que requiert le droit international”¹¹⁷⁵. Es cierto también que si bien se ha reconocido posible la intervención de la culpa en ciertos sectores específicos del Derecho internacional (como la responsabilidad del Estado por decisiones del poder judicial contra ciudadanos extranjeros -*denial of justice*- o la prohibición de la hambruna como método de guerra cuando su objetivo es debilitar a la población enemiga¹¹⁷⁶), dicha concesión se realiza admitiendo en todo caso que se trata únicamente de casos aislados, excepciones a la regla general. Y por si no fuera poco, destacados iusinternacionalistas han apreciado en la decisión de la CIJ en el *asunto del estrecho de Corfú* una confirmación de que la culpa (*faute*) no tiene ningún lugar en el Derecho internacional¹¹⁷⁷. De ello podría deducir, pues, que este ordenamiento

General Course on Public International Law”, *RCADI*, Vol. 255, 1995, p. 95; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: « International law in the past third of a century. General course on public international law », *RCADI*, Vol. 159, t. I, 1978, pp. 269 y ss.; GUGGENHEIM, P.: “Les principes de droit international public. Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 80, 1952, pp. 147 y ss.; SCHACHTER, O.: « International law... », *loc. cit.*, pp. 189 y ss.; TOMUSCHAT, C.: “International law...”, *loc. cit.*, pp. 281 y ss.); la *subjetivista radical*, que considera la *culpa* como elemento inherente a la responsabilidad internacional del Estado (Aparte del citado AGO, *cfr.* sobre todo LAUTERPACHT, H.: “Règles générales...”, *loc. cit.*, pp. 363-364); y la *objetivista moderada* –o subjetivista moderada, según se mire el vaso-, que matiza los elementos subjetivos del régimen general de responsabilidad (CONFORTI, B.: “Cours général de droit international public”, *RCADI*, Vol. 212, 1988, pp. 172 y ss.; DUPUY, P.-M.: “Le fait générateur...”, *loc. cit.*, pp. 29 y ss.; QUADRI, R.: « Cours général... », *loc. cit.*, pp. 460 y ss.; REUTER, P.: « Principes... », *loc. cit.*, pp. 584 y ss.; SCHWARZENBERGER, G.: « The fundamental principles of International Law », *RCADI*, Vol. 87, 1955, pp. 350 y ss.; VERHOEVEN, J.: “Considérations...”, *loc. cit.*, p. 176; WEIL, P.: “Le droit international...”, *loc. cit.*, pp. 347 y ss.; ZEMANEK, K.: “The legal foundations...”, *loc. cit.*, pp. 262 y ss.; deja la cuestión sin responder, si bien no critica el recurso al término “culpa” para hablar de la responsabilidad del Estado.

Cfr. también la resolución del *Institut de Droit International*, Sesión de Lausanne de 1927, « Responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers ». El artículo 1 *in fine* defendía la concepción subjetivista de la responsabilidad del Estado : « Cette responsabilité de l'Etat n'existe pas si l'inobservation de l'obligation n'est pas la conséquence d'une faute de ses organes, à moins que, dans le cas dont il s'agit, une règle conventionnelle ou coutumière, spéciale à la matière, n'admette la responsabilité sans faute » (*AIDI*, 1927, Vol. 33, t. III, (ponente STRISOWER, pp. 81 y ss. Las relaciones del *Institut* se encuentran disponibles en la web <http://www.idi-iiil.org/>, visitado por última vez el 1 de julio de 2010).

¹¹⁷⁵ WEIL, P.: « Le droit international... », *loc. cit.*, p. 348.

¹¹⁷⁶ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: « International law... », *loc. cit.*, p. 271. A este respecto, *Vid.* el artículo 5 de la citada resolución del *Institut de droit international* de 1927. El texto afirma lo siguiente : « L'Etat est responsable du chef de déni de justice : 1° Lorsque les tribunaux nécessaires pour assurer la protection des étrangers n'existent ou ne fonctionnent pas ; 2° Lorsque les tribunaux ne sont pas accessibles aux étrangers ; 3° Lorsque les tribunaux n'offrent pas les garanties indispensables pour assurer une bonne justice ».

¹¹⁷⁷ CIJ, *asunto del estrecho de Corfú*, p. 22 (énfasis añadido): « De l'ensemble de faits et constatations (...), la Cour tire la conclusion que le mouillage du champ de mines, qui a provoqué les explosions du 22 octobre 1946, n'a pas pu échapper à la connaissance du Gouvernement albanais. *Les obligations qui dérivent pour*

jurídico prima la integridad normativa frente a otros elementos moralizantes, de carácter subjetivo, que pudieran originar incertidumbre jurídica: la culpa sería uno de ellos.

Sin embargo, las tesis objetivistas no han podido ocultar los elementos subjetivos que han sobrevivido en los debates de la CDI hasta el Proyecto final de artículos. Y es que los puntos de conflicto han sido numerosos: la naturaleza objetiva o subjetiva de las obligaciones de debida diligencia (*due diligence*), la relevancia de la intencionalidad última del Estado recogida en varias causas de exclusión de la ilicitud (tales como el error o la fuerza mayor), la noción de “crimen internacional”, la supervivencia de la satisfacción como consecuencia punitiva del ilícito que reposa sobre la actitud subjetiva del Estado hacia la violación, la incierta posición de la CDI respecto de la compensación punitiva (*punitive damages*¹¹⁷⁸), e incluso la relevancia jurídica del abuso de derecho¹¹⁷⁹. En algunos casos se ha sugerido que la discusión ha sido más bien semántica, poniendo cada autor el énfasis en el enfoque subjetivo u objetivo de la cuestión a fin de acomodar la institución jurídica a su propuesta normativa¹¹⁸⁰. Pero el debate sigue vivo, y como afirma DECAUX, “the concept of “fault” has been introduced into the law of State responsibility, like a worm into an apple”¹¹⁸¹.

l’Albanie de cette connaissance ne sont pas contestées entre les Parties ». Esta opinión es defendida entre otros por BROWNLIE, I. (“International law...”, *loc. cit.*, p. 95); JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E (“International law...”, *loc. cit.*, p. 270) o SCHWARZENBERGER, G. (“The fundamental principles...”, *loc. cit.*, p. 351).

¹¹⁷⁸ Ampliamente debatidos después de la célebre sentencia arbitral del *Rainbow Warrior*, Nueva Zelanda c. Francia (Sentencia de 3 de abril de 1990, *Report of International Arbitral Tribunals (UNRIAA)*, Vol. XX, anteriormente habían sido considerados en la sentencia de la Comisión mixta de reclamaciones Estados Unidos – Alemania en el asunto del *Lusitania*, 1 de noviembre de 1923, *RSA*, Vol. VII, p. 37. Para un análisis de la práctica anterior confirmatorio –según el autor- de la legalidad de las reparaciones punitivas, *Vid.* LAUTERPACHT, H.: “Règles générales...”, *loc. cit.*, p. 353. Más recientemente, TOMUSCHAT, C.: « International law... », *loc. cit.*, pp. 235 y ss.; VERHOEVEN, J.: « Considérations sur ce qui est... », *loc. cit.*, pp. 213-214; WEIL, P.: “Le droit international...”, *loc. cit.*, p. 344). Ahora bien, finalmente las “reparaciones punitivas” no han pasado al proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados dado que el régimen de responsabilidad tiene carácter puramente reparador. De ello es indicio que hasta la satisfacción, *remedy* tradicionalmente punitivo (*ibid.*, p. 355), tiene en el proyecto un carácter subsidiario y limitado en el proyecto final-art. 37- (*Cfr.*, por ejemplo, SHELTON, D.: “Righting wrongs: reparations in the draft article on State responsibility”, *AJIL*, Vol. 96, nº 2, abril 2002, p. 836). Además, la práctica estatal sobre *punitive damages* se encuentra lejos de pasar el filtro consuetudinario (DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, *loc. cit.*, pp. 370-371).

¹¹⁷⁹ Sobre este último, *Vid.* REUTER, P.: “Principes...”, *loc. cit.*, pp. 599 y ss. *Cfr.* el 3º del Relator Especial AGO, *loc. cit.*, p. 221-222. Se puede defender que también hay presencia de elemento subjetivo en el art. 15 del Proyecto de artículos de la CDI (“Violación consistente en un hecho compuesto”). *Vide* a este respecto DISTEFANO, G.: “Fait composé...”, *loc. cit.*, pp. 14-15.

¹¹⁸⁰ « Selon son humeur, chacun peut tout objectiviser ou tout subjectiviser, tout ramener au fait illicite ou tout ramener à la faute. Qu’on parle de faute ou de fait illicite, la différence, au bout du compte, relève plutôt de l’habillage et de la présentation que du fond » (WEIL, P.: « Le droit international... », *loc. cit.*, p. 350. Con un tono similarmente relativista, *cfr.* TOMUSCHAT, C.: “International law...”, *loc. cit.*, p. 281).

¹¹⁸¹ DECAUX, E.: “The definition...”, *loc. cit.*, p. 250.

Pues bien, la complicidad del Estado, tal y como ha sido finalmente recogida por el Proyecto de la CDI, es sin duda otro de los elementos a sumar a la discusión¹¹⁸². Y es que ésta, en tanto que norma primaria, es una conducta *general* aplicable a todos los ámbitos del Derecho internacional público y no sólo a una serie de casos aislados, como acabamos de ver que defendían algunos autores. Pero sobre todo, la complicidad, en tanto que conducta prohibida por el Derecho internacional, ha venido recogiendo desde su introducción en el Proyecto de artículos del Relator Especial AGO de 1979 un elemento psicológico o subjetivo que predetermina su aplicabilidad. Y es que, junto al *conocimiento* de las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito –requisito que se encuentra explícito en el texto del artículo 16–, el comentario final del Proyecto encierra una “trampa”, un “tapado” (en palabras de GUTIÉRREZ ESPADA¹¹⁸³), un elemento subjetivo que en sí no se encuentra en el texto del Proyecto: la intención del Estado de facilitar la comisión del hecho ilícito internacional. Dicha condición no aparece ni siquiera en el comentario del artículo 17, que regula la “dirección o control” de un Estado del acto ilícito cometido por otro¹¹⁸⁴.

La justificación aportada por la CDI a la presencia de este elemento “escondido” es limitar la aplicabilidad del artículo 16 a aquellos casos en los que ayuda o asistencia se encuentra claramente vinculada al hecho ilícito subsiguiente¹¹⁸⁵. Y es cierto que la regla de

¹¹⁸² Este aspecto ha pasado bastante desapercibido en la doctrina que venimos citando. Una excepción la hemos encontrado en SALMON, J.: “L’intention en matière de responsabilité internationale”, en VV.AA.: *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Pedone, Paris, 1991, p. 20. El autor diferencia acertadamente entre “intención-voluntad” (intención de llevar a cabo el acto concreto); intención-conocimiento (*dolus eventualis*), e intención-motivo (fin último pretendido por el Estado que lleva a cabo la medida). Sitúa a la complicidad en la segunda, *a pesar de que el Proyecto de la CDI por aquel entonces ya exigía la intencionalidad del Estado como uno de sus elementos constitutivos*.

¹¹⁸³ GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El hecho ilícito...*, *op. cit.*, p. 218.

¹¹⁸⁴ Pero sí que aparecía en los informes del Relator Especial AGO desde su introducción en los debates de la CDI. *Vid.* 7º Informe del Relator Especial, AGO, *loc. cit.*, p. 64: “También nos parece que es indispensable poner de manifiesto en la fórmula buscada: a) que, para que se traduzca en una «complicidad» en la realización por otro de un hecho internacionalmente ilícito, el comportamiento de un Estado consistente en prestar ayuda o asistencia a otro Estado que comete o se dispone a cometer una infracción internacional debe ser adoptado a conciencia de que facilitará con él la realización de esa infracción y con la intención de facilitarla”. Si bien algunos autores críticos con el elemento intencional han intentado reconducir la “intencionalidad” al “conocimiento” (QUIGLEY, J.: “Complicity in international law...”, *loc. cit.*, p. 77), compartimos la opinión de PADELETTI de que ésta no es la conclusión correcta que hay que extraer los informes de AGO (PADELETTI, M. L.: *Pluralità di Stati...*, *op. cit.*, p. 77).

¹¹⁸⁵ A/56/10, p. 154. Con ello la CDI parece intentar reconducir el nexo causal entre la ayuda y el hecho ilícito del Estado ayudado al elemento subjetivo. Ello puede tener una consecuencia paradójica: que ayudas “menores” a la comisión de un ilícito puedan conllevar la responsabilidad internacional del ayudante *ex* artículo 16 al probarse el elemento intencional, mientras que otras ayudas “mayores” no sean ilícitas al no poderse probar la intencionalidad. No bastará, pues, que intentemos *objetivizar* el nexo causal con la argucia del *dolus eventualis* (“el Estado debió conocer...”). Independientemente de que el Estado *haya debido saber*,

la complicidad, como ya anticipamos, encuentra tantas aplicaciones en Derecho internacional y resulta en puridad de tan fácil invocación que ha de ser limitada de alguna manera, a fin de no responsabilizar al Estado por actos con los que el vínculo es lejano.

la CDI exige que el Estado *haya querido*, lo cual no es fácil de probar. Se evidencia así que elemento intencional y nexos causal se funden en uno (Para una crítica de esta postura de la CDI, *cfr.* PADELETTI, M. L.: *Pluralità di Stati...*, *op. cit.*, pp. 75 y 96-97).

El resultado es sin duda problemático. Por ejemplo, ¿hemos de considerar que Estados Unidos es cómplice por las violaciones de las garantías judiciales cometidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas al adoptar las resoluciones 1267 y ss.? A fin de cuentas, sin la sede de Nueva York, el Consejo de Seguridad no podría adoptar sus decisiones... El problema se planteó en clave de derecho interno en la demanda que Slovdan Milošević interpuso contra Países Bajos ante un Tribunal del distrito de la Haya por su detención y posterior enjuiciamiento ante el TPIY. Sin embargo, la aplicación del art. 103 de la Carta impidió a la jurisdicción holandesa declararse competente para oír del caso (*Milošević c. Países Bajos*, sentencia de 31 de agosto de 2001, *KG No 258*. Disponible en *ORIL*, caso nº ILDC 396 (NL 2001), <http://www.oxfordlawreports.com/>, visitado por última vez el 1 de agosto de 2010. *Vid.* también SOONS, A. H. A.: “Netherlands”, en GOWLLAND-DEBBAS, V.: (Ed.): *National implementation...*, *loc. cit.*, p. 369, y en una perspectiva más general, D’ASPREMONT, J.; BRÖLMANN, C.: «Challenging International criminal tribunals before domestic courts», en REINISCH, A.: *Challenging acts...*, *loc. cit.*, pp. 111 y ss.).

A este respecto, RITTER comentó hace años: « Parfois l’État sera associé à la commission de l’acte illicite par l’organisation. Il aura peut-être voulu comme elle l’acte dommageable, il l’aura facilité, il aura prêté assistance à sa réalisation (...) Parfois encoré, l’État sur le territoire duquel l’organisation a commis son acte illicite pourra être soumis à une responsabilité du droit des gens (...) si, ayant eu connaissance de l’intention de commettre un acte illicite ou de sa réalisation matérielle, il n’a pas fait ce qui était en son pouvoir pour empêcher le dommage (...) La source de la responsabilité est l’obligation pour tout État de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d’actes contraires aux droits d’autres États » (« La protection diplomatique à l’égard d’une organisation internationale », *AFDI*, vol. 8, 1962, pp. 445-446). ¿Es la complicidad pues una fuente de castigo para los Estados Unidos, Suiza, Austria, Francia, Bélgica o Países Bajos por su disponibilidad para ser sedes de la cooperación entre las naciones? La respuesta es a todas luces negativa, pero desde luego no parece que ésta se encuentre en los criterios de los Proyectos de artículos de la CDI sobre complicidad del Estado (para una respuesta mejor fundamentada a esta pregunta, *cfr.* REINISCH, A.: *International organizations before national courts*, Cambridge, 2000, pp. 239-240).

En la jurisprudencia del TEDH, ya hicimos referencia en el Capítulo IV a las decisiones de inadmisibilidad en demandas planteadas contra España como sede del Consejo Oleico Internacional (*López Cifuentes c. España*); y contra Países Bajos en tanto que sede del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (*Galic c. Países Bajos* y *Blagojevic c. Países Bajos*). El TEDH considera que el Estado sede de la organización no puede ser nunca responsabilizado por las actuaciones de ésta, debido sobre todo a su personalidad jurídico-internacional diferenciada.

Anotamos que CORTÉS MARTÍN reconduce la responsabilidad por acoger una organización a la *falta de vigilancia* que estudiaremos más adelante, sacándola de la complicidad (aportando interesantes referentes históricos que encontramos también en KLEIN, P.: *La responsabilité...*, *op. cit.*, pp. 470-472). El motivo es simple, según este autor: la *falta de vigilancia* supone la violación de un deber de diligencia; mientras que la *complicidad* implica una “participación activa y consciente” del Estado. ¿Late aquí la distinción entre obligaciones positivas y negativas, o la distinción entre violaciones *dolosas* o *negligentes*, o ambas a la vez? Dejaremos la cuestión abierta por falta de espacio, simplemente sugiriendo que, si la respuesta es la primera opción, quizás ésta no parece encontrar fundamento en la *ratio* de la institución de la complicidad. Nos parece que la complicidad (al menos entre Estados) *puede ser pasiva y negligente*, por ejemplo si un Estado X, intencionadamente, no vigila como es debido las actividades del grupo armado controlado por Y, que acaba atacando a Z. ¿La falta de vigilancia, *lex specialis* de la complicidad entonces? (*Vid.* CORTÉS MARTÍN, J. M.: *Las organizaciones internacionales...*, *op. cit.*, p. 355. En su apoyo se puede acudir al § 167 de la sentencia de la CIJ en el *asunto de la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* de 2007. En breve nos referiremos a este caso. *Contra*, PADELETTI, M. L.: *Pluralità...*, *op. cit.*, p. 74; PALCHETTI, P.: “State responsibility for complicity in genocide”, en GAETA, P. (Ed.): *The UN genocide convention*, Oxford, New York, 2009, p. 385, nota al pie 85, encontrando apoyo en los debates de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado).

Pero el requisito de la intencionalidad, es decir, de la existencia de un vínculo subjetivo tan estrecho entre el Estado y el hecho ilícito internacional, no parece el camino adecuado a seguir. No lo es porque la prueba de la intencionalidad es una “*probatio diabólica*” que “puede convertir en papel mojado la atribución de responsabilidad a los Estados por complicidad”¹¹⁸⁶. Y no lo es también porque no encuentra fundamento en la jurisprudencia internacional¹¹⁸⁷.

Propondremos dos ejemplos para ello, entre otros posibles. El primero es uno de los que cita el mismo comentario general al capítulo IV de la CDI, el de la sentencia del TEDH en el asunto *Soering c. Reino Unido*, o en otras palabras, el de la extradición de un ciudadano alemán detenido en Reino Unido a la espera de su extradición a Virginia (Estados Unidos) para su enjuiciamiento y posible condena a muerte por el asesinato de los padres de su antigua pareja¹¹⁸⁸. El Tribunal Europeo consideró que, dadas las circunstancias del caso, la eventual larga espera en el corredor de la muerte del demandante en el caso concreto bien podía ser considerada como conducta que viola el artículo 3 del CEDH. En otras palabras, de extraditarse al Sr. Soering, se estaría ayudando o asistiendo a los Estados Unidos en la comisión del ilícito. Pues bien, para los efectos del caso, el Alto Tribunal europeo no exigió en ningún momento al demandante la necesidad de probar su “intención de asistir en la comisión del hecho ilícito”; de hecho, ni siquiera era seguro que el demandante fuera a ser condenado a muerte por la jurisdicción de Virginia¹¹⁸⁹. El simple conocimiento de la eventual condena del acusado, pues, parecía ser suficiente¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁶ GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El hecho ilícito...*, *op. cit.*, p. 219.

¹¹⁸⁷ Lo cual no quiere decir que fuera totalmente desconocido por la doctrina. P.e., H. LAUTERPACHT comentaría respecto de una pregunta formulada en 1958 en el Parlamento británico al Colonial Office Secretary of State por el suministro de armas a Yemen (las cuales serían utilizadas por éste para atacar a Adén), que “there is, however, nothing in the Answer to support the view that a State which knowingly supplies arms to another for the purpose of assisting the latter to act in a manner inconsistent with its international obligations can thereby escape legal responsibility for complicity in such illegal conduct” (“Supply of arms to foreign States. Use of arms for internationally illegal purposes. Responsibility of supplier. Complicity”, en “The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law. Survey and Comment, VI. January 1 - June 30, 1958”, *ICLQ*, pp. 550-551, énfasis añadido).

¹¹⁸⁸ TEDH, *Soering c. Reino Unido*, sentencia de 7 de julio de 1989, Ap. n° 14038/88.

¹¹⁸⁹ El ejemplo que propone la CDI es poco afortunado porque, además, falta otro de los requisitos que el mismo Proyecto de artículos requiere para la comisión del ilícito: el que la conducta de la que es cómplice el Estado (Reino Unido) sea ilegal para el Estado asistido (los Estados Unidos). En efecto, la tortura está claramente prohibida en el país americano, pero, ¿es la pena de muerte una forma de tortura o trato inhumano o degradante en los EE.UU.? Más adecuado hubiera sido proponer un caso claro de *non refoulement*, como el de la ya citada sentencia *Vilvajah y otros c. Reino Unido*.

¹¹⁹⁰ El CDH se ha mostrado también dispuesto a seguir esta jurisprudencia del TEDH en situaciones análogas, aunque en los casos concretos haya decidido que el Estado demandado no violaba los arts. 6 y 7 del

El segundo ejemplo, ineludible y controvertido, es el de la sentencia de la CIJ en el *asunto de la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* de 2007. Recordemos que el caso tiene su origen en la demanda presentada por Bosnia-Herzegovina contra Serbia y Montenegro por los múltiples crímenes cometidos por la segunda tras la disolución de la antigua Yugoslavia, entre ellos la matanza de Srebrenica, que en pretensión de la demandante constituían actos de genocidio.

Sentencia larga y compleja (“c’est n’est pas un arrêt, c’est un débat”, comentará de ella SOREL¹¹⁹¹), entre las múltiples cuestiones que se plantea el Tribunal se encuentra la de la responsabilidad serbia por complicidad en varios actos de genocidio llevados a cabo por los comandos militares de la República Sprska para exterminar a la población musulmana. Y es que el párrafo e) del artículo III de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1949 incluye entre las conductas prohibidas la “complicidad” en el genocidio. Pues bien, aquí la CIJ llevó a cabo una cuestionable interpretación de este apartado de la Convención a luz del artículo 16 del Proyecto de artículos de la CDI.

El resultado de la interpretación de la Corte no ha satisfecho a destacados comentaristas de la sentencia¹¹⁹². Más concretamente, en lo que respecta a la delimitación de la *mens rea* o elemento subjetivo de la responsabilidad del Estado, el Tribunal de la Haya acabó aplicando un criterio híbrido entre la complicidad del derecho penal internacional y la finalmente codificada por la CDI en el artículo 16. Ni la una ni la otra. No es la complicidad del Derecho penal internacional (*aiding or abetting*) porque, entre otros motivos, para la Corte es suficiente con que el cómplice sea consciente del *riesgo* de que la conducta llevada a cabo por el individuo ayudado se produzca. Por el contrario, la CIJ puso el listón más elevado al requerir el conocimiento de que la conducta *se fuera a* producir efectivamente (amén, en el caso concreto, del conocimiento del *dolus specialis* de

PIDCP (Vid. p.e., CDH, *Kindler c. Canadá*, 18 de noviembre de 1993, com. n° 470/1991, CCPR/C/48/D/470/1991, §§ 12.2. y ss.; *Judge c. Canadá*, 13 de agosto de 2003, com. n° 829/1998, CCPR/C/78/D/829/1998, § 10.9. Ambos casos son valorados en JOSEPH, S.; SCHULZ, J.; CASTAN, M: *The international Covenant...*, op. cit., pp. 93-96.

¹¹⁹¹ SOREL, J.-M.: « Les multiples lectures d’un arrêt : entre sentiment d’impunité et sentiment de cohérence, une décision à relativiser », *RGDIP*, n° 2, 2007, p. 259.

¹¹⁹² Cfr. ASCENSIO, H.: “La responsabilité selon la Cour internationale de justice dans l’affaire du génocide bosniaque », *RGDIP*, n° 2, 2007, esp. pp. 298 y ss.; CASSESE, A.: « On the use of criminal law notions in determining State responsibility for genocide », *JICJ*, Vol. 5, 2007, pp. 875 y ss.; GIBNEY, M.: « Genocide and State responsibility », *HRLRev.*, Vol. 7, n° 4, 2007, pp. 771 y ss. ; MILANOVIC, M. : « State responsibility for genocide : a follow-up », *EJIL*, Vol. 18, n° 4, 2007, pp. 680 y ss. A favor de la solución del Tribunal, PALCHETTI, P.: *State responsibility...*, op. cit., p. 384.

la intencionalidad de las fuerzas militares de la República Sprska de destruir al grupo de los musulmanes serbobosnios¹¹⁹³).

Pero tampoco es la complicidad del régimen general de la responsabilidad internacional del Estado. En este sentido, a la CIJ le bastó con requerir de la demandante la prueba del *conocimiento (dolus eventualis)* de que un genocidio estaba a punto de cometerse o de que estaba “en camino”¹¹⁹⁴, y no de la *intención* de ayudar o asistir para que éste pudiera cometerse. En ningún momento hizo referencia alguna la CIJ al requisito escondido en el comentario del Proyecto de artículos de la CDI¹¹⁹⁵.

En realidad, nada obliga a interpretar el artículo III de la Convención de 1949 a la luz del artículo 16 del Proyecto de artículos. Ahora bien, si se hace, la referencia ha de ser coherente; es decir, se han de valorar *todos* los elementos del artículo 16. Como no fue éste el caso, podemos deducir que la CIJ (1) u omitió expresamente el elemento intencional; (2) o desconocía la existencia de un criterio introducido por la CDI por la puerta de atrás del comentario al proyecto. Si esto último es lo cierto¹¹⁹⁶ (lo cual nos parece mucho suponer), entonces se aplica el adagio *nemo jus ignorare censetur; ignarantia legis neminem excusat* (“aunque uno ignore las leyes, le obligan lo mismo que si las hubiese conocido”). Y siendo un juez internacional el que en este caso “ignora” la ley, optamos por la conclusión más lógica que nos aporta este aforismo, que es la de *presumir* la omisión del requisito de la intencionalidad por la CIJ¹¹⁹⁷.

¹¹⁹³ CIJ, *aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, §§ 421-424.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, § 422.

¹¹⁹⁵ Aunque uno pudiera pensar, como parece sugerir DOMINICÉ, que el elemento intencional podría encontrarse “escondido” en el párrafo 422 de la sentencia (“there is thus little doubt that the atrocities in Srebrenica were committed, at least in part, with the resources which the perpetrators of those acts possessed as a result of the general policy of aid and assistance pursued towards them by the FRY”, énfasis añadido), lo cierto es que, siguiendo al mismo autor, “The standard required by article 16 –as applied by the ICJ- is one of specific knowledge of the alleged accomplice, crucially of an internationally wrongful act with a high degree of particularity”. A nuestro modo de ver, la argumentación del Profesor ginebrino es un tanto contradictoria (DOMINICÉ, C.: “Attribution of conduct...”, *loc. cit.*, p. 286).

¹¹⁹⁶ La Declaración del Juez BENNOUNA afirma con claridad y sin referencia alguna al comentario de la CDI que “it follows from this article [el artículo 16 del Proyecto final cuyo texto íntegro acaba de transcribir], which can be seen as addressing “complicity” in inter-State relations, that two requisite elements are assistance and knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act, not participation in committing it” (Declaración del Juez BENNOUNA, *Rec. CIJ*, p. 322). Tampoco el Juez KEITH y el Juez *ad hoc* MAHIOU, que disienten también de la mayoría en su conclusión sobre la complicidad de Serbia y Montenegro en la masacre de Srebrenica, mencionan elemento de intencionalidad alguno.

¹¹⁹⁷ Añadamos a la argumentación que el “Comentario” de la CDI no tiene un estricto valor jurídico vinculante, como el que tendría el Proyecto si finalmente se convierte en Tratado, por lo que sus criterios añadidos no pueden gozar de dicho carácter. Argumento *a fortiori* al respecto: ni siquiera son estrictamente

En definitiva, el requisito de la intencionalidad restringe con escaso acierto y contradiciendo importante jurisprudencia¹¹⁹⁸ la aplicabilidad de la regla de la complicidad en Derecho internacional¹¹⁹⁹. Ello no quiere decir que haya que eliminar todo elemento subjetivo del artículo 16 del Proyecto, pues la presencia del requisito del conocimiento (*dolus eventualis*) es indiscutible y no ha planteado problemas¹²⁰⁰.

Ahora bien, no podemos obviar que la excepción que ofrece la complicidad a la regla general del carácter objetivo de la responsabilidad es “media” excepción; no es completa, pues no ha sido codificada de manera consistente por la CDI. Así, un Estado que ayuda o asiste a otro en la comisión de un ilícito internacional podrá respetar el Derecho internacional al no cumplir todos los requisitos del artículo 16 del Proyecto, pero podrá en cambio ser responsable internacionalmente (sin necesidad de probar intencionalidad alguna) por violación de lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 41 del Proyecto de artículos (“Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo”, esto es, de la “violación grave de una norma imperativa de Derecho internacional general”)¹²⁰¹. En dicha disposición se requiere de todo Estado que no preste ayuda o asistencia “para mantener esa situación”. Como ha sido destacado en uno de los escasos estudios dedicados en exclusividad a esta institución, aquí la CDI no exige criterio de intencionalidad alguno¹²⁰². Dependiendo pues de la gravedad de la violación y de la

vinculantes otros *comentarios* análogos a los que *sí* se hace referencia en los textos convencionales que explican. Por ejemplo, como ha apuntado MANGAS MARTÍN respecto de las “Explicaciones” adjuntas a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, si bien es cierto que “no son un mero documento de trabajo, sino algo más que una guía práctica en la aplicación judicial”, también precisa que “las *Explicaciones* no tienen valor jurídico convencional, no tienen el mismo valor que la Carta: aunque tampoco son unos meros trabajos preparatorios (...)” (MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.): *La Carta...*, *op. cit.*, p. 849).

¹¹⁹⁸ Dejamos la cuestión abierta al no poder adentrarnos aquí en un estudio exhaustivo que tenga en cuenta *toda* la jurisprudencia existente al respecto.

¹¹⁹⁹ Aunque era de esperar, el Relator Especial GAJA se ha remitido sin embargo al trabajo realizado por la CDI en el Proyecto de artículos de 2001 sin cuestionar ninguno de los elementos recogidos por ésta en el artículo 16 (Comentario al Proyecto de artículo 16, p. 91).

¹²⁰⁰ Algún autor propone con buen juicio suavizar el elemento intencional bajo una presunción de intencionalidad en ciertos casos (GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El hecho ilícito...*, *op. cit.*, p. 219). Sobre todo, cuando el Estado ayudado o asistido comete flagrantes violaciones del Derecho internacional humanitario: SASSÖLI, M.: “State responsibility for violations of international humanitarian law”, *IRRC*, June 2002, Vol. 84, N° 846, p. 413.

¹²⁰¹ *Vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “¿*Quo vadis* responsabilidad? (“del crimen internacional a la “violación grave de normas imperativas)”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, Vol. V, 2001, pp. 455 y ss.

¹²⁰² GRAEFRATH, B.: “Complicity...”, *loc. cit.*, p. 377. De manera general sobre esta disposición, *Vid.* JORGENSEN, N. HB: “The obligation of non-assistance to the responsible State”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S.: *The Law of...*, *loc. cit.*, pp. 687 y ss.

naturaleza del ilícito, el Estado podrá ser declarado “cómplice” por un acto ilegal de otro Estado sin necesidad de probar que le ayudó o asistió intencionadamente.

II.1.2. Sayadi y Vinck c. Bélgica o la responsabilidad de Bélgica por la propuesta de nombres para la lista del Consejo: ¿un supuesto excepcional de complicidad?

Explicadas estas premisas, pasaremos a continuación a estudiar la decisión del Comité de Derechos Humanos resultante de la comunicación *Sayadi y Vinck c. Bélgica*. El asunto plantea varias cuestiones jurídico-internacionales muy relevantes para este trabajo, algunas de los cuales o ya anticipamos en el Capítulo anterior¹²⁰³ o estudiaremos *infra*. En lo que respecta a este apartado, focalizaremos nuestra mirada en las particularidades de la responsabilidad internacional en la que a juicio del Comité incurrió Bélgica. Como veremos, la comunicación no hace referencia en ningún momento al régimen general en materia de responsabilidad internacional del Estado. Ello no reduce sin embargo el interés del análisis desde la perspectiva del régimen general de responsabilidad. Y es que, como apunta CASANOVAS Y LA ROSA, en estos tiempos de tribunales especializados, “los internacionalistas tienen que velar por el reforzamiento de la unidad del Derecho internacional público al colaborar en la redacción de los instrumentos normativos de los regímenes internacionales materiales, de modo que recojan la aplicación del Derecho internacional general”¹²⁰⁴. No sólo en la redacción de textos internacionales, añadiríamos aquí, sino también buscando los fundamentos iusinternacionales *generales* (si los hay) en sus análisis de las decisiones de los órganos especializados con el fin de evitar excesos hermenéuticos habituales en ciertos terrenos del Derecho internacional “especializado”. A fin de cuentas, como se ha apuntado, a menudo los tribunales internacionales en materia de derechos humanos aplican el régimen general en materia de responsabilidad internacional del Estado, sea explícita o incluso “implícitamente”¹²⁰⁵.

a) El particular contexto del asunto

¹²⁰³ *Cfr.* Cap. 5, §§ I.1.2 a) (competencia del Comité y primacía de la Carta), y II.3.2. (aplicabilidad de las garantías del proceso penal a las sanciones inteligentes).

¹²⁰⁴ CASANOVAS Y LA ROSA, O.: “Unidad y pluralismo...”, *loc. cit.*, p. 260.

¹²⁰⁵ MCCORCUODALE, R.: “Impact on State responsibility”, en KAMMINGA, M. T.; SCHEININ, M. (Eds.): *The impact of human rights on general international law*, Oxford, 2009, p. 238.

La comunicación tiene su origen en la demanda enviada por un matrimonio belga (el marido tiene origen libanés), incluido en la lista del Consejo de Seguridad el 22 de enero de 2003 debido a sus supuestos vínculos con la organización *Fondation Secours International* (o *Global Relief Foundation*, la matriz anglosajona proscrita por los EE.UU.¹²⁰⁶), también en la lista del Consejo. En la descripción de los hechos realizada por el Comité¹²⁰⁷ se aprecia que la propuesta de inclusión de la pareja en la lista fue efectuada cuando sólo se había comenzado una investigación penal debido a su papel de Presidente y Secretario (respectivamente) de la citada organización.

Después de una serie de requerimientos infructuosos a diversas autoridades gubernamentales belgas y europeas, los Sres. Sayadi y Vinck lograron que el 11 de febrero de 2005 el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas exigiera a Bélgica en un Auto que iniciara el procedimiento de retirada de los individuos de la lista del Comité Al-Qaeda/Talibanes. Ante la persistente pasividad del Estado centroeuropeo, el mismo Tribunal requirió más adelante la solicitud “urgente” de la retirada de la lista al Consejo de Seguridad, bajo pena de 250 € diarios por cada día de retraso. La solicitud de retirada no llegaría hasta el 25 de febrero de 2005. Paralelamente, el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas siguió con los procedimientos nacionales a fin de determinar la culpabilidad del matrimonio por financiar actos terroristas en virtud del derecho belga, sentenciando el 19 de diciembre de 2005, después de más de tres años de investigaciones, que no existía prueba alguna de responsabilidad penal. Sin embargo, el nombre de ambos no fue retirado de la lista del Consejo de Seguridad hasta el 21 de julio de 2009¹²⁰⁸; es decir, casi cuatro años más tarde de la sentencia exculpatoria del Tribunal de Primera Instancia.

Entre los numerosos derechos invocados por el matrimonio belga, se encontraban los relativos a las garantías judiciales (artículo 14 PIDCP), el derecho a un recurso efectivo (artículo 2(3)), y el derecho a la libertad de movimiento (artículo 12 del PIDCP), este último a consecuencia de la restricción de la posibilidad de viajar derivada de las sanciones. En su razonamiento, el Comité sólo determinó que hubo violación del derecho a la libertad de movimiento. Lo relevante para nosotros en este momento es el motivo por el que Bélgica incurrió en responsabilidad internacional. Dos pasos se dieron a este respecto.

¹²⁰⁶ Rúbrica QE.G.91.02 de la lista consolidada del Comité.

¹²⁰⁷ CDH, *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, §§ 2.1-2.6.

¹²⁰⁸ *Vid.* la nota de prensa en <http://www.un.org/News/Press/docs/2009/sc9711.doc.htm>, visitado por última vez el 28 de junio de 2011.

En primer lugar, y a pesar de los argumentos en contra basados en el artículo 103 de la Carta y en la primacía de las obligaciones que de ella derivan, el Comité adelantó el tenor de la futura sentencia del TJUE en el asunto *Kadi*¹²⁰⁹ y se declaró competente para “examinar la compatibilidad con el Pacto de medidas nacionales adoptadas atendiendo a una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El Comité, en su calidad de garante de los derechos protegidos por el Pacto, debe averiguar hasta qué punto las obligaciones impuestas al Estado parte por las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden justificar el menoscabo del derecho a circular libremente, protegido por el artículo 12 del Pacto”¹²¹⁰.

Sorteado pues el escollo del artículo 103 de la Carta¹²¹¹, vino el segundo paso. En efecto, el Comité debía determinar si la restricción a la libertad de movimientos del matrimonio belga podía constituir una de las restricciones legítimas permitidas por el artículo 12(3) del Pacto. Lo determinante para el Comité fue que “la prohibición de viajar dimanaba del hecho de que en primer lugar el Estado parte transmitió los nombres de los autores al Comité de Sanciones de las Naciones Unidas. El Estado parte propuso ponerlos en la lista el 19 de noviembre de 2002, apenas unas semanas después de que se abriera la instrucción el 3 de septiembre de 2002”¹²¹². Además, el Comité tomó nota de que otros Estados no hayan propuesto nombres de personas bajo su jurisdicción vinculadas a la organización *Fondation Secours International* como lo hizo Bélgica. Igualmente “observa que los nombres de los autores se transmitieron al Comité de Sanciones incluso antes de que pudieran ser oídos”¹²¹³. En consecuencia, la conclusión es que Bélgica “incurre en responsabilidad porque los nombres de los autores figuran en esas listas y por la consiguiente prohibición de viajar”.

El razonamiento del Comité apunta a un supuesto de complicidad de un Estado por el hecho ilícito de una organización internacional. Ahora bien, para llegar a esta conclusión, creemos que es necesario aclarar tres puntos antes de poderla defender. El primero puede ser resaltado ya, y es que no hubo referencia expresa del Comité hacia el

¹²⁰⁹ Aunque ya entonces era bien conocida la opinión del Abogado General POIARES MADURO de 16 de enero de 2008 en el asunto *Kadi* (C-402/05).

¹²¹⁰ CDH, *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, § 10.6.

¹²¹¹ *Vid.*, con más detalle sobre esta cuestión, el apartado A) del punto I.1.2. del capítulo anterior.

¹²¹² CDH, *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, § 10.7.

¹²¹³ *Ibid.*

Proyecto de artículos o hacia el régimen general de responsabilidad del Estado en Derecho internacional. El Comité no explica de dónde deduce que la mera propuesta de nombres para una resolución cuya ejecución viola el Pacto constituya una forma de responsabilidad; no hay ni referencias concretas al PIDCP. Ello no obstante, la norma de la complicidad nos parece por el contrario la *ratio* que subyace al pronunciamiento. En lo que respecta a los dos restantes puntos, estos se estudiarán por separado.

b) El destinatario de la ayuda o asistencia

La cuestión de la tipología de sujetos pasivos que pueden ser objeto de ayuda o asistencia para que el artículo 16 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado entre en juego es algo que hemos dejado expresamente para este momento. Y es que, a la luz del texto de la CDI, el único sujeto pasivo posible de la ayuda son únicamente los Estados. ¿Es ésta interpretación literal la que ha de ser considerada correcta? Recurriendo a interpretaciones teleológicas de la norma, uno podría intentar defender la respuesta negativa, dado que no tiene sentido diferenciar entre responsabilidad del Estado y responsabilidad de las organizaciones a este respecto¹²¹⁴; es decir, entre artículo 16 del Proyecto sobre responsabilidad entre Estados (que sólo cubre las relaciones Estado-Estado) y el Proyecto de artículo 13 sobre responsabilidad de organizaciones internacionales (que cubre las relaciones O.I-O.I. y O.I.-Estado)¹²¹⁵. Sin embargo, no es necesario acudir a la hermenéutica para llegar a esta conclusión, porque el mismo Proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobado en primera lectura ha acabado cubriendo la laguna en su artículo 57. Dicha disposición, insertada en la Parte V (Responsabilidad de un Estado en relación con el hecho de una organización internacional) declara responsable al Estado cómplice por el acto de la

¹²¹⁴ A favor de esta aplicación analógica, SAROOSHI, D.: *International organizations...*, *op. cit.*, pp. 63-64 y 104.

¹²¹⁵ Dejaremos al margen el problema de si la norma ha de aplicarse también a otros sujetos o “pretendidos sujetos” de Derecho internacional, como los grupos rebeldes, las bandas terroristas o incluso los individuos. No deja de todas formas de ser destacable que la CIJ considerara respecto de la complicidad en el *asunto de la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* de 2007 que “Although this provision, because it concerns a situation characterized by a relationship between two States, is not directly relevant to the present case, it nevertheless merits consideration. The Court sees no reason to make any distinction of substance between “complicity in genocide”, within the meaning of Article III, paragraph (e), of the Convention, and the “aid or assistance” of a State in the commission of a wrongful act by another State within the meaning of the aforementioned Article 16 – setting aside the hypothesis of the issue of instructions or directions or the exercise of effective control, the effects of which, in the law of international responsibility, extend beyond complicity” (§ 420). Es decir, la CIJ parece acoger la interpretación más restrictiva de la norma.

organización internacional con las mismas condiciones materiales que impone el artículo 16 del Proyecto de 2001¹²¹⁶.

La inevitable pregunta que surge en el asunto *Sayadi y Vinck* es la de quiénes son los sujetos implicados en la complicidad. ¿Bélgica y las Naciones Unidas? Recordemos que el razonamiento del Comité consideraba a Bélgica responsable por la existencia de dos elementos conjuntos: la proposición de un nombre para la lista y la posterior ejecución de la medida sancionatoria. De esta manera uno podría *prima facie* deducir que la regla de la complicidad no es apropiada para analizar el caso, pues considerar a un Estado cómplice de su propia conducta es simplemente un absurdo.

Este razonamiento muestra una falla importante, a nuestro juicio. Volvamos a la conclusión del Comité otra vez más: Bélgica “incurre en responsabilidad porque los nombres de los autores figuran en esas listas y por la consiguiente prohibición de viajar”. ¿Son ambos elementos alternativos o cumulativos? El Comité insiste en que los nombres se propusieron cuando los procesos de investigación nacionales aún no habían terminado, y cuando al parecer había margen de apreciación para no hacerlo, al menos mientras no se tuvieran más pruebas y los afectados hubieran podido ser oídos por un Tribunal. Por *reductio ab absurdum*, considerar que ambos elementos son cumulativos llevaría a concluir que la misma violación del derecho a la libertad de movimientos (y, como veremos *infra*, de las garantías judiciales) va a ser reconocida *sólo* cuando un mismo Estado propone un nombre y congela al mismo tiempo; y no cuando los Estados que proponen un nombre y congelan *son diferentes*. Tal diferenciación de situaciones sería totalmente arbitraria, más aún cuando ambos hechos pueden tener lugar en el territorio de Estados parte en el Comité y, por lo tanto, de su competencia¹²¹⁷. Por ello una lectura recomendable de la conclusión del Comité es que un Estado pueda ser responsable *sólo por el hecho de proponer un nombre a la lista*¹²¹⁸ y, eventualmente, por la congelación de fondos o la restricción a la libertad de movimientos. De tal forma que, si bien es cierto que en el asunto *Sayadi y Vinck* no estamos ante un supuesto propio de complicidad (porque el mismo Estado que asiste también ejecuta la conducta decidida por la complicidad), sí que sería posible, a la luz de la lógica del caso, que un Estado incurriera en responsabilidad por proponer un

¹²¹⁶ Vid. 3º Informe del Relator Especial GAJA, A/CN.4/553, 13 de mayo de 2005, § 26.

¹²¹⁷ No hay problema, pues, de aplicabilidad de los derechos humanos a actos cometidos fuera del territorio de los Estados.

¹²¹⁸ Este punto lo discutiremos con más detalle en breve, al ofrecer nuestras conclusiones sobre el caso.

nombre cuando es *otro Estado* el que ejecuta las sanciones. Ello, claro está, siempre que consigamos atribuirle el hecho al Estado que propone el nombre¹²¹⁹.

Se podría responder que nuestro argumento a favor de la complicidad que ofrece un resultado paradójico. En efecto, si el Estado A propone y el Estado B ejecuta las sanciones tras la inclusión de un nombre para la lista, sólo A (que disponía de margen de discrecionalidad) podrá ser responsabilizado, pero no B, pues el artículo 103 impide a un órgano de supervisión internacional revisar la legalidad de las sanciones cuando el Estado que las ejecuta no dispone de margen de discrecionalidad alguno (como defendimos en el capítulo anterior). A este respecto, ya hemos manifestado nuestra opinión sobre la ilegalidad de las resoluciones Al-Qaeda/Talibanes del Consejo de Seguridad, que a nuestro juicio no deben ser ejecutadas por los Estados por violación del *ius cogens* y el derecho de la Carta; pero es evidente que no resulta fácil deducir la competencia del Comité para introducirse en dicho análisis preliminar, a fin de evitar que el artículo 103 excluya su competencia¹²²⁰.

Otra objeción posible es que resulta más coherente con el Proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales atribuir la propuesta de nombres al Estado y la responsabilidad derivada de la violación del art. 12 del PIDCP a la ONU, y *no al Estado ejecutante*, de acuerdo con la tesis sobre el “margen de discrecionalidad” del Estado. Y es que, si el art. 16(1) atribuye la responsabilidad a la Organización cuando ésta ordena al Estado y éste ejecuta sin margen de discrecionalidad, lo más coherente es reducir el juego de responsabilidades a la intervención de dos sujetos: el Estado y la ONU. De ello se podría colegir que, como el Comité no es competente *ratione personae* para atribuir la violación de un derecho humano recogido en el Pacto a esta última, *Sayadi y Vinck* no se corresponde con el tenor del Proyecto de artículos, porque atribuye la prohibición de viajar a Bélgica. La objeción es importante, pero no decisiva. Es cierto que el Comité en *Sayadi* se aleja del tenor del Proyecto de artículos cuando atribuye la violación del artículo 12 del Pacto a Bélgica, y no a Naciones Unidas. Pero a efectos de competencia del Comité esto no es crucial: hay que recordar que la jurisprudencia del TEDH se ha enfrentado igualmente a supuestos en los que un Estado

¹²¹⁹ Lo cual rara vez es posible, pues los particulares listados no suelen tener siquiera acceso al nombre del Estado que propuso su inclusión en la lista. Un ejemplo de ello es el caso de “Hay”, uno de los individuos listados que apeló a la Corte Suprema británica *en Ahmed y otros c. Reino Unido*, § 35.

¹²²⁰ Nos remitimos a la Parte Tercera de este estudio, pues fue precisamente éste el problema que se planteó en la saga de sentencias *Kadi-Yusuf* ante el Tribunal de Primera Instancia de la UE.

parte en el CEDH lleva a cabo un acto de complicidad, y otro, que no es parte en el CEDH, y sobre el que por lo tanto el TEDH no tiene jurisdicción, *llevará a cabo la violación*¹²²¹. El TEDH los ha resuelto sobre la base de la doctrina de las obligaciones positivas y ha acabado condenando a los Estados demandados. Aún más, leer *Sayadi y Vinck* a la luz de la tesis del margen de discrecionalidad defendida por el Proyecto de la CDI confirmaría nuestra conclusión de que los dos requisitos que el Comité exigió a Bélgica para incurrir en responsabilidad (proponer un nombre y ejecutar la sanción) no deben ser interpretados como cumulativos.

De seguirse una lectura contraria, es decir, de interpretarse que ambos elementos sí han de presentarse de manera conjunta, la opción abierta por el Comité en *Sayadi y Vinck* no será un supuesto de complicidad, y quedará en la práctica reducido a un caso excepcional con no muchos visos de poder repetirse en el futuro.

c) La modalidad de la ayuda o asistencia

Otro punto interesante a considerar del asunto *Sayadi y Vinck* es el de tipo de acto que puede dar lugar a la ayuda o asistencia que se proporcione. Y es que dada la multiplicidad de actos de los que un Estado puede ser “cómplice”, cualquier intento de cerrar categóricamente las formas que puede adoptar la complicidad nos parece un ejercicio de dogmatismo académico. Así, aparte de los casos que ya hemos comentado, se ha considerado la aplicabilidad de esta norma primaria en contextos tan diferenciados como el del la ayuda al desarrollo¹²²², la transferencia de armas a otros Estados o a grupos no estatales¹²²³, el conflicto árabo-israelí¹²²⁴, la pasividad de Australia ante la dominación colonial de Indonesia sobre Timor del Este¹²²⁵, las operaciones militares “secretas” en la

¹²²¹ Vid. por ejemplo la sentencia ya citada *Soering c. Reino Unido* o la más reciente *Saadi c. Italia* (GS), sentencia de 28 de febrero de 2008, Ap. n° 37201/06, §§ 124 y ss.

¹²²² QUIGLEY, J.: “Complicity...”, *loc. cit.*, pp. 107 y ss.

¹²²³ BOIVIN, A.: “Complicity and beyond...”, *loc. cit.*, pp. 467 y ss.

¹²²⁴ QUIGLEY, J.: “United States complicity in Israel’s violations of Palestinian rights”, *PalyIL*, Vol. 1, 1984, pp. 95 y ss.

¹²²⁵ HOWARD, J.: “Invoking State responsibility for aiding the commission of international crimes – Australia, the United States of the question of East Timor”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 2, Issue 1, 2001, disponible en [http://www.mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2001\(1\)/01Howard .pdf](http://www.mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2001(1)/01Howard.pdf), visitado por última vez el 29 de junio de 2010.

lucha contra el terrorismo¹²²⁶ o las entregas extraordinarias (*extraordinary renditions*) por parte de varios países europeos de supuestos terroristas para las cárceles de Guantánamo¹²²⁷. Como ejemplo más cercano a nuestra problemática, se ha discutido la complicidad por el voto estatal de un acto normativo que permite a una organización internacional cometer un ilícito internacional¹²²⁸. En realidad, las posibilidades son

¹²²⁶ La referencia (tímida, eso sí) se encuentra en RONZITTI, N.: “The legality of cover operations against terrorism in foreign States”, en BIANCHI, A. (Ed.): *Enforcing international... op. cit.*, p. 20, nota al pie 11.

¹²²⁷ SANTOS VARA, J.: “El desafío de las “entregas extraordinarias” a la protección internacional de los derechos humanos: la responsabilidad de los Estados europeos”, *REDI*, Vol. 59, nº 1, p. 194 (previamente, SANTOS VARA, J.: “Extraordinary renditions: the interstate transfer of terrorist suspects without human rights limits”, en GLENNON, M. J.; SUR, S.: *Terrorisme et droit international. Terrorism and international law*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2008, pp. 580-581). Sobre la complicidad del Reino Unido por actos de tortura en Pakistán, *Vid.* también los comentarios de MILANOVIC, M.: “Report on UK complicity in torture”, *EJIL talk!*, <http://www.ejiltalk.org/report-on-uk-complicity-in-torture/>, visitado por última vez el 29 de junio de 2010.

¹²²⁸ Esta posibilidad es discutida en los comentarios al citado Proyecto de artículo 57 sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales, que parecen aceptarla sólo en supuestos extremos. El Relator Especial GAJA explicaba en su 7º Informe que algunos Estados –especialmente Francia- propusieron que esta disposición incluyera una cláusula que rechazara expresamente la responsabilidad por actos del “día a día” de la organización, a saber, la participación en sus estructuras institucionales en el marco de las competencias atribuidas en el tratado constitutivo. Sin embargo, la inclusión de este elemento interpretativo fue rechazada al considerar el Relator que hay que analizar las circunstancias particulares del caso (7º Informe del Relator Especial GAJA, UN Doc. A/CN.4/610, de 27 de marzo de 2009, §§ 74-75). El Comentario no aclara el problema: “si es un Estado miembro, la influencia que suponga ayuda o asistencia no puede consistir simplemente en la participación en el proceso de adopción de decisiones de la organización con arreglo a las reglas pertinentes de esta. No obstante, la posibilidad de que esa ayuda o asistencia resulte del comportamiento observado por el Estado en el ámbito de la organización no se puede excluir totalmente. Esto podría suscitar algunas dificultades para determinar en supuestos límite si ha habido o no ayuda o asistencia. La situación de hecho, como el número de miembros y la naturaleza de la participación, probablemente será decisiva” (*Proyecto de artículos... A/64/10*, p. 181).

En *Behrami y Behrami y Saramati*, el TEDH descartó la responsabilidad de los Estados del CEDH por votar a favor de una resolución o enviar tropas a una misión que eventualmente pudiera causar violaciones de derechos humanos. La causa es el respeto a la especial relevancia del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: “such acts may not have amounted to obligations flowing from membership of the UN but they remained crucial to the effective fulfilment by the UNSC of its Chapter VII mandate and, consequently, by the UN of its imperative peace and security aim” (TEDH, *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Alemania, Francia y Noruega*, § 149). Con más detalle sobre esta interesante problemática, *Vid.* AMERASINGHE, C. F.: *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2ª Ed., Cambridge, 2005, pp. 416-417; BROWNLIE, I.: “The responsibility of States for the acts of international organizations”, en RAGAZZI, M. (Dir.): *International responsibility today. Essays in honour of Oscar Schachter*, Koninklijke, Leiden, 2005, pp. 355-362; CORTÉS MARTÍN, J. M.: *La responsabilidad... op. cit.*, pp. 298 y ss.; D’ASPREMONT, J.: “Abuse of the legal personality of international organizations and the responsibility of member States”, *International Organizations Law Review*, 2007, pp. 91-119; GESLIN, A.: “Reflexions sur la repartition de la responsabilité entre l’organisation internationale et ses Etats membres”, *RGDIP*, nº 3, 2005, pp. 574 *in fine* y ss.; KARAGIANNIS, S.: “A propos de certains comportements...”, *loc. cit.*, pp. 26 y ss.; KLEIN, P.: “The attribution of acts to international organizations”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S.: “The Law of...”, *loc. cit.*, p. 308; KLEIN, P.: *La responsabilité... op. cit.*, p. 469 y ss.; KLEIN, P.: *La responsabilité... op. cit.*, pp. 469 y ss.; KLEIN, P. y SANDS, P.: *Bowett’s Law of international institutions*, 6ª Ed., Sweet and Maxwell, London, 2009, p. 529 y ss.; POTTEAU, A.: “A propos d’un pis-aller: la responsabilité des Etats membres pour l’incompatibilité du droit de l’Union avec la Convention européenne des droits de l’homme”, *RTDE*, Vol. 45, nº 4, esp. p. 701; SAROOSHI, D.: *International organizations... op. cit.*, pp. 63-63; SOBRINO HEREDIA, J. M.: “La articulación de la responsabilidad internacional entre la Unión Europea y sus Estados miembros a la luz del art. 300.7º CE”, en VV.AA.: *Pacis artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. I, UAM-Eurolex, Madrid, 2009, esp. pp. 1073 y ss.; VAL GARIJO, F.: “Organizaciones

infinitas, aunque razones de espacio nos impiden estudiar aquí los múltiples ejemplos que nos ofrece la práctica internacional.

En el supuesto que nos ocupa, la ayuda o asistencia se produce por la propuesta de un nombre para la lista del Consejo de Seguridad. Desde luego, nos encontramos ante una posibilidad que cabe perfectamente dentro de los márgenes del artículo 57 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales aprobado en primera lectura. A este respecto basta con que se cumpla una única condición: que la ayuda *contribuya* a la comisión del ilícito¹²²⁹. La complicidad del Estado no requiere, pues, que la ayuda o asistencia prestada sea *conditio sine qua non* de la comisión del hecho ilícito internacional. Pero es más, incluso aunque sí lo fuera, la ayuda prestada al Consejo de Seguridad en el caso de las sanciones inteligentes cumpliría con tan exigente requisito, pues como pudimos analizar en el primer capítulo de este trabajo, el mecanismo sancionador del Consejo no puede activarse sin la propuesta de nombres por los Estados miembros.

En definitiva, la “jurisprudencia” del CDH en *Sayadi y Vinck* permite, a nuestro juicio, condenar a un Estado por el simple hecho de proponer un nombre para la lista, anclándonos para ello en el régimen general de la responsabilidad internacional del Estado. El artículo 103 de la Carta no entra en juego en este contexto, porque los Estados *disponen de margen de discrecionalidad para proponer nombres para la lista*¹²³⁰, y como hemos

internacionales...”, *loc. cit.*, pp. 16 y ss.; YEE, S.: “The responsibility of State members of an international organization for its conduct as a result o membership of their normal conduct associated with membership”, en RAGAZZI, M. (Dir.): “International responsibility...”, *loc. cit.*, pp. 435-454.

Como telón de fondo del debate, CLAPHAM ha apuntado con acierto que “it is not a question of a member states interfering in the decision-making process of the organization, but of *certain member states creating the policy of the organization with binding effect for all the member states*” (CLAPHAM, A.: *Human rights obligations...*, *op. cit.*, p. 134, desarrollando una idea propuesta en “Sanctions and economic, social and cultural rights”, en GOWLLAND-DEBBAS, V. (Ed.): “United Nations sanctions...”, *loc. cit.*, pp. 137-140). Claro que la línea entre interferencia y creación de la política de la organización no es fácil de establecer. Además, no está nada claro si el hecho de votar es un acto autónomo del Estado o un acto *institucional* que no le es atribuible. Por ejemplo, respecto del Consejo de la UE, MANGAS MARTÍN precisa que “como la voluntad del Consejo es distinta a la de sus miembros, un Estado, aun habiendo votado a favor, podría impugnar un acto del Consejo, pues el voto de un Estado no tiene relevancia autónoma; *es un elemento de la voluntad colegiada*” (MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª Ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 249, énfasis añadido). Planteando la cuestión en otros términos, ¿es artificioso el aislamiento de la voluntad de un Estado expresada en el seno de la organización mediante el voto?

¹²²⁹ Proyecto de artículos...A/64/10, p. 180.

¹²³⁰ Este punto es discutido en el interesante debate en *EJIL Talk!* al que ya nos hemos referido. Si bien por un lado MILANOVIĆ criticaba al Comité por haber condenado al Estado por cumplir con una obligación dimanante del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (“The Sanctions Committee and the Security Council, not Belgium alone, thought that the information provided was sufficient to blacklist the applicants”),

repetido constantemente, si hay tal margen, puede haber responsabilidad. Los Estados están obligados a proponer *nombres* a la lista, pero no a proponer *éste* o *aquél* nombre si consideran que es necesario esperar a tener más pruebas sobre sus relaciones con el terrorismo¹²³¹. Tampoco precisa ninguna resolución del Consejo *cuándo* los Estados han de proponer un nombre, ni especifica el nivel de certeza que han de tener los Estados para hacerlo. Junto a ello, la obligación para los Estados de ejecutar “enérgicamente” las sanciones se refiere a eso, a la ejecución, no a la propuesta de nombres (en otras palabras, se refiere a las medidas del párrafo 1º de las resoluciones, y no de los párrafos 8º ó 9º)¹²³².

Por lo tanto, no es posible apoyarse en el artículo 25 de la Carta (obligación de cumplir de buena fe con las obligaciones dimanantes de la Carta) para contradecir la opinión del Comité: a pesar de que el Consejo de Seguridad insiste constantemente en la “naturaleza preventiva” de las sanciones, el Estado sigue disponiendo de un margen de

la respuesta de AKANDE (basándose en PAULUS) intuye con finura la existencia de un margen de discrecionalidad cuando afirma que “the violation (one violation?) by Belgium that is at issue in the case is not the placing of the application on the list. Rather it is suggesting that he placed on the list. The former is an action of the SC, the latter is an action of Belgium. Art. 103 can apply to that Belgium action (proposing the applicant for the list), if Belgium had an obligation to make such a proposal. But the HRC says Belgium had no such obligation. So one doesn’t get to Art. 103”. Bélgica está obligada a proponer nombres para la lista, pero dispone de un margen de discrecionalidad para hacerlo: el Comité de Sanciones no puede listar un nombre en contra de la voluntad del Estado que ha propuesto al Comité *discutir* su inclusión. Por lo tanto, como sucediera en la sentencia del TPI en *Organización de Mujahedines del Pueblo de Irán (I)* –aunque los regímenes jurídicos difieran-, el artículo 103 de la Carta no excluye la responsabilidad del Estado (<http://www.ejiltalk.org/sayadi-the-human-rights-committee%E2%80%99s-kadi-or-a-pretty-poor-excuse-for-one%E2%80%A6/>, visitado por última vez el 13 de noviembre de 2010).

¹²³¹ En este sentido, no compartimos la opinión de MILANOVIC cuando critica la posibilidad de que un Estado sea hecho responsable “*even if the UNSC Sanctions Committee thinks that there WAS sufficient factual basis for the lifting*” (*ibid*, énfasis y mayúsculas originales). Las resoluciones del Consejo sólo “*alientan* a los Estados para que presenten al Comité para su inclusión en la lista consolidada los nombres (...) que participen por cualquier medio en la financiación o el apoyo de actos o actividades de Al-Qaeda (...)”, como se describe en el párrafo segundo de la resolución 1617 (2005) (...)” (*Vid.* por todas, S/RES/1904(2009), § 8). Es decir, dejan *en manos de los Estados* la decisión final sobre la presentación de nombres, aunque el Comité de Sanciones pueda intervenir en el proceso (*contra*, KANETANE, M.: “Enhancing accountability...”, *loc. cit.*, p. 134). Y por si no fuera poco, ya hicimos referencia en el capítulo I a la vaguedad de los términos de la definición de “asociados” de la resolución 1617 (2005) a la que se refieren las resoluciones del Consejo.

¹²³² Este argumento puede tener una falla en el hecho de que, como defendimos *supra*, el Consejo de Seguridad excluye expresamente que las sanciones inteligentes sean sometidas a estándares judiciales. *Ergo*, si venimos sosteniendo que el Comité sólo puede intervenir cuando los Estados disponen de margen de discrecionalidad, pero estos Estados deben al mismo tiempo proponer nombres “enérgicamente” sin esperar a resoluciones judiciales, el Comité sobrepasaría sus competencias si condenara a un Estado por vulnerar el art. 14 del PIDCP (que es lo que a nuestro juicio debería haber hecho). Reconocemos que no hay solución plenamente satisfactoria desde el punto de vista técnico, y menos aún en el contexto de las esquizofrénicas resoluciones Al-Qaeda/Talibanes, que al mismo tiempo exigen el respeto de los derechos humanos y ordenan su vulneración. Sólo hay dos salidas posibles al dilema: o defender que el Comité debe valorar a la luz de la Carta la legalidad previa de la resolución que ejecuta el Estado, opción hartamente improbable; o interpretar *contra legem* las resoluciones. Si se acude a esta última opción, entonces la técnica de la “complicidad” no es necesaria; basta con condenar al Estado por *ejecutar* la resolución sin ofrecer garantías judiciales. Recordemos una vez más que, de todas formas, en *Sayadi* y *Vinck* el Estado fue condenado únicamente por violar el art. 12 del Pacto.

apreciación para garantizar que la propuesta de nombres se adecúe a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos¹²³³). De hecho, la negativa de un Estado a proponer un nombre concreto para la lista si no se han ofrecido las garantías adecuadas *no sólo* no viola el artículo 25 de la Carta, *sino que lo reafirma*, pues el Estado actúa totalmente *de buena fe*. No podía ser de otra manera, pues como hemos repetido hasta la saciedad, al ejecutar las resoluciones del Consejo de Seguridad protegiendo las garantías judiciales, los Estados se atienen a la obligación de combatir el terrorismo “de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho internacional, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho humanitario aplicables”¹²³⁴.

Claro que para que una decisión así se pueda volver a producir en el futuro el individuo o entidad afectado ha de conocer la identidad del Estado que propuso el nombre para la lista, a fin de poder demandarlo ante el Comité. Como expusimos en nuestro estudio del mecanismo del Consejo, no suele ser éste el caso de la mayoría de afectados por las sanciones del Comité Al-Qaeda/Talibanes, donde el secretismo es la regla general. Además, es indudable que, en el caso de los Sres. *Sayadi* y *Vinck*, se produjo el añadido de que hubo procesos de investigación judiciales en el país de origen que terminaron archivando la causa por falta de pruebas. Sea como fuere, el caso no deja de ser interesante por su posible encuadre en el Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, y por ofrecer alternativas prácticas para la protección de las garantías judiciales de los afectados por las listas negras del Consejo.

Un último inciso sobre la cuestión. En este apartado hemos reconducido la responsabilidad por asistencia a la vía general del artículo 57 del Proyecto de Artículos de la CDI (la complicidad como *norma primaria*), sin apenas referirnos a la otra opción, la del artículo 41(2). En efecto, en dicha disposición se afirma que

“Ningún Estado ni ninguna organización internacional reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación”

¹²³³ En el mismo sentido, *cfr.* el voto favorable de YURI IWASAWA en *Sayadi* y *Vinck*.

¹²³⁴ Por todas, S/RES/1904 (2009), preámbulo, § 3. *Contra*, el Voto particular (disidente) de IVAN SHEARER en *Sayadi* y *Vinck*, donde se afirma que “La cronología de los acontecimientos expuesta en los párrafos 2.1 a 2.3 del dictamen del Comité demuestra, a nuestro entender, que el Estado parte actuó de buena fe al plegarse a las exigencias del Consejo de Seguridad formuladas en una resolución vinculante”. También el Voto particular (parcialmente disidente) de los miembros del Comité SIR NIGEL RODLEY, IVAN SHEARER y IULIA ANTOANELLA MOTOC)

Con anterioridad mencionamos esta disposición al analizar el elemento subjetivo de la “complicidad” del Estado o de la organización internacional. Por el contrario, nuestra pretensión ahora es llevar uno de los postulados básicos de este trabajo, el carácter imperativo del derecho a las garantías judiciales, hasta sus últimas consecuencias.

En efecto, en el Capítulo III defendimos que las garantías judiciales forman parte de ese núcleo básico de normas que forman parte del derecho imperativo, y al que ciertas normas de Derecho internacional reconocen efectos específicos. Pues bien, el artículo 41(2) regula uno de esos efectos: la obligación de no contribuir al *mantenimiento* de esa situación. Es indudable que lo que esta disposición regula es la complicidad como *norma secundaria*; es decir, una norma cuya intervención se produce como consecuencia de la violación de una norma primaria, que en este caso tiene el carácter de *ius cogens*. En otras palabras, “article 41(2) goes further than article 16 in the sense that it deals with conduct ‘after the event’ which assists the responsible State in maintaining the situation brought about by the breach”¹²³⁵.

La pregunta a formular sería: ¿es aplicable el artículo 41(2) al supuesto de *Sayadi y Vinck*? ¿Podemos reconducir el análisis de este caso a las consecuencias de la violación de una norma internacional de carácter imperativo en el sentido del Proyecto de artículos? Nuestra respuesta al respecto es sí y no. *No* es aplicable en principio, porque de lo que se discutía en *Sayadi y Vinck* era de un acto *previo* a la comisión del ilícito, como es la congelación de fondos del matrimonio belga sin un proceso con las garantías mínimas; y *no una consecuencia del ilícito*. Sin embargo, la idea no deja de sernos útil, puesto que el artículo 41(2) podría aplicarse a los actos de los Estados que contribuyen al *mantenimiento* de esa *situación*: en este caso, el mantenimiento de *cada* violación de las garantías judiciales. Actos como la propuesta de datos más concretos sobre los nombres de las personas y entidades listadas podrían en este sentido incluirse aquí.

Es indudable, sin embargo, que las implicaciones prácticas de una aplicación dogmática de esta norma no son del todo claras, ni deseables. ¿Ha de ser la privación de *todo* tipo de asistencia al Consejo de Seguridad y su Comité de Sanciones la consecuencia de la violación de las garantías judiciales? ¿Ha de ser ilícita la obligación de Estados de aportar información al Equipo de Vigilancia sobre la ejecución de sanciones en la lista, o instruir a los bancos nacionales sobre el régimen jurídico Al-Qaeda/Talibanes? En otras

¹²³⁵ JORGENSEN, N. HB.: “The obligation of non-assistance...”, *loc. cit.*, p. 692.

palabras, ¿han de “destruir” los Estados el régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes? No parece que haya que llegar a tales extremos sobre la base de la aplicación de la regla del artículo 41(2). Aunque se nos puede acusar de pragmatismo, estimamos más oportuno acudir a los criterios de causalidad que hemos discutido en este apartado y aplicarlos a la obligación de no prestar ayuda o asistencia al infractor de una norma imperativa, a fin de cerrar de una manera sensata su aplicación excesiva: sólo se ha de exigir responsabilidad al Estado que colabore de manera *directa* con el Consejo para la inclusión de nombres *a sabiendas* de que se incluyen en la lista sin garantías procesales adecuadas¹²³⁶.

Recapitulando, pues: la complicidad, tanto en su versión genérica aplicada en *Sayadi*, como en su “subespecie” del artículo 41(2), constituye una institución jurídica que permite subsanar las consecuencias de la irresponsabilidad internacional (directa) del Estado por la violación de garantías judiciales. No obstante, como acabamos de remarcar, se ha de evitar una aplicación de esta última “subespecie” hasta límites que conlleven la obligación para los Estados de hacer desaparecer del régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes. Aunque no sea la solución más ortodoxa desde un punto de vista de jurídico, creemos preferible un Consejo de Seguridad con un régimen de sanciones que tienda a su reforma constante a base de decisiones judiciales que suplan las carencias de sus procedimientos a un Consejo de Seguridad sin régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes. No hay otra solución a este problema creado por el mismo Consejo de Seguridad: una dosis adecuada de pragmatismo no deja de ser a veces saludable siempre que no resulte en la continuada violación de garantías judiciales¹²³⁷.

II.2. La “falta de vigilancia” o la responsabilidad del Estado por el “pecado original” en el CEDH

Discutida la opción de la complicidad, la segunda alternativa para los individuos y entidades listados por el Consejo de Seguridad que no pueden invocar la responsabilidad internacional de las Naciones Unidas por las violaciones de sus garantías procesales derivadas de las sanciones inteligentes financieras, se encuentra en la “falta de vigilancia” del Estado de las actividades de la organización. La razón de ser de esta forma de

¹²³⁶ En realidad, lo reconocemos, la mayoría de los nombres, pero con la creciente cantidad de pronunciamientos de tribunales nacionales, la cantidad va descendiendo poco a poco.

¹²³⁷ En efecto, si los tribunales nacionales los que intervienen, no hay violación del *ius cogens*; no hay pues violación del *ius cogens* ni obligación de no mantener la “situación” generada.

responsabilidad es que los Estados miembros de la organización son responsables por el “pecado original”, que es la *creación* de una organización internacional que lleva a cabo actos ilícitos. De este hecho se derivarían los “pecados veniales” que ésta pudiere cometer, de los cuales el Estado no puede responder directamente al no serles directamente imputables.

La causa que justifica esta responsabilidad indirecta es clara: el Estado no puede desentenderse de sus obligaciones internacionales por el simple hecho de atribuir el ejercicio de competencias a una organización internacional. Esta tesis se gestó en la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos a lo largo de los años ochenta¹²³⁸, pero es sin duda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el órgano que le daría una configuración jurídica más precisa a partir de la sentencia *Bosphorus c. Reino Unido*. Por su parte, la resolución del *Institut de Droit International* de 1995 sobre las “Consecuencias legales para los Estados miembros por el incumplimiento por las organizaciones internacionales de sus obligaciones hacia Terceros Estados” también parece recoger esta opción, emplazándola en el respeto de un principio general del Derecho internacional como la prohibición del abuso de derecho¹²³⁹. Y es que no es jurídicamente admisible que un Estado transfiera a una organización internacional unas competencias cuyo ejercicio viola obligaciones que éste pueda haber adquirido. El sentido más elemental de justicia, y el *pacta sunt servanda*, se oponen a ello¹²⁴⁰.

¹²³⁸ CionEDH, *E. Tête c. Francia*, decisión de inadmisibilidad de 9 de diciembre de 1987, Ap. n° 11123/84, D. R., vol. 54, 59, § 3. Otros antecedentes históricos en otros ámbitos del Derecho internacional se ofrecen en CORTÉS MARTÍN, J. M.: *Las organizaciones internacionales...*, op. cit., pp. 354-355 y 360 y ss.; KLEIN, P.: *La responsabilité...*, op. cit., pp. 470-472.

¹²³⁹ El artículo 5 b) se expresa de la siguiente manera: “in particular circumstances, members of an international organization may be liable for its obligations in accordance with a relevant general principle of international law, such as acquiescence or the abuse of rights”. La referida disposición no se encontraba en el Proyecto original presentado por la Relatora ROSALYN HIGGINS, y no fue hasta el Proyecto revisado n° 2 de resolución (presentado en la sesión matinal del 1 de septiembre de 1995) que fue introducido, a propuesta del miembro FRANCISCO ORREGO VICUÑA. Aunque el significado concreto de esos “principios generales del Derecho internacional” fue muy discutido, el artículo acabó en la Resolución final (*AIDI*, Vol. 66-II, 1996, pp. 300 y ss. y 312 y ss.).

¹²⁴⁰ BENOÎT-ROMER, F.: « Bienvenue aux enfants de Bosphorus: la Cour européenne des droits de l’homme et les organisations internationales », *RTDH*, Vol. 81, 2010, p. 25 ; HALBERSTAM, B. ; STEIN, B. : « The United Nations... », loc. cit., pp. 21-22 –denominándolo « principle of non-circumvention »-; SINGER, M. : « Jurisdiction immunity of international organizations : human rights and functional necessity concerns », *Virginia Journal of International Law*, Vol. 36, pp. 162-163. Para algunos autores late aquí, otra vez, la regla *nemo plus iuris* a la que nos referimos en el capítulo anterior (SCHERMERS, H.: “The European Communities bound by International Law”, *CMLRev*, Vol. 27, 1990, p. 251-252; SZABÓ, M.: “The EU under international law: challenging prospects”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007-2008, p. 308).

Incluso aunque el sistema jurídico de un Estado proteja *constitucionalmente* el régimen convencional de la CEDH (caso de España por la vía interpretativa del art. 10(2) CE), el problema sigue sin ser de *competencia*

Ahora bien, estos desarrollos constituyen sólo el punto de partida de la “falta de vigilancia”. Y es que, por un lado, la institución ha pasado al Proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales. Y por el otro, la jurisprudencia del TEDH ha desarrollado una técnica compleja para evaluar cuándo un Estado puede ser responsable por los actos cometidos por o en ejecución de decisiones de una organización internacional. Nos parece necesario, pues, intentar precisar mejor cuál es la naturaleza concreta de este deber de vigilancia, cuáles son sus modalidades de aplicación y, sobre todo, qué posibilidades ofrece a los particulares listados por el Consejo de Seguridad. Nuestro análisis no cubrirá sin embargo todas las perspectivas del problema. Primero, porque no entraremos en todo detalle en las diversas modalidades de aplicabilidad de esta doctrina (ni en los problemas de imputación al Estado de actos de organizaciones)¹²⁴¹. Y segundo, porque todo lo que se centre en la conocida problemática general de la relación entre la Unión Europea y la CEDH será tratado de manera instrumental, en la medida en que nos sea necesario. Ya tendremos la oportunidad de referirnos a esta cuestión en la tercera parte de este estudio.

II.2.1. Una construcción pretoriana a las puertas de la codificación por la CDI

Fueron la Comisión Europea de Derechos Humanos (CionEDH) y el TEDH los que aplicaron a los derechos protegidos por el CEDH una doctrina que el Tribunal Federal Alemán había acuñado, en su conocida sentencia *Solange II*, para la transferencia de competencias a la Comunidad Europea¹²⁴². En efecto, en el asunto *M. & Co c. RFA*, la

del Estado, pues, en palabras de WEILER (en el contexto de las relaciones CC.EE. y sus Estados miembros y el CEDH), “it is a well-known principle of international law that a State cannot, except in manifest cases, plead constitutional incompatibility as a ground for non respect of its international obligation” (WEILER, J. H. H.: “Eurocracy and distrust: some questions concerning the role of the European Court of Justice in the protection of fundamental rights within the legal order of the European Communities”, *Washington Law Review*, Vol. 61, July 1986, p. 1134, nota al pie 84). Añadimos: a no ser que se consiga probar que se trata de una violación *manifiesta* de una norma fundamental de derecho interno (art. 46 CVDT), algo complicado y que nos llevaría a un análisis histórico de por qué los Tratados originarios no incluyeron ninguna disposición en materia de derechos humanos, cuestión fuera de las pretensiones de este trabajo.

¹²⁴¹ Para un análisis de estas cuestiones, nos remitimos a la doctrina y la documentación que iremos citando en el epígrafe.

¹²⁴² ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, M. P.: “La Constitución europea: un análisis desde el Derecho internacional público”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2005, p. 51; COHEN-JONATHAN, G.; FLAUSS, J.-F.: “A propos de l’arrêt *Matthews c/ Royaume Uni* (18 février 1999)”, *RTDE*, vol. 35, n° 4, octobre-décembre 1999, p. 642; GAJA, G.: “The review by the European Court of Human Rights of Member State’s acts implementing European Union Law: “Solange” yet again?”, en VV.AA.: *Common values in international law. Essays in honour of Christian Tomuschat*, Engel, 2006, pp. 517 y ss.; JACQUÉ, J.-P.:

Comisión sentó el principio por el cual un Estado no ha de ser responsable de todas y cada una de las violaciones de la CEDH cometidas por las instituciones de la UE, sino que bastará a estos efectos con que el mecanismo institucional ofrecido por la organización sea *equivalente* respecto del ofrecido por la Convención¹²⁴³. Si hay equivalencia, se *presume* el respeto de los derechos humanos¹²⁴⁴. Merece la pena transcribir el párrafo relevante del pronunciamiento, pues nos servirá de base para nuestra discusión posterior:

“(…) The Convention does not prohibit a Member State from transferring powers to international organizations (...) The Commission considers that a transfer of powers does not necessarily exclude a State’s responsibility under the Convention with regard to the exercise of the transferred powers. Otherwise the guarantees of the Convention could wantonly be limited or excluded and thus be deprived of their peremptory character. The object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of the individual human beings requires that its

« L’arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence “Solange II” de la Cour européenne des droits de l’homme ? », *RTDE*, Vol. 41, n° 3, juillet-septembre 2005, pp. 749 y ss.

¹²⁴³ El caso trae su origen en un recurso de la demandante, una sociedad cuyo origen no se concreta, sancionada por la Comisión Europea al pago de una importante multa por prácticas restrictivas de la competencia. La decisión fue confirmada por el TJCE. Seguidamente a la sentencia de Luxemburgo, la demandante intentó impedir que el Ministro de Justicia diera el *exequátur* a la decisión. Para ello inició una serie de recursos ante la jurisdicción alemana, que acabarían en la sentencia de un comité de tres jueces del Tribunal Constitucional Alemán en la que se denegaban las alegaciones de la demandante relativas a la violación de varios derechos fundamentales -entre ellas, varias garantías judiciales- (*CionEDH, M. & Co. c. RFA*, decisión de inadmisibilidad de 9 de febrero de 1990, Ap. n° 13258/87, *Ybook of the ECHR*, p. 46 y ss.)

¹²⁴⁴ Aparte de la jurisprudencia del *Bunderverfassungsgericht*, el legislador suizo ha aplicado una presunción similar en lo relacionado con la extradición de individuos para que sean juzgados por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. La legalidad de esta presunción se planteó en dos asuntos presentados ante el Tribunal Federal suizo. El primero de ellos fue la sentencia *X c. Office Fédéral de la Police* de 28 de abril de 1997. Un individuo detenido en Suiza el 11 de febrero de 1995 debido a su implicación en el genocidio contra los tutsis fue objeto de una orden de arresto y extradición de la fiscalía del TPIR el 26 de agosto de 1996. A juicio del acusado, el procedimiento ante el Tribunal creado por la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad adolecía de carencias procesales que cuestionaban su adecuación a las garantías ofrecidas por el art. 6 CEDH (falta de medios para la defensa, igualdad de armas).

La respuesta del Tribunal de Lausana no deja lugar a dudas: el legislador suizo había creado una presunción de legalidad de las extradiciones al TPIR en la Ley interna de colaboración con los Tribunales Penales Internacionales (Ley de 21 de diciembre de 1995, FF 1995 IV p. 1066 ss, 1071). Dicha ley creaba un régimen excepcional al de la Ley Federal sobre la entrega internacional en materia penal (RS 351.1). Esta última regulaba en sus arts. 2 y 3(2) las condiciones de entrega de individuos al extranjero. Pues bien, a juicio del TFS, “on ne saurait voir à cet égard une lacune de la loi, susceptible d’être comblée par le juge (art. 1er al. 2 CC). Il n’y a donc pas lieu d’examiner, comme le voudrait le recourant, si la procédure devant le TPIR est conforme aux standards minimaux posés par la CEDH et le Pacte ONU II, *cette conformité devant être présumée* » (§ 7.b, énfasis añadido). Pero incluso así, el Tribunal acabó analizando la adecuación de los procedimientos del TPIR a los estándares del PIDCP y el CEDH para afianzar la presunción establecida por el legislador nacional (Tribunal Federal, *X Office Fédéral de la Police*, sentencia de 28 de abril de 1997, BGE 123 II 175, 28). Posteriormente volvió a hacerlo en la ya citada *Rukundo. c. Bureau Fédéral de Justice* de 3 de septiembre de 2001, § 3.b. Interesante es que en esta última sentencia el TFS se cuestionó las carencias estructurales del TPIR, pero sin concluir que había que revertir la presunción).

Vid. también la sentencia del TEDH en el asunto *Naletilic c. Croacia*, relativa a la extradición a la Haya de un individuo que estaba siendo juzgado en Croacia por crímenes contra la humanidad. El TEDH zanjó el asunto limitándose a afirmar que “Involved here is the surrender to an international court which, in view of the content of its Statute and Rules of Procedure, offers all the necessary guarantees including those of impartiality and independence” (TEDH, *Naletilic c. Croacia*, decisión de inadmisibilidad de 4 de mayo de 2000, Ap. n° 51891/99, § 1b).

provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective. Therefore the transfer of powers to an international organization is not incompatible with the Convention provided that within that organization fundamental rights will receive an equivalent protection”¹²⁴⁵.

La CionEDH moduló la intensidad de su escrutinio de los actos del Estado cuando estos derivan de una decisión de una organización a la que pertenece. Para ello acudió a un test, el de que la “equivalencia”, diferente del exigido a las decisiones adoptadas por los órganos estatales sin nexo alguno con el derecho de las organizaciones internacionales. La equivalencia del sistema compara *de manera general* la protección de los derechos humanos en la organización con el mecanismo ofrecido por la CEDH. En otras palabras, la equivalencia no se predica respecto de *las garantías concretas* reguladas en el Convenio, como pueden ser las garantías judiciales del artículo 6 CEDH. El criterio es, en definitiva, más superficial y menos exigente de lo que se exige normalmente a los órganos estatales.

El TEDH volvería a esta doctrina en el asunto *Matthews c. Reino Unido*¹²⁴⁶, en el que se cuestionaba la imposibilidad para los ciudadanos de Gibraltar de participar en las elecciones al Parlamento Europeo, prevista esta vez en el mismo derecho primario de la UE (y no, por tanto, en una decisión concreta de un órgano comunitario). Sin referirse expresamente a la decisión de la Comisión, el Alto Tribunal europeo dictaminó que

“the United Kingdom’s responsibility derives from its having entered into treaty commitments subsequent to the applicability of Article 3 of Protocol No. 1 to Gibraltar, namely the Maastricht Treaty taken together with its obligations under the Council Decision and the 1976 Act. Further, the Court notes that on acceding to the EC Treaty, the United Kingdom *chose*, by virtue of Article 227(4) of the Treaty, to have substantial areas of EC legislation applied to Gibraltar”¹²⁴⁷.

¹²⁴⁵. CionEDH, *M. & Co. c. RFA*, p. 52.

¹²⁴⁶ TEDH, *Matthews c. Reino Unido*, sentencia de 18 de febrero de 1999, Ap. n° 24833/94. Sobre esta sentencia, *Vid.* COHEN-JONATHAN, G.: “A propos...”, *loc. cit.*, pp. 637 y ss.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: “Sobre el Derecho. Internacional de los derechos humanos y comunitario europeo. A propósito del asunto *Matthews contra Reino Unido*”, *RDCE*, Año n° 3, n° 5, 1999, pp. 95 y ss. (muy crítico con la omisión del TEDH de toda referencia al Derecho aplicable a la descolonización en Gibraltar y el aislamiento jurídico que practicó el TEDH); SANZ CABALLERO, S.: “Interferencias entre el derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo *versus* Estrasburgo: ¿quién es la última instancia de protección de los derechos fundamentales en Europa?)”, *RDCE*, Año 8, Núm. 17, Enero-Abril 2004, pp. 144 y ss.). Sobre las consecuencias de la sentencia, *cf.* GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: “Las secuelas del asunto *Matthews* y el voto de los gibraltareños en las elecciones al Parlamento Europeo: lo que mal comienza, mal acaba”, *REDI*, Vol. LIV, n° 2, 2002, pp. 987 y ss.

¹²⁴⁷ *Ibid.*, § 34, énfasis añadido.

Pero es sin duda el fallo del Tribunal en *Bosphorus c. Reino Unido* el que ofreció la evolución más significativa a este respecto¹²⁴⁸. Aunque el caso es más que conocido, no está de más recordar brevemente las circunstancias que lo originaron.

En virtud de una serie de resoluciones adoptadas al amparo del Capítulo VII de la Carta¹²⁴⁹, el Consejo de Seguridad requirió de los Estados la incautación de todos los “buques, vehículos de carga, material rodante y aeronaves en que tengan intereses mayoritarios o de control personas o empresas de la República Federativa de Yugoslavia¹²⁵⁰. La entonces Comunidad Europea ejecutó las resoluciones mediante el Reglamento 990/93/CE del Consejo de la Unión.

La demandante ante el TEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm*, era una aerolínea turca que en 1992 había alquilado dos aeronaves en propiedad de JAT, la compañía aerolínea yugoslava vinculada al gobierno de Slobodan Milosevic. En virtud de lo dispuesto en el citado Reglamento, Irlanda confiscó uno de los aviones de la compañía, de paso en el país gaélico para recibir unos trabajos de mantenimiento.

Tras una serie de intentos infructuosos ante la jurisdicción británica, la aerolínea turca acabó acudiendo a la Corte Suprema de Irlanda. Como el caso planteaba incertidumbres relativas a la aplicabilidad del derecho comunitario, este órgano jurisdiccional refirió una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de Luxemburgo. La cuestión planteaba básicamente si *Bosphorus* entraba dentro del ámbito de aplicabilidad de las sanciones del Consejo de Seguridad. En su respuesta, tanto el Abogado General JACOBS como el mismo Tribunal de Justicia¹²⁵¹ enfatizaron la necesidad de respetar los derechos

¹²⁴⁸ Es digno de ser citado el asunto *Cantoni c. Francia*, que se resolvió en sede de margen de discrecionalidad del Estado. En este caso se discutía la legalidad *ex* CEDH de una pena impuesta a un individuo por vender ciertos productos farmacéuticos en el supermercado del que era gerente. De acuerdo con el demandante, los términos del Código Penal francés que fundamentaron su condena no se ajustaban al principio de legalidad de las penas (art. 7 CEDH). Lo interesante del caso es que la pena establecida en el Código era una transposición casi literal de lo prescrito en la Directiva 65/65/CEE; en otras palabras, las autoridades francesas disponían de un margen de discrecionalidad suficiente para adaptar la Directiva al Derecho francés precisando sus términos con más claridad. El Estado fue finalmente condenado por el TEDH (TEDH, *Cantoni c. Francia* (GS), sentencia de 15 de noviembre de 1996, Ap. nº 17862/91).

¹²⁴⁹ S/RES/713 (1991), 25 de septiembre de 1991; S/RES/724 (1991); 27 de noviembre de 1991; S/RES/757(1992), 30 de mayo de 1992; y S/RES/787(1992), 16 de noviembre de 1992; S/RES/820 (1993), 17 de abril de 1993.

¹²⁵⁰ *Cfr.*, por todas, S/RES/820, § 24.

¹²⁵¹ Opinión del AG JACOBS. 30 de abril de 1996. TJCE, *Bosphorus Airways c. Consejo*, sentencia de 30 de julio de 1996, C-84/95, [1996] ECR I-3953. Sobre esta sentencia, *Vid.* CANOR, I.: “Can two walk together, except they be agreed? The relationship between international and European law: The incorporation of United Nations sanctions against Yugoslavia into European Community law through the perspective of the

humanos como condición de la legalidad de los actos comunitarios, aunque éstos procedan de los mecanismos de la acción exterior europea. Sin embargo, concluyeron en primer lugar que en el caso concreto la demandante entraba dentro del ámbito de aplicación de las sanciones del Reglamento 990/93/CE. Y sobre todo, aceptaron que la confiscación de las autoridades irlandesas había equilibrado de manera aceptable los intereses del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y el respeto de los derechos humanos tal y como se concibe en el ordenamiento comunitario.

La sentencia del Tribunal de Estrasburgo sentó los principios básicos de la responsabilidad de los Estados por la ejecución de actos normativos derivados de su pertenencia a organizaciones internacionales. En este sentido, comenzó recordando que la acción de los Estados en ejecución de tales obligaciones está justificada en la medida en que la organización internacional ofrezca una protección equivalente a la protección de los derechos humanos ofrecida por el CEDH¹²⁵². Ello es así tanto desde el punto de vista material (derechos protegidos), como formal (mecanismos de salvaguardia). Por “equivalente”, hemos de entender “comparable”, no “idéntico”. Si dicha condición se cumple, entonces el Tribunal presumirá que el mecanismo decisorio de la organización internacional no vulneró derecho humano alguno reconocido por la Convención¹²⁵³.

El Tribunal añadió sin embargo un “pero”. Y es que la presunción de respeto de los derechos humanos por un mecanismo “equivalente” de una organización internacional es *iuris tantum*, y no *iuris et de iure*. Así, en aquellas circunstancias *concretas* en las que a un individuo sometido a la jurisdicción de la Corte la organización le ofreciera una protección “manifiestamente deficiente” de sus derechos humanos, el Tribunal se reserva el derecho de intervenir para declarar la responsabilidad internacional del Estado¹²⁵⁴. En otras

European Court of Justice”, *CMLRev.*, nº 35, 1998, pp. 137 y ss.; EECKHOUT, P.: *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional foundations*, OUP, New York, 2004, pp. 426-428; JACOBS, F. G.: “Economic Sanctions and International Security: The Role of the European Court of Justice, en BRONCKERS, M. Y QUICK, R. (Eds.): *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer Law Internacional, The Hague, 2000, pp. 542 y ss.

¹²⁵² TEDH, *Bosphorus c. Irlanda*, § 155.

¹²⁵³ *Ibid*, § 156.

¹²⁵⁴ *Ibid*, § 156-157. Posteriormente el TEDH se volvió a pronunciar sobre la “equivalencia” de los mecanismos de la UE a los ofrecidos por el CEDH en *Connolly c. 15 Estados miembros de la UE*, decisión de inadmisibilidad de 9 de diciembre de 2008, Ap. nº 73274/01 (donde se impugnaban directamente decisiones del TPI y el TJCE); y *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U. A. (CPNK) c. Países Bajos* (20 de enero de 2009, Ap. nº 13645/05. La demandante alegaba que la imposibilidad de responder a las opiniones del Abogado General en las cuestiones preliminares sometidas ante el TJCE violaba el artículo 6(1) CEDH –derecho a un proceso contradictorio-). *Vid.* también la sentencia

palabras, el interés de la deferencia a la cooperación internacional decae en tales circunstancias.

Si bien el Tribunal acabó denegando las pretensiones de la demandante tras un análisis un tanto superficial del mecanismo de protección de los derechos humanos en la UE en general y de la sentencia del TJCE en concreto¹²⁵⁵, el asunto es de enorme relevancia para nuestro estudio por tres motivos. *Primo*, el origen de la disputa es la violación de derechos humanos causada por resoluciones del Consejo de Seguridad. *Secundo*, las sanciones eran obligatorias y no dejaban margen de discrecionalidad alguno al Estado: el artículo 103 de la Carta era plenamente aplicable. El TEDH se limitó a enfocar el problema desde la estricta perspectiva exclusivamente europea, efectuando un análisis del acto de atribución de competencias a la UE por el Estado demandado. *Tertio*, el test de la “deficiencia manifiesta” (o “insuficiencia manifiesta”, en la versión francesa), ofrece al TEDH una salida al callejón en el que él mismo se había metido con su criterio de la “equivalencia sistémica”.

Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional, en su trabajo codificador de la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales por hechos ilícitos (iniciado en 2002), ha recogido el guante lanzado por el Tribunal Europeo para establecer una norma general sobre responsabilidad del Estado por atribución de poderes. Si bien la norma difiere claramente de la solución ofrecida en Estrasburgo, encuentra sin embargo en ella su fundamento. Incardinado en la Quinta Parte del Proyecto (al igual que la

Société d'établissements Biret et Cie S.A. y Société Biret International (decisión de inadmisibilidad de 9 de diciembre de 2008, Ap. n° 13762/04), en la que el problema era la ejecución por las autoridades aduaneras de un embargo de la importación de carne de EE.UU. que arruinó a las compañías demandantes. A estas sentencias relativas a la equivalencia del mecanismo de protección de los derechos humanos de la UE volveremos en la tercera parte de este estudio.

Junto a estos casos, en *Rambus Inc c. Alemania*, la demandante fue incapaz de revertir la presunción de equivalencia de una decisión del Órgano de Apelaciones de la Organización Europea de Patentes que perjudicaba sus intereses (decisión de inadmisibilidad de 16 de junio de 2009, Ap. n° 40382/04).

Y por último, están las decisiones de inadmisibilidad (idénticas) en *Blagojevic c. Países Bajos* y *Galic c. Países Bajos*. Recordemos que se trataba de las demandas interpuestas por dos individuos que buscaron imputar al país neerlandés las posibles violaciones cometidas por el TPIY, del que Holanda es sede. Es verdad que la sentencia se resolvió en sede de complicidad del Estado que acoge la organización. Ahora bien, no puede pasar desapercibido el hecho de que el Tribunal dio importancia al hecho de que “the present case involves an international tribunal established by the Security Council of the United Nations, an international organisation founded on the principle of respect for fundamental human rights, and that moreover the basic legal provisions governing that tribunal’s organisation and procedure are purposely designed to provide those indicted before it with all appropriate guarantees” (§ 46). Ello constituye, sin duda, otro ejemplo (sucinto y menos decisivo) de presunción de equivalencia.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, §§ 159-166.

disposición sobre la complicidad del Estado por el hecho de la organización internacional), la propuesta de artículo 60 responsabiliza al Estado si éste “trata de eludir el cumplimiento de una de sus obligaciones internacionales prevaliéndose de que la organización es competente en relación con el objeto de dicha obligación, induciendo a la organización a cometer un hecho que, de haber sido cometido por el Estado, habría constituido una violación de la obligación”. Un necesario párrafo segundo considera aplicable esta regla “independientemente de que el hecho sea o no internacionalmente ilícito para la organización internacional”.

El Relator Especial GAJA discutió la doctrina del artículo 60 en sus informes Tercero y Séptimo. En el tercero hizo referencia a una cuestión que ya hemos discutido: la del margen de discrecionalidad como elemento determinante de la imputabilidad de la decisión de la organización. No volveremos a incidir aquí sobre ello. Por su parte, el 7º Informe aporta algunos detalles interesantes sobre el contenido material del artículo 60, y que nos aclaran su alcance.

En primer lugar, la norma del Proyecto no encuentra su paralelo en el derecho de la responsabilidad internacional del Estado. Es una regla absolutamente nueva. Ello no prejuzga, sin embargo, su utilidad, e incluso su necesidad. El “desarrollo progresivo del Derecho internacional” se encuentra plenamente justificado en este caso. De ello es síntoma el que la generalidad de los Estados haya recibido la norma con optimismo, aunque se hayan propuesto reformas a su contenido¹²⁵⁶. Y en el ámbito doctrinal, nos ha llamado la atención que hasta un cualificado escéptico de la labor codificadora de la CDI en esta materia como ÁLVAREZ se haya mostrado muy favorable a la introducción de esta responsabilidad por el acto constitutivo de la organización¹²⁵⁷.

En segundo lugar, la regla del artículo 60 no ha recogido la tesis de la equivalencia. Simplemente, determina la responsabilidad del Estado por su membresía de la organización, sin añadir el límite establecido por la CEDH (que fue expresamente rechazado por el Relator Especial¹²⁵⁸). El Proyecto es, a este respecto, más exigente con los Estados que la jurisprudencia de Estrasburgo, por lo que estos habrán de acudir a la regla

¹²⁵⁶ 7º Informe del Relator Especial GAJA, 27 de marzo de 2009, A/CN.4/610, § 77.

¹²⁵⁷ Quien discrepa de la labor de “cortar y pegar” que está llevando a cabo la CDI en el Proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales. Una síntesis de su visión se encuentra en su imprescindible conferencia “International organizations: accountability or responsibility...”, *loc. cit.*, 34 pp.

¹²⁵⁸ 7º Informe del Relator Especial GAJA, § 78. La propuesta fue realizada por la Comisión Europea.

del artículo 63 (*lex specialis*) para derogar el régimen general del Proyecto (en caso de que éste acabara en Convenio internacional, claro está).

En tercer lugar, y a modo de contrapeso, la regla del artículo 60 es bastante más limitada puesto que introduce una condición adicional que no exige el TEDH: la *inducción* del Estado a la organización para que ésta cometa el ilícito internacional. El Comentario del artículo nos aclara que esta *inducción* no requiere demostrar un dolo o elemento intencional, pues éste se puede deducir claramente de las circunstancias concretas del caso. Pero sí que se exige una proximidad del Estado respecto del ilícito, una cercanía, un nexo que habrá que aclarar en sucesivas fases del Proyecto, porque tal y como se describe ahora se superpone con la regla de la complicidad del Estado por el hecho de la organización internacional que discutimos en el apartado anterior. En efecto, si como expusimos *supra* el Relator Especial GAJA consideró que, en ciertas circunstancias, la responsabilidad del Estado por la influencia de un Estado en el proceso decisorio de la organización que origina el ilícito podría suponer su responsabilidad internacional *por el acto cómplice*, aquí parece *a priori* que lo mismo puede ser cierto *ex artículo 60*. Más concretamente, en el supuesto que dio origen a la comunicación *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, no nos queda nada claro si Bélgica podría ser responsable por ser al mismo tiempo *cómplice* de la decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de congelar los bienes (que ejecutan los Estados) e *inductor* de su ilícito internacional¹²⁵⁹. Desde el punto de vista de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de las garantías judiciales las ventajas son empero evidentes, puesto que en el caso de la *inducción* no se requeriría probar ningún elemento de intencionalidad estatal¹²⁶⁰.

¹²⁵⁹ En virtud del art. 16(1) del Proyecto, “una organización internacional incurre en responsabilidad internacional si adopta una decisión que obliga a un Estado miembro o a una organización internacional miembro a cometer un hecho que sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la primera organización y por el cual esta eludiría una obligación internacional propia”. Si la norma de *ius cogens* que obliga a respetar las garantías judiciales elementales del individuo es violada por las sanciones inteligentes, aquí podría haber dos responsables: Bélgica (*inductor*) y las Naciones Unidas (*organización que decide*). El embrollo jurídico es, como podemos ver, mayúsculo. Es verdad que ambos artículos (16 y 60), tienen un ámbito de aplicación sensiblemente diferente (*cf.* CORTÉS MARTÍN, J. M.: *Las organizaciones internacionales...*, *op. cit.*, p. 365), pero como este ejemplo nos demuestra, se pueden superponer.

De manera contraria, D’ASPREMONT consideraba que el artículo 60 (antiguo artículo 28 propuesto por GAJA) cometía el error de olvidar aquellas situaciones en las que los Estados abusaban de su control de la organización para eludir sus obligaciones internacionales (D’ASPREMONT, J.: “Abuse of the legal personality...”, *loc. cit.*, pp. 99-100).

¹²⁶⁰ Es ésta precisamente una de las propuestas que como vimos se había realizado respecto de la complicidad para aligerar el rigor del requisito doloso: que el dolo se pudiera deducir de las circunstancias del caso, como por ejemplo la complicidad por las violaciones del Derecho internacional humanitario resultante de la venta de armas a un Estado con un acreditado currículum violador de estas garantías.

En definitiva, y a modo de síntesis, la propuesta de la CDI se aleja de la “falta de vigilancia” del TEDH para acercarse a la responsabilidad por *inducción*, una nueva norma primaria en un Proyecto de reglas secundarias. Ciertamente, se intenta recoger la misma idea, es decir, la responsabilidad del Estado por crear organizaciones a fin de eludir sus obligaciones internacionales, pero al mismo tiempo la amplía fuera del ámbito de los derechos humanos al eliminar el test de la equivalencia y la restringe al requerir una inducción a la organización.

A continuación intentaremos deconstruir teóricamente el concepto de la “falta de vigilancia” para poder así pasar a su operatividad práctica en el ámbito de las sanciones inteligentes.

II.2.2. Una deconstrucción de la “falta de vigilancia” en la jurisprudencia del TEDH

Como expusimos con anterioridad, la sentencia *Bosphorus* introdujo un segundo criterio, el de la “insuficiencia manifiesta”, que permite responsabilizar a un Estado por una eventual violación *ostensible* de los derechos humanos cometida por una organización internacional que satisface el primer test de la equivalencia. Como la jurisprudencia posterior del TEDH ha venido confirmando¹²⁶¹, este segundo test viene a operar en aquellas circunstancias en las que existe un acto imputable a un Estado que ejecuta una decisión de una organización internacional. La decisión ha de ser vinculante y no ha de dejar margen de apreciación al Estado.

a) La “falta de vigilancia” en su secuencia temporal: obligación compuesta, deficiencia manifiesta, ¿debida diligencia?

Al menos en los supuestos tipo *Bosphorus*, la responsabilidad por “falta de vigilancia” se descompone en dos momentos sucesivos. El primero, el de la creación de la organización internacional. El segundo, el de la adopción del acto que viola algún derecho humano del individuo. En aquél, se valora la equivalencia del mecanismo de protección de los derechos humanos que ofrece la organización internacional al consagrado en la CEDH.

¹²⁶¹ Cfr. sobre todo la sentencia en *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Alemania, Francia y Noruega*, en la que los demandantes pretendieron invocar la regla de la equivalencia a actos cometidos por fuerzas de la KFOR y UNMIK en Kosovo. El TEDH diferenció este caso del asunto *Bosphorus* al considerar que en *Behrami* no había actuación alguna imputable al Estado demandado, y además, los actos no se habían producido sobre el territorio de los Estados miembros (§§ 150-152).

En éste, se intenta apreciar si la protección ofrecida por el mecanismo en el caso concreto ante el Tribunal presenta una deficiencia manifiesta. El primer análisis es *general* y retroactivo; el segundo es *específico*¹²⁶². Cabe entonces preguntarse: ¿dos momentos, dos “obligaciones” diferenciadas?

El “deber de vigilancia” es considerado por la doctrina como una obligación de debida diligencia (*due diligence*)¹²⁶³. Dicha obligación exige del Estado que se mantenga atento, “vigilante”, ante la perspectiva de que la organización viole los derechos fundamentales protegidos por la CEDH. Por eso KLEIN la define como la “supervision des Etats sur les activités des organisations dont ils sont membres”¹²⁶⁴. Además, el deber se exige en ambos momentos, tanto el de la creación de la organización como el de la comisión del acto que se invoca frente al TEDH. En otras palabras, nos encontramos ante una obligación compuesta que se analiza en dos etapas sucesivas, la primera puntual y la segunda continuada en el tiempo.

Pues bien, con estas premisas, nos atrevemos a sugerir que el “deber de vigilancia” no es una obligación de vigilancia *strictu sensu*. Más concretamente, no lo es en el primero de los momentos de la secuencia temporal. En efecto, en el momento de la creación de la organización, los Estados son los únicos sujetos activos del hecho constitutivo de ésta. La organización internacional no es más que un mero sujeto *pasivo* que es primero creado y luego dotado de competencias por los Estados. En fin, estos no “vigilan” a la organización, ni siquiera se “vigilan” entre ellos, sino que *es cada uno de ellos en su individualidad* el que ha de *evitar* transferir o atribuir a la organización competencias que pudieran violar derechos recogidos en la CEDH sin establecer al mismo tiempo los mecanismos adecuados para que el Estado pueda controlar sus actividades. La vigilancia implica una relación de alteridad, un seguimiento de la actividad de otro como puede ser, siguiendo el ejemplo clásico, una masa de individuos que se acerca peligrosamente a una embajada (*asunto de los rehenes de Teherán* ante la CIJ¹²⁶⁵). En cambio, en el acto constitutivo de la

¹²⁶² “However, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient. In such cases, the interest of international cooperation would be outweighed by the Convention's role as a “constitutional instrument of European public order” in the field of human rights (...)” (TEDH, *Bosphorus c. Reino Unido*, § 156).

¹²⁶³ CORTÉS MARTÍN, J. M.: *Las organizaciones...*, *op. cit.*, p. 355; KLEIN, P.; SANDS, P.: *Bowett's...*, *op. cit.*, p. 530.

¹²⁶⁴ KLEIN, P.: *La responsabilité...*, *op. cit.*, p. 472.

¹²⁶⁵ CIJ, *asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, p. 3.

organización no hay tal seguimiento de un tercero, puesto que este tercero no podrá actuar hasta que el acto de creación se haya formalizado y se comiencen a ejercitar las competencias que le han sido atribuidas por los Estados.

No es éste el caso, por el contrario, del segundo momento de la secuencia temporal. Aquí sí que hablamos de verdadera vigilancia de las actividades de la organización, a fin de que ésta no ofrezca una protección “manifiestamente insuficiente” en un caso concreto y por ello decaiga la presunción de conformidad con la CEDH. Ahora bien, por el contrario, cabe preguntarse si el Estado no tiene aquí una verdadera obligación de resultado, es decir, una obligación de garantizar el respeto de los derechos fundamentales del individuo. Y es que, en esta segunda secuencia temporal, el TEDH va a valorar (cierto, con gran deferencia hacia el sistema de la organización)¹²⁶⁶, si el mecanismo equivalente ofreció una protección *mínimamente* efectiva de los derechos del individuo. Como afirma el TEDH en la sentencia *Bosphorus* antes de analizar la equivalencia del mecanismo de protección de derechos ofrecido por el TUE, “the effectiveness of such substantive guarantees of fundamental rights depends on the mechanisms of control in place to ensure their observance”¹²⁶⁷. Afirmar que con el test de la equivalencia el TEDH se conforma con establecer una obligación de medios (*due diligence*), sería lo mismo que afirmar que el TEDH ha renunciado a su jurisprudencia constante sobre la protección *efectiva* de los derechos humanos, consecuencia difícil de asumir. Es por ello por lo que el análisis subsiguiente de la “deficiencia manifiesta” *in caso* viene a intentar restringir esta posibilidad. Con ello, el TEDH intenta guardarse la última palabra sobre cómo las organizaciones internacionales respetan efectivamente los derechos humanos de los individuos en el ejercicio constante de sus competencias. En definitiva: el test de la “equivalencia general del mecanismo” es *procesal-estructural*; el de la “deficiencia manifiesta” en un caso concreto es *sustantivo*¹²⁶⁸.

El asunto *Gasparini c. Italia y Bélgica*¹²⁶⁹ ha aportado interesantes desarrollos al análisis de la sentencia *Bosphorus*. En este caso se discutía la posible violación del artículo 6 CEDH por la Comisión de Recursos de la OTAN (CROTAN). Este órgano validó una

¹²⁶⁶ Como reconoce la decisión *Gasparini c. Italia y Bélgica* que analizaremos a continuación.

¹²⁶⁷ TEDH, *Bosphorus c. Reino Unido*, § 160.

¹²⁶⁸ Aspecto muy acertadamente subrayado por CANOR, I.: “The European Courts and the Security Council: three replies”, *EJIL*, Vol. 20, 2009, p. 882.

¹²⁶⁹ TEDH, *Gasparini c. Italia y Bélgica*, decisión de inadmisibilidad de 12 de mayo de 2009, Ap. n° 10750/03 (sólo disponible en francés).

decisión del Consejo de la OTAN sobre el salario de los agentes de la misma en un procedimiento carente de publicidad, tal y como lo establece el artículo 4.71 del Reglamento del personal civil de la OTAN. También se discutía la independencia de los miembros de la CROTAN. Nótese que, en su respuesta, el TEDH tuvo en cuenta que en este caso los demandados no habían intervenido directamente en el proceso cuya legalidad se cuestionaba. No estábamos, pues, ante un “supuesto *Bosphorus*”, sino más bien ante un “supuesto *Waite y Kennedy o Behrami y Behrami y Saramati*”, donde la violación concreta de los derechos humanos no es causada por un acto directamente atribuible al Estado. Sin embargo, el TEDH no tuvo ningún problema en aplicar los criterios de la equivalencia y de la deficiencia manifiesta.

Pues bien, aquí el Tribunal valora si las garantías judiciales recogidas en el artículo 6 CEDH son protegidas de “manera equivalente” por el mecanismo de recursos de la OTAN. Y precisamente para valorar esta equivalencia, el Alto órgano europeo se expresa de la siguiente manera:

« la Cour considère qu'il lui faut rechercher si le mécanisme de règlement des conflits contesté dans la présente affaire, à savoir la voie de recours devant la CROTAN, est entaché d'une « insuffisance manifeste », ce qui renverserait en l'espèce la présomption de respect par les Etats défendeurs de leurs obligations au titre de la Convention (...) il lui faut en réalité déterminer si, au moment où ils ont adhéré à l'OTAN et lui ont transféré certains pouvoirs souverains, les Etats défendeurs ont pu, de bonne foi, estimer que le mécanisme de règlement des conflits du travail interne à l'OTAN n'était pas en *contradiction flagrante* avec les dispositions de la Convention »¹²⁷⁰.

Voilà que el Tribunal valora la “equivalencia” del mecanismo de la CROTAN a la luz del segundo criterio, el de la “insuficiencia” o “deficiencia” manifiesta. Dicho de otra forma, los dos criterios que en *Bosphorus* se aplicaban en dos fases sucesivas se fusionan aquí en uno, retro trayéndose juntos al momento de constitución de la organización. El uno interpreta el otro, ambos son inextricables: la deficiencia manifiesta no es más que la ausencia de protección equivalente. La pregunta que surge es: ¿hemos de extender esta aplicabilidad de la “deficiencia manifiesta” al momento constitutivo de la organización en *Gasparini* a los supuestos tipo *Bosphorus*? El razonamiento del Tribunal parece dejar claro que sí.

Uno podría pensar lo contrario teniendo en cuenta que en *Gasparini* no hay acto de violación de derechos humanos atribuible al Estado. Así, al carecer el TEDH de competencia *ratione personae* para condenar al Estado por los actos atribuibles a las

¹²⁷⁰ TEDH, *Gasparini c. Italia y Bélgica*, p. 7, énfasis añadidos.

organizaciones internacionales, el Tribunal sólo tiene una opción: fijarse en el momento constitutivo de la organización, no en el acto concreto¹²⁷¹. Sin embargo, la misma decisión de admisibilidad relativiza en cierto modo la importancia de esta consideración. Así, después de analizar con exhaustividad la equivalencia del mecanismo *general* de la CROTAN (o su falta de “insuficiencia manifiesta”), el Tribunal concluye:

« Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que les deux Etats mis en cause ont pu à bon droit considérer, *au moment où ils ont approuvé le règlement sur le personnel civil et ses annexes* par l'intermédiaire de leurs représentants permanents siégeant au Conseil de l'Atlantique Nord, que les dispositions régissant la procédure devant la CROTAN satisfaisaient aux exigences du procès équitable. Aucun élément susceptible de contredire ce constat n'a été porté à la connaissance de la Cour. Elle en conclut que *la protection offerte au requérant en l'espèce* par le mécanisme de règlement interne des conflits de l'OTAN n'était donc pas entachée d'une « insuffisance manifeste » *au sens donné à ce terme dans l'arrêt Bosphorus*, particulièrement dans le contexte spécifique d'une organisation telle que l'OTAN »¹²⁷².

El análisis *retroactivo* de la protección equivalente/insuficiencia manifiesta parece tener efectos *prospectivos* sobre el acto concreto cuyo respecto por los derechos del CEDH se cuestiona. Ello es así porque la “equivalencia” es una presunción basada en el contenido del acto constitutivo de la organización (o del órgano que adopta las decisiones). Insistimos, ello es perfectamente lógico si tenemos en cuenta que el Tribunal no se considera competente *ratione personae* para valorar la legalidad de las decisiones concretas de las organizaciones internacionales.

La conclusión que podemos extraer de *Gasparini* es clara: *Bosphorus* y *Gasparini* ofrecen dos niveles de protección diferenciados¹²⁷³. El primero se basa en una presunción *iuris tantum*; el segundo en una presunción *iuris et de iure*. Si en *Bosphorus* se permite al demandante probar que en el caso concreto hubo violación de los derechos humanos; en

¹²⁷¹ Ello es lo que sucedió en *Boivin c. 34 Estados miembros del Consejo de Europa*. El problema de este asunto era dilucidar si Eurocontrol (Organización Europea por la Seguridad de la Navegación Aérea) había violado los arts. 6(1), 13 y 14 CEDH al no admitir al demandante para el puesto de Director General tras el recurso de un tercero a una decisión inicial favorable para el Sr. Boivin. El asunto fue revisado por el Tribunal Administrativo de la OIT. Al impugnar el demandante ante el TEDH la decisión concreta del Tribunal de la OIT y no la “equivalencia” del mecanismo, el órgano de Estrasburgo se vio obligado a rechazar la demanda por incompetencia *ratione personae* (TEDH, decisión de inadmisibilidad de 9 de septiembre de 2008, Ap. n° 73250/01).

El problema se repitió en *Beygo c. 46 Estados del Consejo de Europa*. En este caso el demandante cuestionó directamente las decisiones del Tribunal Administrativo del Consejo de Europa, sin plantear la equivalencia del mecanismo a los estándares europeos. La demanda fue igualmente declarada inadmisibile (TEDH, *Beygo c. 46 Estados del Consejo de Europa*, decisión de inadmisibilidad de 16 de junio de 2009, Ap. n° 36099/06).

¹²⁷² TEDH, *Gasparini c. Italia y Bélgica*, p. 10, énfasis añadidos.

¹²⁷³ No está de más preguntarse qué es lo que habría pasado en *Gasparini* si el demandante hubiera aportado pruebas concluyentes sobre la ilegalidad del proceso de la CROTAN en el caso concreto...

Gasparini no. Si en *Bosphorus* el test de la deficiencia manifiesta se aplica en dos etapas (la *puntual* constitutiva y la *continuada* de la actividad de la organización); en *Gasparini* se aplica sólo en el momento inicial. En definitiva: sólo en una “situación *Bosphorus*” el demandante puede probar una deficiencia manifiesta en la protección de sus derechos causada por un sistema que *ab initio* se presume carente de deficiencia manifiesta¹²⁷⁴.

b) Su doble naturaleza jurídica: entre la causa de exclusión del ilícito y la obligación estatal

Una vez desagregados y cuestionados los elementos del “deber de vigilancia”, y puestos en perspectiva a la luz del reciente desarrollo de la sentencia *Gasparini c. Italia y Bélgica*, debemos apuntar otro aspecto previo de esta forma de responsabilidad indirecta del Estado: su naturaleza jurídica. Y es que, en función del origen del acto (estatal o de la organización), el Tribunal parece contemplar el deber de vigilancia desde una doble perspectiva: o como causa de exclusión de la ilicitud, o como una verdadera obligación. El enfoque depende de las necesidades del TEDH en el caso concreto. En general, en aquellas circunstancias en las que se analice la conducta del agente del Estado que violó el derecho individual, el TEDH enfatizará que el test de la deficiencia manifiesta opera como una causa de exclusión del ilícito. Por el contrario, en los casos en los que la conducta le sea imputable al Estado, el TEDH necesitará acudir a la *obligación* de garantizar una protección equivalente para poder justificar su competencia *ratione personae*. La regla no es, sin embargo, unívoca. Veamos brevemente ejemplos de ambos supuestos.

¹²⁷⁴ Debemos rechazar la afirmación del TEDH en *Gasparini* (insertada en el párrafo que acabamos de ofrecer), de que el Tribunal aplica el criterio de la “insuficiencia manifiesta” en el sentido de la sentencia *Bosphorus*. La razón es simplemente que el Tribunal no ha aplicado el criterio en el sentido de la sentencia *Bosphorus*. En *Gasparini* la valoración que el Tribunal hace de la “insuficiencia manifiesta” en el momento constitutivo es puramente formal. Por el contrario, el análisis de dicha “insuficiencia manifiesta” en *Bosphorus* no fue simplemente formal, al menos *de iure*. Ello fue así en los dos momentos, el “constitutivo” y posterior de la confiscación del avión de la aerolínea demandante. Respecto del primero, el TEDH afirmó que “State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent” (§ 155). Respecto del segundo momento, el (escuetísimo) análisis de la “insuficiencia manifiesta” en el asunto *Bosphorus* tuvo en cuenta elementos materiales para rechazar que se hubieran violado el derecho a la propiedad CEDH en el caso concreto, como el interés general perseguido por la confiscación de la aeronave turca o la naturaleza de la interferencia (§ 166).

Afirmar lo contrario, es decir, que el Tribunal sólo puede valorar los aspectos formales de la protección ofrecida en el caso concreto, supondría vaciar de contenido este análisis, expulsando del mismo a todos los derechos “materiales” de la Convención. No es eso lo que hizo el TEDH, ni en *Bosphorus*, ni en *Matthews*.

Un ejemplo claro de la primera perspectiva lo encontramos precisamente en *Bosphorus*. En este asunto, el TEDH enfocó el problema de la transferencia de poderes a las Comunidades Europeas de la manera siguiente:

“The question is therefore whether, and if so to what extent, that important general interest of compliance with Community obligations *can justify* the impugned interference by the Irish State with the applicant company's property rights”¹²⁷⁵.

Más adelante, a la hora de ponderar los intereses de la cooperación internacional con la protección efectiva de los derechos humanos perseguida por el CEDH, el TEDH insistiría en referirse a la medida en que la acción estatal puede estar “justificada” por el cumplimiento de obligaciones derivadas de su pertenencia a una organización internacional¹²⁷⁶. De esta manera, el Tribunal no hacía sino abundar en un enfoque que ya había anticipado la sentencia *Waite y Kennedy c. Alemania*¹²⁷⁷.

El ejemplo más claro de la perspectiva contraria, la que se centra en la naturaleza de la “falta de vigilancia” como una *obligación del Estado*, es el ofrecido por la sentencia *Gasparini*. Aquí el Tribunal lo hizo explícito por primera vez:

« La Cour déduit des principes rappelés ci-dessus que les Etats membres *ont l'obligation*, au moment où ils transfèrent une partie de leurs pouvoirs souverains à une organisation internationale à laquelle ils adhèrent, *de veiller à ce que les droits garantis par la Convention reçoivent au sein de cette organisation une « protection équivalente »* à celle assurée par le mécanisme de la Convention »¹²⁷⁸.

Si bien esta obligación bien podría deducirse de la jurisprudencia del TEDH¹²⁷⁹ y de la misma CionEDH desde el asunto *M & Co. c. RFA*, su aplicación a un supuesto como el del caso *Gasparini*, en el que no hubo medida alguna de ejecución estatal, no está exenta de consecuencias. Y es que, como bien apunta REBASTI, ello permite a los demandantes que aleguen ante el Tribunal que la protección ofrecida por la organización internacional no es “equivalente” que la Corte se declare competente *ratione materiae*. En otras palabras, según la autora, el énfasis en la obligación de los Estados de garantizar a los

¹²⁷⁵ TEDH, *Bosphorus c. Reino Unido*, § 151.

¹²⁷⁶ *Ibid*, § 154. En el mismo sentido los asuntos del TEDH *Connolly c. 15 Estados de la UE* y *CPNK c. Países Bajos* ya referidos.

¹²⁷⁷ TEDH, *Waite y Kennedy c. RFA*, §§ 66-68. Un apunte muy necesario sobre esta sentencia lo realiza GAJA, quien subraya que aquí el Tribunal no comparó el mecanismo de protección de derechos fundamentales de la ESA con el de la CEDH, sino entre los sistemas de protección nacionales y la ESA (GAJA, G.: “The review by the...”, *loc. cit.*, p. 523).

¹²⁷⁸ TEDH, *Gasparini c. Italia y Bélgica*, p. 6, énfasis añadido.

¹²⁷⁹ *Cfr.*, p.e., el fragmento de la sentencia *Matthews c. Reino Unido* transcrito *supra*.

individuos una protección equivalente en las organizaciones internacionales a las que atribuyan sus poderes supone una doble expansión de la jurisdicción de la Corte. Por un lado, le permite responsabilizar *indirectamente* al Estado por los actos imputables a las organizaciones internacionales. Y por el otro, permite a los individuos demandar a *todos los Estados partes a la vez en el Convenio y en la organización internacional* cuyos actos se cuestionan¹²⁸⁰.

c) *¿Solución coherente o solución pragmática?*

A la vista de los elementos presentados, queda plantearse una última y necesaria pregunta antes de pasar a las sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad. La formularemos de la manera siguiente: ¿ofrece el TEDH una solución coherente con el resto de su jurisprudencia en sus sentencias sobre el “deber de vigilancia”?

Una respuesta extensiva a esta cuestión nos desviaría excesivamente de nuestro camino dado que, como hemos intentado ilustrar, la responsabilidad del Estado por la “falta de vigilancia” es una responsabilidad de geometría variable que depende de las circunstancias del caso¹²⁸¹. Además, ya hemos presentado algunos elementos que anticipan nuestra postura, por ejemplo, en relación con la sentencia del TEDH en *Gasparini c. Italia y Bélgica*. Por ello nos centraremos exclusivamente en aquellos supuestos en los que el Estado ejecuta una obligación de derecho secundario de la organización; es decir, en el resultado de la sentencia *Bosphorus c. Reino Unido*.

No cabe ninguna duda de cuál es el objetivo pretendido por el TEDH en este caso: no dañar excesivamente la cooperación internacional de los Estados fomentada a través de las organizaciones internacionales¹²⁸²; y más concretamente, evitar un enfrentamiento constante con el Tribunal de Luxemburgo. En palabras de JACQUÉ, “la solution de compromis retenue par la Cour constitue un moyen raisonnable d’assurer la coexistence

¹²⁸⁰ REBASTI, E.: “Corte Europea...”, *loc. cit.*, p. 76. En el mismo sentido, AYMERIC POTTEAU : « A propos d’un pis-aller: la responsabilité des Etats membres pour l’incompatibilité du droit de l’Union avec la Convention européenne des droits de l’homme », *RTDE*, Vol. 45, nº 4, oct-dec., 2009, pp. 697.

¹²⁸¹ Con más detalle, *Vid.* BENOÎT-ROMER, F.: « Bienvenu... », *loc. cit.*, pp. 36-37 ; POTTEAU, A.: “A propòs...”, *loc. cit.*, pp. 706-707.

¹²⁸² El otro objetivo más « escondido » es el de la evidente reducción de la carga de trabajo que consigue el Tribunal eludiendo el control de todos los actos de las organizaciones internacionales en las que sean partes los Estados del Consejo de Europa (ECKES, C.: « Does the European Court of Human Rights provide protection from the European Community ? – The case of *Bosphorus airways* », *EPL*, Vol. 13, nº 1, pp. 63-64).

pacifique des deux systèmes”¹²⁸³. Late aquí de fondo uno de los argumentos discutidos por REINISH a favor de la inmunidad de las organizaciones, el de su *debilidad operativa*¹²⁸⁴. De acuerdo con este razonamiento, las organizaciones internacionales precisan de un nivel mayor de “protección” frente a la intervención de los jueces que los Estados, pues al no disponer de plenitud de competencias, requieren la intervención de los Estados para hacer efectivas sus prescripciones. En este sentido, el TEDH busca proteger este interés, pero incluso así no se conforma con remarcar su incompetencia para revisar los actos decididos por las organizaciones internacionales. Por el contrario, evalúa los medios alternativos para proveer una solución a la violación que un demandante ante el Tribunal pudiera invocar: la responsabilidad *indirecta* del Estado, verdadera ficción jurídica¹²⁸⁵ de resultados prácticos provechosos.

Los criterios de la “equivalencia” y de la “deficiencia manifiesta” han sido severamente criticados por un sector doctrinal importante. Algunos subrayan el doble rasero con el que la Corte vigila a los Estados en función del origen de la violación del derecho fundamental, del propio Estado o de una organización internacional¹²⁸⁶. Es habitual también encontrar críticas relativas a uno de los alegados efectos de la jurisprudencia *Bosphorus*: la exclusión de las garantías judiciales del ámbito de jurisdicción del Tribunal. Así -se afirma-, en la medida en que una organización internacional ofrezca una protección equivalente de los derechos del individuo, el Tribunal se abstendrá de revisar la violación de las garantías procesales de un individuo para valorar si hubo “deficiencia manifiesta”¹²⁸⁷.

¹²⁸³ JACQUÉ, J.-P.: “L’arrêt...”, *loc. cit.*, p. 764.

¹²⁸⁴ REINISCH, A.: “International organizations...”, *loc. cit.*, p. 238.

¹²⁸⁵ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Unidad y pluralismo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Hacia un refuerzo de la autonomía del Derecho de la Unión frente al Derecho Internacional”, en RODRIGO, A. J.; GARCÍA, C. (Eds.): *Unidad y pluralismo en el derecho internacional público en la comunidad internacional*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 269.

¹²⁸⁶ CONFORTI, B.: « Le principe d’équivalence et le contrôle sur les actes communautaires dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », en VV.AA. (Eds.): *Human rights, democracy and the rule of law. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Nomos, Berlín, 2007, p. 179 ; DIPLA, H.: *La responsabilité de l’état pour violation des droits de l’homme : problèmes d’imputation*, Pedone, Paris, 1994, p. 96; EECKES, C.: “Does the European Court...”, *loc. cit.*, esp. pp. 57 y ss. y 65 y ss. *Contra*, la Opinión concordante del Juez RESS en *Bosphorus* (§ 2). JACQUÉ, más pragmático, sugiere que el doble estándar es “le prix à payer pour la reconnaissance de l’existence d’une organisation supranationale” (JACQUE, J.-P. : « L’arrêt *Bosphorus*... », *loc. cit.*, p. 765.

¹²⁸⁷ REBASTI, E.: “Corte europea...”, *loc. cit.*, p. 79. La aproximación del TEDH a la protección de los derechos humanos en el asunto *Bosphorus* bien parece confirmarlo. La objeción nos parece errónea. No apreciamos ninguna objeción a que, en el futuro, el Tribunal pueda determinar que un caso concreto se

Otros argumentos apuntan a la contradicción intrínseca del test de la “deficiencia manifiesta”. Y es que algunos autores consideran que el razonamiento del TEDH en *Bosphorus* es una *contradictio in terminis* clara: si por un lado el Tribunal se declara incompetente para revisar *ratione personae* las decisiones de las organizaciones internacionales que eventualmente pudieran violar derechos humanos, el as en la manga que se guarda el Tribunal con el ulterior análisis de la “deficiencia manifiesta” no es sino una declaración implícita de competencia¹²⁸⁸.

Una última objeción, que no por última es la menos importante, se refiere a la rigurosa carga de la prueba que el test de la deficiencia manifiesta supone para el individuo afectado. Como confirma el Tribunal en *Gasparini*, el individuo ha de demostrar ante el TEDH la existencia de una “contradicción *flagrante*” con las disposiciones de la CEDH¹²⁸⁹. El criterio es pues muy exigente con el demandante¹²⁹⁰. Prueba de ello es que, dejando aparte las circunstancias especiales del caso *Matthews c. Reino Unido*, (en el que se impugnaba un acto de derecho originario de la UE), nadie hasta ahora ha conseguido (1) ni que el TEDH considere que la protección de los derechos humanos ofrecida por una organización internacional no equivale a la europea; (2) ni mucho menos que en un caso concreto se concluyera que la protección ofrecida había sido “manifiestamente insuficiente”.

El pragmatismo del Tribunal es claro. A nuestro modo de ver, las soluciones pragmáticas pueden ser las menos malas de todas, siempre y cuando no haya otras mejores. Por ello, sin pretender menospreciar las incoherencias estructurales que acertadamente ha resaltado una abundante doctrina, somos partidarios de mantener esta fructífera versión

violaron las garantías judiciales del art. 6 CEDH por parte de una organización internacional en un supuesto del tipo *Bosphorus*.

¹²⁸⁸ BORGHI, A.: « La législation de l’Union européenne en matière de sanctions internationales et sa compatibilité avec les droits fondamentaux », *RTDH*, Vol. 76, octubre 2008, pp. 1120-1121.

¹²⁸⁹ En el mismo sentido, DOUGLAS SCOTT, S.: “A tale of two courts: Luxembourg, Strassbourg and the growing European human rights acquis”, *CMLRev*, Vol. 43, 2006, p. 638;

¹²⁹⁰ BORGHI, A.: “La législation...”, *loc. cit.*, p. 1121 ; CIAMPI, A. : « L’Union européenne et le respect des droits de l’homme dans la mise en œuvre des sanctions devant la Cour européenne des droits de l’homme », *RGDIP*, Vol. 110, nº 1, 2006, p. 100 ; DOUGLAS-SCOTT, S. : « Case note », *CMLRev*, Vol. 43, 2006, pp. 250 y 254 ; KLABBERS, J. : *Treaty conflict...*, *op. cit.*, p. 172. Este último autor acusa además al TEDH de mostrarse excesivamente “comunitarista” en *Bosphorus*. Quizás una lectura aislada de la respuesta del TEDH parezca confirmar las tesis del autor, pero si la apreciamos a la luz del conjunto más amplio de las relaciones del CEDH con otras organizaciones internacionales, como hemos hecho aquí, sus críticas no dejan de parecernos poco acertadas.

strasburguesa de la jurisprudencia *Solange* alemana¹²⁹¹ con una condición: que el *test* de la equivalencia eleve algo el rigor. Así, en la medida en que el Tribunal sea menos permisivo con las carencias estructurales del mecanismo de protección de los derechos humanos, nos parecerá totalmente comprensible una relajación del escrutinio de *cada* acto de la organización internacional, en aras de la cooperación internacional. Es una propuesta, claro está, *de lege ferenda*, que en el caso de la UE está por ver si sigue teniendo sentido cuando ésta se adhiera al CEDH¹²⁹².

d) Ombudsman y *deficiencia manifiesta: enigmas abiertos*

Realizadas estas diversas consideraciones previas que han pretendido profundizar en la naturaleza del “deber de vigilancia” del Estado y mostrar el estado actual de esta construcción jurisprudencial, podemos ya adentrarnos en materia de sanciones inteligentes y garantías judiciales. Como hasta el momento no ha habido pronunciamiento del TEDH en el asunto *Nada c. Suiza*¹²⁹³, realizaremos aquí únicamente una serie de consideraciones sobre el efecto que la introducción del *ombudsman* ha podido tener sobre la legalidad de las sanciones inteligentes Al-Qaeda/Talibanes.

¹²⁹¹ Algunos autores han matizado que la jurisprudencia *Solange II* difiere de la jurisprudencia *Bosphorus* en el sentido de que la presunción *iuris tantum* en la primera se refiere al sistema de protección de derechos *en general*, mientras que en la segunda opera *ad casum*; es decir, posibilita un análisis del caso concreto. Cita como ejemplo la sentencia *Honeywell Bremsbelag GmbH*, Sentencia de 26 de agosto de 2010, 2 BvR 2661/06 (CORTÉS MARTÍN, J. M.: “Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión: legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material”, *RGDE*, Vol. 22, noviembre 2010, <http://iustel.com>, visitado por última vez el 24 de noviembre de 2010, p. 6, nota al pie 20; LENAERTS, K.: “Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l’Union”, *CDE*, Vol. 45, n° 5-6, p. 714, nota al pie 17).

¹²⁹² En todo caso, no es fácil determinar *a priori* cómo se puede aumentar el nivel de exigencia; pues dependerá de factores varios como las competencias de la organización, el contexto en que se haya creado el mecanismo de protección de los derechos humanos juzgado “equivalente”, o la capacidad de influencia de los Estados partes en el CEDH para exigir una mejora en las carencias del mecanismo. No es lo mismo exigir una reforma que afecte a una organización europea, que hacerlo respecto de un órgano de las Naciones Unidas...

¹²⁹³ El Sr. Nada alega una violación de los arts. 5(1) y (3) –derecho a la libertad personal y a la seguridad, recurso judicial contra esta decisión–, el art. 8 (libertad de movimiento), y el art. 13 (derecho a un recurso efectivo). En otras palabras, no se plantea la demanda en términos de violación del derecho a la propiedad privada (Art. 1 del Protocolo Adicional 1º). Asimismo, el art. 6 CEDH no aparece en la demanda, entendemos que por encontrarse “subsumido” en la *lex specialis* del art. 5(3) CEDH. La centralidad del derecho a la libertad personal en esta demanda se explica por la situación personal del Sr. Nada, que recordemos se encuentra obligado a no salir de un espacio de 1.6 km² situado en Ticino En el link siguiente http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/07122010_blacklists.pdf (visitado por última vez el 25 de marzo de 2011) se encuentra disponible una copia de la solicitud de DICK MARTY para intervenir en la misma como tercera parte ante el TEDH. También se adjunta una copia de la respuesta negativa del Presidente del TEDH JEAN-PAUL COSTA, así como una replica del mismo DICK MARTY, solicitando que se tenga en consideración el interés de la Asamblea en tanto que representante de la ciudadanía de los Estados partes en el Consejo de Europa.

El TEDH ya ha tenido la oportunidad en *Behrami y Behrami y Saramati* de mostrar su gran deferencia al artículo 103 de la Carta. Como pudimos ver con anterioridad, en este caso el Tribunal de Estrasburgo coincidió en subrayar el papel esencial del Consejo en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional y derivó de ello una actitud abdicacionista hacia lo que provenga del Capítulo VII de la Carta¹²⁹⁴. Cualquiera que fueran los motivos formales del Tribunal en este caso¹²⁹⁵, no deja de ser cierto que esta postura del Tribunal contrasta con la mantenida en *Bosphorus*, a pesar de los esfuerzos del TEDH por diferenciar ambos casos¹²⁹⁶. Desde la perspectiva de este estudio, existen sin embargo motivos fundados para obviar el resultado de la sentencia *Behrami y Saramati* y “quedarnos” en *Bosphorus*, dado que esta última plantea un contexto jurídico totalmente idéntico al que aquí nos ocupa, valorando, como en el caso de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes, la legalidad de las sanciones ejecutadas por la UE pero decididas en última instancia sobre la base de los poderes coercitivos del Consejo¹²⁹⁷. Lo relevante para nosotros es, pues, que en *Bosphorus* el TEDH no hizo ninguna referencia a la primacía de la Carta al evaluar si hubo “deficiencia manifiesta” en la protección del derecho a la propiedad de la demandante por parte de las autoridades comunitarias¹²⁹⁸. No era necesario: aunque la medida sancionadora impugnada tenía su origen último en una resolución del Consejo de Seguridad, la técnica de la “falta de vigilancia” fue aplicada en las relaciones entre Irlanda y la *Unión Europea*. Es decir, la responsabilidad irlandesa se

¹²⁹⁴ KLEIN, P.: “Responsabilité pour les faits...”, *loc. cit.*, pp. 58-59 ; LAGRANGE, E. : « Responsabilité des États... », *loc. cit.*, pp. 101 y ss ; SICILIANOS, L. A. : « Entre multilatéralisme... », *loc. cit.*, pp. 392 y ss.

¹²⁹⁵ Entre otros, el que en *Behrami y Saramati* los actos no fueron cometidos en el territorio de los Estados miembros del Convenio (§ 151). Se aferra con ello el Tribunal a la noción de “espacio jurídico europeo”, vinculándolo en este caso con el problema –diferente– de la *imputabilidad* de los actos de organizaciones internacionales a los Estados. Este argumento ha sido tachado, entre otros, de “sorprendentemente formal” (DE BÚRCA, G.: “The European Court of Justice...”, *loc. cit.*, p. 16). Desde una perspectiva parcialmente diferente, se ha subrayado, no sin acierto, que el Tribunal, más que mostrar que el Convenio cede ante la Carta, ha pretendido *evitar* el conflicto por todos los medios posibles, aferrándose a una interpretación particularmente formalista de la relación jurídica entre los Estados demandados y la KFOR (MILANOVIC, M.: “Norm conflict...”, *loc. cit.*, p. 86).

¹²⁹⁶ TEDH, *Behrami y Behrami y Saramati*, § 15. El 9 de junio de 2010 tuvo lugar la audiencia ante la Gran Sala del TEDH en los asuntos *Al-Jeddah c. Reino Unido* y *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*. Si bien el primer caso plantea la problemática de la aplicación extraterritorial del CEDH, el primero además abarca la cuestión de la aplicabilidad del art. 103 de la Carta a las operaciones autorizadas por el Consejo de Seguridad (Aps. n° 27021/08 y 55721/07, respectivamente).

¹²⁹⁷ CIAMPI, A.: “The potentially competing jurisdiction of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU...*, *loc. cit.*, p. 127; DOUGLAS-SCOTT, S.: « Case note... », *loc. cit.*, p. 253; EECKES, C. : « Does the European Union... », *loc. cit.*, pp. 60-61; KLEIN, P.: “Responsabilité...”, *loc. cit.*, pp. 57-58. Está claro, como argumenta JACQUÉ, que la omisión no es casual (JACQUÉ, J.-P.: “L’arrêt *Bosphorus*...”, *loc. cit.*, p. 760).

¹²⁹⁸ MILANOVIC, M.: “Norm conflict...”, *loc. cit.*, p. 123. *Vid.* también Cap. VIII, § III.2.

evaluó en tanto que este país *se había adherido* a una organización internacional que adoptaba medidas que violaban ciertos derechos reconocidos en el Convenio; las cuales a su vez, es verdad, procedían en última instancia de resoluciones del Consejo de Seguridad. Pero no hay estrictamente hablando responsabilidad *por ejecutar* una resolución del Consejo.

Ya nos hemos ocupado con anterioridad de la aplicabilidad del artículo del CEDH al caso que nos ocupa. Efectivamente, en el capítulo V estudiamos la manera en que las sanciones inteligentes violaban los estándares internacionales en materia de garantías judiciales y derecho a un recurso efectivo previamente analizados en los capítulos III y IV. Nuestras únicas reservas concernían a la aplicabilidad del artículo 6 CEDH a unas medidas de pretendidos fines preventivos. Como pudimos anticipar, existe una jurisprudencia del TEDH que se muestra bastante cauta respecto de la posibilidad de extender la protección ofrecida por el derecho a un proceso equitativo a las medidas provisionales (en algunos casos, poco provisionales) ejecutadas por los Estados miembros en el curso de procedimientos civiles y penales. No obstante, enfatizamos la gran diferencia que separa a las sanciones inteligentes financieras de los casos analizados, dado que ésta tenía su origen sobre todo en la conjunción de dos elementos particulares de nuestro caso: ausencia total y absoluta de un juez independiente y bloqueo *indefinido* de *todos* los fondos de los individuos y entidades listados. De esta manera, hemos encontrado aquí también elementos que nos permiten aportar una respuesta garantista al problema de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes, solución satisfactoria que al mismo tiempo se enraíza en la fértil jurisprudencia del TEDH.

Recordemos de todas maneras que, después de la sentencia *Gasparini*, por “equivalente” hemos de entender aquel mecanismo internacional de protección de los derechos humanos que no ofrezca una “insuficiencia manifiesta”. El criterio es muy exigente, pues para incurrir en responsabilidad internacional por violación del CEDH, la contradicción con la Convención ha de ser “flagrante”. ¿Es éste nuestro caso?

Todo dependerá de si el Tribunal aprecia el vaso medio lleno o medio vacío. Desde la perspectiva que hemos intentado transmitir en estas páginas, el vaso se encuentra aún más vacío que lleno. Lo hemos subrayado constantemente: la introducción del *ombudsman*, cuya eficacia aún es pronto para discutir, no paliará el mayor defecto del mecanismo de sanciones Al-Qaeda/Talibanes. Y es que en el Comité de Sanciones la

justicia ni se hace, ni parece que se hace. Los Estados siguen siendo los dueños de la propiedad y de la libertad de movimiento de varios cientos de personas y entidades sin ningún juez imparcial e independiente que los vigile. La única solución pasa, en definitiva, por la introducción de un mecanismo de revisión formado por expertos independientes que ofrezca una serie de garantías mínimas de transparencia, objetividad e imparcialidad.

III. EL RESULTADO FINAL: O LA REFORMA O LA CACOFONÍA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

Si finalmente ni las Naciones Unidas ni los Estados son responsabilizados internacionalmente de las violaciones de las garantías judiciales derivadas de la ejecución de las sanciones inteligentes, serán los jueces nacionales los que darán el paso y buscarán medios alternativos para condenar a los Estados. De esta manera, los estándares constitucionales de protección de los derechos humanos son el soporte último de una incipiente descentralización del sistema de inclusión/exclusión de nombres de la lista.

III.1. La tímida descentralización del Comité de Derechos Humanos en *Sayadi y Vinck*

No sólo alguna decisión de algún tribunal nacional que enseguida veremos se ha aventurado por ese camino (insistimos, dejando aparte al TJUE). El mismo Comité de Derechos Humanos ha contribuido indirectamente a ello. En efecto, en la comunicación *Sayadi y Vinck* el órgano convencional no condenó a Bélgica por violar el artículo 14 del PIDCP (derecho a las garantías judiciales), sino por restringir injustificadamente la libertad de movimientos de los demandantes (artículo 12 PIDCP). El Comité no consideró que las sanciones inteligentes constituyeran una “acusación penal” en el sentido del artículo 14, porque las garantías del proceso penal no eran aplicables al caso. Pero por el contrario, el Comité sí apreció la aplicabilidad de las garantías de los procesos civiles al caso concreto¹²⁹⁹. Además, también se pronunció sobre la protección del derecho a un recurso efectivo (artículo 2(3) PIDCP).

¿Por qué no se condenó a Bélgica en virtud de ambas disposiciones? Desde luego, no fue porque el Comité no considerara que los procedimientos del Comité de Sanciones respetan las garantías mínimas de esa disposición. La razón ha de buscarse en otro lugar.

¹²⁹⁹ CDH, *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, §§ 10.9-10.11.

Más concretamente, en el respeto de las garantías judiciales por parte del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas que abrió la investigación contra el matrimonio belga¹³⁰⁰.

La explicación para este extraño resultado es que el CDH vincula recurso efectivo a nivel nacional con la inclusión de la lista a nivel internacional: si hay un tribunal nacional que revise si el afectado se ha involucrado en actividades terroristas en el sentido indicado por las resoluciones del Consejo de Seguridad, no hay violación ni del artículo 14 ni del artículo 2(3) del PIDCP. En consecuencia, uno podría pensar que esta comunicación aporta una contribución relevante a la descentralización de los procedimientos del Comité Al-Qaeda/Talibanes: en la medida en que los tribunales nacionales ofrezcan las garantías judiciales básicas, el Estado no violará las disposiciones “procesales” del Pacto, ya que de esa forma se suplen las carencias del procedimiento ante el Comité de Sanciones.

Sin embargo, un análisis profundo de la decisión ofrece conclusiones más matizadas. Y es que si tenemos en cuenta las circunstancias concretas del caso y cómo fueron interpretadas por el Comité, se aprecia un desajuste temporal entre la protección del derecho a un recurso efectivo por un tribunal nacional y el procedimiento de inclusión en la lista. En efecto, los Sres. Sayadi y Vinck fueron incluidos en la lista *antes* de la conclusión de las investigaciones judiciales a nivel nacional, aparentemente por decisión del ejecutivo belga. Este hecho en sí no fue considerado por el Comité como una violación del derecho a un recurso efectivo. Por el contrario, el simple decreto por el Tribunal de Bruselas de dos autos exigiendo al gobierno belga ofrecer protección diplomática a los afectados ante el Comité de Sanciones fue considerado suficiente para evitar una violación del artículo 2(3) PIDCP (¿por qué, entonces, se le “condena” a Bélgica a adoptar todas las medidas posibles para que se supriman de la lista de sanciones sin demora?).

Esta conclusión es insostenible por dos motivos principales. El primero se refiere a la *inclusión en la lista*: la comunicación no sólo posibilita proponer un nombre para la lista sin una decisión *final* de un juez u otro órgano investigador independiente, sino que lo permite independientemente del estado de desarrollo de la instrucción y del acuerdo del juez nacional con la medida. Recordemos que en el caso concreto se archivó la causa contra el matrimonio *Sayadi-Vinck* tres años más tarde de haberse iniciado las investigaciones. De esta manera, un Estado podrá violar el artículo 12 (libertad de

¹³⁰⁰ CDH, *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, § 10.11.

movimiento) por proponer un nombre para la lista sin haber verificado judicialmente la oportunidad de la propuesta, *pero no violará los artículos 14 y 2(3)*.

El segundo argumento, relacionado con el anterior, se refiere a la *retirada de la lista*. Y es que el Comité considera superficialmente que la simple remisión de dos autos al gobierno belga en los que se solicita la exclusión de la lista es suficiente a efectos de los artículos 14 y 2(3) del PIDCP. Es decir, que basta con un recurso “dentro de las competencias del Estado parte, que [trate] de darles curso haciendo dos peticiones de exclusión”¹³⁰¹. Esto es así sin necesidad de introducirse en valoraciones sobre la efectividad práctica de las iniciativas formales adoptadas por el juez nacional.

En resumen: el Comité desvincula por un lado las garantías judiciales del procedimiento de *inclusión* en la lista; y por el otro justifica su falta de efectividad en el procedimiento de *retirada* de la lista. La conclusión final es que, a juicio del Comité, es perfectamente posible que un Estado ejecute las sanciones inteligentes sin recurso judicial efectivo alguno y no viole con ello los artículos 14 y 2(3) del Pacto. Para ello bastará con que un Tribunal interno dicte autos solicitando a su gobierno que interceda por los afectados ante el Comité de Sanciones. Comparando el resultado del caso con la doctrina del TPI en la sentencia *Ayadi* (donde el Tribunal europeo se “inventó” un deber de los Estados de la UE de ejercitar la protección diplomática en el Consejo de Seguridad), la diferencia de razonamientos teóricos entre ambos órganos no se traduce en propuestas prácticas muy diferentes. Si este modo de ver las cosas es acertado, entonces el paso adelante a favor de la descentralización del mecanismo adoptado por el Comité es en la práctica un avance tímido, un desarrollo a apreciar más como un posicionamiento de principio que como un ejemplo de protección efectiva del derecho a las garantías judiciales.

III.2. La opción dualista ante la Corte Suprema británica

La sentencia de la nueva Corte Suprema en *A, Q y otros c. HM Treasury*¹³⁰² se aferra al dualismo como medio de suplir las carencias del régimen Al-Qaeda/Talibanes.

¹³⁰¹ *Ibid*, § 10.9.

¹³⁰² CS, *Her Majesty's Treasury (Respondent) v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC) (Appellants) Her Majesty's Treasury (Respondent) v Mohammed al-Ghabra (FC) (Appellant) R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) v Her Majesty's Treasury (Appellant)*, sentencia de 27 de enero de 2010,

Pero antes de nada hay que anotar que esta sentencia ha de ser entendida como una defensa no tanto del derecho a un proceso equitativo o del derecho a la propiedad privada, sino de la equilibrada separación de poderes en el sistema político británico. En efecto, los argumentos basados en la violación de derechos fundamentales de los individuos listados son tenidos en cuenta desde la perspectiva de la intromisión en el ejercicio de poderes parlamentarios por el ejecutivo británico.

El caso tiene su origen en las congelaciones adoptadas bajo dos regímenes jurídicos diferentes. Por un lado, se encuentra la congelación de bienes de una serie de individuos listados en virtud de las Ordenanzas Terroristas (*Terrorist Orders*, TO)¹³⁰³. Dichos textos ejecutaban el mandato de la resolución 1373 (2001) de que los Estados “congelen sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión (...)”¹³⁰⁴. La legislación británica parecía, sin embargo, ir más lejos de lo exigido por la resolución 1373, tal y como quedó fijado en la Ordenanza de 2006. Así, el artículo 4 de la misma establecía que:

- (1) Where any condition in paragraph (2) is satisfied, the Treasury may give a direction that a person identified in the direction is designated for the purposes of this Order.
- (2) The conditions are that the Treasury have reasonable grounds for suspecting that the person is or *may be* –
 - (a) a person who commits, attempts to commit, participates in or facilitates the commission of acts of terrorism;
 - (b) a person identified in the Council Decision;
 - (c) a person owned or controlled, directly or indirectly, by a designated person; or
 - (d) a person acting on behalf of or at the direction of a designated person..
- ...
- (4) The Treasury may vary or revoke a direction at any time¹³⁰⁵.

[2010] UKSC 2. Al igual que hace la misma Corte Suprema en su razonamiento, guardaremos la terminología empleada por la Corte Suprema de Apelaciones (*Supreme Court of Appeals*), donde se mantuvo el anonimato de los apelantes. Para el anecdotario, esta sentencia es la primera de esta recién estrenada Corte Suprema británica.

¹³⁰³ Las ordenanzas son las siguientes: *Terrorism (United Nations Measures) Order* 2001 (SI 2001/3365), de 9 de octubre de 2001; sustituida por la *Terrorism (United Nations Measures) Order* 2006 (SI 2006/2657), de 11 de octubre de 2006, sustituida a su vez por la *Terrorism (United Nations Measures) Order* 2009 (SI 2009/1747), de 8 de Julio de 2009. Cada una de ellas establecía sus propios criterios para determinar en qué medida un individuo puede ser objeto de una congelación de fondos.

¹³⁰⁴ S/RES/1373/2001, § 1(c).

¹³⁰⁵ Énfasis añadido.

Como la problemática jurídica de fondo planteada por esta legislación es similar a la ofrecida por la sentencia del TPI europeo en *Organización de Mujahedines del Pueblo de Irán*, evitaremos aquí pronunciarnos sobre esta parte del problema discutido por la Corte Suprema. Nos centraremos por ende en las cuestiones relativas a “G” y a “HAY”, dos individuos listados por el Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes. En el primer caso, el origen de la demanda de inclusión en la lista es conocido, pues fue el mismo Reino Unido el proponente en el Consejo de Seguridad (algo que el afectado tardó unos tres meses en saber). En el segundo caso, se trataba de un ciudadano egipcio residente desde hacía años en Londres, que a pesar de sus solicitudes a las autoridades británicas, nunca supo qué Estado propuso su inclusión en la lista del Comité Al-Qaeda/Talibanes.

El Reino Unido implementa la lista a través de la Ordenanza *Al-Qaeda/Talibanes* (AQTO), cuya última versión data de 16 de noviembre de 2006¹³⁰⁶. El mecanismo establecido por esta normativa permite la inclusión en la lista (británica) de Osama bin Laden, así como cualquier persona designada por el Comité de Sanciones u otra que lo haya sido por las autoridades del Tesoro británico. La normativa fue aprobada por el gobierno británico en aplicación de la *Ley de Naciones Unidas* (United Nations Act) de 1946, cuyo artículo 1(1) faculta a la autoridad gubernamental del país a aplicar las medidas aprobadas por el Consejo de Seguridad en ejecución de las resoluciones *ex* artículo 41 de la Carta. Y lo permite en la medida en que sea “necesario” o “conveniente” (*expedient*).

Previamente a la Corte Suprema, el caso de “G” había sido resuelto en primera instancia por un Tribunal administrativo¹³⁰⁷, cuya sentencia había sido pronunciada antes incluso de que el Abogado General POIARES MADURO hiciera públicas sus conocidas (y revolucionarias) conclusiones en el asunto *Kadi* ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. En ella se había decretado la anulación de las dos Ordenanzas (la del régimen 1373 y del régimen Al-Qaeda/Talibanes del Consejo de Seguridad) por violación de las garantías judiciales de los individuos afectados, tomando para ello la protección de este derecho ofrecida por el sistema jurídico británico.

¹³⁰⁶ Al-Qaida and Taliban (United Nations Measures) Order 2006, de 15 de noviembre de 2006,

¹³⁰⁷ Corte Suprema, *Her Majesty's Treasury (Respondent) v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC) (Appellants) Her Majesty's Treasury (Respondent) v Mohammed al-Ghabra (FC) (Appellant) R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) v Her Majesty's Treasury (Appellant)*, sentencia de 27 de enero de 2010, [2010] UKSC 2, § 18.

Posteriormente, la Corte Suprema de Apelaciones (*Supreme Court of Appeals*) adoptó una visión más moderada que anulaba las Ordenanzas únicamente en lo que respecta al demandante. La sentencia fue pragmática, en la medida en que la ausencia de recurso judicial efectivo se intentó suplir con un recurso judicial *ad hoc*. Como el tribunal británico no parecía muy seguro de las posibilidades del poder judicial británico para revisar los nombres de personas y entidades con pruebas obtenidas por otros Estados, concluyó simplemente que “G” “should be put in a position to challenge his inclusion in the list, although “how the system will work in a particular case will depend upon the circumstances”¹³⁰⁸. Es decir, que en el caso concreto la supervisión judicial de la inclusión en la lista “británica” era posible porque se sabía que era el Reino Unido el país que había propuesto el nombre en el Comité de Sanciones; otra cosa sería cuando fuera otro Estado el proponente.

Como hemos anticipado, las diferentes opiniones de los Lores de la Corte Suprema se centraron en la competencia del ejecutivo británico para adoptar el artículo 3 de la AQTO, estableciendo así un mecanismo de ejecución de las sanciones que, a pesar de su innegable intromisión en los derechos de los particulares, evadía por completo todo control parlamentario. Más concretamente, la cuestión era determinar si un mecanismo de tales características se encontraba implícitamente permitido por la *United Nations Acts* de 1946.

Seis de los siete Lores concluyeron que la AQTO era ilegal. No podía ser menos, dado que “if the rule of law is to mean anything, decisions as to what is necessary or expedient in this context cannot be left to the uncontrolled judgment of the executive”¹³⁰⁹. Por ello, se enfatizó de manera casi unánime que derogaciones tan extensivas de derechos humanos como las cuestionadas ante la Corte no pueden realizarse mediante legislaciones que no lo autoricen expresamente. A este respecto, la única opinión contraria fue la de Lord BROWN, quien negó el “argumento dualista” para interpretar la Ley de 1946 en el sentido de exigir una ejecución inmediata de la lista del Comité Al-Qaeda/Talibanes. Donde otros argumentaban que el artículo 103 no dice nada sobre las relaciones entre la Carta y la protección nacional de los derechos humanos¹³¹⁰, él enfatizó la diferencia entre la posición del Reino Unido y la de la Unión Europea en la sentencia *Kadi*: “The UK’s

¹³⁰⁸ UK Court of Judicature, *A, Q et al vs HM Treasury*, § 120.

¹³⁰⁹ Opinión de Lord HOPE, a la que se adhirieron Lord WALKER y Lady HALE, § 45.

¹³¹⁰ Opinión de los Lores HOPE, WALKER y Lady HALE, § 11.

position as a member state is quite different. Not merely was the UK entitled to introduce this asset-freezing scheme in respect of those designated by the Sanctions Committee; it was (under international law) bound to do so”¹³¹¹. La perspectiva monista de este Lord británico es clara a la lectura de este fragmento. Ahora bien, no por ello oculta el Juez las “traumáticas” consecuencias que originan las sanciones del Consejo: “I accept, of course, that the regime introduced by the Al-Qaida Order is “contrary to fundamental principles of human rights” (to use Lord Hoffmann’s phrase in *Simms*). But that was the inevitable consequence of implementing Resolution 1267”¹³¹².

A pesar de que la problemática del asunto planteado ante la Corte Suprema giró más bien en torno al sistema británico de pesos y contrapesos en la ejecución de las resoluciones del Consejo de Seguridad, no pueden pasar desapercibidas los pronunciamientos de principio sobre diversas cuestiones jurídicas que hemos venido estudiando a lo largo de nuestro trabajo. Y es que los demandantes afectados por las listas negras invocaron, *además* del carácter *ultra vires* de las Ordenanzas gubernamentales ya citadas, su ilegalidad primero a la luz de la legislación británica en materia de derechos humanos, y luego en virtud de la CEDH. Por ello los jueces se debieron posicionar sobre temas como la primacía de la Carta o el modo en que los poderes del Consejo se encuentran limitados.

Nos centraremos en la cuestión de los poderes del Consejo de Seguridad. Sobre la primacía de la Carta, la opción generalizada era la de esperar a que el TEDH se pronuncie en el asunto *Al-Jedda*, que tras la sentencia de la *Cámara de los Lorens* fue recurrida en Estrasburgo.

Para comenzar, Lord HOPE (a quien se adhirieron Lord WALKER y Lady HALE) consideraron en qué medida el artículo 103 de la Carta puede imponer a los Estados la obligación de violar ciertos derechos fundamentales de los individuos. Primero, enfatizaron que el artículo 103 no afirma nada sobre las relaciones entre la Carta y la protección *nacional* de los derechos humanos. Ahora bien, en lo que respecta a los límites que los derechos humanos oponen al Consejo de Seguridad, se muestran más cautos. Y es que, a pesar de reconocer la importancia del artículo 55(c) de la Carta (promoción de los derechos humanos), se resignaron a reconocer que la obligación del artículo 25 de la Carta es

¹³¹¹ Opinión de Lord BROWN, § 203

¹³¹² *Ibid.*

“incondicional”. Además, la norma de este artículo “leaves it to the Security Council to judge whether the measures that it decides upon are consistent with the objects [*sic*] of the Charter¹³¹³. De esta manera –a nuestro juicio, equivocadamente- otorgan única y exclusivamente al Consejo la *kompetenz-kompetenz*, la competencia absoluta para determinar si las resoluciones del Consejo son *intra vires*.

La opinión de Lord PHILLIPS es más matizada. Apuntando a lo decidido por el TPI en la saga de sentencias *Yusuf*, reafirma con acierto que la ejecución nacional de las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad depende de la legalidad de las resoluciones del Consejo. Así, interpreta de manera extensiva la jurisdicción de los tribunales nacionales para decidir principalmente si el Consejo ha violado el *ius cogens*¹³¹⁴. De llegarse a tal conclusión, la *United Nations Act* de 1946 no permitiría la ejecución de la obligación internacional. Junto a ello, también enlaza Derecho internacional con legislación nacional a la hora de interpretar la misma *United Nations Act*. Y es que, a la pregunta de si esta normativa permite la ejecución nacional de resoluciones del Consejo que pudieran violar los derechos humanos del individuo, el citado juez invoca el artículo 1(3) de la Carta como argumento para limitar los poderes del ejecutivo británico¹³¹⁵.

Por último, Lord MANCE no sólo reitera la especial vinculación entre Carta y derechos humanos, sino que deja abierta la puerta del margen de discrecionalidad de los Estados para ejecutar las sanciones Al-Qaeda/Talibanes mediante procedimientos judiciales: “it is open to question at an international level how far the United Nations Security Council Resolutions can have been intended either to require member states to enact domestic legislation that would violate fundamental principles of human rights under their domestic constitutions or laws or to exclude domestic review of the compatibility of such legislation with such rights”¹³¹⁶. De todas las resoluciones judiciales que hemos analizado ya en este trabajo, es ésta posiblemente la opinión que va más lejos en la protección de las garantías judiciales del individuo. No obstante, su resultado ha de ser contrastado con la opinión del Consejo de Seguridad que, como hemos tenido la oportunidad de apreciar, ha insistido en la exclusividad de sus poderes de revisión de las listas negras antiterroristas; es decir, que el Consejo no quiere dejar a los tribunales de los

¹³¹³ Opinión de los Lores HOPE, WALKER y Lady HALE, § 11.

¹³¹⁴ Opinion de Lord PHILLIPS, § 151.

¹³¹⁵ *Ibid*, § 154.

¹³¹⁶ Opinión de Lord MANCE, § 246.

Estados miembros ningún margen de discrecionalidad para revisar eficazmente la inclusión de nombres en la lista. A no ser, como defendimos en su momento, que otorguemos una significación sustantiva a la obligación de ejecutar las resoluciones “de acuerdo con la Carta y el derecho internacional de los derechos humanos” que el mismo Consejo recuerda constantemente a los Estados.

* * *

O la reforma o la cacofonía de los Tribunales nacionales. Mientras el Consejo de Seguridad no cree un mecanismo propio de revisión de las sanciones, serán los tribunales nacionales los que adoptarán ese papel¹³¹⁷. Ciertamente, diversos elementos apuntan a la “irresponsabilidad” internacional *directa* del Estado causada por las violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos originadas por las sanciones inteligentes. El lenguaje de la cláusula “medidas preventivas” insertado en recientes resoluciones apunta en este sentido, aunque finalmente hayamos defendido una interpretación alternativa de las resoluciones que opera en sentido contrario. En otras palabras, varios elementos apuntan a un *statu quo* en el que, o se desafía el correcto ejercicio por el Consejo de sus poderes y/o se acude al *ius cogens*, o el artículo 103 evitará cualquier veleidad revisionista. Sin embargo, tanto el Comité de Derechos Humanos como varios jueces nacionales (a los que añadiremos más adelante el Tribunal de Luxemburgo) no han dudado en hacer frente a las extensivas interpretaciones que el ejecutivo de Naciones Unidas ha hecho de sus poderes. Para ello se han anclado en dos soportes posibles: las vías indirectas que ofrece el derecho de la responsabilidad internacional del Estado (*Sayadi y Vinck*) y los estándares internos de protección de los derechos humanos (*A, Q y otros c. HM Treasury*). De este modo, se ofrece una salida menos mala al problema originado: la descentralización progresiva del mecanismo de revisión de las sanciones mediante una “estructura plural”¹³¹⁸. Se pierde en eficacia a corto plazo, pero se gana en legitimidad y,

¹³¹⁷ Cfr. por todos, FRANCONI, F.: “*Kadi and the vicissitudes...*”, *loc. cit.*, pp. 25 y ss.

¹³¹⁸ KANETAKE, M.: “Enhancing community accountability...”, *loc. cit.*, p. 164. Sobre esta incipiente descentralización *vid.* también TZANAKOPOULOS, A.: “United Nations sanctions...”, *loc. cit.*, pp. 249 y ss. De manera más general, *vid.* WELLENS, K.: “Fragmentation of international law and establishing an accountability regime for international organizations: the role of the judiciary in closing the gap”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, Summer 2004, esp. pp. 21 y ss. Claramente, la opción ideal es la centralizada (ILA: “Accountability...”, *loc. cit.*, pp. 34 y ss.).

por ende, en eficacia a largo plazo¹³¹⁹, pues a fin de cuentas, la legitimidad *percibida* es el lazo que mantiene unidos paz y seguridad internacional y justicia¹³²⁰.

¹³¹⁹ BOTHE, M.: “Security Council’s targeted sanctions...”, *loc. cit.*, pp. 554-555.

¹³²⁰ ABI-SAAB: “The Security Council as legislator...”, *loc. cit.*, pp 109 y ss.; FROWEIN, J. A.: “Issues of legitimacy...”, *loc. cit.*, p. 126; KOSKENNIEMI, M.: “The police in the temple...”, *loc. cit.*, pp. 18-19.

***PARTE III – LAS LISTAS NEGRAS ANTITERRORISTAS EN LA
UNIÓN EUROPEA***

CAPÍTULO VII: LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES INTELIGENTES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. ASPECTOS GENERALES

INTRODUCCIÓN

Transcurridos casi diez años desde los atentados del 11 de septiembre, el interés doctrinal por las dificultades originadas por las listas negras en la Unión Europea goza todavía de una considerable buena salud. Ciertamente es que el punto álgido lo constituyó el período inmediatamente posterior a la sentencia *Kadi (II)* del Tribunal de Justicia, pero desde el punto de vista más sustantivo de la protección de los derechos fundamentales de los individuos listados por el Consejo de Seguridad, la sentencia *Kadi (II)* no ha supuesto una revolución en materia de garantías judiciales y del procedimiento sancionador. Lo relevante es que por primera vez se aplicaron dichas garantías a los individuos listados por el Consejo de Seguridad. Pero en cuanto al contenido de éstas, *Kadi (II)* no es sino una sentencia más en una línea jurisprudencial iniciada con la sentencia *Organización de Mujahedines del Pueblo de Irán*, en la que el TPI asentó por primera vez de manera exhaustiva las garantías de las que todo individuo incluido en una lista negra europea ha de beneficiarse. Una parte importante del trabajo ya estaba hecho.

Ello no quiere decir, ni mucho menos, que el debate se terminara en *Kadi (II)*. Aún más, la complejidad de los mecanismos de las listas negras mantiene la viveza de la controversia gracias a los múltiples frentes que se han abierto tras solucionar el Tribunal de Justicia la problemática cuestión de la posición de la Carta en el ordenamiento jurídico europeo. De la cuestión troncal de la autonomía se ha pasado a valorar otros elementos, ciertamente no tan fundamentales como aquella, pero suficientemente interesantes, como las relaciones entre los procedimientos nacionales de proposición de nombres y la decisión europea de incluir un nombre en la lista, el alcance *ratione personae* de las sanciones o los posibles efectos de la inclusión en una lista negra antiterrorista sobre el reconocimiento del estatuto de refugiado. Por no hablar de los interrogantes que plantea la relación entre las nuevas bases jurídicas establecidas por el Tratado de Lisboa (los artículos 75 y 215 TFUE), cuestionada por el Parlamento Europeo en una demanda pendiente de solución ante el Tribunal de Justicia.

Esta última problemática de las bases jurídicas engarza con otro de los puntos conflictivos del “prisma de las sanciones inteligentes” enfocado con la “luz europea”: el problema de los pilares. Por definición, la lucha contra el terrorismo suponía un desafío a la vieja arquitectura de la Unión abandonada en Lisboa, abarcando tanto aspectos que requerían una doble acción en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y de la Comunidad Europea (la ejecución de sanciones decididas por el Consejo de Seguridad), como otros que apelaban a la Cooperación Penal y Judicial en materia Penal – CPJP- (la adopción de medidas de cooperación policial contra organizaciones que operan en el ámbito europeo). Como se suele plantear a menudo, la implicación de la PESC se debía a la dimensión *exterior* del terrorismo que opera fuera de las fronteras de la Unión, mientras que la CPJP intervenía desde la perspectiva del terrorismo *interior* a dichas fronteras¹³²¹.

La separación entre ambas categorías a efectos de elaborar listas negras no dejaba de resultar igual de cuestionable que la separación en pilares de la arquitectura constitucional de la Unión, tanto más cuanto que las garantías jurídicas aplicables al procedimiento sancionador variaban en función de que el acto de origen se incardinara en el primer, segundo o tercer pilar. Pronto se puso en evidencia la necesidad de que las futuras reformas de los tratados adoptaran una perspectiva global de las listas negras antiterroristas, a fin de que la base jurídica de la medida no predeterminara el conjunto de garantías procedimentales y judiciales aplicables al caso: fueron sobre todo las sentencias *Segi* y *Gestoras Pro Amnistía* del Tribunal de Justicia las encargadas de ello¹³²². Actualmente, varias disposiciones de los Tratados, en la configuración actual tras la reforma de Lisboa, ofrecen motivos de satisfacción al hacer referencia a las “disposiciones necesarias en materia de garantías judiciales”.

Presentados estos argumentos que justifican un enfoque “europeo” del debate sobre la legalidad de las listas negras antiterroristas, se comprenderá mejor cómo el delicado equilibrio entre valores (seguridad y garantías judiciales) se puede ver predeterminado por las dificultades técnicas inherentes al ordenamiento jurídico europeo. Dejaremos para el próximo Capítulo la más discutida de todas ellas: la relación entre Derecho internacional,

¹³²¹ Cfr. por todos el recomendable trabajo de CREMONA, M.: “EC competence, ‘smart sanctions’ and the Kadi case”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S.: *Challenging...*, *op. cit.*, p. 81.

¹³²² TJCE, *Segi y otros c. Consejo*, sentencia de 27 de febrero de 2007, C-355/04P; y *Gestoras pro Amnistía c. Consejo*, misma fecha, C-354/04P.

Carta de las Naciones Unidas y ordenamiento jurídico europeo. Y es que antes de ello es absolutamente necesario realizar una presentación general del mecanismo de recepción de sanciones en la UE, así como plantear diversas inquietudes relativas a la base jurídica de las mismas. Es verdad que este último problema, ampliamente discutido a nivel jurisprudencial, ha sido superado por la reforma de Lisboa. Ello no obstante, creemos imprescindible hacerle referencia, aunque no sea muy extensa, porque las complejidades derivadas de la antigua articulación de la UE en pilares siguen perennizándose en el sistema actual de listas separadas en función de la Posición Común de origen y la resolución del Consejo de Seguridad que las fundamenta en última instancia.

Razones sistemáticas abogan por dedicarnos a estas necesarias cuestiones preliminares en un Capítulo separado. La exhaustividad del análisis será algo menor, con el fin de poder centrarnos mejor en los aspectos más relevantes del “prisma de las sanciones inteligentes” enfocado con la “luz” del Derecho de la UE, que estudiaremos en los Capítulos VIII y IX.

I. LA PROLIFERACIÓN DE LISTAS NEGRAS EN LA UNIÓN EUROPEA

El marco jurídico de las “listas negras” antiterroristas ha alcanzado en el ordenamiento jurídico comunitario cotas de complejidad extremas, tanto desde el punto de vista de la técnica legislativa, como de los mecanismos utilizados para la elaboración de algunas de estas listas. Ello se explica no sólo por su emplazamiento en la intersección entre pilares; también por la necesidad de una interacción permanente entre las instituciones europeas, los Estados y el Consejo de Seguridad, a fin de elaborar y mantener actualizadas y operativas las listas de personas y entidades relacionadas con el terrorismo. La cuestión se complica todavía más por el fenómeno de diversificación de listas, lo que hasta la sentencia *Kadi (II)* del Tribunal de Justicia significó la existencia de tres procedimientos diferentes, dotados de garantías administrativas y judiciales de variable contenido.

En este apartado explicaremos con cierto detalle esta multiplicidad, pero antes son necesarias dos advertencias previas. Primero, que el estudio de ciertos elementos del régimen jurídico sancionador de la Unión no será llevado a cabo con tanta exhaustividad como hicimos en el Capítulo I respecto del procedimiento del Comité Al-Qaeda/Talibanes,

dado que ello carece de sentido. Es evidente que la lista Al-Qaeda/Talibanes, implementada en la Unión por el Reglamento nº 881/2002 del Consejo¹³²³ (con sus numerosas actualizaciones), responde a los ámbitos de aplicación *ratione materiae*, *personae* y *loci* del régimen sancionador del Consejo de Seguridad. Pero también el régimen establecido por el Reglamento nº 2580/2001¹³²⁴ (con origen en la legislativa resolución 1373 del Consejo de Seguridad) se basa en conceptos muy similares a los del primero, conceptos a menudo estandarizados en Informes del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), o en prácticas del mismo Consejo de Seguridad comunes al Comité Al-Qaeda/Talibanes y el Comité contra el Terrorismo. No creemos necesario entrar en el detalle de estos elementos –menores para los propósitos de este análisis– que diferencian el régimen internacional y el europeo; y cada una de las listas negras entre sí¹³²⁵.

En segundo lugar, es evidente que la temática de las listas antiterroristas se enmarca en una discusión mucho más amplia relativa a la acción de la Unión Europea en la lucha contra el terrorismo¹³²⁶. La legislación aprobada es voluminosa y merece desde luego la

¹³²³ Reglamento CE nº 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, DO L 139/9, de 29.5.2002.

¹³²⁴ Reglamento CE nº 2580/2001 del Consejo, de 27 de diciembre de 2002, *sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo*, DO L 344/70 de 28.12.2001.

¹³²⁵ Nos remitimos a los útiles documentos que sintetizan las “mejores prácticas” del Consejo en materia de listas negras: Doc. 11679/07, 9 de julio de 2007 (13.07) (OR. en), actualizado en Doc. 8666/1/08 REV 1, 24 de abril de 2008 (28.04) (OR. en). Y aunque elaborados en el marco de las listas negras contra países, conviene referirse también a los Documentos 7697/07, de 3 de abril de 2007; y 11054/07, de 22 de junio de 2007.

¹³²⁶ A este respecto no son pocos los trabajos publicados que analizan de manera conjunta las diferentes reacciones suscitadas por los atentados del 11 de septiembre, identificando (según el autor) un enfoque propio europeo a fin de valorar de manera global dónde se establece el equilibrio entre seguridad y derechos humanos. Sin perjuicio de otros trabajos a los que ya nos hemos referido en este estudio, y entre la abundante bibliografía al respecto *cfr.* ALDECOA LUZÁRRAGA, F.: “La “Europa europea” frente al terrorismo, *ARI Elcano*, nº 55/2004; BENOIT, L.: “La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier: un nouveau volet des relations extérieures de l’Union européenne”, *RDUE*, nº 2, 2002, pp. 283 y ss.; DUMITRIU, E.: “The EU’s definition of terrorism: The Council Framework Decision on Combatting terrorism”; *GLJ*, Vol. 5, nº 5, pp. 585 y ss.; FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: “Terrorismo, Derecho internacional público y Derecho de la Unión Europea”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2005, pp. 191 y ss.; del mismo autor: “Seguridad internacional y terrorismo. Modelo norteamericano *versus* modelo europeo de respuesta”, en VV.AA.: *Pacis artes...*, *op. cit.*, pp. 249 y ss.; FIJNAUT, C.; WOUTERS, J.; NAERT, F. (Eds.): *Legal instruments...*, *op. cit.* (en especial las contribuciones de FIJNAUT, VERBRUGGEN y WOUTERS y NAERT); MARGUE, T-L.: “Les initiatives menées par l’Union dans la lutte antiterroriste dans le cadre du troisième pilier (Justice et affaires intérieures)”, en *RDUE*, nº 2, 2002, pp. 261 y ss.; FRATANGELO, P.: “L’Union européenne face à la lutte contre le financement du terrorisme”, *RDUE*, nº 4, 2006, pp. 815 y ss.; MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: “Terrorismo y derechos humanos en la Unión Europea y en el Consejo de Europa”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2009, pp. 395 y ss.; MATA Y MARTÍN, R. M.: “Unión Europea y armonización legislativa en materia antiterrorista”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.): *El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 335 y ss.; MONAR, J.: “Common threat or common response? The European Union’s counter-terrorism strategy and its problems”, *Government and opposition*, Vol. 42, nº 3, 2007, pp. 292 y ss.; REINISCH, A.: “The action of the European Union to combat terrorism”, en BIANCHI, A. (Ed.): *Enforcing...*,

atención recibida, pero aquí adoptaremos una visión más reducida limitada exclusivamente al problema que venimos estudiando en este trabajo, el de las listas negras. De él se ha afirmado que constituye en cierto modo la excepción al enfoque habitual de la UE en materia de lucha contra el terrorismo, mayoritariamente basado en los instrumentos de cooperación judicial y policial en materia penal, dado que sitúa en un primer plano la gestión directa de un “modelo penal” por las instituciones de la UE¹³²⁷.

I.1. El mecanismo de ejecución de sanciones del Consejo de Seguridad en la Unión

Como es sabido, el mecanismo al que recurre la Unión Europea para ejecutar las resoluciones del Consejo de Seguridad se configura como un sofisticado sistema bifásico introducido en la reforma de Maastricht, aunque con origen en una práctica institucional de mediados de los años setenta, consistente en adoptar una postura común en el ámbito de la extinta Cooperación Política Europea, como paso previo a la actuación en la esfera del primer pilar. La base jurídica fue variando a lo largo del tiempo, pero en la reforma de Niza quedó fijada en los artículos 60 y 301 TCE¹³²⁸. Aunque su contenido es bien conocido, no está de más recordar ambas disposiciones para mayor claridad expositiva. La segunda de ellas reza así:

op. cit., pp. 119 y ss.; WARBRICK, C.; WOUTERS, J.; NAERT, F.: “Of arrest warrants, terrorist offences and extradition deals: an appraisal of the EU’s main criminal measures against terrorism after “11 september”, *CMLRev.*, nº 41, 2004, pp. 909 y ss.; También el completo informe de AMNISTÍA INTERNACIONAL (EU OFFICE): *Human rights dissolving at the borders? Counterterrorism and EU criminal law*, http://www.amnesty.eu/static/documents/2005/counterterrorism_report_final.pdf; y el más reciente *Current challenges regarding respect of human rights in the fight against terrorism*, elaborado por RÓISÍN PILLAY para la Dirección General de Políticas Exteriores de la UE del Parlamento Europeo, EXPO/B/DROI/2009/27, PE 410.208, 2010, April 2010.

¹³²⁷ EECKES, C.: *EU counter-terrorist...*, *op. cit.*, p. 70.

¹³²⁸ Entre la abundante bibliografía relativa a estas dos disposiciones y sus orígenes, *cf.* ANGELET, N.: “La mise en oeuvre des mesures coercitives économiques des Nations Unies dans la Communauté Européenne », *RBDI*, nº 2, 1993, pp. 500 y ss. ; AUVRET-FINCK, J. : « Les procédures de sanction internationale en vigueur dans l’ordre interne de l’Union et la défense des droits de l’homme dans le monde », *RTDE*, Vol. 39, nº 1, janv-mars 2003, pp. 2 y ss ; CANOR, I.: “Can two walk... », *loc. cit.*, pp. 137 y ss.; DENZA, E.: *The intergovernmental pillars of the Union*, OUP, 2000, pg. 312 y ss.; EECKHOUT, P.: *External Relations...*, *op. cit.*, pp. 422 y ss.; GARBAGNATI-KETVEL, M.-G.: “[The Jurisdiction of the European Court of Justice in Respect of the Common Foreign and Security Policy](#)”, *ICLQ*, Vol. 55, No. 1, 2006, pp. 77 y ss; FERRER LLORET, J.: “El cumplimiento por la Unión Europea de las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad”, *RDCE*, Año nº 4, nº 8, 2000, pp. 453 y ss.; GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *Política Comercial Común y Relaciones Exteriores de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 336 y ss.; JACOBS, F. G.: “Economic Sanctions...”, *loc. cit.*, pp. 542 y ss.; KOUTRAKOS, P.: *EU International Relations Law*, Hart Publishing, 2006, pp. 428 y ss.; LENAERTS, K. Y DE SMIJTER, E.: “The United Nations and the European Union: Living apart together”, en WELLENS, K. (ed): *International Law...*, *op. cit.*, pp. 439 y ss.; PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Cooperación...*, *op. cit.*

“Cuando una posición común o una acción común, adoptadas con arreglo a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea relativas a la política exterior y de seguridad común, impliquen una acción de la Comunidad para interrumpir o reducir parcialmente o en su totalidad las relaciones económicas con uno o varios terceros países, el Consejo adoptará las medidas urgentes necesarias. El Consejo decidirá por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión”.

El artículo 60 TCE extiende la aplicación de las sanciones a las “medidas urgentes que sean necesarias sobre movimientos de capitales y sobre pagos respecto de los terceros países de que se trate”.

Huelga precisar que ambas disposiciones fueron concebidas únicamente contra Estados, o por extensión, contra individuos relacionados con las estructuras que ejercen el poder *de facto* sobre un determinado territorio. Es cierto que, como apuntábamos en el primer Capítulo, existen elementos para considerar que la resolución 1333, adoptada antes de la reforma de Niza, era la primera que *desterritorializaba* las sanciones contra el terrorismo. Pero está claro que estos debates técnicos efectuados *a posteriori* no estaban en la mente del constituyente de Niza, que por lo tanto no pudo prever, en el momento de redacción de los tratados, que un régimen de sanciones establecido por el Consejo de Seguridad iba a aplicarse sin relación alguna con las estructuras que gobiernan un territorio, es decir, con un alcance territorial ilimitado: en el año 2001 los Talibanes todavía controlaban el territorio afgano. Las sanciones inteligentes existían ya¹³²⁹, y eran cada vez más frecuentes en la práctica del Consejo, pero siempre en relación con una amenaza para la paz y la seguridad reconducible a un determinado momento y lugar¹³³⁰.

¹³²⁹ La Comisión mantiene actualizada una lista completa de todas las sanciones en vigor en la Unión Europea, que incluye un detalle de todas las modificaciones de que ha sido objeto cada uno de los mecanismos de sanciones. Vid. http://ec.europa.eu/external_relations/cfsp/sanctions/docs/measures_en.pdf, visitado por última vez el 19 de abril de 2011.

¹³³⁰ Este punto quedó confirmado en la más reciente sentencia del TG en el asunto *Tay Za c. Consejo*, de 19 de mayo de 2010, T-181/08. El demandante era el hijo del dirigente de una importante empresa birmana vinculada a la Junta Militar de ese país, siendo además accionista de las sociedades de su padre durante dos años. Sus fondos fueron bloqueados al ser incluido en la lista de la PC 2006/318/PESC, de 27 de abril de 2006 (DO L 116/77, de 29.4.2006), así como en la del subsiguiente reglamento comunitario. El demandante impugnó la lista, entre otros motivos, porque consideraba que sus vínculos con el régimen no se habían probado. En otras palabras, impugnó la base jurídica del Reglamento que lo incluyó en la lista al considerar que los artículos 60 y 301 TC “no autorizan la imposición de medidas restrictivas cuando el vínculo entre la persona o entidad de que se trate y el territorio o el régimen dirigente de un Estado tercero sea insuficiente” (§ 45). En su respuesta, el TG confirmó que el Reglamento impugnado “está claramente dirigido contra un país tercero” (§ 58), diferenciando la demanda planteada de la que dio lugar a la sentencia *Kadi c. Consejo (II)* del TJUE (§ 59). Reconoció que con arreglo al artículo 301 TCE, la acción de la Comunidad “puede llegar hasta la interrupción total de las relaciones económicas con un país tercero” (§ 70). “*A fortiori* [insiste el TG] las medidas restrictivas, basadas en unas sanciones selectivas y con destinatarios específicos, dirigidas contra ciertas categorías de personas (...) están comprendidas en el ámbito de aplicación de los artículos 60 y 301 TCE” (*Ibid*), “(...) en armonía con las preocupaciones de carácter humanitario inherentes a los embargos comerciales generales” (§ 71). En el caso concreto, estimó lícito presumir que los familiares de los dirigentes

Se ha discutido hasta qué punto la Comunidad (actualmente, la Unión), estaba vinculada por la Posición Común del Consejo¹³³¹. A falta de otras precisiones que haremos enseguida, partiremos de la base de que, a pesar del objetivo de los artículos 60 y 301 TCE de hacer de “pasarela” entre el primer y el segundo pilar de la Unión, la Comunidad no se encontraba estrictamente limitada por los términos de la Posición Común que posibilitaba su actuación. En última instancia, era el Consejo, a propuesta de la Comisión, el órgano encargado de dilucidar las condiciones de ejecución del acto PESC. Y aunque se pueda estimar que no resulta fácilmente concebible un Reglamento del Consejo que contraríe abiertamente los términos de una Posición Común previa del “Consejo PESC”¹³³², es evidente que la decisiva intervención del Tribunal de Justicia para supervisar la legalidad de cualquier norma de derecho derivado adoptada en la esfera del primer pilar alteraba este equilibrio, posibilitando la intervención de consideraciones jurídicas ignoradas a la hora de elaborar la Posición Común habilitadora. Es esto precisamente lo que sucedió en el caso de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes con la sentencia *Kadi (II)* del Tribunal de Justicia, donde fue éste el encargado de condicionar la aplicabilidad de las sanciones a la existencia de una serie de garantías ajustadas al principio de protección de los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario¹³³³.

sancionados por la Unión y la Comunidad se benefician de la función desempeñada por estos (§ 67), si bien dicha presunción se puede rebatir si se consigue probar que no se mantiene un “estrecho vínculo” con ellos (§ 68).

¹³³¹ Por ejemplo, para GARBAGNATI-KETVEL, los artículos 301 y 60 del TCE “represent an express exception to the general rule that Unión Law may not be legally binding for the institutions acting under the First pillar (...), and an example of the “explicit subordination of the Community to CFSP decision-making” (GARBAGNATI-KETVEL, M. G. “The jurisdiction ...”, *loc. cit.*, pg. 96). Por el contrario, en la sentencia *OMPI (I)* el TPI llegó a afirmar de manera general (no sólo en el contexto del caso particular) que “el Consejo dispone de una amplia facultad de apreciación respecto de los elementos que haya que tener en cuenta para tomar medidas de sanción económica y financiera al amparo de los artículos 60, 301 y 308 CE, en virtud de una Posición común adoptada en virtud de la PESC” (§ 159; también la sentencia del TPI en *OMPI (II)*, § 137; y *OMPI (III)*, § 55).

Como elemento a tener en cuenta en el debate se encuentra el restringido papel de la Comisión en este contexto legislativo, en que la competencia comunitaria viene predeterminada por una resolución del Consejo de Seguridad y una PC del Consejo redactadas en términos muy estrictos (*Cfr.* p.e. GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *Política comercial...*, *op. cit.*, pp. 355-356). Por ello, en nuestro contexto de discusión, en las alegaciones en el procedimiento que dio lugar a la sentencia *Kadi (III)*, la Comisión reconocía que “dispone de un margen especialmente estrecho para cuestionar las apreciaciones del Comité de Sanciones y que, en realidad, se limita al control de un error absolutamente manifiesto de hecho o de apreciación, como un error acerca de la identidad de la persona designada” (TG, *Kadi c. Comisión (Kadi III)*, sentencia de 30 de septiembre de 2010, T-85/09, § 96).

¹³³² FERRER LLORET, J.: “El cumplimiento...”, *loc. cit.*, p. 467.

¹³³³ Antes sucedió en la sentencia *Centro-Com* (TJCE, *Centro-Com*, sentencia de 14 de enero de 1997, C-124/95), donde si bien el problema principal era la relación entre la Política Comercial Común y la PESC, quedó bien claro que “la autonomía estatal [en el ámbito de la PESC] se encuentra constreñida por la actuación de la Comunidad, a la que se han remitido. Y esto es así, cuando en estos supuestos la Comunidad

Independientemente de estas disquisiciones que nos serán útiles en epígrafes posteriores, lo indudable es que el objetivo de los artículos 60 y 301 TCE era permitir a la antigua Comunidad Europea ejecutar las sanciones económicas decididas en el ámbito de la PESC, con los límites de las competencias que le han sido atribuidas. De esta manera se permite ofrecer una respuesta coordinada y eficaz a los imperativos de la paz y la seguridad internacionales, evitando distorsiones en el mercado común¹³³⁴.

I.2. La “lista 1373”

Si bien en su momento declinamos adentrarnos en un estudio exhaustivo del contenido de la resolución 1373 del Consejo de Seguridad, es inevitable referirse aquí al régimen del Comité contra el Terrorismo a fin de comprender cómo se enfoca la cuestión de las listas negras en la Unión Europea. Y es que dadas las pretensiones de este trabajo, lo interesante de esta legislación del Consejo de Seguridad radica no tanto en el plano internacional de este régimen (estructura y funcionamiento del Comité contra el Terrorismo, límites a los poderes legislativos del Consejo de Seguridad), sino en el plano *interno* del mismo (en este caso, el europeo). En efecto, en la medida en que el artículo 1 c) de este texto cede a los Estados la tarea de elaborar la lista, el centro de gravedad del mecanismo se desplaza hacia ellos¹³³⁵. Será, pues, el Estado el encargado de determinar qué procedimientos han de ser aplicados a los individuos y entidades relacionados con el terrorismo, así como de proponer nombres y de efectuar las modificaciones oportunas en las listas.

En el caso de la Unión Europea, la resolución 1373 del CSNU ha dado lugar al “régimen 1373”, ejecutado mediante la PC 2001/931/PESC¹³³⁶. Adoptada bajo el amparo

no es destinataria de las Resoluciones del Consejo de Seguridad, sino que éstas obligan a sus Estados miembros; y éstos se encuentran en una situación, dado el reparto competencial entre la Comunidad y los Estados miembros, de adoptar un instrumento que permita, en el ámbito de sus competencias transferidas a la Comunidad, dar cumplimiento a sus obligaciones” (OLESTI RAYO, A.: “Algunas cuestiones sobre la adopción de sanciones económicas por la Comunidad Europea contra la República Federativa de Yugoslavia. Comentario a las sentencias del TJCE de 30 de julio de 1996, asunto *Bosphorus*, y de 14 de enero de 1997, asunto *Centro-Com*”, *RDCE*, nº 1, enero/junio 1997, p. 213. También GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *Política Comercial Común...*, *op. cit.*, pp. 371 y ss.).

¹³³⁴ *Vid.*, por todos, FERRER LLORET, J.: “El cumplimiento...”, *loc. cit.*, p. 459.

¹³³⁵ Por todas, TG, *Stichting Al-Aqsa (II)*, sentencia de 9 de septiembre de 2010, T-348/07, § 162, donde se destaca la “preponderancia que debe concederse (...) a los elementos del procedimiento nacional en el marco del cual se ha adoptado la decisión de la autoridad competente”.

¹³³⁶ PC 2001/931/PESC, de 27 de diciembre de 2001, *sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo*, L 344/93, de 28.12.2001.

de las estructuras de la PESC, el texto establece en su artículo 2 el deber de la Comunidad de disponer “la congelación de los fondos y otros activos financieros o recursos económicos de las personas, grupos y entidades enumerados en el anexo”; asegurando también “que no se pongan, ni directa ni indirectamente (...) ningún fondo, activo financiero, recurso económico, ni servicio financiero ni servicio conexo” a disposición de esas personas” (artículo 3). De acuerdo con el artículo 4 de la PC, la lista se confecciona

“sobre la base de informaciones concretas o de elementos del expediente que muestren que una autoridad competente ha adoptado una decisión respecto de las personas, grupos y entidades mencionados, tanto si se trata de la apertura de investigaciones o de procedimientos en relación con un acto terrorista, como de la tentativa de cometer, o de participar, o de facilitar dicho acto, basada en pruebas o en indicios serios y creíbles, o si se trata de una condena por dichos hechos (...)”,

siendo perfectamente posible la inclusión de personas ya designadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en alguna de sus listas. La “autoridad competente” a la que se refiere el artículo 4 es “una autoridad judicial” o equivalente en el ámbito nacional, con competencia para adoptar el tipo de “decisiones” con repercusiones en el ámbito de la Unión.

Por su parte, el Reglamento 2580/2001 aporta en su artículo 1 definiciones más “técnicas” de las exigencias derivadas de la resolución 1373 del Consejo de Seguridad (frente a los conceptos más “políticos” establecidos por la PC¹³³⁷): definición de “fondos y activos financieros”, “servicios financieros”, “congelación de fondos”, etc. Ello no quiere decir que haya que desechar la terminología establecida en la PC 2001/931, pues ésta contiene los elementos más determinantes para que un individuo sea incluido en la lista 1373: en primer lugar, la definición de “acto terrorista” (art. 1(3) PC); en segundo lugar, la definición de “persona que interviene en un acto terrorista” (art. 1(2) PC), e incluso la descripción del procedimiento que da lugar a la “proscripción” (art. 1(4) PC). Aún más, en el caso del artículo 1(3) la definición que se aporta se aleja de lo político. Se podrá estimar más o menos acertada desde el punto de vista penalista (aspecto en el que no podemos entrar aquí), pero no responde a criterios de imposible concreción¹³³⁸, y de hecho anticipa

¹³³⁷ BENOIT, L.: “La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier”, *RDUE*, nº 2, 2002, pg. 306.

¹³³⁸ Desde luego, es mucho más precisa que la terminología del régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes. De todas maneras, recientes sentencias que analizaremos en el siguiente capítulo han llevado a algún autor a criticar la pobre redacción de esta normativa (MURPHY, C. C.: “Case note”, *CMLRev*, Vol. 48, 2011, esp. pp. 252 y ss.).

punto por punto la definición de los artículos 1 y 2 de la Decisión Marco 2002/475/JAI, relativa a la lucha contra el terrorismo¹³³⁹.

Además, a diferencia de las resoluciones Al-Qaeda/Talibanes del Consejo de Seguridad, se establece un nexo causal en la “cláusula de cierre” que sanciona la “participación en las actividades de un grupo terrorista”. En efecto, mientras que, recordémoslo, la resolución 1617 permitía sin más la sanción de cualquier forma de participación “de otro modo” en actividades terroristas, aquí se especifica que estas formas subsidiarias de participación se deben realizar “con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo” (artículo 1(3)(k) PC). Y por último, la operatividad práctica de la definición de “acto terrorista” de este art. 1(3) se encuentra íntimamente vinculada a las definiciones, quizás más precisas, del Derecho de los Estados miembros, dado que se exige expresamente que dicho acto esté “tipificado como delito” según el Derecho nacional.

En ninguno de los dos casos (Posición Común y Reglamento) se hace referencia alguna al respeto de las garantías fundamentales del individuo. Lo cual no deja de ser cuanto menos curioso, pues cuando se adoptaron ambas normas, el Consejo apuntó en una Declaración aneja que respetaría “los principios fundamentales y el Estado de Derecho; así como los derechos humanos”¹³⁴⁰ (si bien es cierto que estas declaraciones, no gozan de valor jurídico vinculante¹³⁴¹). Por el contrario, las recopilaciones de métodos de trabajo del Consejo sólo acogían ciertas de las garantías del proceso justo, marginando algunas tan decisivas como la presentación de objeciones a la inclusión en la lista (salvo en casos de

¹³³⁹ Adoptada el 13 de junio de 2002, DO L 164/3, 22.6.2002. Modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008 (DO L 330/21, 9.12.2008), reforma que no afectó en todo caso a los artículos 1 y 2.

¹³⁴⁰ Declaración citada en Doc. 11693/02 RESTRAINT UE, de 3 de septiembre de 2002, desclasificado el 18 de julio de 2007 en Doc. 11693/1/02 REV 1, p. 4. El Consejo hace referencias muy oportunas al derecho a un recurso efectivo y el derecho al juez, la presunción de inocencia y el *ne bis in idem*. Es realmente sorprendente encontrar observaciones similares en otros documentos de trabajo del COREPER o la Secretaría del Consejo anteriores a toda la jurisprudencia en materia de sanciones selectivas en la Unión, donde los agentes jurídicos del Consejo expusieron todo tipo de argumentos para impedir que aplicaran las garantías del debido proceso a los individuos y entidades listados. Cfr. p.e. las *Orientaciones sobre la aplicación y evaluación de las medidas restrictivas (sanciones) en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE*, Doc. 15114/05, 2 de diciembre de 2005 (9.12) (OR. en), § 9 (“La introducción y aplicación de medidas restrictivas deberá ser siempre conforme al derecho internacional. Esas medidas deben respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular las debidas garantías procesales y el derecho a la tutela judicial efectiva. Las medidas impuestas siempre deben guardar proporción con su objetivo”. Más adelante se hace referencia al art. 6(2) CEDH, relativo a las garantías *de los procesos penales*). Vid. también Doc. 10826/1/07 REV 1, de 28 de junio de 2007, § 4.

¹³⁴¹ TJUE, *Segi y otros c. Consejo*, § 60.

error en la identificación de la persona), el acceso a los documentos del expediente o el derecho al juez. Habría de ser pues el TPI el encargado de suplir las lagunas del procedimiento en la sentencia *Organización de Mujahedines del Pueblo de Irán (I)*¹³⁴².

En lo que respecta a la estructura orgánica, el COREPER confirmó en su sesión de 7 de diciembre de 2001 el Mandato de un foro *ad hoc*, denominado en sus orígenes “Clearing House”¹³⁴³. Formado por diplomáticos (máximo de tres por Estado miembro), era el que realizaba el trabajo fundamental de recepción de informaciones de los Estados y elaboración y mantenimiento de la *lista negra*, con la asistencia de la Secretaría del Consejo y el COREPER. Este órgano trabajaba bajo la más estricta confidencialidad y decidía qué documentos elaborados pueden ser facilitados al público. La subsiguiente propuesta se elevaba al Consejo para su eventual aprobación en la parte “A” del orden del día, decisión adoptada por unanimidad mediante procedimiento escrito¹³⁴⁴. Con la introducción de una serie de mejoras en el mecanismo de la lista 1373 a lo largo del año 2006, esta estructura orgánica acabaría derivando en un órgano más formal, de composición y funciones muy similares, denominado oficialmente “Grupo de Trabajo sobre la aplicación de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas para combatir el terrorismo” (“Grupo PC 931”), dependiente del Grupo de Consejeros de Relaciones Exteriores del Consejo (RELEX)¹³⁴⁵. Sus funciones se resumen en examinar y evaluar la información con respecto a las personas y grupos de la lista (tanto de la 1373 como de la de la PC 2001/931), preparar las actualizaciones de ambas listas y comunicar al COREPER las propuestas de inclusión y exclusión de nombres de la lista con vistas a la actuación legislativa del Consejo¹³⁴⁶.

¹³⁴² Una buena síntesis de las carencias del procedimiento previas a esta sentencia se encuentra en ALMQVIST, J.: “A human rights critique...”, *loc. cit.*, pp. 310-312.

¹³⁴³ *Vid.* la Decisión del COREPER de 7 de diciembre de 2001, Anexo I al Documento 11693/02 RESTREINT UE, de 3 de septiembre de 2002, desclasificado el 18 de Julio de 2007. El 2 de marzo de 2005 el COREPER aprobó una lista de sugerencias dirigida a mejorar los procedimientos de esta “clearing house”, complementarios de la decisión de septiembre de 2002, incluidas en el Doc. 6691/05 RESTREINT UE, de 28 de febrero de 2005.

¹³⁴⁴ Art. 12 del Reglamento interno del Consejo (DO L 230, de 28 de agosto de 2002).

¹³⁴⁵ El RELEX cuenta también con una formación específica de “sanciones” en su estructura organizativa (Doc. 5603/2004, *Establecimiento de una formación «Sanciones» del Grupo de Consejeros de Relaciones Exteriores (RELEX/Sanciones)* de 22 de enero de 2004).

¹³⁴⁶ *Cfr.* el Anexo I del Doc. 10826/07 RESTREINT UE, de 28 de junio de 2007. El documento deja bien claro que “the CP 931 WP will check in particular whether the proposal complies with the fundamental principles and procedures of the rule of law and respects human rights, inter alia the right to an effective remedy and to a fair trial, the presumption of innocence and the right not to be judged or punished twice for the same offence” (§ 4).

I.3. La lista de la PC 2001/931/PESC

La segunda de las listas es la que quedó establecida en la PC 2001/931. Los efectos de ésta son más restringidos, en la medida en que su operatividad jurídica se limitó a las potencialidades que ofrecían los actos jurídicos adoptados en el marco de la CPJP en materia de lucha contra el terrorismo¹³⁴⁷. La lista contiene una cincuentena de nombres y más de treinta organizaciones, no sólo relacionados con el terrorismo “interno” de la Unión (ETA, el GRAPO o el IRA), pues también se incluyen personas y organizaciones islamistas designados en la lista 1373. Dicho de otra forma, sólo una parte de esta lista se quedó limitada a la esfera de la Unión; el resto fue objeto de ejecución comunitaria. El artículo 4 de la PC establece que los Estados se prestarán “la asistencia más amplia posible”, “mediante una cooperación policial y judicial en asuntos penales en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea”, con el fin de prevenir y reprimir este tipo de actos. Ello supone, según el mismo artículo, “respecto de las investigaciones y procedimientos llevados a cabo por sus autoridades en relación con cualquiera de las personas, grupos o entidades relacionados en el anexo (...) el pleno uso, cuando así se solicite, de las competencias existentes de conformidad con actos de la Unión Europea y otros acuerdos, convenios y tratados internacionales vinculantes para los Estados miembros”¹³⁴⁸.

La doble base jurídica de esta lista (fue adoptada bajo el doble paraguas de los antiguos artículos 15 y 34 TUE), planteó interesantes cuestiones relativas a la protección judicial de los particulares en el ámbito del tercer pilar, que aquí sólo podemos resumir, dado su carácter más bien histórico. En efecto, en las sentencias *Segi* y *Gestoras Pro Amnistía* el Tribunal de Justicia intentó alcanzar un equilibrio entre, por un lado, las limitaciones inherentes a su función jurisdiccional en el ámbito del tercer pilar (reguladas en el antiguo artículo 35 TUE), y por otro, una interpretación mínimamente garantista de

¹³⁴⁷ Vid. sobre todo la Decisión Marco 2003/48/JAI de 19 de diciembre de 2002, *relativa a la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial en la lucha contra el terrorismo de acuerdo con el artículo 4 de la Posición Común 2001/931/PESC*, DO L 16/68, 22.1.2003. Esta norma establece una serie de medidas relativas a la colaboración con Europol y Eurojust, la creación de equipos conjuntos de investigación, o el intercambio de elementos probatorios en procedimientos penales.

¹³⁴⁸ Entre ellos destaca, desde luego, la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, *relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo*, (DO L 253/22, de 29.9.2005), relativa a la facilitación de información sobre delitos de terrorismo a Eurojust, Europol y los Estados miembros, la creación de Equipos conjuntos de investigación, y la asistencia judicial mutua.

sus atribuciones en el ámbito del tercer pilar. De esta manera, aun desestimando la demanda por responsabilidad extracontractual planteada por varias organizaciones y particulares relacionados con la banda terrorista ETA, el TJCE entendió que había que realizar una interpretación teleológica de los actos adoptados por el Consejo en el marco del tercer pilar. En este sentido, el Tribunal debía analizar el acto impugnado “con independencia de su naturaleza o de su forma”¹³⁴⁹. Por ello, admite, “debe poder someterse al control del Tribunal de Justicia una posición común que, por su contenido, tiene un alcance que excede el que atribuye el Tratado UE a este tipo de acto”¹³⁵⁰, a pesar de que el artículo 35 TUE no le facultaba para ejercer un control prejudicial de las Posiciones comunes del Consejo¹³⁵¹.

La consecuencia final de todo ello es que los particulares y entidades nombrados en esta lista no tuvieron derecho a ninguna garantía del procedimiento, a diferencia de los incluidos en las otras dos listas. Los esfuerzos hermenéuticos del Tribunal no evitan quedarse con una sensación de frustración ante el desenlace de ambos casos¹³⁵², tanto más si tenemos en cuenta que el TEDH había desestimado previamente las demandas planteadas en *Segi y otros c. 15 Estados miembros de la UE*, por interpretar que los recurrentes carecían de legitimación activa¹³⁵³.

¹³⁴⁹ TJCE, *Segi c. Consejo*, § 53. Comentarios a diversos aspectos de estas sentencias los encontramos en CORTÉS MARTÍN, J. M.: “La lucha contra el terrorismo ante la reforma de los Tratados aprobada en Lisboa”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.): *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, esp. pp. 482 y ss. DAVIES, B.: “*Segi* and the future of judicial rights protection in the third pillar of the EU”, *EPL*, Vol. 14, nº 3, 2008, pp. 311 y ss.; EECKES, C.: *EU Counter-terrorist...*, *op. cit.*, pp. 340 y ss.; NETTESHEIM, M.: “U.N. sanctions against individuals – a challenge to the architecture of European Union governance”, *CMLRev*, Vol. 44, 2007, esp. pp. 575 y ss.; PEERS, S.: “Salvation outside the Church: judicial protection in the third pillar after the *Pupino* and *Segi* judgments”, *CMLRev*, Vol. 44, 2007, pp. 883 y ss.; RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A.: “Derechos fundamentales, lucha antiterrorista y Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia (De nuevo en torno a las listas antiterroristas y la intimidación de los usuarios de las líneas aéreas)”, *RDUE*, nº 10, 1er semestre, 2006; SANTAMARÍA DACAL, A. I.: “Las sentencias *Segi* y *Gestoras* del TJUE: ¿un sermón sin mayores consecuencias o un primer toque de atención?”, *REDE*, Vol. 22, 2007, pp. 313 y ss.; SANTOS VARA, J.: “El control judicial de la ejecución de sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad en la Unión Europea”, *REEI*, Vol. 15, 2008, www.reei.org, esp. pp. 4 y ss.; SPAVENTA, E.: “Fundamental what? The difficult relationship between Foreign policy and fundamental rights?”, en CREMONA, M.; DE WITTE, B. (Eds.): *EU Foreign relations Law. Constitutional fundamentals*, Portland, Oregon, 2008, pp. 251 y ss.

¹³⁵⁰ *Ibid*, § 54.

¹³⁵¹ Según el extinto artículo 35(1) TUE, “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas será competente, con arreglo a las condiciones que establece el presente artículo, para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, sobre la interpretación de convenios celebrados de conformidad con el presente título y sobre la validez e interpretación de sus medidas de aplicación”.

¹³⁵² SANTOS VARA, J.: “El control judicial...”, *loc. cit.*, pp. 6.

¹³⁵³ TEDH, *Segi y otros c. 15 Estados miembros de la UE*, decisión de inadmisibilidad de 23 de mayo de 2002, Aps. nº 6422/02 y 9916/02. Si bien el problema de fondo para desestimar la demanda fue la falta de

I.4. La lista Al-Qaeda/Talibanes

Si bien la lista elaborada por el Comité Al-Qaeda/Talibanes ya había sido objeto de ejecución en la Unión de manera previa a los atentados del 11 de septiembre¹³⁵⁴, fue la PC 2002/402/PESC¹³⁵⁵ el acto que dio origen al principal de los Reglamentos de este régimen: el nº 881/2002¹³⁵⁶. Este texto aplica con detalle las obligaciones derivadas de la resolución 1390 (2002) del Consejo de Seguridad. De manera similar al reglamento de la lista 1373 (el 2580/2001), en su articulado se incluyen las oportunas definiciones de “fondos”, “recursos económicos”, “congelación”, y demás conceptos cuya concreción es necesaria para aplicar el régimen (artículo 1). Siguiendo las obligaciones exigidas por el Consejo de Seguridad, se prescriben la congelación de todos los fondos y recursos económicos de estas personas, así como de impedir a terceros poner cualquier recurso económico al alcance de las personas y entidades incluidas en la lista (artículo 2). También se establecen parámetros para que estas personas y entidades proporcionen información sobre los fondos poseídos o controlados (artículo 5), y se prohíbe “la participación consciente e intencionada en actividades cuyo objeto o efecto sea eludir” la congelación de fondos y haberes económicos (artículo 4). El artículo 6 libra de responsabilidad de cualquier clase a los particulares por el hecho de congelar los fondos o denegar servicios financieros a las

legitimación activa de los demandantes, no deja de ser cierto que el TEDH realizó una inquietante crítica de los argumentos planteados por los demandantes, al razonar *a fortiori* que estos no habían sido objeto de medida de ejecución alguna después de ser incluidos en la lista, y que "The reference in question, which is limited to Article 4 of the common position, does not amount to the indictment of the “groups or entities” listed and still less to establishment of their guilt. In the final analysis, the applicant associations are only concerned by the improved cooperation between member States on the basis of their existing powers and they must accordingly be distinguished from the persons presumed to be actually involved in terrorism who are referred to in Articles 2 and 3 of the common position". Vid. ECKES, C.: *EU Counter-terrorist...*, op. cit., pp. 151-152.

¹³⁵⁴ Vid. las PPCC 96/746/PESC, de 17 de diciembre de 1996, (DO L 342/1 de 31.12.1996); 1999/727/PESC, de 15 de noviembre de 1999, (DO L 294/1, de 16.11.1999); 2001/154/PESC, de 26 de febrero de 2001, (DO L 57/1 de 27.2.2001); y 2001/771/PESC, de 5 de noviembre de 2001, (DO L 289/36 de 6.11.2001), así como los correspondientes reglamentos de ejecución.

¹³⁵⁵ PC 2002/402/PESC, de 27 de mayo de 2002, *por la que se adoptan medidas restrictivas contra Usamah bin Ladin, los miembros de la organización Al-Qaida, los Talibanes y otras personas, grupos, empresas y entidades asociadas a ellos y se derogan las Posiciones comunes 96/746/PESC, 1999/727/PESC, 2001/154/PESC y 2001/771/PESC*, (DO L 139/4, de 29.5.2002).

¹³⁵⁶ Reglamento nº 881/2002, *por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los Talibanes* (...), (DO L 139/9, de 29.5.2002).

personas y entidades listadas –salvo en casos de negligencia¹³⁵⁷-. De las demás disposiciones del reglamento destacamos el artículo 10, que deja en manos de los Estados la determinación de las sanciones que se impondrán en caso de infracción de las prohibiciones establecidas por el reglamento, que siempre deberán ser “eficaces, proporcionadas y disuasivas”.

De conformidad con su papel central en la gestión de esta lista (a diferencia de lo que sucede en las dos anteriores), la lista es actualizada por la Comisión en función de las decisiones que vayan adoptando el Comité de sanciones o el Consejo de Seguridad (artículo 7). Aparte del centenar y medio de modificaciones que ha sufrido la lista, se debe hacer referencia a dos reglamentos, el nº 561/2003 y el nº 1286/2009, que implicaron reformas sustanciales del mecanismo Al-Qaeda/Talibanes. El primero introdujo el sistema de excepciones establecido por la resolución 1452 (2003) del Consejo de Seguridad¹³⁵⁸. El segundo puso en marcha una profunda revisión de los procedimientos de inclusión en la lista, a fin de ajustar la lista Al-Qaeda/Talibanes a la decisión del Tribunal de Justicia en la sentencia *Kadi (II)*. En el Capítulo siguiente analizaremos con más detalle las garantías del procedimiento aplicables, por lo que aplazamos la concreción del contenido del reglamento a esa parte de nuestro trabajo, aunque conviene apuntar aquí, en clave organizativa, que el numeral primero del artículo 7 *ter* establece un Comité específico encargado de asistir a la Comisión en su participación en los procesos de inclusión de la lista.

II. EL PROBLEMA DE LAS BASES JURÍDICAS Y LA REFORMA OPERADA POR EL TRATADO DE LISBOA

II.1. El discutido recurso al artículo 352 TFUE

Una de las controversias originadas por el conjunto de sentencias de la jurisdicción de Luxemburgo en los asuntos Al-Qaeda/Talibanes responde a la problemática relativa a la base jurídica aplicable a estas sanciones. En efecto, los antiguos artículos 301 y 60 TCE se

¹³⁵⁷ Reformado por el artículo 2 del Reglamento nº 1286/2009, al que nos referiremos enseguida. La redacción definitiva afirma que la responsabilidad no se exigirá “si no supieran y no tuvieran ninguna causa razonable para sospechar que sus acciones infringen dicha prohibición”.

¹³⁵⁸ Reglamento nº 561/2003, de 27 de marzo de 2003, *que modifica, en lo relativo a las excepciones a la congelación de fondos y otros recursos económicos, el Reglamento (CE) no 881/2002 por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los Talibanes* (DO L 82/1, de 29.3.2003. Corr. Errores en DO L 133/94, de 29.5.2003). Previa al reglamento fue la PC 2003/140/PESC (DO L 53/62, de 28.2.2003).

referían exclusivamente a la “reducción de relaciones económicas con uno o varios terceros países” y a las “medidas urgentes que sean necesarias sobre movimiento de capitales y sobre pagos respecto de los terceros países de que se trate”, respectivamente. Es evidente que la ejecución de sanciones inteligentes contra individuos y entidades, sin vinculación alguna con un Estado o con las estructuras que ejercen el poder sobre un determinado territorio, planteaba el interrogante sobre la idoneidad de ambas bases jurídicas para fundamentar la aprobación por la Comunidad de los reglamentos Al-Qaeda/Talibanes.

Las reformas operadas en Lisboa han relegado esta interesante cuestión a la historia del régimen sancionador Al-Qaeda/Talibanes en la Unión. Sin embargo, existen algunas enseñanzas que se pueden extraer de la jurisprudencia del Tribunal que siguen siendo útiles en el actual marco jurídico. Para nuestros intereses, nos centraremos en una de las dos condiciones requeridas para poder aplicar el artículo 308 TCE, la de “alcanzar uno de los objetivos de la Unión”, dejando aparte la otra, relativa al “funcionamiento del mercado común”.

El TPI dedujo en el asunto *Kadi (I)* que era necesario un recurso conjunto a los antiguos artículos 60, 301 y 308, tal y como se establecía en el reglamento nº 881/2002. El Tribunal no admitió que el artículo 308 pudiera justificar por sí sólo la necesidad de un reglamento comunitario, en la medida en que esta cláusula de imprevisión no puede utilizarse para alcanzar los objetivos de la *Unión* (no de la Comunidad)¹³⁵⁹. Ello no impedía, sin embargo, el recurso conjunto a los tres artículos, con el fin de no impedir “*que la Unión y su pilar comunitario se adapten a las nuevas amenazas, al igual que lo hizo la comunidad internacional*”, mediante la imposición de sanciones a terceras personas¹³⁶⁰. De esta manera, el TPI enfatizó el elemento teleológico que fundamenta los artículos 301 y 60 TCE: la necesidad de garantizar una ejecución efectiva de las resoluciones del Consejo de Seguridad, elemento que, siguiendo lógicas diferentes, fue resaltado en cada una de las fases de la saga de sentencias *Kadi*. Como afirmara KOUTRAKOS, “it is the effectiveness of

¹³⁵⁹ TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 120. Recordamos el texto del párrafo primero del antiguo art. 308: “cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”.

¹³⁶⁰ *Ibid*, § 133, énfasis añadido.

the sanctions regime which appears to be the focus of the relevant CFI judgments [y no la necesidad de evitar distorsiones al Mercado común]”¹³⁶¹.

Para el AG MADURO, bastaba con los artículos 301 y 60 TCE para dar cobertura legal al reglamento impugnado. Su argumentación criticaba la interpretación restrictiva que el TPI había hecho del artículo 301 y el uso del artículo 308 para complementar la acción de la Comunidad en el marco de las disposiciones “pasarelas” de los artículos 60 y 301 TCE. En su opinión, el artículo 308 no se puede utilizar nunca para alcanzar objetivos de la Unión en el marco de la PESC¹³⁶². Por el contrario, con razonamiento algo forzado, relaciona sanciones contra particulares y sanciones contra Estados, interpretando que “las relaciones económicas con individuos y grupos que se encuentran en un país tercero son una parte de las relaciones económicas con dicho país; dirigirse contra aquéllos afecta necesariamente a este último”¹³⁶³. De ello se deduce que el reglamento presenta un vicio de procedimiento subsanable con un correcto recurso a los artículos 60 y 301 TCE.

El Tribunal siguió una tercera vía que llevó a la misma conclusión que la del TPI, pero sobre la base de un razonamiento diferente, y en cierto sentido, contradictorio. Por un lado, es verdad, declinó el uso del artículo 308 TCE como vía *directa* para alcanzar los objetivos de la Unión¹³⁶⁴, incluso aunque se vincule esta norma a otras disposiciones del Tratado. Se trata de un imperativo derivado de la coexistencia de la Unión y la Comunidad “como ordenamientos jurídicos integrados pero distintos”, así como de la arquitectura constitucional en pilares¹³⁶⁵. Pero por otro lado, descartado el uso del artículo 308 para alcanzar objetivos *externos* a la Comunidad, el Tribunal se acogió a la vía *indirecta* de centrarse en la internalización de los objetivos de la Unión en el TCE operada por los artículos 60 y 301 TCE. En otras palabras, si el objetivo de ambas disposiciones es hacer

¹³⁶¹ KOUTRAKOS, P.: “Legal basis and delimitation of competence in EU external relations”, en CREMONA, M.; DE WITTE (Eds.): *EU Foreign...*, *loc. cit.*, p. 194.

¹³⁶² Conclusiones del AG MADURO, § 15.

¹³⁶³ *Ibid.*, § 13. En sentido similar se pronuncian HALBERSTAM, D.; STEIN, E.: “The United Nations...”, *loc. cit.*, pp. 41-42. Recordemos que el TG confirmó el rechazo a esta tesis en el asunto *Tay Za c. Consejo*. Si bien se admitió el argumento de que “quien puede lo más, puede lo menos” en el ámbito de los artículos 301 y 60 TCE (§ 70) –en otras palabras, si estos artículos permiten los embargos generales, por qué no van a permitir las sanciones selectivas-; ello fue sólo respecto de las medidas contra individuos y entidades vinculados a un régimen concreto; y no respecto de las sanciones totalmente desterritorializadas. A favor del AG MADURO se manifiesta también HILPOLD, P.: “EU Law and UN Law in conflict: the *Kadi* case”, *MPYUNL*, Vol. 13, 2009, p. 157.

¹³⁶⁴ TJCE, *Kadi c. Consejo (II)* §§ 198-203.

¹³⁶⁵ *Ibid.*, § 202.

posible la ejecución de medidas adoptadas en el marco de la PESC mediante la utilización eficaz de un instrumento comunitario¹³⁶⁶, el artículo 308 TCE ha de poder hacer efectivo este objetivo autónomo recogido en éstas. Ello quiere decir que, según el TJCE, el artículo 308 TCE no es válido para alcanzar directamente objetivos de la Unión; pero sí es válido para alcanzar objetivos de la Unión en la medida en que estos se hayan internalizado en el TCE mediante las disposiciones “pasarelas”.

Siguiendo las apreciaciones de CREMONA¹³⁶⁷, GATTINI¹³⁶⁸ o TRIDIMAS/GUTIÉRREZ-FONS¹³⁶⁹, quizás hubiera sido más coherente –y sencillo–, conformarse con una interpretación teleológica de los artículos 60 y 301 TCE (sin necesidad de retorcer la argumentación como hizo el AG MADURO). A fin de cuentas, si el objetivo de ambas normas era alcanzar uno de los objetivos de la Unión, ¿no era ello suficiente a efectos de extender su ámbito de aplicación a personas y entidades no relacionadas con Estados, sin necesidad de apoyarse en otras disposiciones de los Tratados? Es cierto que las “pasarelas” de los Tratados son un caso extremo y significativo de conexiones entre pilares, pero si el Tratado ofrecía la base jurídica necesaria, no existía razón para acudir a la cláusula de imprevisión; más cuando, aunque fuera indirectamente, su utilización se vinculaba inevitablemente a objetivos externos al TCE. En este sentido, no es casualidad que el

¹³⁶⁶ *Ibid*, § 226.

¹³⁶⁷ CREMONA, M.: “EC competence...”, *loc. cit.*, pp. 93-94.

¹³⁶⁸ GATTINI, A.: “Case note”, *CMLRev*, Vol. 46, 2009, pp. 223-224.

¹³⁶⁹ TRIDIMAS, T.; GUTIÉRREZ-FONS, J. A.: “EU Law, International Law, and economic sanctions against terrorism: the judiciary in distress?”, *FILJ*, Vol. 32, 2008-2009, pp. 671 y ss. No faltan autores que han argumentado que la Comunidad no era competente para adoptar estas sanciones, bien sea porque la letra de los arts. 60 y 301 TCE no permite sanciones contra individuos desvinculados del Estado; porque el artículo 308 permite su uso para alcanzar objetivos de la Unión; o porque la competencia de la Comunidad viene ya predeterminada por el contenido de la Posición Común (ANDERSSON, T.; CAMERON, I.; NORDBACK, K.: “EU blacklisting: the renaissance of imperial power, but on a global scale”, *EBLRev*, Vol. 14, 2003, pp. 120 y ss.; EECKES, C.: “Judicial review...”, *loc. cit.*, p. 75 (argumentado con más extensión en *EU Counter-terrorist...*, *op. cit.*, pp. 78 y ss. y 336 y ss.; SCISO, E.: “Fundamental rights and article 103 of the UN Charter before the Court of First Instance of the European Communities”, *IYbIL*, Vol. 15, 2005, pp. 139-140). Para BLÁZQUEZ NAVARRO y ESPÓSITO MASSICCI, la introducción del art. III-376 del fracasado Tratado Constitucional confirmaba la inexistencia de competencia de la Comunidad (“Los límites...”, *loc. cit.*, pp. 138-140). En sentido contrario, TOMUSCHAT comentaba de la sentencia del TG en *Kadi (I)* que el razonamiento en materia de competencia era “entirely persuasive” (TOMUSCHAT, C.: “Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005; Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005, nyr”, *CMLRev*, Vol. 43, 2006, p. 540. También SANFRUTOS CANO, E.: “Unión Europea: Comentario a la STJCE de 3 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados C-402/2005 P y C-415/2005 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*”, *GJUEC*, n° 7 (NE), Enero-Febrero 2009, p. 79). BARTOLONI, por su parte, anticipó en 2006 el razonamiento final del TJUE en *Kadi (II)*, mostrándose partidaria del razonamiento final (BARTOLONI, M. E.: “L’ambito di applicazione *ratione personae* degli articoli 301 e 60 TCE nelle recenti sentenze *Yusuf e Kadi*”, *Il Diritto de l’Unione Europea*, n° 2, 2006, esp. pp. 330 y ss.).

numeral cuarto del nuevo artículo 352 TFUE, introducido en Lisboa, insista y enfatice la separación entre los objetivos de la Unión al amparo del TUE y sus objetivos recogidos en el TFUE, al indicar que

El presente artículo no podrá servir de base para alcanzar objetivos del ámbito de la política exterior y de seguridad común y todo acto adoptado de conformidad con el presente artículo respetará los límites fijados en el párrafo segundo del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea

II.2. Algunas incertidumbres derivadas de la reforma de Lisboa

Esta referencia al nuevo artículo 352(4) TFUE nos conduce a una discusión algo más amplia sobre la reforma operada en Lisboa. Y es que, aunque no es la única sentencia del Tribunal que lo plantea¹³⁷⁰, la decisión del Tribunal de Justicia en *Kadi (II)*, articulada en torno a la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario, invita a reflexionar sobre cómo se va a perfilar dicha autonomía, ahora que la Comunidad ha desaparecido y, al menos formalmente¹³⁷¹, no existen pilares en la Unión. El nuevo artículo 40 TUE deja bien claro que la separación entre TUE y TFUE opera en una doble dirección (no afectación del TUE por el TFUE y viceversa), por lo que quizás el fundamento de medidas como la PC 2001/931, que operaba sobre la doble base de la PESC y la CPJP, deban ser repensadas.

Es cierto que existe un eje vertebrador en todas las disposiciones del TUE y TFUE que facilita una coherencia entre las diferentes listas de la Unión que antes no existía¹³⁷². En efecto, en la medida en que los actuales artículos 75 y 215 TFUE se refieren a “las

¹³⁷⁰ Piénsese, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto de las armas ligeras (TJUE, *Comisión c. Consejo – Lucha contra la proliferación de armas ligeras*, sentencia de 20 de mayo de 2008, C-91/05, donde se discutió si la Decisión 2004/833/PESC, de 2 de diciembre de 2004, por la que se aplica la Acción Común 2002/589/PESC con vistas a una contribución de la Unión Europea a la CEDEAO en el marco de la moratoria sobre las armas ligeras y de pequeño calibre (DO L 359/65 de 4.12.2004), debería haberse adoptado basándose en las disposiciones del TCE sobre la política de cooperación al desarrollo, en lugar de sobre una Acción Común del Consejo de 2002 y el art. 23(2) TUE. La sentencia terminó aceptando las pretensiones de la Comisión al reconocer que la Decisión “habría podido adoptarse (...) basándose en las disposiciones de dicho Tratado” (§ 58). *Cfr.*, desde la perspectiva de las relaciones entre el TUE y el TCE a la luz del actual art. 40 TFUE, GONZÁLEZ ALONSO, L.-N.: “Desarrollo y seguridad en la jurisprudencia del TJCE. Los límites al discurso de la coherencia en la acción exterior de la Unión Europea”, *RDCE*, nº 34, septiembre/diciembre (2009), pp. 867 y ss.; MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C.: “Sobre el reparto horizontal de competencias entre la CE y la UE (Comentario a la sentencia del TJCE, de 20 de mayo de 2008, as. *Comisión c. Consejo – Lucha contra la proliferación de armas ligeras*, C-91/05)”, *REDE*, Año 13, nº 34, 2009, pp. 101 y ss.

¹³⁷¹ *Cfr.* GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: “¿Quién dijo que desaparecen los pilares? La configuración jurídica de la acción exterior de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.): *El Tratado...*, *op. cit.*, pp. 393 y ss.

¹³⁷² Se reduce así algo la enorme complejidad jurídica que, como denuncia ALMQVIST, no es ajena al fracaso de varias demandas planteadas en Luxemburgo relativas a las listas negras de la Unión (ALMQVIST, J.: “A human rights critique...”, *loc. cit.*, pp. 313 y ss.).

disposiciones necesarias en materia de garantías jurídicas”, que la jurisdicción del Tribunal de Justicia en el ámbito del antiguo tercer pilar se ha ampliado¹³⁷³, y que el TJUE tiene ya jurisdicción sobre la normativa aprobada en el ámbito de la PESC en virtud de los artículos 24 TUE y 275 TFUE, la diversificación de bases jurídicas inherente a cada una de las listas negras no debería traducirse en una diversidad de garantías disponibles para los afectados, como ha venido sucediendo hasta ahora¹³⁷⁴.

Sin embargo, todavía no está claro qué disposiciones abarcan qué en el TFUE y no es fácil predecir cómo se va a articular la relación entre la competencia para adoptar un “marco de medidas administrativas sobre movimiento de capitales y pagos, tales como inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios económicos” poseídos por grupos o entidades no estatales (artículo 75 TFUE), y la competencia para adoptar medidas restrictivas previa decisión del Consejo en el ámbito de la PESC (artículo 215(2) TFUE). ¿Se seguirá acudiendo a la diferenciación entre dimensión *interna* y *externa* del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) en materia de terrorismo, cuando la realidad nos muestra los complejos lazos internacionales de algunas organizaciones que parecen operar sólo en el territorio de la Unión?¹³⁷⁵

Por si no fuera poco, aunque el argumento no fuera la *ratio decidendi* más relevante, en *Kadi (II)* el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta la participación del Parlamento Europeo en el proceso de toma de decisiones a efectos de justificar el recurso al artículo 308 TCE como base jurídica del Reglamento nº 881/2002 (cuando realmente no era necesario). ¿Podrá este argumento tener alguna relevancia a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de los artículos 75 y 215 TFUE? Sólo el primero de estos se rige por el procedimiento legislativo ordinario; en el segundo es el Consejo el actor principal, a propuesta conjunta del Alto Representante y de la Comisión.

¹³⁷³ Cfr. LENAERTS, K.: “The contribution of the European Court of Justice in the Area of Freedom, Security and Justice”, *ICLQ*, Vol. 59, April 2010, pp. 255 y ss.

¹³⁷⁴ Para una análisis más extenso de esta cuestión, LENAERTS, K.: “Le Traité de Lisbonne...”, *loc. cit.*, pp. 730 y ss.

¹³⁷⁵ Se puede argumentar que basta con acudir a la resolución 1373, que condena *todos* los actos de terrorismo (externos e internos), y ordena a los Estados a congelar los bienes de *todas* las organizaciones terroristas sin distinción, para cuestionar la separación entre pilares que ha fundamentado el mecanismo de listas antiterroristas de la Unión (SPAVENTA, E.: “Fundamental what?..”, *loc. cit.*, p. 238, nota al pie 25). El mecanismo de sanciones antiterroristas habría sido más coherente con sólo dos listas: la Al-Qaeda/Talibanes y la 1373. Sobre la dimensión exterior del ELSJ en el Tratado de Lisboa, cfr. ZAPATER DUQUE, E.: “La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Programa de Estocolmo: el reto de la integración y de la coherencia”, en PI LLORES, M.; ZAPATER DUQUE, E. (Coords.): *¿Hacia una Europa de las personas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia?*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 19 y ss.

Por todo ello, se espera la respuesta del TJUE en el asunto *Parlamento c. Consejo*, donde el Parlamento reclama precisamente que la ejecución de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes en la Unión pase por el filtro del artículo 75 TFUE¹³⁷⁶. Es de esperar, o al menos así lo entendemos, que el Tribunal decida que estas sanciones se han de quedar en el Título V de la Parte III del TFUE, rechazando pues el recurso formulado por el órgano representativo de los ciudadanos de la Unión. Y es que –como mínimo– cuando las instituciones actúan sin margen de discrecionalidad alguno, como es el caso (donde la lista de individuos ya ha sido elaborada por el Consejo), se ha de facilitar la celeridad en la ejecución de las sanciones, garantías procedimentales aparte. Permitir la aplicación del procedimiento legislativo ordinario supondría perennizar el procedimiento de toma de decisiones en contra del interés en la aplicación ágil de las medidas decididas por el Consejo. Afirmar lo contrario no sólo supondría privar de efecto útil al nuevo artículo 215(2) TFUE, también es interpretar erróneamente que no existe control democrático en la aplicación de tales medidas, ignorando el hecho de que el TJUE interviene precisamente con el fin de garantizar que éstas respeten los principios básicos del *due process*. Después de la sentencia *Kadi (II)* no estamos en ese escenario descrito con elocuencia por el AG MADURO, donde “el proceso político corre el riesgo de hacerse eco inmediato de las inquietudes populares, impulsando a las autoridades a calmar los temores de mayoría de la población a expensas de unos pocos”¹³⁷⁷.

Un argumento final que desaconseja el recurso al artículo 75 TFUE es que, si finalmente el Tribunal optara por acoger las pretensiones del Parlamento, el régimen Al-Qaeda/Talibanes podría correr un riesgo de fragmentación, dada la situación particular del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca respecto del ELSJ¹³⁷⁸. Por un lado, es verdad que tanto el Irlanda como el Reino Unido han mostrado su firme compromiso con la ejecución de las listas antiterroristas. El segundo de estos países ha incluido en el Protocolo nº 21, sobre la

¹³⁷⁶ Asunto C-130/10, recurso interpuesto el 11 de marzo de 2010. El Parlamento impugna la base jurídica del Reglamento 1286/2009 del Consejo (ya citado), fijada en el artículo 215 TFUE.

¹³⁷⁷ Conclusiones del AG MADURO, § 45. En el mismo sentido, TRIDIMAS, T.; GUTIÉRREZ-FONS, J. A.: “EU Law...”, *loc. cit.*, p. 671. En una resolución de 4 de septiembre de 2008, el Parlamento Europeo “Considera que el artículo 75 del TFUE constituye una ocasión que el Parlamento debe aprovechar para poner remedio a las infracciones en materia de inscripción en una lista negra y apoya todos los trabajos parlamentarios en curso destinados a figurar en el orden del día del programa legislativo 2009” (*Evaluación de las sanciones comunitarias previstas en el ámbito de los derechos humanos*, P6_TA(2008)0405, DO 2009/C 295 E/15, § 56).

¹³⁷⁸ Sobre esta situación, *cfr.* p.e. GARCÍA GUTIÉRREZ, L.: “La posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en el ELSJ, ¿cambiará con Lisboa?”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.): *El Tratado de Lisboa...*, *op. cit.*, pp. 499 y ss.

Posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, una disposición, el artículo 9, que excluye expresamente al artículo 75 TFUE de la aplicación de las excepciones establecidas en dicho Protocolo. Y el primero de ellos, de manera conjunta con Irlanda, firmó una *Declaración (nº 65) relativa al artículo 75 del TFUE*, aneja al Tratado de Lisboa, en la que se muestra comprometido con una “actuación enérgica” en la adopción de sanciones financieras antiterroristas, por lo que “declara que tiene intención de acogerse al derecho que le asiste en virtud del artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del ELSJ, para participar en la adopción de cuantas propuestas se presenten en virtud del artículo 75 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

Si bien todo ello apunta a que toda normativa adoptada al amparo del artículo 75 TFUE contará con el voto a favor del Reino Unido, está por ver si *todas* las obligaciones derivadas de dicha normativa (por ejemplo, aquellas que se remitan a obligaciones recogidas en otras normas del ELSJ que el Reino Unido no haya aceptado), son aceptadas por éste.

Incluso aunque así fuera, queda todavía el caso de Dinamarca. A nuestro conocimiento, dicho país no ha emitido ninguna Declaración similar a la propuesta de manera conjunta por el Reino Unido e Irlanda. Tampoco el *Protocolo (nº 22) sobre la posición de Dinamarca*, cuyo artículo 1 también aparta a este país de la adopción de medidas relativas al ELSJ, incluye referencia alguna al artículo 75 TFUE, por lo que se entiende que su participación en los Reglamentos adoptados al amparo de esta disposición se deja a merced de la voluntad de este país de participar *ad hoc* en ellos, opción regulada en los artículos 3 y ss. del Anexo al Protocolo nº 22. Desde luego, ésta no es la perspectiva más halagüeña para la aplicación íntegra y efectiva en la Unión Europea de las listas negras antiterroristas del Consejo de Seguridad. En este contexto jurídico, parece más sensato dejar la ejecución de las listas del Consejo de Seguridad en manos del procedimiento más ágil del artículo 215 TFUE, aceptado sin excepciones por todos los Estados de la UE.

CAPÍTULO VIII: LA RELACIÓN ENTRE EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL Y EL EUROPEO DESPUÉS DE *KADI (II)*

INTRODUCCIÓN

Puestos los cimientos de la recepción de las resoluciones del Consejo de Seguridad en la Unión y sus problemas estructurales, estamos en condiciones de deconstruir el principal aspecto *sistémico* que plantea la protección del derecho a las garantías judiciales (entre otros derechos) en sede europea: la relación entre el orden jurídico internacional y el europeo a la luz de la tortuosa jurisprudencia del TG y el TJUE en la materia.

Conviene comenzar el análisis matizando. A nuestro juicio, la complejidad de la jurisprudencia de la UE en materia de sanciones Al-Qaeda/Talibanes radica en la conjunción de cuatro elementos que particularizan el análisis, y dificultan enormemente su valoración desde el Derecho internacional. Quizá alguno de ellos, tomado aisladamente, no resulte especialmente novedoso, pero sí lo es en su interacción con los demás. Por ello, creemos muy necesario tenerlos presentes a la hora de analizar las conclusiones del Tribunal de Justicia en *Kadi (II)*, para no extraer deducciones demasiado fáciles.

El primero de ellos es que el origen del conflicto se sitúa en un tratado anterior al TCE, en el que son partes *todos* los Estados de la Unión (pero no la Unión, claro está); y que abarca ámbitos materiales tan dispares y formulados de manera tan amplia que desbordan con creces los ya de por sí amplios ámbitos materiales regulados en los Tratados. En efecto, la Carta de las Naciones Unidas no deja prácticamente ámbito material fuera de los propósitos regulados en el artículo 1, por ejemplo: “mantener la paz y la seguridad internacionales” -artículo 1(1)-, “fomentar entre las naciones relaciones de amistad (...) y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal” -artículo 1(2)-, o “(...) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario (...)” -artículo 1(3)-.

En segundo lugar, no estamos ante un tratado cualquiera, sino la Carta de las Naciones Unidas. Como pudimos analizar en el Capítulo V, una de las disposiciones que la singularizan del resto de tratados es su primacía sobre los demás convenios internacionales, recogida en el artículo 103 de la Carta. La CNU plantea claros problemas

de convivencia con los regímenes “autosuficientes”¹³⁷⁹ del Derecho internacional como el Derecho de la Unión (DUE), en la medida en que se defiende que la primacía de la Carta alcanza al resto de sujetos de Derecho internacional, y no sólo a los Estados parte. En otras palabras, un conflicto entre la Carta y una obligación de Derecho de la Unión originario provoca interrogantes desde la perspectiva de uno de los rasgos más característicos de este último: la autonomía. Si ya es de por sí complejo definir abstractamente los parámetros de esta relación, aún lo es más *in caso* debido a la intervención acumulada de los otros tres elementos de la saga de sentencias *Kadi*.

En tercer lugar, y de manera opuesta a lo que sucede habitualmente en el contencioso comunitario¹³⁸⁰ que valora la recepción del Derecho internacional en el orden jurídico de la UE, no es que aquí el demandante pretenda *evitar* el DUE invocando el Derecho internacional, sino que la sombra de la ilegalidad planea sobre el mismo acto internacional que se aplica. Más concretamente, el origen de la ilegalidad radica en la norma internacional, cuestionable no sólo a la luz del Derecho comunitario, *sino del mismo Derecho internacional*. Son las resoluciones del Consejo de Seguridad las que activan las suspicacias sobre la violación de los estándares en materia de Derechos humanos, tanto internacionales como europeos; la normativa comunitaria no hacía más que ejecutarlas de la manera más fiel posible. Ello genera dudas sobre la existencia de un verdadero conflicto normativo entre dos sistemas¹³⁸¹, el internacional y el europeo, aunque es cierto que el

¹³⁷⁹ Precisamos antes de nada que aquí no utilizaremos las expresiones “autónomo” y “autosuficiente” como equivalentes. La autonomía será aquí una cuestión de *grado*; de tal forma que sólo los regímenes *plenamente autónomos* serán “autosuficientes”. Como ha defendido SIMMA recientemente, no existen los regímenes autosuficientes en Derecho Internacional, pues ni siquiera lo son aquellos, como el de la OMC o la UE, que han alcanzado un mayor grado de autonomía (SIMMA, B.; PULKOWSKI, D.: “Of planets...”, *loc. cit.*).

¹³⁸⁰ *Cfr.* dos sentencias relativamente recientes como *Intertanko* o *Bogiatzi*, en las que el juez europeo rechazó la sucesión de la Comunidad a los Estados en el Convenio Marpol 73/78 para prevenir la contaminación por los buques, y el Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, de 12 de octubre de 1929 (modificado en 1975 por cuatro Protocolos Adicionales de Montreal) (TJCE, *Intertanko* y *otros c. Secretary of State for Transport*, sentencia de 3 de junio de 2008, C-308/06, § 49; *Irène Bogiatzi c. otros*, sentencia de 22 de octubre de 2009, C-301/08, § 33).

¹³⁸¹ Este punto es remarcado en DE WET, E.: “The role of European Courts in the development of a hierarchy of norms within International Law: Evidence of constitutionalisation?”, *EuConstLRev*, Vol. 2, 2009, p. 296; DE WITTE, B.: “European Union law: how autonomous is its legal order?”, *ZÖR*, Vol. 65, 2010, p. 155; GOVAERE, I.: “The importance of international developments in the case-law of the European Court of Justice: *Kadi* and the autonomy of the EC legal order”, *Research Papers in Law, College of Europe, 1/2009*, pp. 8 y 9, www.coleurope.eu/.../law/.../Research%20Paper%201%202009%20Govaere.pdf, visitado por última vez el 24 de febrero de 2011; LAVRANOS, N.: “The impact of the *Kadi* judgment on the international obligations of the EC member states and the EC”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S.: *Challenging...*, *op. cit.*, p. 51; SCHEININ, M.: “Is the ECJ ruling in *Kadi* incompatible with International Law”, *ibid*, pp. 65-66; VAN ROSSEM, W.-J.: “Interaction between EU Law and International Law in the light of *Intertanko* and *Kadi*: the dilemma of norms binding the member States but not the community”, *NYIL*, Vol. XL, 2009, p. 191.

TJCE en *Kadi (II)* pareció resolver el caso *como si las resoluciones fueran válidas* al amparo de la Carta.

En consecuencia, no estamos ante el contexto clásico de invocación del Derecho internacional en la jurisprudencia comunitaria, donde normalmente se analiza éste como “parámetro de validez”¹³⁸² de los actos comunitarios de ejecución a favor del demandante. Por ello, algunas de las críticas clásicas a la “proteccionista” jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de recepción del Derecho internacional adquieren aquí una dimensión diferente, en la medida en que su foco de atención era precisamente el escaso respeto mostrado por el Tribunal hacia “los derechos individuales y las exigencias de democracia que traduce la protección jurídica de dichos derechos”¹³⁸³.

Y cuarto, incluso aunque se concluya que la norma internacional que se ejecuta sea ilegal, es decir, si se consigue revertir la legalidad *prima facie* que como vimos protege a toda resolución aprobada según los procedimientos formales prescritos por la Carta, dicha norma ha sido promulgada por el Consejo de Seguridad, órgano principal de Naciones Unidas encargado de proteger el interés esencial de la comunidad internacional de mantener la paz y la seguridad internacionales¹³⁸⁴. Es decir, tanto el *órgano* que ha prescrito la norma como el *objetivo-valor* que la sostiene gozan de una especial significación en Derecho internacional, por lo que cualquier decisión judicial nacional o internacional que no les muestre deferencia ha de presentar argumentos suficientemente convincentes para impedir su ejecución. Como afirmábamos en el Capítulo V, no basta con argumentos espurios, sino verdaderamente serios, pues aunque los Estados partes en la Carta de las Naciones Unidas no están ciegamente sometidos a la autoridad del Consejo, sí que le deben una especial deferencia.

Es importante tener en cuenta estas particularidades dado que algunos autores, entre los que destaca DE BÚRCA, tienden a considerar que *Kadi* forma parte de una tendencia del Tribunal de Justicia de “pick-and-choose”, de selectividad en materia de recepción de obligaciones internacionales en la Unión, que evidencia una creciente desconfianza hacia el Derecho internacional. Para esta autorizada Profesora, enfatizar las particularidades del

¹³⁸² CASANOVAS I LA ROSA, O.: “Unidad y pluralismo...”, *loc. cit.*, p. 257.

¹³⁸³ PESCATORE, P.: “Monismo, dualismo y “efecto útil” en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *REDE*, n° 9, 2004, pp. 20-21.

¹³⁸⁴ *Cfr.* arts. 7 y 24 de la Carta.

caso y alabar su resultado garantista final no es suficiente. Y es que, a pesar de lo inusual de las circunstancias fácticas del caso -que ella misma reconoce¹³⁸⁵- el Tribunal adoptó una visión pluralista de las relaciones entre el ordenamiento jurídico comunitario y el internacional que contrasta con la visión que la UE quiere darse a sí misma como actor respetuoso con el Derecho internacional, lamentando la pérdida de la perspectiva iusinternacional en un asunto que ofrecía una inmejorable oportunidad para el diálogo judicial en la materia¹³⁸⁶.

I. DE *KADI (I)* A *KADI (III)*: EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN MATERIA DE SANCIONES AL-QAEDA/TALIBANES

Como paso previo a nuestro análisis de los diversos aspectos estructurales que plantea la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de ejecución de sanciones Al-Qaeda/Talibanes, es necesario poner en perspectiva sus elementos básicos. No creemos recomendable detenernos en todos los detalles de los casos, sobre todo a la luz del nivel de minuciosidad exhibido por algunas de las sentencias. Los hechos son además bien conocidos: en todos los casos se trata de individuos afectados por el Reglamento 467/2001 o por sus sucesores, y que a su vez han sido designados en la lista del Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes. Sus respectivas demandas se plantearon en torno a diversos motivos relacionados con la violación de sus derechos fundamentales (derecho a ser oído, derecho a la propiedad privada y principio de proporcionalidad, y derecho a un recurso jurisdiccional efectivo), aunque existen matices relevantes entre las demandas planteadas ante los actuales TG y TJUE.

En consecuencia, nos centraremos aquí en los elementos más relevantes de la postura mantenida por cada instancia judicial respecto de las relaciones entre el Derecho internacional en general, la Carta de las Naciones Unidas y el DUE; así como la amplitud del control jurisdiccional ejercido sobre la violación de los derechos fundamentales. En la

¹³⁸⁵ DE BÚRCA, G.: “The European Courts and the Security Council: Three Replies”, *EJIL*, 2009, Vol. 20, 2009, p. 860.

¹³⁸⁶ DE BÚRCA, G.: “The European Court of Justice...”, *loc. cit.*, esp. pp. 40 y ss. *Contra*, precisamente subrayando las particularidades de esta sentencia y estimando que la opinión de DE BÚRCA se encuentra algo “desplazada”, BAQUERO CRUZ, J.: « La CJCE et le système onusien. La reception de l’arrêt *Kadi* de la Cour de justice des communautés européennes », en DUBOUT, E.; TOUZÉ, S: *Les droits fondamentaux...*, *op. cit.*, p. 141.

medida en que sea relevante, haremos referencia a los planteamientos de los demandantes y de las diversas instituciones y Estados que intervinieron en los procesos. Sin embargo, debido a la escasa atención que generan, dejaremos aparte las cuestiones relativas a la admisibilidad de la demanda de nulidad originaria de estos pronunciamientos.

II.1. Los inicios: la jurisprudencia del TPI en la saga de sentencias *Kadi (I)*

En *Kadi (I)* el TPI articuló su respuesta poniendo especial énfasis en la relevancia del artículo 103 de la CNU y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario. La primacía de la Carta es una norma no sólo de Derecho convencional, sino que forma parte del Derecho consuetudinario¹³⁸⁷. Su ámbito de aplicación es absoluto respecto del resto de convenios internacionales, pues se aplica sin excepción alguna a *todos* los tratados suscritos por los Estados parte, como ha reconocido la jurisprudencia de la CIJ. También extiende la primacía de la Carta al Derecho interno de los Estados, sobre la base del artículo 27 de la CVDT¹³⁸⁸.

En lo que respecta al orden jurídico comunitario, para el TPI es claro que, desde su misma fundación, las disposiciones de los Tratados no ignoraban la relevancia para los miembros de la CE de las obligaciones derivadas de dicha Carta”¹³⁸⁹.

Ello no quiere decir que la Comunidad se encuentre directamente obligada por la Carta, pues ni es miembro de la ONU, “ni sucesora de sus Estados miembros en los derechos y obligaciones de éstos *con arreglo al Derecho internacional público*”¹³⁹⁰. Por ello fundamenta la obligatoriedad de la Carta en el propio tratado constitutivo, recurriendo a la técnica de la sucesión tal y como la utilizó previamente en materia de relaciones entre la Comunidad y el GATT de 1947¹³⁹¹. En este sentido enfatiza que no sólo los actuales artículos 347 y 351 TFUE impiden que la Comunidad obstaculice el cumplimiento por los Estados de sus compromisos internacionales; sino que estos testimonian que se ha “traspasado” a la Comunidad el ejercicio de competencias relacionadas con la ejecución de

¹³⁸⁷ TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 182, haciendo referencia al art. 30 CVDT.

¹³⁸⁸ *Ibid*, §§ 181-182.

¹³⁸⁹ *Ibid*, § 197.

¹³⁹⁰ *Ibid*, § 192, énfasis añadido.

¹³⁹¹ TJCE, *International Fruit Company*, sentencia de 12 de diciembre de 1972, 21-24/72, Rec. (Selección) 1972, pp. 223 y ss., § 15.

las sanciones económicas decididas por el Consejo de Seguridad al amparo del artículo 41 de la Carta. De ello se deducirá más adelante que

“(…) en la medida en que la Comunidad haya asumido, con arreglo al Tratado CE, competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación de la Carta de las Naciones Unidas, las disposiciones de dicha Carta son vinculantes para la Comunidad (…)”¹³⁹².

Pero la última *ratio* de su línea argumentativa no es clara a nuestro juicio. Y es que, de manera contradictoria con los fundamentos de la conclusión que acabamos de exponer, el TPI añade que

“Procede subrayar igualmente que, en la medida en que las competencias necesarias para la ejecución de los compromisos asumidos por los Estados miembros en virtud de la Carta de las Naciones Unidas hayan sido traspasadas a la Comunidad, los Estados miembros se han obligado, *con arreglo al Derecho internacional público*, a que la propia Comunidad ejercite al efecto tales competencias”¹³⁹³,

buscando apoyo en dos fuentes de origen iusinternacional: por un lado, el artículo 48(2) de la Carta, según el cual las decisiones del Consejo de Seguridad “serán llevadas a cabo (…) directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que formen parte”, y por otro, la jurisprudencia clásica del TJUE que recuerda a las Instituciones que éstas deberán ejercitar sus competencias “respetando el Derecho internacional”. Por consiguiente, “el Derecho comunitario debe interpretarse, y su ámbito de aplicación delimitarse, tomando en consideración las normas pertinentes del Derecho internacional”¹³⁹⁴. En definitiva,

“La Comunidad no puede violar las obligaciones que la Carta de las Naciones Unidas impone a sus Estados miembros ni obstaculizar el cumplimiento de las mismas y, por otra parte, que la Comunidad se encuentra obligada, en virtud del propio Tratado que la creó, a adoptar en el ejercicio de sus competencias todas las disposiciones necesarias para permitir que sus Estados miembros respeten tales obligaciones”¹³⁹⁵.

Seguidamente pasa a valorar en qué medida su función jurisdiccional puede encontrar “límites estructurales, impuestos por el derecho internacional general o por el propio Tratado CE”¹³⁹⁶. El TPI comienza recordando algo que igualmente defendimos en el Capítulo V de este trabajo: que las resoluciones Al-Qaeda/Talibanes del Consejo no

¹³⁹² TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 182.

¹³⁹³ *Ibid*, § 198, énfasis añadido.

¹³⁹⁴ *Ibid*, § 199.

¹³⁹⁵ *Ibid*, § 204.

¹³⁹⁶ *Ibid*, § 212.

dejan margen de discrecionalidad alguno a los Estados para su ejecución, pues excluyen “modificar directamente el contenido de las resoluciones de que se trata ni establecer un mecanismo que pudiera provocar tal modificación”¹³⁹⁷. Esta obligación se extiende igualmente a las instituciones de la Comunidad, porque

“Las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas fueron aprobadas en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En este contexto, la determinación de lo que constituye una amenaza contra la paz y seguridad internacionales y de las medidas necesarias para defenderlas o restablecerlas constituye una competencia exclusiva del Consejo de Seguridad, que por consiguiente queda sustraída a la competencia de las autoridades y tribunales nacionales o comunitarios, sin otra salvedad que el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, contemplado en el artículo 51 de dicha Carta”¹³⁹⁸

El TPI estima, pues, que no es competente para revisar la legalidad de los Reglamentos comunitarios con origen último en una resolución del Consejo de Seguridad. Sobre todo, insiste en que

“Habida cuenta en particular de las disposiciones del artículo 307 CE y del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, la alegación de que se han vulnerado, bien los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario, bien los principios de dicho ordenamiento jurídico, no puede afectar a la validez de una resolución del Consejo de Seguridad ni a su eficacia en el territorio de la Comunidad”¹³⁹⁹.

Es decir, el TPI interpreta de manera particularmente extensiva los efectos del artículo 103 de la Carta sobre su competencia judicial, dado que no le permite cuestionar, ni siquiera de manera incidental, la autoridad del Consejo de Seguridad en el ejercicio de sus funciones coercitivas. Hasta aquí todo parece indicar que el TPI se iba a abstener completamente de conocer del caso. Sin embargo, añade en un controvertido pasaje que

“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 *ius 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”¹⁴⁰⁰,

desarrollando a continuación varios argumentos relativos a la naturaleza de las normas imperativas y a su oponibilidad como límite a los poderes del Consejo de Seguridad. Se apoya para ello en argumentos relativos a los propósitos y principios de la Carta, así como en jurisprudencia de la CIJ, ya afrontados en este trabajo¹⁴⁰¹. Conviene subrayar, de todas

¹³⁹⁷ *Ibid*, § 214.

¹³⁹⁸ *Ibid*, § 219.

¹³⁹⁹ *Ibid*, § 224.

¹⁴⁰⁰ *Ibid*, § 226.

¹⁴⁰¹ Cap. V, § I.1.

maneras, que el TPI insiste en ejercitar una revisión *incidental* de los poderes del Consejo de Seguridad; es decir, que no busca valorar directamente la legalidad de las mismas resoluciones del Consejo a la luz del *ius cogens*, pues su jurisdicción “directa” se limita exclusivamente a los Reglamentos impugnados¹⁴⁰².

Sobre el estándar aplicado, el TPI no tiene problema en defender que los derechos a la propiedad privada, a ser oído y a un recurso judicial efectivo forman parte del núcleo de normas de *ius cogens*. Ello no significa, claro está, que se trate de derechos absolutos. Para los intereses de nuestro trabajo, nos centraremos en el análisis de los dos últimos. En primer lugar, en lo que concierne al derecho a ser oído, se reconocen las enormes limitaciones del procedimiento ofrecido por el Comité de Sanciones, llegándose incluso a afirmar que

“parece categóricamente excluida la posibilidad de que el demandante se pronuncie oportunamente sobre la realidad y la pertinencia de los hechos que se tomaron en consideración para congelar sus fondos, y más aún, de las pruebas utilizadas en su contra”¹⁴⁰³

A pesar de ello, el TPI no considera que la laguna en la protección de este derecho de defensa dé lugar a una violación del *ius cogens* si ello es necesario para proteger la seguridad de la comunidad internacional. En su línea de razonamiento nos parece especialmente relevante un argumento: el Tribunal destaca la posibilidad para los afectados de interponer un recurso jurisdiccional basado en el Derecho interno “o incluso directamente en el Reglamento impugnado”, contra una decisión injustificada de la autoridad competente de no someter su caso para revisión al Comité de Sanciones¹⁴⁰⁴. El interés de esta idea radica no tanto en su oportunidad, sino en el hecho de que anticipa el tenor de la posterior sentencia *Ayadi*.

En segundo lugar nos referiremos al análisis que el TPI hace de la protección del derecho a un juez. Se comienza recordando que el demandante ha podido disfrutar de un limitado acceso al juez, en la medida en que el TPI se ha declarado competente *ex* antiguo artículo 231 TCE para revisar el respeto de la legalidad formal en la aprobación del Reglamento impugnado. Igualmente se ha revisado la adecuación de dicho Reglamento a las resoluciones del Consejo de las que trae origen, y sobre todo, ha analizado su

¹⁴⁰² TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 231.

¹⁴⁰³ *Ibid.*, § 274.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, § 270.

adecuación al derecho imperativo. Ello no obsta para concluir que no se ha violado el derecho imperativo, por varios motivos. Primero, el derecho de acceso a los tribunales puede suspenderse en situaciones excepcionales, tal y como afirma el artículo 4(1) del PIDCP¹⁴⁰⁵. Segundo, incluso fuera de estas situaciones de emergencia, existen limitaciones originadas por la doctrina de la inmunidad de los Estados que resultan aplicables, según el TPI, a las resoluciones del Consejo de Seguridad¹⁴⁰⁶. El interés del demandante no puede prevalecer sobre el “interés general” en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Tercero, el mismo Consejo de Seguridad ha establecido un mecanismo de revisión de las sanciones que permite que una medida sea revisada cada 18 meses como máximo¹⁴⁰⁷. Y cuarto, dado que no existe un tribunal internacional competente para revisar la legalidad de los actos del Consejo de Seguridad, la protección diplomática ofrecida por el Estado que intercede por los individuos listados constituye una “vía razonable” para no violar el *ius cogens*¹⁴⁰⁸.

Como consecuencia de todo ello, la demanda del Sr. Kadi ante el TPI fue desestimada. Posteriores sentencias del Tribunal no variaron un ápice estas valoraciones, salvo en un pequeño detalle que estimamos de poca relevancia práctica. Y es que la sentencia *Ayadi* añadió un deber de los Estados con origen en el mismo Derecho comunitario de

“velar en la medida de lo posible por que los afectados estén en disposición de defender eficazmente su punto de vista ante las autoridades nacionales competentes, en el marco de una solicitud de revisión de su caso. Por otra parte, el margen de apreciación que es preciso reconocer a tales autoridades, en este contexto, debe ejercerse de modo que tome debidamente en consideración las dificultades con las que los afectados puedan tropezar para procurarse una protección efectiva de sus derechos, habida cuenta del contexto y la naturaleza concretos de las medidas que les son aplicables¹⁴⁰⁹”.

La indefensión de los particulares listados por el Consejo es tal que puede resultarles imposible aportar elementos de prueba para que su Estado interceda por ellos ante el Consejo de Seguridad. Como afirmáramos en otra parte de este estudio, probar que no se está “asociado” con Al-Qaeda y los Talibanes puede resultar una verdadera *probatio diabolica*. Dado que los Estados disponen de margen de discreción suficiente para

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, § 287.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, § 290.

¹⁴⁰⁹ TJCE, *Ayadi c. Consejo*, sentencia de 12 de julio de 2006, T-253/02, § 147; también *Hassan c. Consejo y Comisión*, de idéntica fecha, T-49/04, § 117.

interceder por sus nacionales listados, el TPI dedujo del artículo 6(1) TUE la existencia de una verdadera obligación hacia los particulares de interceder por ellos ante el CSNU.

I.2. La ruptura: las Conclusiones del AG MADURO

En casación, los recurrentes (*Kadi* y *Al Barakaat*) básicamente cuestionaron la oportunidad del razonamiento del TPI en lo referente a la primacía de las resoluciones del Consejo de Seguridad, en la medida en que se concluyó que el artículo 103 de la Carta impedía que los tribunales se pronunciaran sobre la legalidad interna de las medidas de aplicación de las resoluciones sobre la base del estándar comunitario en materia de derechos fundamentales. Igualmente propusieron en su escrito de réplica la aplicación de la jurisprudencia *Bosphorus* del TEDH a la ejecución de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes por parte de la Unión: en la medida en que el Consejo de Seguridad y el Comité de Sanciones no respeten los derechos fundamentales, los Tribunales comunitarios deberán pronunciarse sobre las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias. En lo referente a los derechos violados, insistieron en que la solución ofrecida por el TPI no respetaba ni su derecho a la propiedad, ni su derecho a ser oído, ni su derecho a un recurso judicial efectivo.

Por su parte, la Comisión y el Reino Unido, defendiendo los principios establecidos por la sentencia del TPI en lo que respecta a la primacía de la Carta y apuntaron que el Tribunal ha de supervisar la protección de los derechos del demandante aplicando un estándar más bajo de protección, dados los intereses para la seguridad internacional en juego. Ahora bien, como punto de partida Francia, Países Bajos, el Reino Unido y el Consejo se mostraron críticos con la argumentación del TG relativa al *ius cogens*, dado que a su juicio no encontraba una base jurídica en los Tratados. Por su parte, la Comisión no sólo lo aceptaba; también consideraba posible la intervención del juez comunitario cuando la resolución fuera *ultra vires*, en violación de los propósitos y principios de la Carta.

Tanto la Comisión y el Consejo, como el Reino Unido, rechazaron la aplicabilidad de la *ratio* de la sentencia dictada por el TJCE (no el TEDH) en *Bosphorus*, donde el Alto Tribunal dejó abierta la posibilidad de analizar la compatibilidad de las sanciones económicas dictadas contra la República Federal de Yugoslavia a la luz del principio de protección de los derechos humanos, a pesar de proceder igualmente de una resolución del

Consejo de Seguridad. Dado que de todas formas el Tribunal no había sido muy explícito al respecto, lo razonable, a juicio de las dos instituciones y el Estado, era deducir lo contrario. Es decir, que *Bosphorus* no podía interpretarse en el sentido de permitir la revisión de un Reglamento con origen en una resolución del Consejo de Seguridad a la luz de los estándares europeos en materia de protección de los derechos humanos.

En unas Conclusiones casi tan comentadas por la doctrina como la propia sentencia del TJCE, el AG MADURO adoptó un enfoque radicalmente distinto. El punto de partida es la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario respecto del internacional, defendida por primera vez en la célebre sentencia *Van Gend en Loos*¹⁴¹⁰. Para el Abogado General, es cierto que

“la interpretación del Derecho comunitario se inspira en la presunción de que la Comunidad tiene voluntad de cumplir sus compromisos internacionales”¹⁴¹¹.

Pero en última instancia es el ordenamiento jurídico comunitario el que determina las condiciones de entrada del Derecho internacional. Y entre esas condiciones, se destaca que ninguna norma internacional puede suponer una violación del derecho primario, dado que los convenios internacionales que vinculan a la Comunidad se encuentran en una posición jurídicamente inferior a la de los Tratados. El objetivo de la función jurisdiccional del Tribunal ha de ser, pues, “preservar el marco constitucional creado por el Tratado”¹⁴¹².

Independientemente de que se compartan sus posiciones, una de las virtudes de las Conclusiones de POIARES MADURO, en comparación con la decisión del TPI, es su claridad expositiva. Y es que el AG plantea con sencillez la cuestión clave del recurso de casación, formulándola de la siguiente manera:

“¿atribuye el ordenamiento jurídico comunitario un estatus supra-constitucional a unas medidas que resultan necesarias para la aplicación de Resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad?”¹⁴¹³

El AG recurrió a la técnica utilizada previamente por el Tribunal en *Bosphorus* a fin de justificar su postura. Rechazó el argumento del Consejo, la Comisión y el Reino Unido sobre la inaplicabilidad de esta sentencia al asunto de autos dado que, a su juicio, el

¹⁴¹⁰ TJCE, *Van Gend en Loos (NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming) v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, ECR 00003.

¹⁴¹¹ Conclusiones del AG MADURO, § 22.

¹⁴¹² *Ibid.*, § 24.

¹⁴¹³ *Ibid.*

Tribunal en aquel caso “no se planteó en ningún momento”¹⁴¹⁴ que no se pudiera ejercer el control judicial habitual en materia de derechos fundamentales en la Comunidad.

Llegados a este punto, pasó a analizar las relaciones entre la Carta y el Derecho comunitario valorando principalmente cuatro tipos de argumentos. El primero se refería a la idoneidad del actual artículo 351 TFUE para justificar la exención del control judicial. El AG MADURO no encontró ninguna razón para aceptar que esta disposición justifique la desestimación del recurso de casación. Por un lado, dedujo de la sentencia *ERT* que los Estados miembros deben ejercer sus competencias en materia de seguridad respetando el Derecho comunitario¹⁴¹⁵. Por el otro, y sobre todo, defendió con firmeza que el orden jurídico comunitario no puede aceptar ninguna medida que viole uno de sus principios esenciales, como es el respeto de los derechos fundamentales¹⁴¹⁶. Además, el deber de cooperación leal, inscrito en el segundo párrafo del artículo 351 TFUE, juega un papel determinante, en la medida en que exige que los Estados miembros de la UE han de hacer lo posible en las Naciones Unidas para minimizar el riesgo de colisión entre la Carta y el ordenamiento jurídico comunitario¹⁴¹⁷.

De los tres argumentos restantes, el primero tenía a nuestro juicio menor relevancia jurídica, en la medida en que se refiere a la existencia de una “cuestión política”, es decir, un deber de los Tribunales de abstenerse de pronunciarse en asuntos con elevadas connotaciones políticas. El segundo de ellos también se encontraba pobremente elaborado. Se refería al hecho de que el TEDH había renunciado a sus facultades de control judicial cuando la medida impugnada fuera necesaria para aplicar una resolución del Consejo de Seguridad. Sin embargo, a pesar de lo evidente de la respuesta a esta pretensión mediante una interpretación correcta de la sentencia del TEDH en *Bosphorus*, el AG MADURO fue aún más lejos y subrayó los matices que a su juicio diferencian el mecanismo del TEDH y los Tratados fundacionales:

“Aunque la finalidad del Convenio es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, está concebido para surtir primordialmente efectos como un acuerdo interestatal que crea obligaciones entre las Partes Contratantes en el ámbito internacional. Confirma lo anterior el mecanismo del Convenio para garantizar su ejecución intergubernamental (...) En cambio, el Tratado CE ha instaurado un ordenamiento jurídico

¹⁴¹⁴ *Ibid*, § 26.

¹⁴¹⁵ TJCE, *Centro-Com*, sentencia de 14 de enero de 1997, C-124/95, Rec. p. I-81, § 25.

¹⁴¹⁶ *Ibid*, § 31.

¹⁴¹⁷ *Ibid*, §§ 32-33.

autónomo, que genera directamente derechos y obligaciones tanto para los Estados como para los individuos”¹⁴¹⁸.

La última de las pretensiones de los demandados enfatizaba las diferentes concepciones sobre lo que estaba en juego, si finalmente el TJCE decidía ejercer su jurisdicción para supervisar el respeto de los derechos humanos por el Reglamento impugnado sobre la base del Derecho comunitario. Y es que, para el Consejo, dicho ejercicio supondría una extralimitación de competencias, pues el Tribunal estaría hablando “en nombre de la Comunidad internacional”¹⁴¹⁹. Por el contrario, para el Abogado General, los efectos de la sentencia del TJCE “se circunscriben” al Derecho comunitario. En este sentido, el tenor de su propuesta alcanzó su éxtasis dualista cuando, en respuesta a la inquietud generada por una eventual imposibilidad para los Estados de cumplir con las resoluciones del Consejo, llegó a afirmar que

“(…) la aplicación de tales principios [los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario] no es óbice para la aplicación de las normas internacionales en materia de responsabilidad de los Estados o de la norma enunciada en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas”¹⁴²⁰.

Finalmente, luego de una serie de reflexiones generales sobre el papel de los jueces en la protección de los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo, reconoció sin ambages la violación de los derechos alegados por el recurrente. Su propuesta concluyó así en un tono de sobra conocido por todo estudioso de las relaciones entre sistemas jurídicos:

“Si en el ámbito de las Naciones Unidas existiera un mecanismo genuino y efectivo de control por parte de un tribunal independiente, ello podría eximir a la Comunidad de la obligación de garantizar el control judicial de las medidas de ejecución (...)”¹⁴²¹.

I.3. La decisión final del TJCE

¹⁴¹⁸ *Ibid*, § 37.

¹⁴¹⁹ Ya se ha hecho lo propio con la decisión del TPI. *Cfr.* JACQUÉ, J.-P.: “Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L’instabilité des rapports de système entre ordres juridiques”, *Revue française de droit constitutionnel*, Vol. 69, 2007, p. 33 ; LABAYLE, H. ; MEHDI, R. : « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme. Les *blacklists* de l’Union dans le prétoire de la Cour de justice », *RTrDE*, Vol. 45, nº 2, avril-juin 2009, p. 244.

¹⁴²⁰ TJCE, *Kadi (II)*, § 39.

¹⁴²¹ *Ibid*, § 54.

Reunido en Gran Sala, el Tribunal de Justicia llegó a la misma conclusión que el AG MADURO. Ciertamente, sus razonamientos se encuentran más próximos de éste que de la decisión del TPI, pero existen diferencias relevantes que no han pasado desapercibidas para ningún comentarista.

El TJCE comenzó recordando, primero, que la Comunidad Europea es una comunidad de Derecho en el sentido de la sentencia *Les Verts c. Parlamento*¹⁴²², y segundo, que ningún acuerdo internacional puede menoscabar la autonomía del sistema jurídico comunitario, ni mucho menos sus principios “constitucionales”¹⁴²³. Como a menudo se recuerda, la terminología constitucional es frecuente en el lenguaje de la sentencia. A continuación rechazó cualquier tipo de competencia para analizar la legalidad de la resolución aprobada por el órgano internacional, “ni siquiera limitando su control al examen de la compatibilidad de tal resolución con el *ius cogens*”, y ni siquiera (aunque no lo afirmó expresamente), de manera incidental¹⁴²⁴.

En el plano general de las relaciones entre la Carta y el Derecho comunitario, el TJCE comenzó anticipando el tenor de su decisión con una referencia a la sentencia *Alemania c. Consejo*, donde anuló una Decisión del Consejo por la que se aprobaba la celebración de un acuerdo internacional, al no respetar el contenido del principio general de no discriminación¹⁴²⁵. Pero el punto de partida fue más bien conciliador, como no podía ser de otra manera, dado que es jurisprudencia asentada que las competencias de la Comunidad deben ser ejercidas respetando el Derecho internacional. El TJCE insistió en que ello es así incluso respecto de los antiguos artículos 60 y 301 TCE. Su posición partía de que, después de la adopción de un acto PESC, “la Comunidad queda obligada a adoptar en el ámbito del Tratado CE las medidas que exige dicho acto”¹⁴²⁶. De ello se deriva que la Comunidad deberá tener en cuenta “los términos y objetivos”¹⁴²⁷ de la resolución que se

¹⁴²² TJCE, *Partido Ecologista Les Verts c. Parlamento Europeo*, sentencia de 23 de abril de 1986, 294/83, Rec. P. 1339, § 23.

¹⁴²³ TJCE, *Kadi (II)*, § 285.

¹⁴²⁴ *Ibid.*, § 287.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, § 289. TJUE, *Alemania c. Consejo*, sentencia de 10 de marzo de 1998, C-122/95.

¹⁴²⁶ TJCE, *Kadi (II)*, § 296.

¹⁴²⁷ *Ibid.*

aplique, así como acudir a su “texto y el objeto”¹⁴²⁸ a la hora de interpretarla. Ahora bien – y aquí llega el primer matiz importante-, estimó que

“la Carta de las Naciones Unidas no obliga a seguir un método determinado para la aplicación de las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta, ya que dicha aplicación debe producirse conforme a la normativa aplicable al respecto en el ordenamiento jurídico interno de cada Miembro de la ONU. En efecto, la Carta de las Naciones Unidas permite en principio que los Miembros de la ONU elijan libremente entre los diferentes métodos posibles de recepción de tales resoluciones en su ordenamiento jurídico interno”¹⁴²⁹.

Como consecuencia de ello, a diferencia del AG MADURO –que no planteó la cuestión es tales términos-, dedujo su competencia para proceder a un control jurisdiccional de la legalidad interna del Reglamento desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

A continuación respondió a una de las objeciones más relevantes, relativa al recurso a los actuales artículos 347 y 351 TFUE como escapatoria por los Estados para cumplir con sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario. Y es que, como reconoció el Tribunal, la sentencia *Centro-Com* había autorizado a los Estados a recurrir al artículo 351 TFUE para inaplicar obligaciones de Derecho primario como la política comercial común, codificada entonces en el artículo 113 TCE, “si son necesarias para garantizar el cumplimiento, por parte del Estado miembro de que se trate, de obligaciones respecto a países terceros que resulten de un Convenio celebrado antes de la entrada en vigor del Tratado o de la adhesión de ese Estado miembro”¹⁴³⁰. A pesar de ello, estimó el TJCE, esta norma no podrá en ningún caso permitir la suspensión de “los principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico comunitario”, entre los cuales se emplaza el de protección de los derechos fundamentales¹⁴³¹.

En lo que concierne a la recepción de las obligaciones derivadas de la Carta, el TJCE presentó el problema en términos jerárquicos. Si bien el entonces artículo 300 TCE (actual 216(2) TFUE) disponía que los acuerdos válidamente celebrados serán vinculantes para la Comunidad, de ser aplicable esta norma a la CNU, esta primacía no se extendería al Derecho primario ni a sus principios generales. El hecho de que la sentencia *Behrami* y

¹⁴²⁸ *Ibid*, § 297.

¹⁴²⁹ *Ibid*, § 298.

¹⁴³⁰ TJCE, *Centro-Com*, §§ 56-61.

¹⁴³¹ TJCE, *Kadi (II)*, § 304.

Behrami y Saramati c. Francia del TEDH hubiera mostrado una gran deferencia hacia el artículo 103 de la Carta no impidió esta conclusión. En este punto, el razonamiento del TJCE explicó con un poco más de claridad que el AG MADURO la inaplicabilidad de la citada sentencia del TEDH a los supuestos del tipo *Bosphorus*, en los que el Estado ejecuta en su territorio una resolución del Consejo de Seguridad. Y aunque no era estrictamente necesario para la resolución del caso, también fue tajante a la hora de diferenciar el ordenamiento jurídico autónomo de la CE del ordenamiento creado por el CEDH, texto este último “radicalmente diferente”¹⁴³². Eso sí, no se adentró en explicaciones sobre el porqué de esta diferencia, como vimos que hiciera el Abogado General.

El siguiente paso fue refutar el argumento planteado por la Comisión relativo a las mejoras que las resoluciones 1730 (2006) y 1735 (2007) habían introducido en el sistema que hacían innecesaria la intervención del TJCE. Aquí consideramos importante citar las palabras exactas del Tribunal porque para no pocos autores no queda claro si el Tribunal admitió la aplicación del método *Solange* al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas; y en caso afirmativo, en qué condiciones. Así, se empezó afirmando que

“el hecho de que en este régimen de las Naciones Unidas exista un procedimiento de revisión ante el Comité de Sanciones no puede llevar aparejada una inmunidad de jurisdicción generalizada en el ámbito del ordenamiento jurídico interno de la Comunidad, ni siquiera teniendo en cuenta las modificaciones de dicho procedimiento (...) dicha inmunidad (...) carece de justificación desde el momento en que resulta evidente que el mencionado procedimiento de revisión no ofrece las garantías de una tutela judicial”¹⁴³³.

Después de subrayar varias de las carencias del procedimiento actual ante el Comité de Sanciones, el Tribunal concluyó:

“Se deduce de las consideraciones precedentes que (...) los tribunales comunitarios deben garantizar un control, *en principio completo*, de la legalidad de todos los actos comunitarios (...)”¹⁴³⁴

Por ello terminó ahí su argumentación, sin adentrarse en la cuestión de si el juez comunitario es competente para analizar incidentalmente la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad a la luz del *ius cogens*. Posteriormente valoró la legalidad de los Reglamentos impugnados sobre la base de los estándares comunitarios en materia de derechos fundamentales, para concluir que hubo violación de los derechos a ser oído, a la tutela judicial efectiva y a la propiedad privada. En el Capítulo siguiente nos adentraremos

¹⁴³² *Ibid*, § 315.

¹⁴³³ TJCE, *Kadi (II)*, §§ 321-322.

¹⁴³⁴ *Ibid*, §§ 326, énfasis añadidos.

con más detalle en este último análisis. Simplemente recordaremos aquí que, a pesar de anular los Reglamentos controvertidos en lo que respecta a los demandantes, el TJCE dejó un plazo de tres meses para que el Consejo adoptara un nuevo Reglamento que satisficiera los estándares aplicados por el Tribunal, a fin de no causar “daños graves e irreversibles a la eficacia” de las sanciones¹⁴³⁵.

II.4. Curia locuta, causa finita: la renuencia del TG en *Kadi* (III)

Dada la gran divergencia de posturas respecto de los problemas de fondo, la sentencia *Kadi* (II) ha aunado críticas y alabanzas entre los numerosos analistas que han evaluado su indudable relevancia. El TG no ha sido ajeno a ellas y ha decidido recientemente en *Kadi* (III)¹⁴³⁶ sumarse a la controversia, con el fin de defender sus posiciones mantenidas en *Kadi* (I). Llama la atención el tono a veces desafiante, que evidencia sus reticencias para aceptar la decisión final adoptada por el TJCE, y evoca viejas polémicas relativas a la legitimación activa de los particulares para ejercitar una acción de nulidad en el sentido del actual artículo 263 TFUE¹⁴³⁷. Aparte de la discrepancia en sí, la sentencia es importante en la medida en que valora las novedades más recientes en el Comité de Sanciones, sobre todo la introducción de la Oficina del *Ombudsman* por la resolución 1904(2009).

Comoquiera que el Sr. Kadi fue nuevamente incluido en la lista del Consejo, ahora en virtud del Reglamento 1190/2008 tras el resultado de la sentencia *Kadi* (II), el afectado impugnó la legalidad del nuevo procedimiento ofrecido por el Consejo. No es nuestra intención adentrarnos aquí en los detalles de sus pretensiones, todas ellas relativas a los aspectos procesales de la inclusión en la lista europea Al-Qaeda/Talibanes. Lo que queremos subrayar es la nueva toma de posición del TG, que desde luego no era necesaria a los fines de resolver el caso, pero que testimonia bien el Estado del debate y aclara alguna duda suscitada en *Kadi* (II).

¹⁴³⁵ *Ibid.*, §§ 373-376.

¹⁴³⁶ TG, *Kadi c. Consejo* [*Kadi III*], sentencia de 30 de septiembre de 2010, T-85/09.

¹⁴³⁷ A favor de dicha legitimación activa ampliada, *cfr.* Conclusiones del AG JACOBS, 21 de marzo de 2002, en el asunto C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*; y TPI, *Jégo-Quéré*, T-177/01, Rec. P. II-2365. En contra, TJCE, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, sentencia de 25 de julio de 2002, C-50/00 P, p. I-6677; y TJCE, *Comisión c. Jégo-Quéré*, sentencia de 1 de abril de 2004, C-263/02, p. I-3425.

En primer lugar, el TG considera que

“no está vinculado en virtud del artículo 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia por las cuestiones de Derecho dirimidas en la sentencia *Kadi* del Tribunal de Justicia”¹⁴³⁸.

El artículo 61 del Estatuto prescribe que “en caso de devolución, el Tribunal General estará vinculado por las cuestiones de derecho dirimidas por la resolución del Tribunal de Justicia”. *A contrario*, en el supuesto de la sentencia *Kadi (II)*, en el que el mismo TJUE resolvió el litigio, no está vinculado por la decisión del Tribunal.

A partir de ahí enumera una serie de críticas surgidas en “los medios jurídicos” relativos al contenido de la sentencia del TJUE: la escasa consideración que hace de los artículos 25 y 103 de la Carta, la interpretación que realiza de los artículos 347 y 351 TFUE, la referencia que hace al artículo 216(1) TFUE, e incluso el hecho de que, según algunos autores, la revisión del Reglamento impugnado efectuada en *Kadi (II)* “equivale necesariamente” a un control de la legalidad de la resolución del Consejo sobre la base de estándares europeos en materia de derechos humanos. El TG reconoce que “esas críticas no carecen de seriedad”¹⁴³⁹. Sin embargo, a fin de evitar males mayores, añade que “la propia naturaleza del recurso de casación y la estructura jurisdiccional jerárquica” le llevan a “no poner en entredicho” las decisiones del TJUE (cuando eso es precisamente lo que acaba de hacer). Igualmente se hace eco de la divergencia de soluciones propuestas por diversas instancias judiciales nacionales, a las que ya nos hemos referido¹⁴⁴⁰; pero, en definitiva, decide no aplicar el tipo de control jurisdiccional sugerido por la Comisión y los Gobiernos coadyuvantes, en la medida en que dicho control equivaldría a un “simulacro” del control judicial requerido por el TJUE en *Kadi (II)*¹⁴⁴¹.

La sentencia confirma que en *Kadi (II)* el TJUE sí aplicó un razonamiento *Solange*. Como constatamos en su momento, un sector doctrinal tenía dudas al respecto debido al

¹⁴³⁸ TG, *Kadi III*, § 112.

¹⁴³⁹ *Ibid.*, § 121.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*, § 122. Se echa en falta la decisión del Comité de Derechos Humanos en *Sayadi y Vinck*, y a nuestro juicio es incorrecta la referencia que se hace a la decisión de la Corte Federal Suprema Canadiense en *Abdelrazik c. Minister of Foreign Affairs and Attorney General of Canada*, donde la referencia a las carencias del mecanismo del Comité de Sanciones fue un simple *obiter dicta*, sin influencia alguna sobre la resolución del caso. Recordemos que este asunto fue fallado a favor del individuo afectado por la lista sobre la base de una interpretación correcta de la prohibición de viajar.

¹⁴⁴¹ TG, *Kadi III*, § 123.

lenguaje utilizado por el Tribunal¹⁴⁴², pero esas dudas han quedado totalmente disipadas desde el mismo momento en que el TG decide no adentrarse en un análisis de fondo de la demanda hasta no constatar que ni la introducción del Punto Focal, ni incluso la creación de la figura de un *Ombudsman* en el seno del Comité de Sanciones, ofrecen las garantías de una tutela judicial efectiva. La única salvedad es que las expresiones “en la medida en que” (*Solange*), o “protección equivalente” (*Bosphorus*) son aquí sustituidas por un concesivo “al menos, mientras resulte evidente”¹⁴⁴³. Pero el argumento es el mismo, y por ello el TG no tiene reparos en lamentar que

“el Consejo de Seguridad aún no ha estimado oportuno establecer un órgano independiente e imparcial encargado de resolver, de hecho y de Derecho, los recursos interpuestos contra las decisiones individuales adoptadas por el Comité de Sanciones”¹⁴⁴⁴.

Por eso nos parece equivocada la opinión del Equipo de Vigilancia del Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes, que en su 10º Informe muestra sus dudas de que el Tribunal de Justicia cambie de actitud hacia los procedimientos del Consejo de Seguridad si se introdujera un mecanismo de revisión independiente e imparcial. Todo lo contrario parece deducirse de una lectura detenida de las sentencias *Kadi (II)* y *Kadi (III)*¹⁴⁴⁵: en ellas se exige que un nivel mínimo de equivalencia que coincide con lo sugerido hace años por el Vicesecretario General de las Naciones Unidas, NICOLAS MICHEL.

¹⁴⁴² Sí deducían la existencia de un método *Solange* ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: “Sistema de listas y derechos humanos en las sanciones del Consejo de Seguridad: la perspectiva europea”, en BLANC ALTEMIR, A.: *El proceso de reforma de las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 309; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.: “Challenges for the protection of fundamental rights in the EU at the time of entry into force of the Treaty of Lisbon”; *FILJ*, Vol. 33, 2009-2010, p. 1791; LÓPEZ-JACOÍSTE DÍAZ, E.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales: algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi”, en VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E.; MORALES ANTONIAZZI, M. (Coords.): *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010, p. 822; GRILLER, S.: “International Law, Human Rights and the European Community’s Autonomous Legal Order: Notes on the European Court of Justice Decision in *Kadi*”, *ECLRev*, Vol. 4, 2008, esp. pp. 550-551; ZIEGLER, K.: “Strengthening the rule of law, but fragmenting international law: the *Kadi* decision of the ECJ from the perspective of human rights”, *HRLRev*, Vol. 9, nº 2, p. 300. Para BESSON, no hubo método *Solange* en el razonamiento del Tribunal (BESSON, S.: “European Legal pluralism after *Kadi*”, *ECLRev*, vol. 5, 2009, pp. 262-263). Tampoco para GOVAERE (“The importance...”, *loc. cit.*, p. 12); HALBERSTRAM, D.; STEIN, E.: “The United Nations...”, *loc. cit.*, pp. 60-64. SCHRIJVER y VAN DEN HERIK apuntan con ambigüedad que “the ECJ did not fully embrace the “equivalent protection”-doctrine” (en WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES: *Addressing challenges...*, *doc. cit.*, p. 18, énfasis añadido). La posición de BAQUERO CRUZ (“La CJCE...”, *loc. cit.*, p. 142) es particular porque, toda vez que considera que la sentencia del Tribunal de Justicia deja abierta la puerta del diálogo, estima que el método *Solange* sólo es aplicable entre verdaderos tribunales, y no entre tribunales y órganos políticos.

¹⁴⁴³ TG, *Kadi (III)*, § 127.

¹⁴⁴⁴ *Ibid*, § 128.

¹⁴⁴⁵ 10º Informe..., *doc. cit.*, § 43, pp. 20 y 21.

II. LA RECEPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA CARTA EN EL DERECHO EUROPEO: LA DOBLE AMBIGÜEDAD DE LA JURISDICCIÓN EUROPEA

Después de desarrollar la evolución de los aspectos *constitucionales* de la jurisprudencia europea en materia de recepción de sanciones Al-Qaeda/Talibanes, nos encontramos en condiciones de valorar en conjunto sus virtudes y sus puntos oscuros. El enfoque de la cuestión varía decisivamente en función del punto de partida que se adopte respecto de la estructura sistémica del Derecho internacional: como orden jurídico estructurado jerárquicamente en el sentido más estrictamente kelseniano de la palabra, como orden de subsistemas flotantes sobre un magma iusinternacional que le aporta una cierta unidad¹⁴⁴⁶ o, en un extremo contrario, como un conjunto de placas tectónicas emplazadas las unas junto a las otras sin orden ni jerarquía alguna. Podríamos afirmar a modo preliminar que, mientras que el TG adopta claramente la primera visión en *Kadi (I)*, el AG MADURO parece irse al extremo contrario en sus Conclusiones (al menos, en lo que respecta al ordenamiento jurídico de la UE) y el Tribunal de Justicia se sitúa en un punto medio al adoptar una postura más moderada. Ahora bien, en una materia tan compleja como ésta las categorizaciones no son fáciles, y requieren de los pertinentes matices para comprender bien las ambigüedades inherentes tanto a la postura del TG como del TJUE.

II.1. El carácter “constitucional” de la Carta en *Kadi (I)* y la inversión de la jerarquía entre los Tratados y la Carta

La sentencia del TPI en *Kadi (I)* ha sido aplaudida por algunos autores como una confirmación del carácter “constitucional” de la Carta de las Naciones Unidas en el orden jurídico internacional¹⁴⁴⁷. En efecto, en la medida en que se muestra una gran deferencia hacia el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, reafirma su primacía sobre el resto del Derecho internacional, e incluso evoca el carácter consuetudinario del artículo 103, el TPI parece interpretar que la Carta se introduce en todos los órdenes jurídicos internacionales (autónomos “puros” –si es que existen-, semiautónomos o integrados) determinando en última instancia las condiciones de legalidad en la producción de normas

¹⁴⁴⁶ Opción defendida por SIMMA sobre la base del concepto de “jerarquías informales”, que le dotan al Derecho internacional su carácter sistémico, pero que no le aportan una organización jurídica estricta (SIMMA, B.; PULKOWSKI, D.: “Of planets...”, *loc. cit.*, p. 499).

¹⁴⁴⁷ TOMUSCHAT, C.: “Case T-306/01...”, *loc. cit.*, pp. 541-542.

por parte de los subsistemas que subordina¹⁴⁴⁸. El fragmento de la sentencia en que se invoca la regla *nemo plus iuris transferre potest quam ipso habet* a las relaciones entre la Carta y el Derecho de la Unión ha adquirido un especial interés a este respecto¹⁴⁴⁹, en la medida en que permite evitar que incluso las normas “constitucionales” de los órdenes jurídicos autónomos impidan la ejecución de obligaciones derivadas de la Carta.

Los mismos autores que manifiestan su conformidad con la constitucionalidad de la Carta apoyan el recurso al *ius cogens* como límite a los poderes del Consejo de Seguridad, al tiempo que creen posible que un Tribunal regional evalúe la legalidad de sus resoluciones desde esta perspectiva. Estimando que el objetivo fundamental de las Naciones Unidas es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales –y que por tanto puede dejar de lado el artículo 1(3) de la Carta en aras de su función primordial-, consideran que existe un límite último a los poderes Consejo que éste no puede traspasar, so pena de nulidad de sus resoluciones: el *ius cogens*. Teniendo en cuenta que un reducido núcleo de derechos humanos forma parte de este grupo de normas, y que entre ellos se encuentra el derecho a un juez, el Consejo de Seguridad “podría”¹⁴⁵⁰ haber violado este núcleo de normas intangibles que le vincula, por lo que el artículo 103 de la Carta no le es oponible a las instituciones comunitarias¹⁴⁵¹.

Al margen de que se compartan los argumentos del TPI sobre los extensos efectos del artículo 103 de la Carta en el orden jurídico comunitario, existe una contradicción inherente en este razonamiento que nos remite al carácter “circular” de algunos de los fundamentos de la naturaleza constitucional de la Carta, y que merece cierto comentario porque enlaza con algunos elementos de la sentencia *Kadi (I)* que queremos resaltar aquí.

Como afirmábamos en el Capítulo V, las tesis sobre la primacía de la Carta suelen mostrar tintes autorreferenciales para fundamentar los límites de ésta: la Carta de las Naciones Unidas es la constitución de la comunidad internacional, entre otros motivos, por su primacía; y viceversa: los amplios efectos que se deducen del parco texto del artículo

¹⁴⁴⁸ Cfr., por todos, aunque sin referencia expresa al carácter “constitucional” de la Carta, ROLDÁN BARBERO, J.: “La justicia comunitaria y el control de legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las sentencias *Yusuf/Al Barakaat y Kadi*, de 21 de septiembre de 2005, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas”, *REDI*, Vol. LVII, nº 2, 2005, pp. 876-878.

¹⁴⁴⁹ HINOJOSA L. M.: “Bad law for good reasons: the contradictions of the *Kadi* judgment”, *IOLRev*, Vol. 5, nº 2, 2008, pp. 339 y ss.

¹⁴⁵⁰ *Ibid*, p. 349.

¹⁴⁵¹ HINOJOSA, L. M.: *La financiación del terrorismo...*, *op. cit.*, p. 142.

103 se justifican por el carácter constitucional de la Carta¹⁴⁵². Es indudable, y ningún autor lo discute, que la Carta no es un tratado cualquiera, y que las Naciones Unidas no son desde el punto de vista político una organización como las demás. La Carta evoca ideas ilustradas del contrato social en la medida en que los Estados renunciaron al uso de la fuerza armada cediendo el monopolio al Consejo de Seguridad¹⁴⁵³, redactaron su preámbulo con gran solemnidad y le dotaron de un carácter “refundador” de la comunidad internacional de Estados que se aprecia, por ejemplo, en la universalidad de sus propósitos y principios. Además, bajo su égida se han elaborado algunos de los textos sustantivamente más determinantes para comprender los derechos y obligaciones más relevantes para los Estados; no sólo entre ellos, sino también hacia los individuos. No creemos aportar nada nuevo reconociendo lo que la unanimidad de la doctrina sostiene.

Ocurre sin embargo que la técnica jurídico-constitucional sigue sin acompasar este movimiento constitucionalista. Hace años afirmaba VIRALLY que

« l'article 103 de la Charte (...) n'est en effet valable qu'à l'égard des Etats membres : le jour ou l'organisation sera devenue complètement universelle, les deux acceptions du droit constitutionnel des Nations Unies que nous distinguons actuellement se recouvriront entièrement. Tant que ce moment n'est pas arrivé, elles restent évidemment séparées »¹⁴⁵⁴.

Ese día ha llegado y, como defendimos en el Capítulo V, el artículo 103 sigue sin gozar de las características tan extraordinarias que a veces se le atribuyen. VIRALLY concebía esta conclusión sobre el artículo 103 en términos (casi) cuantitativos: el día en que todos los Estados estén obligados por la Carta, las decisiones que adopten sus órganos primarán sobre el resto de obligaciones estatales, no tanto por su condición de *constitución* *latu sensu de la Comunidad internacional* (que lo es), sino en virtud del principio *pacta sunt servanda*. En otras palabras, independientemente del especial valor que indudablemente le atribuía a la Carta, la conclusión del profesor francés confirmaba a nuestro juicio su efecto relativo, su primacía aplicable sólo a los Estados partes: *pacta*

¹⁴⁵² Vid. Cap. V, § 1.1.2. a)

¹⁴⁵³ DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, *loc. cit.*, p. 221; SZUREK, S.: “La Charte...”, *loc. cit.*, pp. 40 y ss.

¹⁴⁵⁴ VIRALLY, M.: “L’ONU devant le droit”, disponible en la recopilación *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Puf, Paris, 1990, pp. 261-262. El autor se refiere a las dos nociones de la Carta como “constitución”: la primera, como *constitución de las Naciones Unidas*, que regula el funcionamiento de sus instituciones, los mecanismos de toma de decisiones, la financiación, la adquisición de la condición de miembro, etc.; la segunda, se refiere a la noción de *constitución de la Comunidad internacional*, en tanto que texto codificador de sus propósitos y principios elementales.

tertiis nec nocent nec prosunt. A pesar de su indudable aspiración de universalidad¹⁴⁵⁵, su constitucionalidad “orgánico-procedimental” (no de sus propósitos y principios) dependía de que todos los Estados fueran partes en la Carta.

Hoy en día la primacía de la Carta se encuentra consolidada también en el derecho consuetudinario. No es casual la referencia del TPI a este aspecto en la sentencia *Kadi (I)*, pues existen argumentos suficientes para sostener que el artículo 30(1) CVDT codifica el derecho consuetudinario en materia de conflictos entre tratados suscritos entre los Estados partes. Pero ello es así en lo que respecta a los Estados. Si trasladamos el argumento a las organizaciones internacionales, la respuesta es sin duda mucho menos diáfana. Es verdad que existe al menos un indicio en el artículo 30(6) de la Convención de Viena de 1986, que afirma, al explicar las normas relativas a la aplicación de tratados sucesivos sobre la misma materia, que “los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de que, en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, y las obligaciones contraídas en virtud de un tratado, prevalecerán las obligaciones impuestas por la Carta”. Pero es muy dudoso que una formulación tan vaga pueda dar lugar a una norma de derecho consuetudinario en materia de oponibilidad del artículo 103 de la Carta a las organizaciones internacionales.

Los debates sostenidos en la CDI durante el proceso de elaboración de esta disposición dan fe de ello. Tal es así que el mismo Comentario del Proyecto de artículos aprobado en segunda lectura reconoce sin ambages que el artículo 30 no quiso zanjar la discusión: como “no incumbía a la Comisión interpretar la Carta”, se redactó la norma en términos “deliberadamente ambiguos” para que “ambas interpretaciones fueran posibles”¹⁴⁵⁶. Las mismas dudas se reproducen, por cierto, en la interpretación que la doctrina y la práctica han hecho del artículo 2(6) de la Carta¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵⁵ En el mismo sentido, *cf.* LAGHMANI, S.: « La volonté des États est-elle encore au fondement du droit international ? », *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. XI-XII, 2007/2008, pp. 90-91. Ello es a nuestro entender así aunque DUPUY haya afirmado con agudeza que “Ce n’est pas tant le problème des accords conclus avec des tiers que la notion même de tiers à l’Organisation qui paraît incongrue aux auteurs de la Charte » (“L’unité...”, *loc. cit.*, p. 241).

¹⁴⁵⁶ *Vid.* el comentario del Proyecto de artículos en Doc. A/37/10, ACIDI, 1982, Vol. 2(II), p. 43. También FORTEAU, M.: “Le dépassement de l’effet relatif de la Charte”, en CHEMAIN, R.; PELLET, A. (Eds.): *La Charte...*, *op. cit.*, pp. 141 y ss.

¹⁴⁵⁷ COMBACAU, J.: *Le pouvoir...*, *op. cit.*, p. 198; MAHIOU, A.: “Article 2(6)”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M. (Eds.): *La Charte...*, *op. cit.*, pp. 475 y ss.; VITZTHUM, W. G.: “Article 2(6)”, en SIMMA, B.: *United Nations*, *op. cit.*, pp. 140 y ss. También CHINKIN, C.: *Third parties in International Law*, Oxford, New York, p. 1993, p. La misma incomodidad muestra uno de los defensores del carácter constitucional de la

Es más, incluso aunque el artículo 30(6) CVDT de 1986 fuera consuetudinario, la extensión de dicho estatus jurídico a la primacía de la Carta a las organizaciones internacionales dependería no tanto del texto del artículo 103 como tal, ni de que el Consejo recuerde en algunas de sus resoluciones que las obligaciones que impone se extienden al resto de organizaciones internacionales, *sino de la práctica de las mismas organizaciones* en el sentido de considerar que la Carta prima sobre sus textos constitutivos¹⁴⁵⁸; y que además les obliga a adoptar las medidas necesarias, en el ámbito de sus competencias, para cumplir con las resoluciones del Consejo de Seguridad.

Es aquí donde enlazamos con las carencias de las tesis constitucionalistas sobre el artículo 103 de la Carta, y con la decisión del TPI en *Kadi (I)*. A nuestro juicio, la primacía *constitucional* de la Carta sobre todos los sujetos de Derecho internacional no encuentra una explicación constitucional al menos desde tres puntos de vista en los que centraremos nuestro análisis.

II.1.1. La Carta y el sistema de fuentes del Derecho internacional

En primer lugar, la Carta no ha superado todavía el tradicional sistema de fuentes de Derecho internacional. Es decir, el salto secular defendido por algunos autores nos parece más bien un dogma de fe que la descripción de una realidad jurídica. De hecho, el TPI confirma esta aproximación cuando vuelve al sistema de fuentes (tratados y derecho consuetudinario) para establecer la primacía de la Carta sobre el resto de Tratados, incluido el TCE. En este sentido, como estudiamos en el Capítulo V, no está nada claro que la Carta

Carta, SIMMA, al argumentar que “the primacy of United Nations law over other international agreements, *at least as far as United Nations Members are concerned*” (“From bilateralism...”, *loc. cit.*, p. 261, énfasis añadido). *Contra*, en clara minoría, PAOLILLO, F.: “Article 30”, en CORTEN, O.; KLEIN, P.: *Les Conventions...*, *op. cit.*, p. 1287. Se suele atribuir a KELSEN el argumento de que el carácter « revolucionario » de la Carta justifica su aplicación a terceros, pero hasta la formulación del maestro austríaco transmite ambigüedad al afirmar que el art. 2(6) de la Carta evidencia « *the tendency to be the law not only of the United Nations but also of the whole international community, that is to say, to be general, not only particular, international law*” (KELSEN, H.: *The law of...*, *op. cit.*, p. 109, énfasis añadido).

¹⁴⁵⁸ Se suele acudir al asunto *Namibia* para justificar las resoluciones del Consejo de Seguridad a terceros. En este *dictum* la CIJ afirmó, en un párrafo que merece la pena transcribir entero, que « La cessation du mandat et la déclaration de l’illégalité de la présence sud-africaine en Namibie sont opposables à tous les États, en ce sens qu’elles rendent illégale *erga omnes* une situation qui se prolonge en violation du droit international (...) », deduciendo de ello la obligación de los Estados no miembros de actuar conforme a las prescripciones del Consejo de Seguridad. Sin querer extendernos en un punto muy discutido, transcribimos la réplica de MAHIOU, citando a PELLET y DAILLIER, según el cual « la solution est davantage liée à la mise en œuvre du régime particulier du mandat qu’à l’exercice du pouvoir général de sanction du Chapitre VII » (MAHIOU, A., *loc. cit.*, p. 480).

prime *siempre* sobre el derecho internacional consuetudinario, pero incluso aunque así fuera, primaría en virtud del mismo derecho consuetudinario, y no de la Carta. En consecuencia, nada impedirá que una nueva norma de derecho consuetudinario válidamente formada contraríe la regla existente (*lex posterior derogat priori*), o que establezca una excepción (*lex specialis derogat generalis*)¹⁴⁵⁹. Esto es impensable, a nuestro juicio, en un texto de verdadera naturaleza constitucional. No es casualidad que un riguroso estudio de FORTEAU al respecto concluya que

“la situation actuelle s’articule autour d’une tension, qui n’a pas encore trouvé la voie de sa résolution, entre d’un côté l’inertie d’une structure juridique interétatique qui reste fondée sur le principe du consensualisme et de l’autre une dynamique des faits et des valeurs (la puissance du nombre des membres de l’Organisation et la légitimité des buts qu’elle poursuit) qui va en sens inverse”¹⁴⁶⁰.

Mientras este problema no se haya resuelto hacia el segundo vértice de la tensión a la que se refiere este autor, la Carta seguirá siendo un Tratado internacional sometido al sistema de fuentes del artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

II.1.2. La primacía de la Carta en el orden jurídico comunitario de acuerdo con el TPI

Otra confirmación del ligamen que todavía vincula a la Carta con el principio *pacta sunt servanda* se encuentra en el mismo razonamiento del TPI que, consciente de que la UE no se encuentra formalmente obligada por las resoluciones del Consejo de Seguridad (al no ser parte en la Carta), ni “destinataria” de las resoluciones del Consejo, ni “sucesora de sus Estados (...) con arreglo al Derecho internacional público”¹⁴⁶¹, recurre a la técnica *comunitaria* de la sucesión para fundamentar la obligatoriedad de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes en el orden jurídico comunitario. El TPI es ciertamente ambivalente y alambicado, por no decir contradictorio, en su *iter argumentativo*¹⁴⁶². Y es que por un lado considera que la Unión no es sucesora de los Estados “con arreglo al Derecho internacional público”, pero por el otro equipara atribución de competencias por los Estados a la Unión en materia de sanciones económicas con obligarse “con arreglo al Derecho internacional

¹⁴⁵⁹ FORTEAU, M.: « Le dépassement... », *loc. cit.*, p. 137.

¹⁴⁶⁰ *Ibid*, p. 157.

¹⁴⁶¹ TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 192.

¹⁴⁶² “An eclectic mix of dualist and monist approaches to the relationship of international and national law”, en palabras de ZIEGLER (“Strengthening...”, *loc. cit.*, p. 292). Desde un punto de vista totalmente opuesto, se ha calificado el razonamiento del TG de “sofisticado” (HILPOLD, P.: “EU and UN Law...”, *loc. cit.*, p. 169).

público” a que la Comunidad ejercite sus competencias siempre que una resolución del Consejo lo exija. Le sigue además una referencia, “en este contexto”, a los artículos 48(2) de la Carta y a la sentencia *Racke*¹⁴⁶³.

Pues bien, independientemente del significado que haya que atribuir a estos razonamientos un tanto oscuros en lo que respecta al origen último –internacional o comunitario- de la obligatoriedad de la Carta para la Comunidad, lo cierto es que el TPI no considera aisladamente a los artículos 48(2) y 103 como fundamento *per se* de la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo, sino que acude a algo más: la sucesión. En otras palabras, no deduce directamente de los citados artículos una obligación *positiva* para las organizaciones internacionales de actuar en el ámbito de sus competencias cuando el Consejo decide, sino que se requiere además (*conditio sine qua non*) que los Estados le hayan obligado por la vía de la sucesión. Las resoluciones del Consejo no se aplican automáticamente al resto de organizaciones: se exige que los Estados así lo hayan querido en el momento de constituir las. Como el mismo TPI resume en un determinado momento, “en el ámbito de sus competencias, la Comunidad estaba obligada a aplicar las mencionadas resoluciones del Consejo de Seguridad, no en virtud del Derecho internacional general (...) sino en virtud del propio Tratado CE”¹⁴⁶⁴.

Junto a ello, la primacía de la Carta es limitada en el sentido de que no concreta las condiciones de penetración de las obligaciones que de ella resultan en el resto de órdenes jurídicos de Derecho internacional (y mucho menos en los órdenes jurídicos internos)¹⁴⁶⁵. Ello no quiere decir que la primacía de la Carta no sea obligatoria; simplemente significa que en la medida en que se considere más o menos autónomo, cada ordenamiento determinará los efectos que la Carta puede desplegar en su interior¹⁴⁶⁶. Recordemos un

¹⁴⁶³ TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 199.

¹⁴⁶⁴ TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 207.

¹⁴⁶⁵ *Vid.* § II.4.2. de este Capítulo.

¹⁴⁶⁶ El TPI apunta con acierto en *Kadi (I)*, como en su momento hiciera en *International Fruit Company*, que “mediante el acuerdo celebrado entre ellos, los Estados miembros no pudieron traspasar a la Comunidad más competencias de las que tenían ni liberarse de las obligaciones que había contraído frente a países terceros en virtud de dicha Carta” (§ 195. TJUE). En otras palabras, nadie puede transferir más derecho que aquél del que dispone. Para SCHACHTER, se trata de una “tautología” inherente al razonamiento jurídico (SCHACHTER, O.: “International Law...”, *loc. cit.*, p. 80; sobre este carácter elemental del aforismo, *cfr.* también LAUTERPACHT, H.: *Private law sources and analogies of International Law*, LL.D. Longmans, Green & Co., Ltd. 1927, p. 20, (citando a JELLINEK), y MOSLER, H.: “The international society as a legal community. General course on Public International Law”, *RCADI*, Vol. 127, t. 2, 1969, p. 148). Referirse a esta regla no es solucionar la discusión, sino más bien plantearla. Y es que es evidente que esta regla ha de ser interpretada en su justa medida a la vista de la estructura actual del Derecho internacional, pues la consecuencia de su

instante la afirmación del Comité de Medidas Colectivas establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución “Unión por la Paz”, en el sentido de deducir del artículo 103 la importancia de librar a los Estados de responsabilidad internacional por la ejecución de medidas colectivas¹⁴⁶⁷. El Comité no dedujo nada en relación con la penetración de la Carta en el orden jurídico de esos otros “acuerdos internacionales”, no se refiere al carácter auto-ejecutivo (*self-executing*) de esta disposición, sino que simplemente interpreta el alcance *ratione materiae*, e indirectamente *ratione personae*, de la disposición (como obligación de permitir a los Estados miembros que cumplan con sus obligaciones internacionales). Pero su *oponibilidad* a los tribunales de regímenes jurídicos regionales y/o especializados dependerá en definitiva de lo que

incumplimiento no es la *nulidad* del acuerdo posterior, sino la responsabilidad del Estado. En otros términos, un Estado puede adquirir ciertos compromisos convencionales en materia de derechos humanos, y posteriormente atribuir el ejercicio de competencias a una organización internacional que puede violarlos, siempre y cuando no se sobrepase lo permitido por el derecho imperativo. La ilegalidad de dicho acto plantea un problema de responsabilidad, no de nulidad. El art. 30(5) CVDT –tratados sucesivos sobre la misma materia- lo plantea con claridad cuando afirma que la regla relativa a la aplicación de tratados sucesivos sobre la misma materia en los que no todos los Estados partes coinciden “no prejuzgará (...) ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado”. De hecho, es bien sabido que el art. 30 CVDT no resolvió el problema de los tratados sucesivos sobre la misma materia cuando las partes difieren, sino que evadió la cuestión desplazándola a la sede de la responsabilidad internacional (DÍEZ DE VELASCO, M.: *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 201; REMIRO BROTONS, A. *et al*: *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 616-617, REUTER, P.: *Introduction...*, *op. cit.*, p.p 120 y 170 y ss. *Vid.* también el *Informe sobre la fragmentación...* de la CDI (pp. 150 y ss., §§ 258 y ss.), y el reciente trabajo de KLABBERS, J.: *Treaty conflict...*, *op. cit.*, pp. 69 y ss. y 100. Para una defensa de la necesidad de superar la solución ofrecida por el CVDT a este respecto, *vid.* CARDONA LLORENS, J.: “Los conflictos entre normas internacionales del mismo rango: a la búsqueda de criterios de solución”, en RODRIGO, A. J.; GARCÍA, C.: *Unidad y pluralismo...*, *op. cit.*, pp. 389-390). De no ser así, lo lógico sería deducir la *nulidad* del tratado posterior dado que el Derecho internacional no le permite disponer de la obligación contraída con anterioridad, pero la CVDT no recoge la existencia de una obligación *convencional* previa como causa de nulidad en la Sección 2ª de la Parte V de la CVDT.

Ello nos lleva a apuntar dos matices en el contexto de nuestra discusión. Primero, de la primacía de la Carta no se deriva la *nulidad* del acuerdo contrario, como permitía el art. 20 del Pacto de la Sociedad de las Naciones (El único autor que a nuestro conocimiento ha defendido esta opción es BERNDHART, R. “Article 103...”, *loc. cit.*, pp. 1292 y ss. Sobre el art. 20 del Pacto, *cfr.* LAUTERPACHT, H.: “The Covenant as the “higher law””; *BYIL*, Vol. 17, 1936, pp. 54 y ss.). Es evidentemente absurdo deducir la nulidad o anulabilidad de los Tratados por el hecho de que el régimen autónomo que establecen pueda afectar a la primacía de la Carta. La regla del art. 103 de la Carta tiene algo de regla de jerarquía, como vimos en su momento, aunque, desde el punto de vista de sus efectos, se define mejor como *regla de conflicto*. Segundo, como veremos más adelante con los oportunos matices, la Carta no predetermina su jerarquía *en el interior* de los órdenes jurídicos internos (de los Estados), así como en interior de los órdenes jurídicos autónomos (de la Comunidad Europea). Simplemente establece su primacía *en el orden jurídico internacional*. Y tercero, se ha discutido si la regla *nemo plus iuris* es aplicable a la Unión. Por ejemplo, para TOMUSCHAT, esta doctrina fue “eventually rejected since the majority of writers considered that the establishment of the Community had led to the emergence of a new governmental power centre which could not be conceptualized as being made up of fragments or splinters of national sovereign authority” (TOMUSCHAT, C.: “Case note...”, *loc. cit.*, p. 543).

¹⁴⁶⁷ Cap. V, § 1.1.2. ii)

dispongan estos regímenes, de cómo estos conciban su relación con el Derecho internacional, de la técnica a la que recurran para recibirlo¹⁴⁶⁸.

El TPI lo ha dejado entrever al afirmar que

Es preciso reconocer que, *desde el punto de vista del Derecho internacional*, las obligaciones que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados miembros de la ONU prevalecen indiscutiblemente sobre todas las demás obligaciones *de Derecho interno*, o de Derecho internacional convencional, incluidas las obligaciones impuestas con arreglo al CEDH (...) y las impuestas con arreglo al Tratado CE (...)¹⁴⁶⁹.

El TPI se cuida de precisar que esta primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno, consolidada en el artículo 27 de la CVDT, se aprecia desde la perspectiva internacional; *a contrario*, no se extiende a la perspectiva del derecho interno donde las normas internacionales no tienen por qué gozar de rango supraconstitucional. Nada nuevo a este respecto, por lo que no compartimos la crítica que se le hizo al TG en el sentido de que “that the Charter prevails over other international treaties is of course spelled out by the Charter itself (Article 103), but I think it is relatively new to learn that it also prevails over domestic law”¹⁴⁷⁰. Y es que la CIJ ya afirmó con claridad en su opinión consultiva en el *asunto de la aplicabilidad de la obligación de arbitraje* que “il suffirait de rappeler le

¹⁴⁶⁸ Tampoco el artículo 48(2) de la Carta es válido a este respecto. Según esta disposición: “dichas decisiones [del Consejo de Seguridad] serán llevadas a cabo por los Miembros de las Naciones Unidas directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que formen parte”. Como sintetiza un amplio estudio de VÍCTOR M. SÁNCHEZ, de este artículo se deduce el “carácter concurrente, no sucesivo e independiente de la facultad de los acuerdos regionales para adoptar medidas coercitivas no armadas en asuntos relativos al mantenimiento de la paz” (*La potestad coercitiva...*, *op. cit.*, p. 242). CORTEN explica que “cette disposition n’oblige pas les organisations ou organismes en tant que tels” (“Article 48”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M. (Eds.): *La Charte...*, *op. cit.*, Vol. 1, p. 1301). En el mismo sentido se pronuncian BRYDE y REINISH en el comentario de la Carta dirigido por SIMMA (*op. cit.*, Vol. 1, p. 779), y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Cooperación política...*, *op. cit.*, pp. 126 y ss. *Contra*, ROLDÁN BARBERO, J.: “La justicia comunitaria...”, *loc. cit.*, p. 875. Años antes este autor se refirió además a la aplicación analógica del art. 2(6) de la Carta como medio de vincular “directamente” a la Comunidad. Dicha disposición afirma que “la Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida en que sea necesario para mantener la paz y la seguridad internacionales” (ROLDÁN BARBERO, J.: “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de relaciones exteriores”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (Dirs.): *El derecho comunitario y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 309).

¹⁴⁶⁹ TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 181, énfasis añadidos.

¹⁴⁷⁰ EECKHOUT, P.: *Does Europe’s Constitution Stop at the Water’s Edge?: Law And Policy in the EU’s External Relations (Walter Van Gerven Lectures)*, p. 23, disponible en <https://www.law.kuleuven.be/ccle/pdf/wvg5.pdf>, visitado por última vez el 7 de abril de 2011. También EECKES, C.: “Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures - The Yusuf and Kadi Judgments of the Court of First Instance”, *ELJ*, Vol. 14, issue 1, pp. 82-84, quien considera sin matizaciones que “the primacy of EC law is what distinguishes EC law from international law”, argumento que tiempo antes afrontó con vigor PELLET (“Les fondements...”, *loc. cit.*, pp. 261 y ss.).

principio fundamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne”¹⁴⁷¹. El artículo 103 de la Carta también forma parte de ese Derecho internacional.

Ahora bien, desde la perspectiva del *Derecho comunitario*, el TPI ha seguido la vía de la penetración *plena* en este orden jurídico: directa y con efectos jurídicos absolutos sobre cualquier disposición de Derecho primario de la Unión. Es decir, la sentencia *Kadi (I)* parece interpretar el artículo 103 en el sentido de revertir el sistema de fuentes del ordenamiento de la Unión para emplazar a la Carta por encima del derecho primario. Es una opción que puede resultar aceptable en la medida en que se evoca la importancia del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y el respeto formal del Derecho internacional, pero desde el punto de vista “interno” del Derecho comunitario no le basta con el artículo 103 para seguir ese camino: necesita un fundamento en la norma de recepción de este subsistema jurídico¹⁴⁷². De hecho, el mismo TPI lo ha entendido así, y por ello, para rechazar su competencia para analizar los reglamentos impugnados sobre la base de los principios fundamentales protegidos por el mismo ordenamiento jurídico comunitario, *ha acudido al Derecho comunitario*; concretamente, a una doble base argumentativa: por un lado, los antiguos artículos 297 y 307 TCE¹⁴⁷³, y por el otro, la sucesión de la Comunidad a los Estados en la Carta.

Al afirmarse que “en el ámbito de sus competencias, la Comunidad estaba obligada a aplicar las mencionadas resoluciones del Consejo de Seguridad, no en virtud del Derecho internacional general, como sostienen las partes, sino en virtud del propio Tratado CE”¹⁴⁷⁴, el TPI no sólo reconoce la primacía de la Carta en el Derecho internacional; también

¹⁴⁷¹ CIJ, *aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la Organización de las Naciones Unidas*, opinión consultiva de 26 de abril de 1988, *Recueil CIJ 1988*, § 57. La jurisprudencia internacional es abundante, desde la sentencia arbitral en el asunto *Alabama* (Gran Bretaña c. Estados Unidos de América), sentencia de 14 de septiembre de 1872, *Recueil des arbitrages internationaux*, Vol. II, p. 825; pasando por la jurisprudencia de la CIJ en el asunto *de la Barcelona Traction* (§ 38) el asunto del *Muro en Palestina* (151) (donde la CIJ llegó a exigir a Israel la abrogación del conjunto de actos legislativos y reglamentarios relativos a su construcción); o la sentencia de la Sala de Primera Instancia del TPIY en el asunto *Furundjiza* (10 December 1998, Case No IT-95-17/1, § 155).

¹⁴⁷² *Cfr.*, por todos, CASOLARI, F.: “Acceso degli individui alla giustizia rispetto alle misure di recepimento nell’ambito dell’Unione Europea delle decisioni del Consiglio di sicurezza in materia di lotta al terrorismo internazionale”, en FRANCONI, F. (Ed.): *Acceso alla giustizia dell’individuo*, Giuffrè, 2008, pp. 542 y ss.

¹⁴⁷³ Entendemos que el fundamento más relevante es el ofrecido por el art. 351 TFUE. El art. 347 TFUE es de escasa aplicabilidad práctica cuando la Unión ha actuado en la materia (*Vid.* por todos, GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *Política comercial común...*, *op. cit.*, p. 373), aunque la sentencia *Kadi (II)* (§ 196) también hace referencia al antiguo art. 297 TCE.

¹⁴⁷⁴ TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 207.

reconoce sus limitados efectos en el interior del ordenamiento europeo¹⁴⁷⁵. A este respecto, pues, el TPI no ha variado expresamente la perspectiva de la jurisdicción comunitaria: la Unión está obligada en el ejercicio de sus competencias a cumplir con el Derecho internacional, y es su voluntad respetar sus compromisos internacionales, pero los límites de dicha obligación desde el punto de vista del Derecho comunitario parecen venir determinados en última instancia por éste¹⁴⁷⁶. Entendemos, pues, que a pesar de las apariencias, la sentencia del TPI no es tan extremadamente “constitucionalista” –respecto de la Carta- y tan “radicalmente” monista¹⁴⁷⁷, como pudiera parecer tras una lectura rápida. Quizás por salvaguardar un resquicio de autonomía, pero la inversión de la jerarquía del sistema de fuentes a favor de la Carta se establece esquizofrénicamente desde el mismo Derecho comunitario, que contiene dos reglas diferentes que el TPI vincula: una relativa a los tratados anteriores suscritos por los Estados partes, y otra sobre sucesión de los Estados por la Comunidad. Aquí late, a nuestro juicio, la gran paradoja de la sentencia del TPI¹⁴⁷⁸.

Cuestión aparte es la idoneidad del art. 351 TFUE como cláusula que permite establecer la primacía de la Carta *hacia los Estados*. Es cierto que en *Burgoa*¹⁴⁷⁹, el Tribunal de Justicia precisó que esta disposición lleva aparejada la obligación negativa de las instituciones de la Comunidad de no obstaculizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados miembros en virtud de convenios anteriores. También es verdad que la lógica del artículo 351(1) TFUE como disposición que pretende proteger los

¹⁴⁷⁵ La conclusión se ve reforzada mediante el recurso al actual art. 347 TFUE (antiguo art. 297 TCE), “incluido específicamente en dicho Tratado a fin de respetar la regla de la primacía definida anteriormente” (§ 188). Las valoraciones que realizaremos a continuación sobre el art. 351 TFUE son válidas *mutatis mutandis* para el art. 347 TFUE.

¹⁴⁷⁶ En este punto concreto el TPI no se aleja mucho de la dualista opinión del AG MADURO (§ 21) –a pesar de que ambos se encuentran en las antípodas del pensamiento jurídico en el resto-. Claro que resulta legítimo especular sobre qué es lo que habría sucedido si el artículo 103 de la Carta determinara el modo en que las resoluciones del Consejo de Seguridad han de penetrar en el ordenamiento jurídico de los Estados, o incluso qué es lo que habría sucedido si no existiera el artículo 351 TFUE. Aunque la respuesta a esta pregunta no es evidente, quizás le hubiera bastado el TG con una referencia al art. 103 de la Carta.

¹⁴⁷⁷ En este sentido la ha calificado GRILLER, S.: “International Law...”, *loc. cit.*, p. 537. Minimiza la relevancia de este argumento TOMUSCHAT, C.: “The *Kadi* case...”, *loc. cit.*, p. 13.

¹⁴⁷⁸ ROLDÁN BARBERO se muestra especialmente crítico con esta ambigüedad: “la conclusión es irrespetuosa con el Derecho de la ONU, pero los motivos son falaces e irreverentes con este marco general obligatorio de convivencia (...) se indica que esa obligatoriedad y primacía proceden del propio Derecho europeo, no del Derecho internacional general” (ROLDÁN BARBERO, J.: “La justicia comunitaria...”, *loc. cit.*, p. 876). Desde la óptica europea, se critica con acierto que “no queda demostrado por el TPI cuál es el nexo de conexión” entre el deber de cooperación leal y la primacía de la Carta (BLÁZQUEZ NAVARRO, I.; ESPÓSITO MASSICCI, C.: “Los límites al control...”, *loc. cit.*, p. 141).

¹⁴⁷⁹ TJCE, *Burgoa*, sentencia de 14 de octubre de 1980, 812/79, Rec. (Selección) 1980, III-919, § 9.

derechos de Estados no partes¹⁴⁸⁰ en los Tratados fue uno de los argumentos utilizados por el TJCE en la sentencia *International Fruit Company* para fundamentar la tesis de la sucesión de la Comunidad a los Estados partes en el GATT de 1947¹⁴⁸¹. Enseguida volveremos a la tesis de la “sucesión”. Lo que de momento queremos precisar es que deducir del artículo 351(1) TFUE, como hace el TPI, una *obligación* para los Estados de cumplir con las resoluciones del Consejo de Seguridad¹⁴⁸², es como mínimo poco evidente¹⁴⁸³. Y es que el artículo 351 TFUE no es como tal ni una cláusula de *subordinación* del Tratado CE a los acuerdos anteriores¹⁴⁸⁴ (aunque sea la Carta); ni mucho menos una norma que establezca obligaciones para los Estados: es simplemente una norma habilitadora¹⁴⁸⁵. El Estado puede decidir cumplir o no con el Convenio anterior; el artículo 351 TFUE nada le impone a este respecto¹⁴⁸⁶.

II.1.3. La primacía constitucional de la Carta y el *ius cogens* para el TG

Un tercer elemento que parece cercenar la primacía absoluta de la Carta es el papel atribuido al *ius cogens* como límite a los poderes del Consejo, en la medida en que éste se ligue a la naturaleza constitucional de la Carta (aquí sí que el TG es monista). Desde el estricto punto de vista kelseniano, la constitución es la norma emplazada en la cúspide de

¹⁴⁸⁰ LENAERTS, K.; DE SMIJTER, E.: “The European Union...”, *loc. cit.*, p. 114.

¹⁴⁸¹ TJCE, *International Fruit Company*, §§ 12-13.

¹⁴⁸² TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 193). Dejaremos aparte el hecho de que la RFA entró a formar parte de la Carta después de la firma de los Tratados.

¹⁴⁸³ Entre otras cosas, ello supondría que las Instituciones Europeas podrían obligar a un Estado a cumplir con sus obligaciones internacionales previas, para lo cual no son competentes (LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P.: *Constitutional Law of the European Union*, 2nd Ed., Sweet & Maxwell, London, 2005, pp. 752-753). También VANDEPOORTER, A.: « L’application communautaire des décisions du Conseil de sécurité », *AFDI*, Vol. LVII, 2006, pp. 112-113.

¹⁴⁸⁴ DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 150; STOFFEL VALOTTON, N.: “Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho comunitario en el marco del artículo 307 CE: Convenios de los Estados miembros con terceros Estados anteriores a su adhesión a la UE. Nuevas consideraciones sobre su limitada primacía”, *RDCE*, núm. 22, septiembre/diciembre, 2005, p. 867. La autora sin embargo, quizás de manera algo contradictoria, acepta el razonamiento del TG relativo a la primacía de la Carta sobre la base del art. 354(1) TFUE (*Ibid*, p. 866).

¹⁴⁸⁵ TJCE, *Burgoa*, § 9. Cfr. EECKHOUT, P.: “Does Europe’s...”, *loc. cit.*, p. 23; LOUIS, J.-V.: “Les accords antérieurs conclus par les Etats membres et le Droit communautaire”, en LOUIS, J.-V.; DONY, M. (Dir.): *Commentaire J. Mégret. Le droit de la CE et de l’Union européenne. Relations extérieures*, Vol. 12, 2ème Ed., Eds. de l’ULB, Bruxelles, 2005, p. 205.

¹⁴⁸⁶ A este razonamiento se puede añadir que ni el art. 347 TFUE como el 351 TFUE plantean impedimento alguno a la competencia del Tribunal General; más bien la refuerza. Siguiendo a EECKHOUT (*ibid*, p. 23), si el Tribunal anulara el Reglamento impugnado, el Estado sigue siendo libre (y de hecho, para el TG, debe) acudir a estas disposiciones para ejecutar las sanciones que la Comunidad no puede adoptar.

la pirámide normativa, la fuente superior de un ordenamiento jurídico. Ello significa, entre otros aspectos, que esta norma no puede encontrarse limitada por otra regla que forme parte del mismo ordenamiento, so pena de perder su carácter constitucional.

Eso es precisamente lo que sucede en la sentencia *Kadi (I)*, donde el TPI encuentra un límite a la primacía de la Carta situado fuera de la misma: el *ius cogens*. El TPI insiste en que no se considera competente para cuestionar, siquiera incidentalmente, la legalidad de la resolución del Consejo de Seguridad, pero sí que lo puede hacer desde la óptica del derecho imperativo, “entendido como orden público internacional”¹⁴⁸⁷. Ello supone emplazar a éste en un nivel superior a la Carta, y por ende, fuera del alcance de los amplios poderes coercitivos del Consejo. Es cierto que el TPI vincula la propia Carta a la “existencia de unos principios imperativos de Derecho internacional, entre ellos el de protección de los derechos fundamentales de la persona”¹⁴⁸⁸, acercándose así a esas tesis constitucionalistas que fusionan al *ius cogens* con los propósitos y principios de la Carta¹⁴⁸⁹. Sin embargo, hay algo en el razonamiento del TPI que va formalmente más lejos y refuta esta tesis de la fusión, en el sentido de identidad material y *formal*. Y es que si el TPI insiste constantemente en no ejercitar ningún tipo de revisión, directa ni indirecta, de las resoluciones del Consejo de Seguridad –aspecto que reitera en su sentencia *Kadi (III)*–; es decir, si no se considera competente para analizar si el Consejo ha respetado los propósitos y principios de la Carta decidiendo las sanciones Al-Qaeda/Talibanes, no

¹⁴⁸⁷ TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 226.

¹⁴⁸⁸ *Ibid*, § 228. Ello ha llevado a EECKHOUT a proponer una lectura de esta referencia a los “propósitos y principios de la Carta” que hace el TPI en el sentido de establecer que el Consejo de Seguridad “is bound by the purposes and principles of the UN which go beyond *ius cogens*, and which include those human rights which the organization promotes in its various human rights instruments” (EECKHOUT, P.: “Community terrorism listings, fundamental rights, and UN Security Council resolutions. In search of the right fit”, *EuConstLRev*, Vol. 3, 2007, p. 195). La sentencia del TPI se aproximaría a la doctrina mayoritaria, a la que nos referimos en el Capítulo V, que considera que los propósitos y principios de la Carta establecen límites en materia de derechos humanos, susceptibles de concreción por la vía de la remisión de los principales convenios internacionales, así como la DUDH.

¹⁴⁸⁹ DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, *loc. cit.*, pp. 305-306; FASSBENDER, B.: *The Charter of the United Nations...*, *op. cit.*, p. 125. Sin referirse al carácter constitucional de la Carta, *cfr.* también ROLDÁN BARBERO, J.: “La justicia comunitaria...”, *loc. cit.*, p. 884. *Contra*, SZUREK, S.: “La Charte...”, *loc. cit.*, pp. 46 y ss. De seguirse esta opción, desde luego, el tercer argumento que proponemos cae por su propio peso, pues no hay separación material entre *ius cogens* como fuente externa a la Carta y la misma Carta. El problema radica, a nuestro juicio, en la ponderación entre estos valores imperativos, es decir, en la debilidad patente del mecanismo descentralizado de interpretación de la Carta para alcanzar una ponderación uniforme entre estos principios, y aceptable desde el punto de vista de los Estados democráticos (las resoluciones Al-Qaeda/Talibanes evidencian que la protección de los derechos humanos no ha calado del todo en la “cultura diplomática” del Consejo de Seguridad). Por ello, creemos saludable mantener al *ius cogens* como fuente externa que *formalmente* se sitúe en la cúspide del Derecho internacional, aunque en términos concretos sus conflictos con la Carta sean difíciles, cuando no imposibles.

tendría ningún sentido que así lo hiciera recurriendo al *ius cogens*, si éste es ya un dominio de la Carta. En otras palabras, el Tribunal acude al *ius cogens* como fuente formalmente externa de control al Consejo. De esta manera deja intacta la primacía de la Carta pero respeta el orden público internacional como núcleo de normas absolutamente intangibles incluso por el Consejo de Seguridad.

En definitiva, la sentencia *Kadi (I)* muestra varios de los elementos que refutan la visión constitucionalista del artículo 103 de la Carta. Es verdad que parece cubrir al valor del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales de un efectivo revestimiento de jerarquía formal sobre los Tratados, pero para ello no deja de hacer referencia al sistema de fuentes del Derecho internacional, y sobre todo, acude en última instancia al Derecho comunitario para justificar dicha jerarquía, incluso aunque considere que la Comunidad se encuentra obligada por la Carta de las Naciones Unidas.

Es innegable que nuestro recurso a la terminología constitucional se encuentra muy limitado por el apretado corsé kelseniano, que predetermina una concepción formalmente muy rígida de la jerarquía del texto superior. Pero ello es necesario a nuestro juicio. Y es que el objetivo de este epígrafe no ha sido refutar cualquier aproximación “constitucionalista” a la Carta, cuestión imposible de resolver en tan breve espacio, sino más bien defender que cualquier aproximación constitucionalista a la Carta *que no sea estrictamente kelseniana* no puede atribuir efectos kelsenianos a su artículo 103. Ni siquiera la audazmente iusinternacionalista sentencia del TPI en *Kadi (I)* lo estimó así¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁹⁰ Sin pretender abusar de analogías demasiado aceleradas con el Pacto de la Sociedad de las Naciones, no está de más recordar sin embargo que, a pesar de que el art. 20(1) del Pacto se refería a la “abrogación” de los convenios incompatibles con el Pacto –lo cual no se traducía necesariamente en la *nulidad* del acuerdo contrario-, lo cierto es que LAUTERPACHT afirmó del mismo que “the consequences of the construction here put forward may appear to be, so far as the Covenant is concerned, alarmingly wide. But they follow *not because there is any hierarchical superiority about the Covenant as a legislative instrument –for there is none (...)* The grave consequences in the shape of possible incompatibility are the direct result of the comprehensiveness of the Covenant which not only limits the right of resort to war but also imposes most far-reaching obligations for the enforcement of the Covenant” (LAUTERPACHT, H.: “The Covenant...”, *loc. cit.*, p. 59, énfasis añadido). Se debe matizar que el autor partía de una visión del Derecho internacional en la que -a diferencia del actual art. 30 CVDT- un convenio posterior entre dos partes contrario a lo dispuesto en otro convenio anterior entre una de esas partes y un tercero era nulo *ipso iure*, tal y como reflejaría más adelante en su trabajo como Relator Especial de la CDI sobre derecho de los tratados, al que ya nos hemos referido en otro lugar de este estudio. De esta manera, la postura del autor relativizaba la singularidad de los efectos del art. 20 del Pacto, al buscar su fundamento en el derecho consuetudinario en materia de tratados: “international law cannot recognize and it must actively discourage a state of affairs in which the law-creating faculty of states is abused for violating existing law as laid down in valid agreements (...) the necessity of discouraging such a state of affairs is so compelling that it is imperative to disregard the theoretical possibility of maintaining both treaties (...)” (*ibid*, p. 64).

II.2. La calculada ambigüedad del TJUE respecto de los efectos de la Carta en el orden jurídico europeo

Ni las Conclusiones del AG MADURO ni el TJUE en *Kadi (II)* dejan muy claro si la Carta de las Naciones Unidas, y por ende sus resoluciones, son obligatorias para la Comunidad. Ambos ignoran literalmente el problema, focalizando su atención en la autonomía del orden jurídico comunitario y la primacía de los Tratados sobre el Derecho internacional. El pasaje más sugerente de las Conclusiones afirma que

“sería erróneo llegar a la conclusión de que, a partir del momento en que la Comunidad está vinculada por una norma de Derecho internacional, los Tribunales comunitarios deben inclinarse ante esa norma con completa aquiescencia (...)”¹⁴⁹¹.

No se refiere el Abogado General a la tesis de la sucesión de la Comunidad y su análisis del artículo 351 TFUE se circunscribe a la competencia de los Estados para ejecutar las sanciones Al-Qaeda/Talibanes si el Tribunal anula el reglamento impugnado.

La sentencia del TJUE en *Kadi (II)* no es mucho más expresiva a este respecto, y muestra el interés por conciliar la técnica de la recepción de las obligaciones internacionales en la UE con la relevancia material del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, aunque no oculta ciertas ambigüedades. En este sentido, no hay ni confirmación ni rechazo expreso de la tesis de la “sucesión” de la Comunidad a los Estados como fundamento de la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo¹⁴⁹².

Es cierto que, por un lado, el Tribunal se refiere al recurso al actual artículo 215 TFUE en el sentido de “aplicar” la resolución del Consejo de Seguridad impugnada¹⁴⁹³, lo cual quizás pudiera apuntar a la obligatoriedad de ésta para la Comunidad. Pero por otro remarca, como ya hemos analizado, que la Comunidad sólo puede actuar previa adopción de una Posición común o de una Acción común del Consejo¹⁴⁹⁴. Además, la Comunidad queda obligada a adoptar sólo “las medidas que exige dicho acto”¹⁴⁹⁵ –el acto del Consejo, y no la resolución misma-. Junto a ello, y esto es muy relevante, la Comunidad

¹⁴⁹¹ Conclusiones del AG MADURO, § 24.

¹⁴⁹² TOMUSCHAT, C.: “The *Kadi* case...”, *loc. cit.*, p. 13.

¹⁴⁹³ TJCE, *Kadi c. Consejo (II)*, § 293.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, § 295. Este punto es destacado entre otros por GIANELLI, A.: “L’”autonomía” del sistema giuridico comunitario rispetto al diritto delle Nazioni Unite”, *RIDI*, Vol. 89, 2006, p. 1079.

¹⁴⁹⁵ TJCE, *Kadi c. Consejo (II)*, § 296.

“deberá *tener en cuenta* al elaborar dichas medidas los términos y objetivos de la resolución y *las obligaciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas* que se refieran a la aplicación de la resolución”¹⁴⁹⁶.

De lo afirmado parece deducirse que el Tribunal de Justicia no reconoce la obligatoriedad directa de la Carta por la vía de la sucesión¹⁴⁹⁷, como había defendido el TPI, pero facilita su entrada en el orden jurídico comunitario por la vía indirecta de la doctrina de la “interpretación conforme”; no sólo a las resoluciones del Consejo, sino *a la Carta en su totalidad* (incluido su artículo 103). En realidad, la interpretación de la normativa europea a la luz de las resoluciones del Consejo de Seguridad era práctica habitual de las instituciones europeas, tanto de las legislativas¹⁴⁹⁸, como del propio Tribunal de Luxemburgo¹⁴⁹⁹. De hecho, en el fondo es *mutatis mutandis* la manifestación de un principio interpretativo clásico según el cual (en la formulación de ANZILOTTI) “*fra due o più possibili interpretazioni di una norma si deve preferir quella che permette l’adempimento dei doveri internazionale dello Stato*”¹⁵⁰⁰.

Claro que esta técnica tiene sus limitaciones, pues para el TJCE la Carta no entra formalmente en el orden jurídico comunitario, resultando imposible que la interpretación conforme suponga un obstáculo para el cumplimiento de las obligaciones de Derecho primario (entre las cuales se encuentra el respeto de los derechos fundamentales). Ahora bien, es verdad que incluso aunque la Comunidad fuera formalmente miembro de las Naciones Unidas, argumentó el TJCE, “esta primacía en el ámbito del Derecho

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, énfasis añadidos.

¹⁴⁹⁷ VAN ROSSEM, J.-W.: “*Interaction...*”, *loc. cit.*, p. 190.

¹⁴⁹⁸ Es habitual que la Posición Común previa a la normativa comunitaria haga referencia a las resoluciones del Consejo de Seguridad, y suponga una aplicación fiel de los términos de la misma (*Cfr.*, por todos, BETHLEHEM, D.: “The European Union”, en GOWLLAND-DEBBAS, V.: *National implementation of United Nations sanctions. A comparative study*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2004, pp. 154 y ss.). Tal es así que las referencias a las resoluciones del Consejo de Seguridad son una de las “best practices” recomendadas por el Consejo de la UE (Doc. cit. 15114/05, § 37).

¹⁴⁹⁹ *Cfr.*, previamente, las sentencias *Bosphorus* y *Ebony Maritime c. Prefetto della Provincia di Brindisi* (sentencia de 27 de febrero de 1997, C-177/95, Rec. p I-1111, relativa a la interpretación del alcance *ratione personae* del embargo marítimo impuesto contra Irak). Más recientemente, *Vid.* p.e. las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos *Möllendorf, procedimientos penales contra E y F*, sentencia de 29 de junio de 2010, C-550/09; o *Bundesrepublik Deutschland c. B y D*, sentencia de 9 de noviembre de 2010, C-57/09 y C-101/09. Volveremos a ellas en el capítulo siguiente.

¹⁵⁰⁰ ANZILOTTI, D.: *Corso di diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1955, p. 56.

comunitario no se extendería al Derecho primario ni, en particular, a sus principios generales”¹⁵⁰¹.

Sea como fuere, la aplicabilidad de la tesis de la sucesión de la Unión a los Estados partes en la CNU seguirá siendo objeto de vivas controversias doctrinales. El TPI fundamentó la aplicabilidad de esta doctrina a las sanciones económicas del Consejo de Seguridad basándose en cuatro argumentos. Primero, en la citada regla *nemo plus iuris*¹⁵⁰². Segundo, en el artículo 351 TFUE¹⁵⁰³. Tercero, en el artículo 48(2) de la Carta que, en tanto que norma de Derecho internacional, la Comunidad se ha comprometido a respetar en el ejercicio de sus competencias¹⁵⁰⁴. Y por último, en la atribución de competencias a la Unión recogida actualmente en los artículos 75 y 215 TFUE¹⁵⁰⁵.

Desde luego, resulta deseable que la Unión facilite en el ámbito de sus competencias el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones al amparo de la Carta, aunque la Carta no le obligue como tal. Desde la perspectiva del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales es loable que el TPI deduzca en *Kadi (I)* obligaciones para la Comunidad donde en realidad no las hay (al menos, tomados los argumentos por separado). Y es que no hay obligación como tal ni en la regla *nemo plus iuris*, ni en el artículo 351 TFUE (basta con que la Unión no *impida* a los Estados que acudan a la norma habilitadora del artículo 351(1) TFUE), ni en el artículo 48(2) de la Carta (que no establece una obligación para las organizaciones internacionales), ni en los artículos 75 y 215 TFUE (cuya activación depende formalmente de una Posición Común del Consejo)¹⁵⁰⁶. Ahora bien, es indudable que los argumentos del TPI en *Kadi (I)* no ocultan las grandes dificultades que plantea la Carta para la sucesión de la Comunidad, subrayadas por parte de la doctrina; entre otras, las derivadas de la imposible membresía de la UE en las Naciones

¹⁵⁰¹ TJCE, *Kadi c. Consejo (II)*, § 308. Poco antes de esta sentencia EECKES afirmaba con precisión que “even if one accepted that the conclusion that the GATT is binding on the Community is transferable to the UN, this would not justify a limitation of the Court of First Instance’s jurisdiction. The question of whether UN law is binding is different from the question of whether it can impede the courts from reviewing Community measures” (EECKES, C.: “Judicial review...”, *loc. cit.*, p. 85).

¹⁵⁰² TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, § 195.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, §§ 196-197.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, § 199. *Vid.* sentencias del TJCE en *Anklagemyndigheden c. Poulsen y Diva Navigation Corp*, sentencia de 24 de noviembre de 1992, C-286/90, Rec., 1992-9 pp. I-6048 y ss., § 9; y en *Racke GmbH & Co y Hauptzollamt Mainz*, sentencia de 16 de junio de 1998, C-162/96, § 45.

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*, §§ 200-203.

¹⁵⁰⁶ *Cfr.*, por todos, EECKHOUT, P.: “Community terrorism...”, *loc. cit.*, pp. 190 y ss.; VANDEPOORTER, A.: “L’application...”, *loc. cit.*, 121-122.

Unidas¹⁵⁰⁷; la competencia de los Estados en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales¹⁵⁰⁸; o la (discutida) competencia compartida de la Comunidad en materia de adopción de sanciones económicas¹⁵⁰⁹.

Ahora bien, una cosa es admitir la sucesión de la Comunidad a los Estados en un convenio internacional y otra diferente es deducir de ello la incompetencia del TG para revisar un reglamento concreto relacionado con él¹⁵¹⁰. A este respecto, la mayor parte de la doctrina se ha mostrado crítica con el razonamiento del TPI. Como ha afirmado con precisión CANNIZARO respecto del artículo 351 TFUE –uno de las disposiciones utilizadas para justificar la sucesión-, deducir lo contrario “would be tantamount to saying that, under Art. 307 of the EC Treaty, the existence of international obligations of the Member States allows the EC to act beyond the limits of its competence”¹⁵¹¹. Algo similar se puede predicar de la sucesión *en general*: afirmar que la Unión ha sucedido a los Estados no implica resolver la cuestión de la competencia del juez europeo para revisar medidas de ejecución de las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la base de estándares

¹⁵⁰⁷ “Editorial comments: the Union, the Member States and International Agreements”, *CMLRev*, Vol. 48, 2011, p. 5; KLABBERS, J.: *Treaty conflict...*, *op. cit.*, p. 160. En octubre de 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas pospuso el debate sobre la revisión del estatus de la UE en la Asamblea (pudiendo plantear propuestas y pedir la palabra en los debates). *Vid.* http://www.elmundo.es/elmundo/2010/09/14/union_europea/1284488448.html, visitado por última vez el 10 de febrero de 2011.

¹⁵⁰⁸ SCHÜTZE, R.: “EC Law...”, *loc. cit.*, p. 405, nota al pie 77; VANDEPOORTER, A.: “L’application...”, *loc. cit.*, pp. 117-118. Aunque se trata de supuestos de hecho diferentes al que nos ocupa (dado que en ellas no se invocaba el Derecho de la Unión *contra* la aplicación del Derecho Internacional), las recientes sentencias del Tribunal en los asuntos *Intertanko* y *Bogiatzi* han afirmado que “a falta de una transferencia plena de las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros a la Comunidad, ésta no puede, por el único motivo de que todos esos Estados sean partes contratantes (...), estar vinculada por las reglas de ese Convenio, que la Comunidad misma no ha aprobado” (TJCE, *Intertanko* y *otros*, § 49; *Irène Bogiatzi*, § 33). Para un comentario de la primera sentencia, *Vid.* CANNIZARO, E.: “Il diritto internazionale nell’ordinamento giuridico comunitario: il contributo de la sentenza *Intertanko*”, *Il Diritto de l’Unione europea*, 4/2008, pp. 645 y ss.; EECKHOUT, P.: “Case note”, *CMLRev*, Vol. 46, 2009, pp. 2041 y ss.).

¹⁵⁰⁹ NETTESHEIM considera que la competencia es compartida (NETTESHEIM, M.: “United Nations...”, *loc. cit.*, p. 585). Para EECKHOUT, se puede argumentar que el Reglamento 2580/2001 ha armonizado las condiciones de adopción de “sanciones inteligentes” antiterroristas en la Comunidad, por lo que los Estados han dejado de tener una competencia compartida (citado en POLI, S.; TZANOU, M.: “The *Kadi* rulings...”, *loc. cit.*, pp. 152-153, nota al pie 104, refiriéndose a una entrevista con el autor. También TRIDIMAS, T.; GUTIÉRREZ-FONS, J. A.: “EU...”, *loc. cit.*, pp. 387 y ss.). Algún autor estima por el contrario más acertado fundamentar la obligación de la UE de ejecutar las resoluciones del Consejo de Seguridad a aquellos supuestos en que “it can be determined that the latter ‘sought to discharge’ these obligations within the EU legal order” (como sucediera en *Intertanko* o *Países Bajos c. Consejo*, donde el preámbulo de la Directiva 2005/35/CE impugnada hacía referencia expresa a los Convenios Internacionales invocados por los particulares. *Cfr.* VAN ROSSEM, W.: “Interaction...”, *loc. cit.*, p. 218).

¹⁵¹⁰ TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, §§ 223-224.

¹⁵¹¹ CANNIZARO, E.: “A Machiavellian Moment? ...”, *loc. cit.*, p. 116. En sentido similar, NETTESHEIM, M.: “United Nations...”, *loc. cit.*, p. 584; TRIDIMAS, T.: “Terrorism and the ECJ...”, *loc. cit.*, p. 107.

Europeos. La obligatoriedad de un acuerdo internacional para la Unión no prejuzga su posición jerárquica. En este sentido autores como EECKHOUT, ciertamente afines al razonamiento autonomista del TJUE en la sentencia *Kadi (II)*, aceptan sin embargo flexibilizar los requisitos de esta figura para las relaciones entre la Carta y la Unión Europea¹⁵¹².

En definitiva, al margen de otras valoraciones que realizaremos en sucesivos apartados, podemos interpretar que para el TJCE la entrada de la Carta en el orden es indirecta, no formal, y depende en última instancia de la adopción de un acto legislativo en el marco de la PESC¹⁵¹³.

III. LA APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: ¿EUROCENTRISMO JUDICIAL?

III.1. Una sentencia ni tan fragmentadora del Derecho internacional...

En la medida en que la penetración de las resoluciones del Consejo de Seguridad en el orden jurídico comunitario tiene sus límites en las normas superiores de este ordenamiento, tanto el AG MADURO como el TJUE focalizan su atención en el lado exclusivamente interno de las resoluciones: revisión del acto comunitario de ejecución sobre la base exclusiva de estándares europeos. Es lo que REMIRO BROTONS describe gráficamente como “matar al pregonero”¹⁵¹⁴ europeo de las resoluciones del Consejo de Seguridad¹⁵¹⁵. En este sentido, resulta a nuestro juicio loable que el TJCE corrigiera aquella interpretación del TPI que mostraba una excesiva e innecesaria deferencia hacia la Carta, considerando que cualquier revisión del acto “nacional” de ejecución suponía una intromisión en la exclusividad de los poderes del Consejo en el ámbito del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Para el Tribunal de Justicia, la anulación del reglamento impugnado “no implicaría poner en entredicho la autonomía” del Derecho

¹⁵¹² EECKHOUT, P.: “Community terrorist listings...”, *loc. cit.*, p. 191

¹⁵¹³ Entendemos sin embargo que la cuestión es discutida y no ha recibido una respuesta unánime por parte de la doctrina. En contra de esta conclusión, podemos citar GRILLER, S.: “International Law...”, *loc. cit.*, pp. 537-538.

¹⁵¹⁴ REMIRO BROTONS, A.: *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 392.

¹⁵¹⁵ O lo que JACQUÉ describe como “tirar sobre el pianista” de estas resoluciones (JACQUÉ, J.-P.: “Droit constitutionnel...”, *loc. cit.*, p. 34).

comunitario en el Derecho Internacional¹⁵¹⁶, pues sus efectos se circunscriben al ámbito del primero.

Estos argumentos engarzan con varias de las críticas que se siguen esgrimiendo contra la sentencia *Kadi (II)*. Por un lado, se afirma, no es verdad que la autoridad del CSNU no quede menoscabada, sobre todo cuando el Tribunal valora a la Carta como a cualquier otro tratado internacional sin afrontar el problema planteado por su artículo 103¹⁵¹⁷. Por otro, se estima que el TJUE perdió una oportunidad única para forzar la protección de los derechos humanos en el Consejo haciendo una referencia a los estándares internacionales en materia de derechos humanos (convencionales o consuetudinarios). Ello no sólo contribuye a la fragmentación del Derecho internacional¹⁵¹⁸, sino que igualmente repercute en la legitimidad de la sentencia *Kadi (II)*, que habría quedado realizada si a un problema que en el fondo es internacional se le hubiera dado una respuesta iusinternacional, y no exclusivamente europea. La sentencia del TJUE en *Kadi (II)* es, pues, un ejercicio de “chauvinismo” judicial¹⁵¹⁹.

Si bien es cierto que compartimos las propuestas referidas a la aplicabilidad de estándares internacionales en materia de derechos humanos a los poderes del Consejo de Seguridad, creemos necesario ponerlas en perspectiva y relativizar su tono crítico en el contexto de la sentencia *Kadi (III)*. El TJUE, en una decisión de audaz conclusión y problemas técnico-jurídicos nada fáciles de resolver, se vio en la difícil tesitura que implicaba ponderar valores de relevancia no sólo para los Estados, sino para la misma Unión; entre los cuales encontramos el de “mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad internacional, conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas (...)” (artículo 21(2)(c) TUE). Más concretamente, el Tribunal se encontraba ante el dilema de anular un reglamento que suponía una intolerable intromisión en los derechos fundamentales del individuo, pero intentando no cuestionar con ello la autoridad del Consejo de Seguridad. Los reglamentos impugnados debían ser anulados, entre otros motivos, para evitar que algunos tribunales nacionales llevaran a la práctica su jurisprudencia *Solange* revisando las decisiones del Tribunal de Luxemburgo por no

¹⁵¹⁶ TJCE, *Kadi c. Consejo (II)*, § 288.

¹⁵¹⁷ DE BÚRCA, G.: “The international legal order...”, *loc. cit.*, p. 34.

¹⁵¹⁸ *Ibid*; HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: “Bad law...”, *loc. cit.*, pp. 2 y ss.; SCHRIJVER, N.: VAN DEN ERIK, L.: “Eroding the primacy...”, *loc. cit.*, p. 336.

¹⁵¹⁹ DE BÚRCA, G.: “The EU...”, *loc. cit.*, p. 4.

respetar los estándares nacionales en materia de derechos humanos¹⁵²⁰. Pero al mismo tiempo, el Tribunal debía mostrar su respeto al órgano principal en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. En este punto, dos soluciones se ofrecían para ello: o anular el Reglamento sobre la base de los estándares europeos e internacionales en materia de derechos humanos; o centrarse exclusivamente en la perspectiva comunitaria del problema.

Escoger la primera opción, técnicamente más correcta desde el punto de vista del principio de la integración sistémica propuesto por la CDI en su *Informe sobre la fragmentación*, habría sido visto como un mensaje aún más claro hacia el Consejo de que está violando los estándares que le vinculan¹⁵²¹. Es decir, el TJCE habría decidido el caso no sólo en nombre de la Unión Europea y sus valores, sino de *toda* la Comunidad internacional, en un claro ejemplo de desdoblamiento funcional scelliano¹⁵²². Ciertamente, esta solución habría acallado las habituales acusaciones de inconsistencia en el recurso por el Tribunal de Justicia al DIDH (más allá del CEDH) para fundamentar sus decisiones¹⁵²³. Ahora bien, a ellas les habrían sucedido con más fuerza las críticas por su falta de legitimación para revisar incidentalmente las resoluciones del Consejo de Seguridad; críticas que, recordémoslo, “no carecen de seriedad” para el TG¹⁵²⁴. El mismo Consejo de Seguridad, probablemente, habría interpretado la sentencia del Tribunal aún más como una intromisión en su autoridad para hacer frente a las amenazas a la paz y la seguridad internacionales¹⁵²⁵.

Además, la pregunta que hay que formularse es: ¿cuáles son esos estándares internacionales que el TJCE no considera? ¿El *ius cogens*, el derecho internacional

¹⁵²⁰ En este sentido, p.e., CASOLARI, F.: “L’accesso...”, *loc. cit.*, p. 562; EECKHOUT, P.: “Community terrorist...”, *loc. cit.*, p. 202; GOVAERE, I.: “The importance...”, *loc. cit.*, p. 9.

¹⁵²¹ HILPOLD, P.: “EU Law and UN Law...”, *loc. cit.*, p. 165. De hecho, ya se tiende a considerar que *Kadi* es una revisión de las sanciones del Consejo de Seguridad, a pesar de referirse sólo a estándares europeos (Cfr. por todos REINISCH, A.: “Introduction”, en REINISCH, A.: *Challenging...*, *op. cit.*, p. 7). Es indudable que, como veremos enseguida, los estándares europeos e internacionales no difieren en lo esencial, por lo que el argumento es cierto desde el punto de vista sustantivo (no formal).

¹⁵²² Así lo describe NOLLKAEMPER, A.: “The European Courts and the Security Council: Three Replies”, *EJIL*, Vol. 20 (2009), p. 863-864, si el Tribunal hubiera decidido finalmente no ejecutar las resoluciones del Consejo sobre la base del Derecho internacional. Para una defensa de esta opción FORTEAU, M.: “La CJCE...”, *loc. cit.*, pp. 401-402.

¹⁵²³ Vide DE BÚRCA, G.: “The evolution of EU human rights law”, en CRAIG, P.; DE BÚRCA, G.: *The evolution of EU Law*, 2nd Ed., Oxford, New York, 2011, p. 490.

¹⁵²⁴ TG, *Kadi c. Consejo (III)*, § 121.

¹⁵²⁵ EECKHOUT, P.: “Community terrorist...”, *loc. cit.*, p. 196.

general? Evocar los principales textos internacionales en materia de derechos humanos habría generado dudas en la medida en que el artículo 103 de la Carta prima sobre el resto de tratados internacionales, al menos en aquellos órdenes jurídicos, como el del CEDH, no tan marcadamente autónomos como el europeo. Acudir a la misma Carta de las Naciones Unidas, o la costumbre, o las garantías judiciales como principio general del derecho, habría introducido al TJCE en el pantanoso terreno de los principios de la Carta y su compleja relación con el derecho internacional general. A este argumento se podrá replicar que eso es lo precisamente lo que hemos defendido en el Capítulo V, pero la posición del Tribunal de Luxemburgo como Juez del ordenamiento jurídico de la UE sugiere que ésta no es la sede más idónea para resolver estas cuestiones exclusivamente iusinternacionales. De haber hecho lo contrario en *Kadi (II)*, habrían arreciado con más fuerza las dudas sobre la legitimidad del TJCE para hablar en nombre de la Comunidad internacional¹⁵²⁶.

¹⁵²⁶ Un aspecto que ha quedado en el aire tras la sentencia *Kadi (II)* es el del deber de los Estados de ejercer la protección diplomática en el Comité de Sanciones de los individuos incluidos en la lista “Al-Qaeda/Talibanes”. Sobre este punto se ha pronunciado indirectamente GATTINI; sus conclusiones merecen cierto comentario. Afirma este autor que al rechazar la equivalencia del mecanismo de sanciones del Consejo a los estándares europeos, “the Court missed once again a major opportunity to restate the principle of the advisability, if not the duty, of states to provide all possible diplomatic assistance for at least their nationals submitting a request for removal from the UN list” (haciendo una referencia al artículo 19 del Proyecto de artículos de 2006 de la CDI sobre protección diplomática. GATTINI, A.: “Case note...”, *loc. cit.*, p. 234). El autor omite toda referencia a la sentencia *Ayadi*, donde precisamente el TG reconoció el deber de protección *como exigencia del deber de cooperación leal* comunitario (y no como corolario de una obligación internacional). Esta audacia del TG ha recibido críticas y alabanzas por igual (PORRETTO, G.: “The European Union, Counter-terrorism sanctions against individuals and human rights protection”, en GANI, M.; MATHEW, P. (Eds.): *Fresh perspectives on the ‘war on terror’*, ANU E Press, Canberra, 2008, p. 261, libro electrónico disponible gratuitamente en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1314544, visitado por última vez el 31 de marzo de 2011; SPAVENTA, E.: “Fundamental...”, *loc. cit.*, pp. 241-242. *Contra*, en general criticando la falta de base jurídica en los Tratados, poniendo de relieve su contradicción con el carácter discrecional de la protección diplomática en el Derecho internacional público, o subrayando las dificultades prácticas para ejecutar esta obligación, BLÁZQUEZ NAVARRO, I.; ESPÓSITO MASSICI, C.: “Los límites al control judicial...”, *loc. cit.*, p. 145; CASOLARI, F.: “Accesso...”, *loc. cit.*, pp. 552-553; FRANCONI, F.: “*Kadi* and the vicissitudes...”, *loc. cit.*, p. 23-25; KARAGIANNIS, S.: “A propos de certains comportements...”, *loc. cit.*, pp. 25 y ss. Más tibio, en el sentido de reconocer las particularidades del caso, y evitando obtener de la sentencia *Kadi (I)* consecuencias sobre un eventual derecho a la protección diplomática en Derecho Internacional, se muestra GARIBIAN, S.: “Vers l’émérgence d’un droit individuel à la protection diplomatique?”, *AFDI*, Vol. LIV, 2008, esp. pp. 137 y ss.).

El Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre este punto de la sentencia *Ayadi*, pero entendemos que los Estados no han dejado de tener esta obligación por dos motivos. Primero, aquí no se violenta la autoridad del Consejo de Seguridad al gozar los Estados de todo el margen de discrecionalidad posible. Segundo, es cierto que el énfasis del Tribunal de Justicia se centra en el procedimiento *europeo* de inclusión/exclusión de la lista. No obstante, nada impide que los Estados protejan *además* a los individuos en el Consejo de Seguridad; todo lo contrario: el interés del Tribunal en la protección de los derechos fundamentales no desentona con el deber de los Estados de velar por que los nombres “inocentes” sean retirados de la lista. Por lo tanto, a nuestro juicio, el deber de cooperación leal sigue en pie, aunque la intervención posterior del Tribunal de Justicia y la introducción del *Ombudsman* hayan mermado su utilidad (*contra* , GARIBIAN, S., *ibid* , p. 140).

En lo que respecta al *ius cogens*, ya hemos podido apreciar sus limitados resultados en la jurisprudencia del TG en *Kadi (I)*. A nuestro modo de ver, el uso que se hizo en esta sentencia del derecho imperativo se encuentra bien construido desde el punto de vista técnico, pero adolece a nuestro juicio de cierto laxismo en cuanto a su contenido. Técnicamente bien construido, porque el TG evitó equívocos habituales y reconoció que un derecho humano puede pertenecer al *ius cogens* independientemente de que pueda ser sometido a limitaciones –por ejemplo, para garantizar el respeto de intereses públicos como la seguridad-, e incluso no encontrarse en las listas de derechos no sujetos a suspensión¹⁵²⁷. Precisamente la sentencia del TPI en *Kadi (I)* puede leerse en este sentido al reconocer que “esta laguna [la de los mecanismos de inclusión/retirada de la lista del Consejo de Seguridad] en la protección judicial del demandante no es en sí contraria al *ius cogens*”. Es decir: el TG no estima que el derecho a la protección judicial no pertenece al *ius cogens*, sino que el mismo *ius cogens* justifica la “laguna” en la protección judicial, que no es lo mismo¹⁵²⁸.

Por el contrario, aún “rescatándolo” del “estado cenital”¹⁵²⁹ en que se encontraba, el TPI situó demasiado bajo el estándar de protección ofrecido por el *ius cogens* en materia

¹⁵²⁷ Cfr. sus observaciones en lo que respecta al derecho a un recurso jurisdiccional efectivo, esp. en §§ 286 y ss. Pocos comentaristas de la saga *Kadi* lo han expresado con tanta claridad como PORRETTO (The European Union...”, *loc. cit.*, p. 256), cuando afirma que “*ius cogens* norms may still be subject to restrictions or exceptions in the sense of *limitations*”, *loc. cit.*, p. 256. *Contra*, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: “Sistema de listas...”, *loc. cit.*, p. 306; BORE EVENO, V.: “Le contrôle... », *loc. cit.*, p. 849; EECKES, C. : « Judicial review...”, *loc. cit.*, p. 90; HILPOLD, P.: “EU Law, UN Law...”, *loc. cit.*, pp. 170. Para este autor, el *ius cogens* ha de permanecer como un concepto totalmente abstracto, incapaz de ser utilizado por un Tribunal como si fueran “normas positivas tradicionales” (p. 172). Por los motivos expuestos en el Capítulo III, y con los apoyos doctrinales y jurisprudenciales allí citados, nosotros estimamos lo contrario: que el *ius cogens*, concepto de por sí vago, puede ser desarrollado por la vía jurisprudencial como cualquier otra técnica de *derecho positivo*. Su perfilamiento progresivo (que no inflación) contribuiría a expandir su capacidad “disuasoria” frente a Estados y organizaciones internacionales.

¹⁵²⁸ Además, parece deducirse de esta sentencia que el TPI tiene una concepción muy amplia del contenido material del *ius cogens*, en el sentido de abarcar todos los derechos humanos recogidos en la DUDH y el PIDCP (EECKHOUT, P.: “Community...”, *loc. cit.*, p. 195). También nos referimos a esta posibilidad en el Capítulo III.

¹⁵²⁹ KOLB, R.: « Le contrôle des Résolutions contraignantes du Conseil de sécurité des Nations Unies par des juridictions internationales ou nationales sous l’angle du *ius cogens*», *Revue Suisse de Droit International et Droit européen*, Vol. 18, n° 5, 2008, p. 406. Para un útil análisis de la jurisprudencia previa en materia de derecho imperativo, *Vid.* TAVERNIER, P.: “L’identification des règles fondamentales: un problème résolu ? », en TOMUSCHAT, C. AND THOUVENIN, J.-M. (Eds.): *The fundamental rules of the international legal order*, Brill, The Netherlands, 2006, pp. 5 y ss.

En este sentido, no nos resistimos a resaltar cómo un seguidor de las Conclusiones del AG MADURO como PELLET afirmaba en 2006 –en un trabajo poco conocido- lo siguiente: “(...) I certainly do not share the harsh criticisms which have been addressed to these decisions [*Yusuf y Kadi*] in that I think that they pave the way for future promising developments - including in respect to the relations *between ius cogens* and UN norms (...). By itself this recognition is extremely promising” (PELLET, A.: “Comments in response...”, *loc. cit.*, p. 86). Más tarde, a pesar de sus críticas al TG, remarcaría con coherencia que “Je salue l’intrépidité

de garantías judiciales, sin duda influenciado por la función “preventiva” de estas medidas, y su carácter formalmente “administrativo”. Dejando aparte el hecho de considerar el derecho a la propiedad como derecho que la comunidad internacional de Estados reconoce como inderogable¹⁵³⁰, lo cierto es que en materia de protección de garantías judiciales y derecho a ser oído otorgó un peso excesivo a los intereses del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, en contra de los apoyos doctrinales y jurisprudenciales que fundamentaron nuestras conclusiones en los Capítulos III, IV y V¹⁵³¹. De igual manera, se mostró demasiado condescendiente con el mecanismo de excepciones humanitarias establecido por la resolución 1452¹⁵³². No es necesario que abundemos otra vez en este punto. Nos basta aquí con insistir en que el TJCE podría haber corregido la conclusión del TPI estimando que las sanciones Al-Qaeda/Talibanes, en tanto que medida de efectos penales, si violan el contenido material del *ius cogens*. Pero lejos de ello, se limitó a afirmar que

“no corresponde al juez comunitario, en el marco de la competencia exclusiva que le confiere el artículo 220 CE, controlar la legalidad de la resolución aprobada por dicho órgano internacional, ni siquiera limitando su control al examen de la compatibilidad de tal resolución con el *ius cogens*”¹⁵³³.

« internationaliste » du TPI et sa perméabilité à l'idée - à laquelle j'adhère- selon laquelle nul État, nulle organisation internationale, nul organe d'une organisation internationale, qu'il s'agisse du Conseil de sécurité des Nations unies ou du Conseil des Communautés, n'est au-dessus d'un petit nombre de règles fondamentales, dont la violation entraîne la nullité de l'acte juridique qui la réalise » (PELLET, A. : « Constitutionalisation... », *loc. cit.*, p. 416).

¹⁵³⁰ Aspecto que ha sido severamente criticado. *Cfr.* p.e. AHMED, T.; DE JESÚS BUTLER, I.: “The European Union and human rights: an International Law perspective”, *EJIL*, Vol. 17, nº 4, pp. 480-481; ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: “Sistema de listas...”, *loc. cit.*, p. 306; DUPUY, P.-M.; KERBRAT, Y.: *Droit international...*, *op. cit.*, pp. 279-280; PORRETO, G.: “The European Union...”, *loc. cit.*, p. 252; VANDEPOORTER, A.: “L’application...”, *loc. cit.*, pp. 134-135.

¹⁵³¹ A ellas añadimos los trabajos de BLÁZQUEZ NAVARRO, I.; ESPÓSITO MASSICCI, C.: “Los límites al control judicial...”, *loc. cit.*, p. 144; CASOLARI, F.: “L’accesso...”, *loc. cit.*, pp. 545-546; EECKES, C.: “Judicial review...”, *loc. cit.*, pp. 90-91; JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “El control de legalidad...”, *loc. cit.*, pp. 101 y ss.; PORRETO, G.: “The European Union...”, *loc. cit.*, pp. 255 y ss.; SCISO, E.: “Fundamental rights...”, *loc. cit.*, pp. 147 y ss. Apoyo no unánime, desde luego: *Contra*, p.e., ALMQVIST, J.: “A human rights critique...”, *loc. cit.*, p. 321; TOMUSCHAT, C.: “Case note...”, *loc. cit.*, p. 321. Y es que, como vimos en el capítulo III, no pocos autores vinculan el *ius cogens* en materia de garantías judiciales a la protección de derechos que no admiten suspensión en estados de emergencia. Por su parte, KARAGIANNIS critica la sentencia del TG argumentando que el recurso a las inmunidades de las organizaciones internacionales como límite a la norma de *ius cogens* en materia de derecho a un recurso judicial efectivo no está justificado. Tanto más cuando la sentencia del TG se apoya para ello en la sentencia *Waite y Kennedy* del TEDH, donde se aceptó la inmunidad de jurisdicción de la Agencia Espacial Europea precisamente porque ésta ofrecía un recurso judicial efectivo (KARAGIANNIS, S.: “A propos de certains comportements...”, *loc. cit.*, pp. 22-23; también BULTERMAN, M.: “Fundamental rights...”, *loc. cit.*, pp. 771-772).

¹⁵³² *Cfr.*, por todos, KARAGIANNIS, S., *ibid.*, pp. 23-24.

¹⁵³³ TJCE, *Kadi c. Consejo y Comisión (II)*, § 287. Se ha aducido que la precisión en el párrafo anterior de la sentencia al contexto “de los presentes asuntos” indica que el Tribunal no descarta totalmente un eventual control comunitario de una resolución del Consejo de Seguridad, pero los términos del Tribunal nos parecen

Nada le obligaba a llegar a esta conclusión; pues le bastaba con examinar la legalidad *del Reglamento impugnado* (y no de la resolución del Consejo de Seguridad) sobre la base del *ius cogens*¹⁵³⁴. El Alto Tribunal optó sin embargo por la vía más cercana, la que viene utilizando desde la sentencia *Stauder*: la de los principios generales del ordenamiento jurídico comunitario, opción que no nos parece injustificada¹⁵³⁵.

Insistimos en que con ello no queremos menospreciar los argumentos de aquellos que estiman que el TJUE debió ir aún más lejos, bien haciendo referencia a los estándares internacionales en materia de derechos humanos¹⁵³⁶, bien ejerciendo un control incidental del correcto ejercicio por el Consejo de sus poderes¹⁵³⁷. Al menos, el artículo 25 de la

indicar lo contrario (PALCHETTI, P.: “Puo il giudice comunitario sindacare la validità internazionale di una risoluzione del Consiglio di sicurezza?”, *RIDI*, Vol. 89, 2006, pp. 1085-1086).

¹⁵³⁴ CRAIG, P.: *EU Administrative Law*, Oxford, New York, 2006, p. 386. Algo que de todas formas no habría tenido sentido, ya que es imposible justificar por qué se habría acudido sólo al *ius cogens* y no al Derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁵³⁵ Aunque forma parte, según DAILLIER, de una “estrategia deliberada” para favorecer un “monismo con predominio del derecho comunitario sobre el internacional” (DAILLIER, P.: “Contribution au débat entre monisme et dualisme de l’ordre juridique de l’Union européenne”, *RMCUE*, n° 529, juin 2009, p. 396).

¹⁵³⁶ Más que el problema de la fragmentación, creemos que el argumento más serio a favor es el ofrecido sobre todo por DE BÚRCA, que insiste en que el Tribunal de Justicia desaprovechó una oportunidad inmejorable para iniciar un diálogo judicial sobre Derecho internacional, contribuyendo así a desarrollar el derecho consuetudinario de los derechos humanos y legitimar internacionalmente su decisión (“The European Court...”, *loc. cit.*, pp. 40 y ss.). En sentido similar, FORTEAU, M.: “La CJCE et la Cour européenne des droits de l’homme face à la question de l’articulation du droit européen et du droit des Nations Unies. Quelques remarques iconoclastes”, *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 399-400: “en le constitutionalisant, la CJCE “internise” ou “nationalise” le droit communautaire, conduisant au retrait de l’Union européenne de l’ordre international où son message universal ne peut par conséquence plus se faire entendre”. También GATTINI, A.: “Case note...”, p. 214; HILPOLD, P.: «EU Law and UN Law...», *loc. cit.*, p. 165; VAN ROSSEM, J.-W.: “Interface...”, *loc. cit.*, p. 219. Ciertamente, la Corte Federal de Canadá había lanzado el guante en la sentencia *Abdelrazik*, al afirmarse (§ 51) que “I add my name to those who view the 1267 Committee regime as a denial of basic legal remedies and as untenable under the principles of international human rights”.

¹⁵³⁷ A favor de esta posibilidad, *Vid.* CANNIZARO, E.: “Security Council Resolutions...”, *loc. cit.*, p. 44; CONDORELLI, L.: “Le Conseil de sécurité...”, *loc. cit.*, pp. 136 y ss.; DE WET, E.: “The role of European Courts...”, *loc. cit.*, p. 286; FRANCONI, F.: “Kadi and the vicissitudes...”, *loc. cit.*, p. 26; HALBERSTAM, D.; STEIN, E.: “The United Nations...”, *loc. cit.*, p. 50; NOLLKAEMPER, A.: “The European Courts...”, *loc. cit.*, pp. 868-869; REINISCH, A.: “Introduction...”, *loc. cit.*, pp. 8 y ss. (también conclusiones, pp. 263 y ss.); ZIEGLER, K.: “Strengthening...”, *loc. cit.*, pp. 297-298. Para GATTINI, es la doctrina del efecto directo la que ofrece la base para la revisión incidental de las resoluciones del Consejo: “if (...) in the European Court of Justice’s view it is the direct effect of an international norm which permits it to enter into EC law, and even to test the legality of a secondary EC norm, one does not see why the Court could not have used the same argument of direct effect, only inverting the direction, in order to affirm the unlawfulness of that same norm under international law” (“Case note...”, *loc. cit.*, p. 228). HALBERSTAM y STEIN, por su parte, parten de una idea similar, pero sobre la base de una sofisticada combinación de las sentencias *Racke* (invocación de una norma consuetudinaria por un particular contra una norma comunitaria), y *Fediol/Nakajima* (efecto directo del GATT cuando la norma comunitaria busca implementar una de sus obligaciones), para llegar a la misma conclusión (HALBERSTAM, D.; STEIN, E.: “The United Nations...”, *loc. cit.*, pp. 64-65. A ellos se adhiere VAN ROSSEM, J.-W.: “Interaction...”, *loc. cit.*, p. 215). No está de más remitirnos también a la jurisprudencia valorada en el Capítulo VI relativa al control incidental de la legalidad de las actuaciones del Consejo de Seguridad. A modo de síntesis, desde esta perspectiva, la “indiscutible dispersión del poder de interpretación

Carta no impide esta última opción al no exigir deferencia total hacia los poderes del Consejo, aunque nos parece una solución menos recomendable desde el punto de vista técnico, pues el TJCE ha concluido que la Unión no ha sucedido a los Estados miembros y, por lo tanto, la Posición Común del Consejo se encuentra formalmente “desconectada” de la resolución del Consejo de Seguridad¹⁵³⁸.

Pero en todo caso, se ha de valorar que el Alto Tribunal se vio envuelto en un dilema que intentó resolver mediante una equilibrada posición intermedia, aceptable desde el punto de vista del resultado conseguido, que al mismo tiempo intentara evitar el espinoso problema de los límites a los poderes del Consejo de Seguridad y, por consiguiente, cuestionar su autoridad lo menos posible¹⁵³⁹. Puede parecer retórico o paradójico, hay algo de respeto a los poderes del Consejo de Seguridad en la eurocéntrica opción elegida en *Kadi (II)*. Desde el punto de vista de la política judicial, para el Consejo de Seguridad será más fácil aceptar el resultado de la sentencia *Kadi (II)* y avanzar por la senda de los cambios en el Comité de Sanciones, si el Tribunal de Justicia no se muestra excesivamente beligerante con el ejercicio de sus poderes al amparo del Capítulo VII. Si, por el contrario, no sólo se hubiera anulado el reglamento, sino que además se hubiera

de la Carta” a la que se refería BEDJAOUI puede dar lugar a lo que describe BORE EVENO como “control de constitucionalidad difuso” de la Carta (BORE EVENO, *loc. cit.*, p. 857).

Contra, D’ASPROMONT, J.; DOPAGNE, F.: “*Kadi...*”, *loc. cit.*, p. 375; EECKES, C.: «Judicial review...», *loc. cit.*, pp. 87 y ss.; EECKHOUT, P.: “Community...”, *loc. cit.*, p. 199; JIMÉNEZ GARCÍA, F.: «El control...», *loc. cit.*, p. 122; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Unidad y pluralismo...”, *loc. cit.*, p. 280; NETTESHEIM, M.: “United Nations...”, *loc. cit.*, p. 592; PELLET, A.: “Constitutionalisation...”, *loc. cit.*, p. 417.; SANFRUTOS CANO, E.: “Unión Europea...”, *loc. cit.*, p. 79. Para KLABBERS, el control del TG sobre la base del *ius cogens* es “europeísta”, dado que presupone una posición jerárquicamente superior de la jurisdicción comunitaria sobre el Consejo (KLABBERS, J.: *Treaty conflict...*, *op. cit.*, pp. 161-162). En sentido similar, BORE EVENO explica que la argumentación del TG «revient finalement à confondre hiérarchie des normes et contrôle de légalité, voire l’existence des règles et leur effectivité» (BORE EVENO, V.: «Le contrôle juridictionnel...», *loc. cit.*, p. 854). VANDEPOORTER subraya además la ironía de no poder revisar las Posiciones Comunes del Consejo, pero sí las resoluciones del Consejo de Seguridad (“L’application...”, *loc. cit.*, pp. 128 y ss.).

¹⁵³⁸ Para PALCHETTI, P.: “Puo il giudice...”, *loc. cit.*, pp. 1086-1088, el control incidental es válido si se interpreta la sentencia *Kadi (II)* en el sentido de admitir que las resoluciones del Consejo de Seguridad producen efectos directos o indirectos en el ordenamiento comunitario. En todo caso, el nexo “funcional” entre los actos de Derecho derivado y las resoluciones del Consejo de Seguridad ya es considerado suficiente por este autor.

¹⁵³⁹ También muestra cierta comprensión por la decisión final del Tribunal SANTOS VARA, quien afirma lo siguiente sobre la competencia del Tribunal para revisar incidentalmente la legalidad de los poderes del Consejo: “Si bien este razonamiento tiene el mérito de conectar el ordenamiento comunitario con el Derecho internacional y, en particular, con la Carta de las NNUU supondría adentrarse indirectamente en el examen de los límites a los poderes del Consejo de Seguridad derivados de los derechos humanos. Se trata de una cuestión muy delicada tanto desde una perspectiva política como jurídica, que podría argumentarse que va más allá de la función del TJCE de velar por el respeto del Derecho comunitario” (SANTOS VARA, J.: “El control judicial...”, *loc. cit.*, pp. 100-101).

discutido la legalidad de sus decisiones, sería mucho más probable una reacción airada que retrasara aún más los cambios deseados.

Además, estimamos que no hay que sobredimensionar el efecto fragmentador de la sentencia del Tribunal de Justicia. Quizás pueda argumentarse que se adopta una perspectiva exclusivamente europea para un problema internacional, acudiendo con llamativa insistencia a la retórica europeísta y constitucionalista¹⁵⁴⁰. Pero lo paradójico de todo ello es que junto a la dimensión técnica del caso se encuentra la sustantiva, y en este plano, la eurocéntrica sentencia *Kadi (II)* ha defendido con acentuado mayor vigor un valor superior del orden público internacional como el respeto a las garantías judiciales elementales del individuo, que la “iusinternacionalista” sentencia del TPI que le precedió¹⁵⁴¹. La fragmentación que origina *Kadi (II)*, si la hay¹⁵⁴², afecta sobre todo a la técnica formal, más que a los estándares materiales, pues los principios generales del ordenamiento jurídico comunitario aplicados por el Tribunal *in casu* no son tan diferentes de los internacionales (de hecho, se encuentran intrínsecamente vinculados a los ofrecidos por el CEDH)¹⁵⁴³. De ello es indicio el hecho de que, como vimos en el Capítulo V, los

¹⁵⁴⁰ BENLOLO-CARABOT, M.: “La CJCE...”, *loc. cit.*, p. 382.

¹⁵⁴¹ Y, por extensión, por un valor en alza en el Derecho internacional como el *international rule of law* (CHESTERMAN, S.: “I’ll take Manhattan: The international rule of law and the United Nations Security Council”, *Hague Journal on the rule of Law*, Vol. I, nº 1, pp. 67 y ss.). Para LAVRANOS, este fin justifica estos medios: “European “value imperialism” may serve a good cause, which is to increase the overall level of fundamental rights protection in the world” (LAVRANOS, N.: “The impact...”, *loc. cit.*, p. 54).

¹⁵⁴² En el largo plazo, dependerá de que el “diálogo” iniciado por el Tribunal de Justicia con el Consejo de Seguridad derive en la adopción por este último de estándares aceptables para el primero (ZIEGLER, K.: “Strengthening...”, *loc. cit.*, pp. 304-305).

¹⁵⁴³ En el mismo sentido, FRANCONI, F.: “*Kadi* and the vicissitudes...”, *loc. cit.*, p. 28; NOLLKAEMPER, A.: “The European Courts...”, *loc. cit.*, p. 869; SCHEININ, M.: “Is the ECJ ruling...”, *loc. cit.*, p. 64; TZANAKOPOULOS, A.: “Domestic court reactions...”, *loc. cit.*, pp. 78-79; ZIEGLER, K.: “Strengthening...”, *loc. cit.*, pp. 304-305. Para SCHEININ, “the narrative of a conflict between a human-rights-oriented European legal order and a human-rights-ignorant UN legal order is false”. Más sutiles son D’ASPREMONT y DOPAGNE, para quienes “The ECJ decision may shed some light on the compatibility of the UN Sanctions Committees’ reexamination procedures with some fundamental rights” (“*Kadi*: The ECJ’s...”, *loc. cit.*, p. 377). *Contra*, DE BÚRCA, G.: “The European...”, *loc. cit.*, p. 10; GATTINI, A.: “Case note...”, *loc. cit.*, p. 214 y 231; HILPOLD, P.: “EU Law and UN Law...”, *loc. cit.*, pp. 165-166; HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: “Bad law...”, *loc. cit.*, p. 344; KAPTEYN, P. J. G.: “The role of the ECJ in implementing Security Council resolutions”, en DE WET, E.; NOLLKAEMPER, A. (Eds.): *Review... , op. cit.*, p. 59; PAVONI, R.: “Freedom to chose...”, *loc. cit.*, p. 33; SANTOS VARA, J.: “El control judicial...”, *loc. cit.*, p. 102. En palabras de HINOJOSA MARTÍNEZ: “(...) Europeans are not the only ones to protect fundamental human rights. International law also protects human rights. Why should the ECJ base its discourse on European values when you may get a much stronger case using universal norms that reflect universal values? From my point of view, the legal position of the ECJ would have been stronger if it had justified the lack of implementation of SC sanctions on the basis of universal norms that also bind the SC itself”. El mismo autor (y también HILPOLD, P.: “EU Law and UN Law...”, *loc. cit.*, p. 177), argumenta que la aproximación del Tribunal de Justicia, que tanto insiste en los derechos fundamentales como “principio estructural del ordenamiento jurídico comunitario”, puede justificar la desobediencia de países islámicos a las resoluciones del Consejo de Seguridad si éstas violan la *Sharia* o ley islámica.

Estados Europeos (y el Parlamento Europeo¹⁵⁴⁴) no son los únicos actores que han exigido al Consejo de Seguridad la adecuación de los procedimientos del Comité de Sanciones a las exigencias básicas del *due process*, pues también lo han hecho países latinoamericanos y africanos, e incluso el Vicesecretario General de Naciones Unidas.

Y es que el lenguaje universal de los derechos humanos facilita las relaciones entre diferentes sistemas jurídicos actuando como “bisagras”¹⁵⁴⁵ que permiten la interacción entre estos, independientemente de que se activen los mecanismos formales de recepción del Derecho internacional. En este sentido, aplicar los derechos humanos como contrapunto a los intereses de la lucha antiterrorista contribuye, aún indirectamente, a articular una relación materialmente coherente entre el Derecho de la Unión y la Carta de las Naciones Unidas, y en definitiva, a consolidar “le cadre de la recherche d’une unité matérielle de l’ordre juridique international”¹⁵⁴⁶.

III.2. ...ni tan rupturista con la jurisprudencia anterior del TJCE

Sin querer negar esta eventualidad, no deja de ser cierto que el argumento de la *Sharia* es un arma de doble filo: los Estados islámicos no serían los únicos dispuestos no ejecutar una resolución del Consejo de Seguridad si ello atentara contra los fundamentos esenciales del Estado. En España, la posición jerárquica de las resoluciones del Consejo de Seguridad -incluso las directamente ejecutables- es infraconstitucional (RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J.: *Las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales de cooperación : su recepción en el ordenamiento jurídico español*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 316 y ss.), por lo que no es descartable *a priori* un hipotético control de constitucionalidad por el TC si ello afectara a los “principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho” (TC, *Declaración sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, 13 de diciembre de 2004, 1/2004, FJ 2). Y es que, como afirma NOLLKAEMPER, “not even the strongest devotee of an internationalist perspective would doubt that it is domestic law, not general international law, that governs the conflict between Security Council decisions and fundamental domestic rights” (“The European Courts...”, *loc. cit.*, p. 864. En sentido similar, EECKHOUT, P.: “Community terrorist...”, *loc. cit.*, pp. 191-192; NETTESHEIM, M.: “United Nations...”, *loc. cit.*, p. 589; SCISO, E.: “Fundamental rights...”, *loc. cit.*, pp. 150 y ss.).

Cierto es que el fondo de esta argumentación es moral y jurídicamente relativista, porque posiblemente un conflicto entre una resolución del Consejo con la *Sharia* no invocará valores igual de respetables que un conflicto entre una resolución del Consejo y los principios esenciales de un Estado social y democrático de Derecho. Pero el riesgo de uso del argumento está ahí, y por ello lo constatamos.

¹⁵⁴⁴ Vid. la citada resolución de 4 de septiembre de 2008, §§ 53 y ss.

¹⁵⁴⁵ DUBOUT, E.; TOUZÉ, S: “La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques”, en *Ibid* (Dirs.): *Les droits fondamentaux...*, *op. cit.*, pp. 11 y ss. Los autores subrayan con gran acierto la paradoja sistémica que plantean los derechos humanos cuando se oponen como límite a la admisibilidad de actos procedentes de un sistema jurídico externo por el método *Solange*: por un lado, fomentan la exaltación de la identidad nacional ante las carencias derivadas de órdenes externos (el argumento vale para *Kadi (II)*); pero por el otro, influncian la transformación de esos órdenes “externos” que cuestionan, “trascendentalizando” su contenido más allá de las fronteras jurídicas y creando un lenguaje común en materia de derechos humanos (pp. 32 y ss.).

¹⁵⁴⁶ La expresión es de DUPUY, P.M.; KERBRAT, Y.: *Droit international...*, *op. cit.*, p. 276.

Que *Kadi (II)* no supone un cambio radical respecto de jurisprudencia anterior se atisba en que no es la primera vez que el Tribunal “europeíza” un principio fundamental de Derecho internacional que vincula a la Unión, en este caso los derechos humanos. En el asunto *Opel Austria*, la demandante invocó el principio de buena fe protegido en el artículo 18 de la CVDT para evaluar la legalidad de un reglamento comunitario que se estimaba contrario a los términos del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (“acuerdo EEE”). Para *Opel Austria GmbH* el reglamento 3697/93¹⁵⁴⁷, que intentaba neutralizar el efecto de las ayudas estatales austriacas al sector automovilístico sobre el mercado comunitario, contrariaba los términos del acuerdo EEE firmado por ambos pero no ratificado todavía. De esta manera, se violaba la obligación de no frustrar el objeto y fin de un tratado hasta su entrada en vigor. El TPI no tuvo problemas en admitir que tanto el artículo 18 CVDT como su homólogo de la Convención de 1986 formaban parte del derecho consuetudinario, y como tales, vinculaban a la Comunidad. Sin embargo, la solución del caso se basó en el principio de expectativas legítimas, del que el principio de buena fe era “corolario” en el Derecho comunitario, como han subrayado no pocos comentaristas¹⁵⁴⁸. En otras palabras: habiendo un equivalente en el Derecho comunitario, *técnicamente* se acudió a la “fuente” europea.

También apunta en la misma dirección la conocida sentencia *Racke*. Incluso a pesar de ser la referencia en cuanto a la apertura de la jurisdicción comunitaria al Derecho internacional general, el pronunciamiento testimonia cierta desconfianza hacia la aplicabilidad de éste como parámetro de validez del Derecho derivado¹⁵⁴⁹. Y es que, a pesar de reconocer saludablemente que el Derecho internacional general forma parte del orden jurídico europeo, el TJCE intentó justificarse en la “imprecisión de ciertas nociones”

¹⁵⁴⁷ Reglamento nº 3697/93 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, *por el que se retiran concesiones arancelarias con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 23 y en la letra a) del apartado 3 del artículo 27 del Acuerdo de Libre Comercio entre la Comunidad y Austria (General Motors Austria)* (DO 1993, L 343/1, de 31.12.1993).

¹⁵⁴⁸ TPI, *Opel Austria GmbH c. Consejo*, sentencia de 22 de enero de 1997, T-115/94, Rec. II-43 y ss., § 93. Díez-Hochleitner, J.: *La posición...*, *loc. cit.*, p. 141; Casanovas i La Rosa, O.: “Unidad y pluralismo...”, *loc. cit.*, p. 256; Eeckhout, P.: *External relations...*, *op. cit.*, p. 327; Pascual Vives, F. J.: *El Derecho de los Tratados en la jurisprudencia comunitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 80; Wouters, J.; Van Eeckhoutte, D.: “Giving effect to customary international law through Community Law”, KULeuven Institute for International Law Working Paper nº 25, Junio 2002, www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP109e.pdf, visitado por última vez el 22 de febrero de 2011, p. 27. Para Roldán Barbero, lo correcto es entenderlo al revés: el principio de confianza legítima es el corolario del principio de buena fe (Roldán Barbero, J.: “La costumbre internacional...”, *loc. cit.*, p. 12).

¹⁵⁴⁹ Criticado por Roldán Barbero, J., *loc. cit.*, p. 19; Wouters, J.; Van Eeckhoutte, D.: “Giving effect...”, *loc. cit.*, pp. 44 y ss. *Contra*, Eeckhout, P.: *External relations...*, *op. cit.*, p. 333.

y en la “complejidad” de las reglas en juego para restringir la aplicabilidad de la doctrina *rebus sic stantibus* al derecho derivado. A juicio del Tribunal, sólo los casos de “error manifiesto” del Consejo en el uso de esta doctrina pueden dar lugar a la nulidad del derecho derivado contrario¹⁵⁵⁰.

Con ello no queremos defender estos matices de desconfianza hacia al Derecho internacional general por parte del Tribunal de Justicia. Simplemente queremos constatar lo que es bien sabido: que han existido mucho antes de la sentencia *Kadi (II)*.

Tampoco es difícil encontrar precedentes a la sentencia *Kadi (II)* en la jurisprudencia en materia de recepción de sanciones en la Comunidad. La referencia más evidente es *Bosphorus*, que dio lugar a la sentencia del TEDH discutida en el Capítulo VI. En este caso relativo a las sanciones contra una aeronave turca confiscada en Irlanda por las sanciones contra la antigua Yugoslavia decididas por el Consejo de Seguridad, y ejecutadas por la Comunidad, se planteó vía cuestión prejudicial la vulneración de derechos fundamentales de la demandante (el derecho al respeto de sus bienes y al libre ejercicio de una actividad comercial).

En su análisis, influenciado por las conclusiones del AG JACOBS¹⁵⁵¹, el TJCE no tuvo ningún problema en valorar los reglamentos, y por tanto indirectamente las Resoluciones del CSNU, a la luz de los estándares comunitarios de protección de los derechos humanos, *a pesar de que las instituciones comunitarias no tenían ningún margen de discrecionalidad* a la hora de imponer las medidas, como en el caso de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes. Ciertamente, aquí no había lista negra, y por lo tanto se podría concluir que estamos ante un supuesto del tipo *Organización de Mujahedines del Pueblo de Irán*

¹⁵⁵⁰ Además, desde el asunto *Comisión c. Luxemburgo y Bélgica*, el Tribunal no ha tenido problema en restringir la aplicabilidad en la Unión de principios del ordenamiento jurídico internacional, como el de reciprocidad, cuando se afecta a los fundamentos del orden jurídico comunitario (sentencia 3 de noviembre de 1964, *Comisión c. Luxemburgo y Bélgica*, 90-91/63, ECR p. 01217 y ss. Vid. JACQUÉ, J.-P.: « Cours général... », *loc. cit.*, pp. 268-269 ; REUTER, P.: “La cour...”, *loc. cit.*, pp. 682). El contexto en *Kadi* es totalmente diferente, pero el principio jurídico aplicado en ambos casos nos parece el mismo.

¹⁵⁵¹ Quien luego defendería su argumentación apuntando que “it is likely to be much more difficult to divine the precise purpose of a Community measure implementing a resolution of the United Nations Security Council than it would normally be to ascertain the purpose of an ordinary Community measure. What is in issue is not the intention of the Community institutions themselves, (...) but the purpose of the Security Council, an organ composed of many diverse States acting in highly charged political circumstances. (...)”, en JACOBS, F. G.: “Economic Sanctions...”, *loc. cit.*, pp. 542-557. Su posición ha sido posteriormente apoyada por EECKHOUT, P.: *External Relations...*, *op. cit.*, pg. 447. *Contra*, CANOR, I.: “Can two walk together...”, *loc. cit.*, pp. 137 y ss.; y también CAMERON, I., en “The European Convention...”, *loc. cit.*, p. 22.

(OMPI), donde el TPI sí que permitió el control judicial de las sanciones. No obstante, sí que hubo consultas y opinión de un Comité de Sanciones respecto de la aplicabilidad de las sanciones a *Bosphorus*, lo que en términos prácticos viene a ser lo mismo que la existencia de una lista negra.

El TJCE analizó las sanciones sobre la base de las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros y de la jurisprudencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como afirmara EECKHOUT poco después de la sentencia *Kadi (I)*, “the Court of Justice also looked at a regulation faithfully implementing a UN resolution; a regulation which was applied consistently with the opinion of the UN sanctions committee. The Court confirmed the correct interpretation of the regulation, in line with this opinion, but none the less went on to examine whether it was in conformity with fundamental rights as general principles of Community law”¹⁵⁵². Aunque finalmente el TJCE determinó que no hubo violación de los derechos a la propiedad privada y la libertad de empresa, lo que está claro es que, antes de *Kadi (II)*, la jurisdicción comunitaria ya había revisado un acto de derecho derivado con origen en una resolución del Consejo de Seguridad, aplicando estándares comunitarios en materia de derechos humanos, sin levantar tantas críticas como ha recibido ahora. La decisión de septiembre de 2008 no es una revolución a este respecto¹⁵⁵³.

Cierto es también que existe al menos un precedente que apuntó en una dirección contraria, en el sentido de considerar a la CE como mero brazo ejecutor de las sanciones

¹⁵⁵² EECKHOUT, P.: “Does Europe’s...”, *loc. cit.*, pp. 25-26. En el mismo sentido, BENLOLO-CARABOT, M.: “La CJCE...”, *loc. cit.*, p. 383; BULTERMAN, M.: “Fundamental rights and the United Nations financial sanction regime: the *Kadi* and *Yusuf* judgments of the Court of First Instance of the European Communities”, *LJIL*, Vol. 19, 2006, pp. 766-767; EECKES, C.: “Judicial review...”, *loc. cit.*, p. 86; KOUTRAKOS, P.: *EU international...*, *op. cit.*, p. 435 (“a strict approach to the human rights defence” de la demandante); SANTOS VARA, J.: “El control judicial de la ejecución de las sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad en la Unión Europea”, *REEI*, nº 15, 2008, p. 22, www.reei.org, visitado por última vez el 4 de febrero de 2011); VANDEPOORTER, A.: “L’application...”, *loc. cit.*, pp. 124 y ss.

¹⁵⁵³ Aún más, incluso aunque se considere que la comparación entre *Bosphorus* y *Kadi (II)* no es válida, porque el hecho de que no hubiera lista negra otorgaba cierto margen de discrecionalidad *de iure* a la autoridad comunitaria, y por lo tanto no impedía la revisión judicial de las medidas sancionadoras adoptadas sin afectar la autoridad del Consejo, se ha de precisar que la cuestión del margen de discrecionalidad afecta sólo a las garantías procedimentales de inclusión/exclusión en el ámbito de aplicación de las medidas, y no a la sanción material. En otras palabras, tanto en *Bosphorus* como en *Kadi*, los Estados –y la Comunidad, en el ámbito de sus competencias-, han de congelar “sí o sí” los bienes que determine el Consejo de Seguridad. *No hay margen de discrecionalidad para escoger unos bienes u otros*, por lo que cualquier revisión judicial del respeto al derecho a la propiedad y la libertad de empresa, como se hizo en *Bosphorus*, implica cuestionar indirectamente las resoluciones del Consejo de Seguridad. Ello queda confirmado en la sentencia *Organización de Mujahedines* del TPI, dictada mucho antes de la sentencia del TJCE en *Kadi (II)*, donde el TPI sólo apreció que el régimen de sanciones 1373 ofrece de margen de discrecionalidad sólo para aplicar garantías administrativas y judiciales a los afectados, no para determinar los bienes que debían ser congelados (TPI, *OMPI (I)*, §§ 101-103).

del Consejo de Seguridad, declinando la atribución de responsabilidad extracontractual a la Comunidad por los eventuales daños causados en la ejecución de medidas coercitivas al amparo del Capítulo VII de la Carta. Fue la sentencia *Dorsch Consult*, donde una compañía alemana que había firmado un contrato de obras con el Ministerio de Obras y Vivienda iraquí antes de la guerra del Golfo sufrió cuantiosas pérdidas económicas a raíz del embargo general. La solución ofrecida por el Tribunal contrasta manifiestamente con alguno de los posicionamientos de principio en *Kadi (II)*, donde el Tribunal de Justicia ha llegado a afirmar que “no cabe calificar el Reglamento controvertido de acto directamente imputable a la ONU, en cuanto acción de uno de los órganos subsidiarios de ésta creados con arreglo al capítulo VII de la Carta (...)”¹⁵⁵⁴.

Ahora bien, creemos que la divergencia no es total entre ambas sentencias, en el sentido de que el uso que se hizo de la regla de la imputación difiere en ambos casos. Es decir, la conclusión a la que se llegó en los dos pronunciamientos respecto de la determinación del sujeto de atribución de las sanciones económicas es abiertamente contradictoria, pero las consecuencias que se derivaron de dicha atribución fueron diferentes. Así, en *Dorsch Consult* el problema no era la posición jerárquica de las resoluciones del Consejo de Seguridad en el ordenamiento jurídico comunitario, sino la aplicación de la regla de atribución de responsabilidad extracontractual al Consejo de Seguridad. Por el contrario, en *Kadi (II)* el debate se planteó en términos de *validez* del Reglamento, no de responsabilidad: el demandante no ejercitó ninguna acción de responsabilidad extracontractual ante los tribunales de su país, como en *Dorsch Consult*, sino una acción de nulidad ante la jurisdicción de Luxemburgo¹⁵⁵⁵. De hecho, de no haber sido así, quizás el principio de autonomía del Derecho de la Unión no habría tenido tanta relevancia en *Kadi (II)*.

En conclusión, sumados todos los argumentos, nos unimos a la desapasionada conclusión de DE WITTE, quien afirma sobre *Kadi (II)* que

“The Court does repeat the unsurprising view that international obligations concluded by the EU cannot prevail over the highest norms of the internal EU legal order. In defending that

¹⁵⁵⁴ TJCE, *Kadi c. Consejo (II)*, § 314. En este sentido, HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: “Bad law...”, *loc. cit.*, p. 345. *Contra*, VANDEPOORTER, A.: “L’application...”, *loc. cit.*, p. 121. Este último argumenta, a nuestro juicio con acierto, que la argumentación del TG “oculte apparemment la médiation qui s’opère dans l’application de la résolution au sein de l’Union (...) Il occulte la médiation à laquelle les Etats procèdent lorsqu’une résolution est mise en œuvre (...) ».

¹⁵⁵⁵ NETTESHEIM, M.: “United Nations...”, *loc. cit.*, p. 589.

view, which is very similar to that adopted by national courts when confronted with a conflict between international and national constitutional law, the European Court of Justice appropriately highlighted the autonomy of the special legal order which the EU member states have decided to carve out by using the instrument of ... an international treaty”¹⁵⁵⁶.

IV. DUALISMO, AUTONOMISMO Y CONSTITUCIONALISMO EN *KADI (II)*

La relativización del efecto fragmentador de la sentencia del Tribunal de Justicia, que hemos defendido aquí, quedaría incompleta sin adentrarnos con más detalle en algunos aspectos del marcado tono autonomista del pronunciamiento, para algunos autores dualista, y para no pocos incluso *strictu sensu* constitucionalista.

Comencemos recordando lo que para muchos autores es obvio: “ser un ordenamiento autónomo no significa en modo alguno quedar ajeno a los efectos del Derecho internacional”¹⁵⁵⁷. Autonomismo no equivale a “constitucionalismo” en el sentido estricto de la palabra; tampoco a “autosuficiencia plena”. Es cierto que, en sentido convenido, el ordenamiento jurídico comunitario ““se comporte” à l’égard du droit international de la même manière que le droit national de n’importe quel État” (en palabras de alguien tan poco sospechoso de constitucionalismo europeo como PELLET¹⁵⁵⁸). O como

¹⁵⁵⁶ DE WITTE, B.: “European Union Law: how autonomous...”, *loc. cit.*, p. 155. En sentido similar, aunque con tono más o menos internacionalista/constitucionalista, CHEMAIN, R.: “Les “suites” de l’arrêt *Kadi*”, *RMCUE*, nº 529, juin 2009, pp. 390-391; EECKHOUT, P.: “Kadi and Al Barakaat...”, *loc. cit.*; GOVAERE, I.: “The importance...”, *loc. cit.*, p. 8, disponible en www.coleurope.eu/.../law/.../Research%20Paper%201%202009%20Govaere.pdf, visitado por última vez el 22 de febrero de 2011; LAVRANOS, N.: “The impact...”, *loc. cit.*, pp. 48-49. En palabras de GOVAERE, “the Community has not turned from monistic into dualistic overnight” (WILLEM VAN ROSSEM, J.: “Interaction...”, *loc. cit.*, p. 196). *Contra*, p.e., GATTINI, para quien “it will be a landmark in the history of EC law (...) in unmistakable terms, the Court maintained that every international agreement, even one which is previous in time, universal in character and political in scope, like the UN Charter, cannot impinge on the constitutional Community order” (“Case note...”, *loc. cit.*, pp. 225-226). Desde luego la sentencia *Kadi (II)* no nos parece irrelevante y justifica las abundantes miradas que se han posado sobre ella; pero no nos parece el cambio revolucionario que sostienen algunos.

¹⁵⁵⁷ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Unidad y pluralismo...”, *loc. cit.*, p. *Vid.* también DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, *loc. cit.*, pp. 438-439.

¹⁵⁵⁸ PELLET, A.: “Constitutionalisation...”, *loc. cit.*, p. 416. Con más detalle, *Vid.* su Curso en la Academia de Derecho Europeo de Florencia, « Les fondements juridiques... », *loc. cit.*, pp. 251 y ss. Casi con las mismas palabras, DAILLIER, P.: “Contribution au débat... », *loc. cit.*, p. 395; DENZA, E.: “The relationship between international and national law”, en EVANS, M. D.: *International...*, *op. cit.*, pp. 430-431 ; D’ASPROMONT, J.; DOPAGNE, F.: “*Kadi*: The ECJ’s...”, *loc. cit.*, p. 373 ; JACOT-GUILLARMOD, O. : *Droit communautaire et droit international public*, Georg-Librairie de l’Université de Genève, Genève, 1979, p. 41 ; LOUIS, J.-V. : « L’insertion des accords dans l’ordre juridique », LOUIS, J. V. ; DONY, M. (Dirs.) : *Commentaire...*, *loc. cit.*, p. 115; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: « Quelques réflexions sur la singularité des rapports du droit communautaire avec d’autres ordres juridiques », en VV.AA. : *Mélanges offerts à Jean Victor Louis*, Eds. de l’ULB, Bruxelles, 2003, Vol. I, p. 395. Para CASANOVAS I LA ROSA, « las características de la Comunidad Europea (...) hacen que la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas configure la aplicación del Derecho internacional general y de los acuerdos internacionales de acuerdo con el modelo de las « relaciones entre sistemas » más propio de las jurisdicciones internas que de un tribunal internacional

afirmaba MONACO, las organizaciones internacionales “peuvent exercer, dans le cadre de leur ordre constitutionnel (...) des pouvoirs particuliers dans le domaine normatif et dans celui de l’organisation, de sorte que l’on admet qu’elles soient dotées d’autonomie dans ces domaines”¹⁵⁵⁹.

Pero ello no oculta el “código genético”¹⁵⁶⁰ iusinternacional de la Unión. Ni mucho menos significa que la Unión Europea pueda ignorar el Derecho internacional en el ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas, argumento admitido hasta por el AG MADURO¹⁵⁶¹: la Unión está sometida a las obligaciones derivadas del Derecho internacional como cualquier otra organización. No hay “circuito cerrado” o régimen plenamente autosuficiente¹⁵⁶². Como afirmara REUTER hace años, “il y a, *a priori*, de bonnes raisons de considérer que des systèmes de droit, surtout s’ils visent à l’intégration la plus parfaite, ne constituent pas des monades isolées, indifférentes aux autres normes

(« Unidad y pluralismo... », *loc. cit.*, p. 259). Para ROLDÁN BARBERO, “no debe sorprendernos que (...) tanto el Derecho internacional como el Derecho comunitario, cada uno por su parte, afirme su propia superioridad. Igual ocurre casi siempre en las relaciones entre Derecho internacional y derecho estatal” (ROLDÁN BARBERO, J.: “Una revisión del artículo 234 del TCE: la sentencia *Levy* dictada por el TJCE”, *RIE*, Vol. 21, nº 2, 1994, p. 497).

¹⁵⁵⁹ MONACO, R.: “Le caractère constitutionnel...”, *loc. cit.*, p. 158.

¹⁵⁶⁰ SCHÜTZE, R.: “EC Law...”, *loc. cit.*, p. 389; SYMON, D.: “Rapport général : les fondements de l’autonomie du droit communautaire », en *SFDI : Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles (Colloque de Bordeaux)*, Pedone, Paris, 2000, p. 228.

¹⁵⁶¹ Conclusiones del AG MADURO, § 22. En este sentido, no somos partidarios de analizar las conclusiones del AG MADURO en un sentido tan extremadamente dualista como a veces se le atribuye. Es cierto que su visión es marcadamente más “separatista” que la del Tribunal de Justicia, pero tampoco creemos que la aproximación del AG haga “invisible” el Derecho Internacional, como ha respaldado HILPOLD (“EU Law and UN Law...”, *loc. cit.*, p. 168). Curiosamente, el mismo autor reconoce más tarde que “while a first reading of the ECJ’s judgment may give the impression that a pronounced “isolationist” attitude has been taken, (...) an act which seems first to be unilateral may show afterwards that its main function was to prompt a reaction by the other players in order to start an effective discourse” (p. 179)). Se comparta o no su modelo, las Conclusiones del AG encajan mejor en el esquema pluralista que él mismo viene defendiendo desde hace años en sus escritos (BESSON, S.: “European legal pluralism...”, *loc. cit.*, p. 262). Valga como ejemplo de ello el siguiente pasaje de sus Conclusiones: “En un mundo cada vez más interdependiente, los diferentes ordenamientos jurídicos tendrán que esforzarse en hacer compatibles entre sí las respectivas pretensiones judiciales. De lo anterior resulta que el Tribunal de Justicia no siempre podrá reclamar el monopolio de determinar cómo han de conciliarse determinados intereses fundamentales. Siempre que ello resulte posible, deberá reconocer la autoridad de aquellas instituciones que, como el Consejo de Seguridad, han sido creadas en virtud de un ordenamiento jurídico distinto del suyo y que en ocasiones se encuentran mejor situadas para sopesar los mencionados intereses fundamentales (...)” (Conclusiones, § 44).

¹⁵⁶² AZNAR GÓMEZ, M. J. : « En torno a la unidad sistémica del Derecho internacional », *REDI*, Vol. LIX, nº 2, 2007, pp. 587 y ss. ; DíEZ-HOCHLEITNER, J.: “La interdependencia entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1998, p. 68; DUPUY, P.-M. : « L’unité... », *loc. cit.*, p. 450 ; SIMMA, B.; SIMMA, B.; PULKOWSKI, D: « Of planets... », *loc. cit.*, pp. 516 y ss. De lo contrario, como afirman REMIRO BROTONS *et al*, no habría régimen propiamente internacional (REMIRO BROTONS, A. *et al*: *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 391 y ss.). *Contra*, p.e. JACOT-GUILLARMOD, O.: *Droit communautaire et droit international public : étude des sources internationales de l’ordre juridique des Communautés européennes*, Librairie de l’université Georg, Genève, 1979, p. 44).

juridiques qui ont précédé leur apparition”¹⁵⁶³. Tal es así que hasta ahora, sentencia LIÑÁN NOGUERAS, “entendida y asumida esta especificidad y autonomía, no creemos que el sistema jurídico comunitario pueda calificarse de poco receptivo del Derecho internacional”¹⁵⁶⁴.

Entendemos, pues, que el énfasis autonomista en *Kadi (II)* no supone que el *mecanismo* de recepción del Derecho internacional en la Unión haya virado hacia el dualismo más extremo. Más bien quiere remarcar que “it behooves to the European legal order to decide whether or not to incorporate rules of the international legal order and determine upon which conditions such an incorporation should be realized”¹⁵⁶⁵, lo cual no es sino una deducción lógica del principio según el cual el Derecho de la Unión es “un ordre juridique propre, tant au point de vue de ses *sources* qu'au point de son interprétation”¹⁵⁶⁶. Si se quiere ver en términos negativos, el Derecho de la Unión determina los *límites* del monismo que ha venido utilizando por la vía jurisprudencial¹⁵⁶⁷. De hecho, la propia jurisprudencia del TJCE ha venido destacando la naturaleza comunitaria de la obligación de cumplir con los convenios internacionales¹⁵⁶⁸. Para algunos autores esto no es sino una concepción dualista *latu sensu*¹⁵⁶⁹ de las relaciones

¹⁵⁶³ REUTER, P.: “Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux du droit » en VV.AA.: *Mélanges offerts à Henri Rolin : problèmes de droit de gens*, Paris, Pedone, 1964, p. 670.

¹⁵⁶⁴ MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho...*, *op. cit.*, p. 356, aunque el autor se muestra crítico con la sentencia *Kadi (II)* por suponer una ruptura con esta apertura.

¹⁵⁶⁵ D’ASPREMONT, J.; DOPAGNE, F.: “*Kadi*: the ECJ’s...”, *loc. cit.*, p. 374; HOLDGAARD, R.: “Principles of Reception of International Law in Community Law”, *YEL*, Vol. 25, 2006, pp. 263 y ss.

¹⁵⁶⁶ VAN DER MEERSCH, G. W.: “L’ordre juridique...”, *loc. cit.*, p. 206, énfasis añadido. Para más claridad, el autor añade que “Les traités règlent de manière autonome les pouvoirs et les obligations des sujets auxquels s’applique le droit communautaire, suivant une répartition que précise la charte constitutive de chacune des Communautés”.

¹⁵⁶⁷ LOUIS, J.-V.: “L’insertion...”, *loc. cit.*, p. 116.

¹⁵⁶⁸ CASANOVAS I LA ROSA, O.: “Unidad y pluralismo...”, *loc. cit.*, p. 256. La referencia es la sentencia *Kupferberg*, donde el Tribunal aduce motivaciones “comunitarias” para cumplir con los acuerdos internacionales, además de insistir en el carácter “comunitario” de las disposiciones de los acuerdos celebrados por la comunidad (TJCE, *Hauptzollamt Mainz y C.A. Kupferberg & Cie KG a. A.; Mainz*, sentencia de 26 de octubre de 1982, 104/81, Rec. (Selección) 1982, II-1097, §§ 14-15). En todo caso, la influencia entre Derecho internacional y comunitario es recíproca (BOULOIS, J.: “Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général”, *RCADI*, Vol. 235, t. II, 1992, p. 20).

¹⁵⁶⁹ Es conocida la opinión de COMBACAU y SUR, para quienes monismo y dualismo no son necesariamente incompatibles; de hecho, afirman, “le monisme résulte en effet d’un choix, constitutionnel ou jurisprudentiel suivant les cas, de sorte qu’il constitue non seulement une dérive mais à la limite une modalité du dualisme” (*Droit international public*, 7ª Ed, Domat, Paris., p. 183). Previamente FITZMAURICE se había pronunciado en sentido similar (FITZMAURICE, G.: « The general principles of International Law considered from the standpoint of the rule of law », *RCADI*, Vol. 92, 1957, pp. 80 y ss.).

entre el Derecho internacional y el Derecho comunitario, llegando algunos a mostrarse muy críticos con las ambigüedades de Luxemburgo en sus relaciones con el Derecho internacional¹⁵⁷⁰. Sin embargo, lo que es indudable es que era precisamente la “sorprendente”¹⁵⁷¹ sentencia del TPI en *Kadi (I)* la que había revolucionado la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia, iniciando “a departure from settled case-law in their finding that the EC itself, qua entity, is bound by UN law and that, in case of conflict, UN law reigns supreme”¹⁵⁷².

Y es que el principio de autonomía implica necesariamente la capacidad “defensiva” del orden jurídico comunitario para proteger la jerarquía de sus principios más elementales (entre los cuales se encuentra la protección de los derechos fundamentales), en detrimento de las normas “internacionales” que puedan afectarlos¹⁵⁷³. Precisamente su carácter de “Comunidad de Derecho” lo exige así¹⁵⁷⁴.

Aunque no suele quedar claro qué significa “dualismo” para muchos de los autores que han comentado la sentencia del Tribunal, para los propósitos de este trabajo seguimos los términos de DE BÚRCA, interpretando “dualismo” en sentido amplio como “a conception that views international law and domestic law as distinct and separate legal spheres, with the latter setting the conditions under which international law enters the domestic system, and dictating the legal consequences of such domestication of international law”, para separarlo de la *técnica* de recepción del Derecho internacional que exige la aprobación de una ley para que éste despliegue efectos internos (dualismo en sentido estricto). *Cfr.* DE BÚRCA, G.: “The European...”, *loc. cit.*, p. 2, nota al pie 4. *Vid.* también GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, M. P.: *Curso...*, *op. cit.*, pp. 323 y ss.; donde también se remarca esta diferencia: *dimensión jurídico-positiva del monismo/dualismo (strictu sensu)*, y *dimensión doctrinal del monismo/dualismo (latu sensu)*. En realidad, el debate clásico de principios del siglo XX sobre la cuestión versaba precisamente sobre esta concepción *latu sensu* del dualismo/monismo, aunque es indudable que la separación entre ambas nociones no es del todo evidente, pues se entrelazan por ejemplo en la recepción de las normas *self-executing*. Como apuntó VERHOEVEN, “il est probable, ensuite, que la technique d’introduction utilisée dans l’ordre interne pèse directement sur la solution du problème de l’applicabilité directe de la règle de droit international” (VERHOEVEN, J.: “La notion d’« applicabilité directe » du droit international”, *RBDI*, Vol. XV, n° 2, 1980, p. 252).

¹⁵⁷⁰ *Cfr.* sobre todo PESCATORE, P.: “Monismo, dualismo...”, *loc. cit.*, esp. pp. 13 y ss.

¹⁵⁷¹ DUPUY, P.-M.; KERBRAT, Y.: *Droit international...*, *op. cit.*, p. 635. Ambos autores se muestran sin embargo comprensivos con la solución ofrecida por el antiguo TPI en *Kadi (I)*, dado que supone « l’affirmation claire et nette d’une hiérarchie des normes internationales à raison, notamment, de leur contenu (...) ce type de comportement juridictionnel n’est, certes, pas le seul à pouvoir apaiser les tensions entre juridictions internationales. Il est néanmoins l’un des plus efficaces pour y parvenir et constitue une novation dans les relations entre juridictions internationales » (p. 636).

¹⁵⁷² KLABBERS, J.: *Treaty conflict...*, *op. cit.*, p. 163. También SCHÜTZE, R.: “EC Law...”, *loc. cit.*, p. 403 y ss. Para ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, el TJUE puso en *Kadi (II)* la primacía de la Carta “en sus justos términos comunitarios” (“Sistema de listas...”, *loc. cit.*, p. 309).

¹⁵⁷³ JACOT-GUILLARMOD, O.: *Droit communautaire...*, *op. cit.*, p. 255. “[el TJUE] ne manquerait-elle pas d’écarter une telle argumentation [de Derecho internacional] lorsqu’elle constitue une menace directe contre les bases mêmes de l’ordre juridique communautaire”.

¹⁵⁷⁴ Son muy evocadoras las palabras de ROLDÁN BARBERO al respecto: “cualquier paralelismo entre la primacía que el Derecho comunitario impone a los derechos nacionales y la primacía que el sistema de Naciones Unidas impone a éstas resulta equívoco. La superioridad del Derecho comunitario se sostiene en un

En materia de recepción del Derecho internacional por el ordenamiento de la UE, el caso de las sanciones económicas del Consejo de Seguridad es sin duda *sui generis*, pues la Unión no es parte en la ONU, aunque disponga de una competencia específica en los Tratados para ejecutar sus resoluciones que se activa cuando actúa el Consejo en el ámbito de la PESC¹⁵⁷⁵. Además, el halo dualista que reflejan las Conclusiones del AG MADURO, así como algunos pasajes de la sentencia del TJCE, se explican en gran parte por el hecho de que aquí el origen de la violación radicaba *en el mismo Derecho internacional*, y no tanto en el Reglamento impugnado, que se limitaba a ejecutar lo prescrito por una resolución del Consejo de Seguridad.

Pero sea como fuere, no nos parece vana la referencia que se hace en *Kadi (II)* a la sentencia *Alemania c. Consejo*, donde el Tribunal anuló la Decisión que autorizaba la conclusión del Acuerdo Marco sobre Plátanos, al violar el principio general de no discriminación¹⁵⁷⁶. En este asunto la CE había concluido válidamente el Acuerdo con Costa Rica, Colombia, Nicaragua y Venezuela, por lo que, en virtud del actual artículo 28(2) TFUE, vinculaba a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros. El TJCE no tuvo problemas en anular el acto de Derecho derivado que autorizaba la conclusión del Tratado. Se puede criticar la solución ofrecida por el Tribunal al caso concreto, pero el principio de fondo es siempre el mismo: no se aplican las obligaciones “externas” de la Unión para preservar las normas *fundamentales* del orden “interno” comunitario¹⁵⁷⁷. El

sistema *estructurado* y progresivamente democrático (...) la composición, funcionamiento y doctrina del Consejo de Seguridad contravienen principios democráticos esenciales (no es un “Consejo de Derecho”). Vid. ROLDÁN BARBERO, J.: “La justicia comunitaria...”, *loc. cit.*, p. 881, énfasis añadido.

¹⁵⁷⁵ Ello había llevado a algún autor a reconocer antes de la jurisprudencia *Kadi (I)* que “la opción monista no es observada en relación a los actos unilaterales adoptados por las organizaciones internacionales” (ROLDÁN BARBERO, J.: “La interacción entre las normas internas e internacionales en el acervo jurídico europeo”, *RDCE*, Vol. 13, Septiembre/Diciembre 2002, p. 702). En este sentido, LENAERTS y DE SMIJTER afirmaban que en puridad, una medida comunitaria que “aplica” o “implementa” una sanción económica del Consejo de Seguridad “is not to be seen as a genuine implementation of the UN economic sanction in the EC legal order, but rather as an autonomous measure which merely contributes to the implementation at Community level of the economic sanctions. (...) The latter merely constitutes the context and the aim of the Community act but not its hierarchically superior legal basis”. La razón de ello es que “the EC itself is not bound by that Resolution” (v. LENAERTS, K., y DE SMIJTER, E. “The United Nations...”, *loc. cit.*, pg. 452).

¹⁵⁷⁶ TJCE, *Alemania c. Consejo*, sentencia de 10 de marzo de 1998, C-122/95. En los asuntos *Francia c. Comisión*, sentencia de 9 de agosto de 1994, C-327/91, Rec. 1994, p. I-03641, § 25; y *Comisión c. Consejo*, sentencia de 12 de diciembre de 2002, C-281/01, (§§ 48-49), el motivo de la invalidez de sendos acuerdos internacionales en el Derecho comunitario fue la falta de competencia; pero no por ello el Tribunal dejó de reconocer la validez *internacional* de los acuerdos y la eventual responsabilidad internacional de la Comunidad.

¹⁵⁷⁷ Si bien es cierto que “el acto de aprobación del Consejo no constituye un acto de recepción ni determina los efectos de un acuerdo internacional en el ordenamiento comunitario” (DÍEZ HOCHLEITNER, J.: *La posición del Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 7; también JACOT-GUILLARMOD, O.: *Droit communautaire...*, *op.*

matiz es que en *Kadi (II)* el principio de autonomía de la Unión fue acentuado con más fuerza de lo habitual ante las alegaciones relativas a la primacía de la Carta, pero nada más: lo que hay es énfasis, no cambio¹⁵⁷⁸.

Hay sin embargo tres detalles de la sentencia *Kadi (II)* que preferimos desarrollar separadamente, a fin explicar con detenimiento algunos aspectos de los razonamientos defendidos. El primero tiene que ver con la compleja relación entre el discurso monista/dualista y el principio de autonomía, aderezado además con un matiz respecto a la cuestión del margen de discrecionalidad que ofrecen las resoluciones del Consejo de Seguridad. El segundo se refiere a la diferenciación que tanto el AG MADURO como el Tribunal establecen entre el orden jurídico de la Unión y el CEDH, precisamente apoyándose en el argumento de la autonomía del primero. Y por último, nos pronunciaremos sobre el alcance de uno de los escasos indicios de lo que entendemos como verdadero “constitucionalismo” en la argumentación de *Kadi (II)*.

IV.1. Dualismo y el margen de discrecionalidad en las resoluciones del Consejo de Seguridad

cit., pp. 94 y ss.; ROLDÁN BARBERO, J.: “La interacción entre...”, *loc. cit.*, p. 702); la preclusión de dichos efectos venía facilitada en el asunto *Alemania c. Consejo* por la falta de efecto directo del GATT establecida en la jurisprudencia del Tribunal. En todo caso, aunque se discuta la idoneidad de este asunto como precedente, no cabe duda de que en *Kadi (II)* la Carta de las Naciones Unidas no era formalmente parte del ordenamiento jurídico comunitario, ni tenía efecto directo. Claro que la cuestión que inevitablemente se plantea es dónde radica la divergencia entre un Tratado internacional en el que es parte la Unión, pero que no tiene efecto directo, como los acuerdos OMC (TJCE, *Van Parys*, sentencia de 1 de marzo de 2005, C-377/02, §§ 39 y ss.), y un Tratado como la Carta, en el que la Unión no es formalmente parte, pero cuyas disposiciones son incorporadas indirectamente por la vía interpretativa. Pero ése es un problema que queda fuera de las pretensiones de este trabajo.

¹⁵⁷⁸ *Vid.*, p.e., TJCE, *Dictamen 1/91*, 14 de diciembre de 1991, Rec. 1991-10, I-6079, §§ 30 y ss., donde se insiste en la autonomía del orden jurídico comunitario (y de sus objetivos) respecto del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. El TJUE ha insistido recientemente en que, si bien la creación por los Estados de un Tribunal internacional para dirimir las disputas relativas a la interpretación de un convenio firmado por ellos no es en sí contrario al Derecho europeo, sí que atenta contra la autonomía del sistema jurídico de la Unión la creación de un Tribunal internacional mediante un “Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes”, al que se atribuyan competencias para interpretar disposiciones de Derecho europeo en la materia. Como es sabido, el *Dictamen 1/00* precisó que un acuerdo internacional celebrado con terceros Estados puede afectar a las competencias del Tribunal de Justicia, siempre que se cumplan los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de éstas y que por tanto no se ponga en peligro la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario (TJCE, *Dictamen 1/00*, 18 de abril de 2002, §§ 21 y ss). Ahora bien, en el *Dictamen 1/09* se precisa que el proyecto de Acuerdo cuestionado traspasa esa barrera, al impedir el acceso por los particulares al Tribunal por la vía de las cuestiones prejudiciales, interpretar cuestiones de Derecho europeo (entre ellos, el futuro reglamento de patentes), y convertirse, en definitiva, en el único interlocutor con el TJUE, al sustituir a los tribunales nacionales en el ejercicio de sus funciones prescritas por el Derecho europeo (TJUE, *Dictamen 1/09*, 8 de marzo de 2011, esp. §§ 65 y ss).

El Tribunal de Justicia sintetiza su visión “dualista” de las relaciones entre la Carta y la Comunidad afirmando que

“la Carta de las Naciones Unidas no obliga a seguir un método determinado para la aplicación de las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de dicha Carta, ya que dicha aplicación debe producirse conforme a la normativa aplicable al respecto en el ordenamiento jurídico interno de cada Miembro de la ONU. En efecto, la Carta de las Naciones Unidas permite en principio que los Miembros de la ONU elijan libremente entre los diferentes métodos posibles de recepción de tales resoluciones en su ordenamiento jurídico interno”¹⁵⁷⁹.

Como afirmación de principio, el argumento nos parece correcto; también para la Unión, que ni siquiera es parte en la Carta de las Naciones Unidas, ni ha sucedido a los Estados miembros en esta organización. Las relaciones entre la Carta y el Derecho interno de los Estados no se solucionan en términos de *efecto directo* de la Carta en el sentido en que BUERGENTHAL o VAN DER MEERSCH definieron este término¹⁵⁸⁰ (es decir, como aplicabilidad inmediata acordada *en el mismo tratado constitutivo*, derivada de su estructura y contexto¹⁵⁸¹). Algún autor ha criticado este pasaje de la sentencia *Kadi (II)* por no hacer referencia a doctrina ni jurisprudencia alguna¹⁵⁸², pero las conclusiones del Tribunal coinciden por ejemplo con las de un autorizado estudio dirigido por GOWLLAND-DEBBAS, quien zanja el debate afirmando que “unlike the situation prevailing under article 103, which upholds the primacy of Charter obligations over international agreements, the

¹⁵⁷⁹ TJCE, *Kadi c. Consejo (II)*, § 298.

¹⁵⁸⁰ El Consejo de Estado de Turquía llegó a la conclusión opuesta en la sentencia *Kadi (Kadi v Prime Ministry and Ministry of Foreign Affairs of Turkey)*, Appeal judgment, E 2006/2824, K 2007/115; ILDC 311 (TR 2007); <http://www.oxfordlawreports.com/>, visitado por última vez el 1 de febrero de 2011). Según explica LEMA UYAR, el Consejo de Estado consideró que “According to Article 48(2) of the UN Charter, member states were obliged to carry out Security Council decisions ‘directly and through their action’. Member states were not obliged to carry out these decisions by adopting a legislative act. Nor was a court decision required to fulfil this international obligation. Therefore, the Council of Ministers could give direct effect to Security Council resolutions by enacting an administrative decree”. La sentencia es criticable, pues difícilmente se puede deducir del adverbio “directamente” una innovación del art. 48(2) de la Carta al contenido de los arts. 25 y 103. Volviendo al comentario de CORTEN al que ya nos referimos, el autor afirma que “on insistera sur le manque d’autonomie de l’article 48 dans le cadre de l’autonomie de l’article 48 dans le cadre de l’économie générale de la Charte des Nations Unies. Cette disposition ne fait en effet que reprendre et expliciter des principes juridiques déjà énoncés (...)”, (“Article 48...”, *loc. cit.*, p. 1301).

¹⁵⁸¹ Diferenciándolo así del concepto de efecto directo la doctrina de los tratados “auto-ejecutivos” (*self-executing*). Y es que, para ambos autores, *grosso modo* un tratado “auto-ejecutivo” lo es en virtud del derecho interno; un tratado con efecto directo lo es en virtud del mismo tratado (BUERGENTHAL, T.: “Self-executing and non self-executing treaties in national and international law”, *RCADI*, Vol. 235, 1992, pp. 327-328; VAN DER MEERSCH, G. W.: “L’ordre juridique...”, *loc. cit.*, pp. 248 y ss. También DENZA, E.: “The relationship...”, *loc. cit.*, pp. 426-427. Esta diferenciación se puede ver confirmada en la sentencia *Kupferberg*, donde el Tribunal separó expresamente entre la interpretación del efecto directo de un tratado “a la luz de su objeto y finalidad”, de “la circunstancia de que los órganos jurisdiccionales de una de las partes estimen que determinadas estipulaciones del acuerdo son directamente aplicables” (TJCE, *Kupferberg*, § 18).

¹⁵⁸² GATTINI, A.: « Case note », *loc. cit.*, p. 229.

Charter is silent with respect to the internal law of Member States”¹⁵⁸³. También para GUILLAUME, las resoluciones obligatorias del Consejo de Seguridad se dirigen exclusivamente a los Estados miembros, por lo que es complicado deducir su carácter “auto-ejecutivo”¹⁵⁸⁴ (tal podría ser el caso de la obligación de congelar los fondos vinculados a Al-Qaeda y los Talibanes, que se impone a los Estados, aunque sus destinatarios últimos sean individuos y entidades). Y en fin, para BENNOUNA,

“les tenants de l'application directe, même s'ils se placent dans la logique de la supériorité des règles internationales, demeurent minoritaires, dans la mesure où la pratique des Etats et de leurs juridictions penche nettement en faveur de la traduction des décisions du Conseil de sécurité en normes nationales et régionales, d'application directe”¹⁵⁸⁵.

La afirmación de este último autor es particularmente interesante porque recuerda que, aunque la Carta silencie su “efecto directo” sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros independientemente de su recepción por los legisladores, los Tribunales internos pueden reconocer un carácter “auto-ejecutivo” a determinadas obligaciones contenidas en las resoluciones del Consejo de Seguridad¹⁵⁸⁶. En este sentido, volviendo al estudio de GOWLLAND-DEBBAS, varios tribunales nacionales han otorgado a ciertas resoluciones del CSNU dicho carácter “auto-ejecutivo” en ocasiones puntuales¹⁵⁸⁷. Es más,

¹⁵⁸³ GOWLLAND-DEBBAS, V.: “Implementing sanctions resolutions...”, *loc. cit.*, p. 35. Más tarde precisa que “resolutions of the Security Council leave to States the choice of means of implementation” (p. 37).

¹⁵⁸⁴ GUILLAUME, G.: “L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des États des résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies prises en vertu du chapitre VII de la Charte », *Révue internationale de droit comparé*, Vol. 50, n° 2, avril-juin 2008, p. 546.

¹⁵⁸⁵ BENNOUNA, M.: « Les sanctions économiques... », *loc. cit.*, pp. 48-49.

¹⁵⁸⁶ La separación operada aquí entre efecto directo “desde el interior de un Tratado”, y carácter “auto-ejecutivo” en función de lo que deduzcan los Tribunales internos, se adopta como punto de partida y no pretende el problema de la posible identidad entre ambas nociones (*contra*, p.e., REMIRO BROTONS *et al*: *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 353-354). Por ejemplo, una sugerente argumentación de DE WITTE subraya que la gran contribución del Tribunal de Justicia en *Van Gend en Loos* no fue tanto la noción de efecto directo, ya existente en Derecho internacional, sino el doble hecho de que la decisión respecto del efecto directo de una norma concreta del Tratado le iba a corresponder íntegramente al Tribunal de Justicia; y que el Tribunal operó una suerte de “presunción de efecto directo” sobre las normas de los Tratados, desconocida hasta entonces en el Derecho internacional (DE WITTE, B.: “The continuous significance of *Van Gend en Loos*”, en POIARES MADURO, M.; AZOULAI, L.: *The Past and Future...*, *op. cit.*, p. 10. En sentido similar, Díez-Hochleitner, J.: “La interdependencia...”, *loc. cit.*, p. 49)

COMBACAU y SUR, sin seguir la diferenciación entre efecto directo y carácter “auto-ejecutivo”, afirman que la fórmula *self-executing* « baptise plus le problème que ne le résoudre. Elle revêt en effet deux significations complémentaires » (que los Estados así lo hayan querido en el tratado, y que la norma sea lo suficientemente precisa. COMBACAU, J.; SUR, S.: *Droit international...*, *op. cit.*, p. 180).

¹⁵⁸⁷ *Ibid*, pp. 39-41, remitiéndose a sentencias de tribunales belgas, franceses, polacos o argentinos. Este énfasis en las soluciones judiciales nacionales no prejuzga una solución dualista al problema de las relaciones entre la Carta y los órdenes jurídicos internos. Simplemente, testimonia una tendencia metodológica doctrinal que sitúa el centro de gravedad en los distintos sistemas nacionales y sus soluciones concretas, “tratando de determinar en qué medida responden a las actuales exigencias derivadas del desarrollo del Derecho

antes de la sentencia *Kadi (II)*, se había sugerido que las resoluciones del Consejo de Seguridad que reunieran los requisitos de claridad e incondicionalidad podrían ser invocadas por los individuos ante la jurisdicción comunitaria, al gozar de efecto directo en el ordenamiento de la CE¹⁵⁸⁸. De todas maneras, lo cierto es que la tendencia general de los tribunales internos es la de no aceptar el carácter *self-executing* de las resoluciones del Consejo de Seguridad, incluso a pesar del lenguaje detallado de muchas de las obligaciones que éste impone (como por ejemplo las mismas sanciones Al-Qaeda/Talibanes¹⁵⁸⁹).

Sin embargo, no pocos autores se han mostrado sorprendidos por la acentuada actitud dualista del Tribunal de Justicia en *Kadi (II)*. Por ejemplo, un crítico editorial de WEILER afirma que “this cannot be the correct way in which supreme jurisdictions should interact with norms originating from the highest organs of the International Legal Order – withdrawing into one’s own constitutional cocoon, isolating the international context and deciding the case exclusively by reference to internal constitutional precepts”¹⁵⁹⁰. Para HINOJOSA MARTÍNEZ, el contraste se encuentra en que “the ECJ has traditionally adopted a monist approach towards general international law in its jurisprudence (...) This monist position was not only based on an internationalist move towards international law, but on the provisions of the EC Treaty itself, such as Article 307”¹⁵⁹¹. Otros autores coinciden en

internacional” (GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, M. P.: *Curso...*, *op. cit.*, p. 326).

¹⁵⁸⁸ ANGELET, N.: “Mesures coercitives...”, *loc. cit.*, pp. 502-503 y 526 y ss. (afirmando además que el juez europeo es competente para controlar la legalidad de los reglamentos que ejecutan resoluciones del Consejo de Seguridad, pero no a la luz de los principios fundamentales del Derecho de la Unión, sino de la misma Carta), y por remisión al citado autor, LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P.: *Constitutional Law...*, *op. cit.*, p. 757. Aunque esta opción resulta más improbable, pues lo más habitual es que suceda lo contrario: que el individuo invoque el Derecho europeo *contra* la resolución del Consejo de Seguridad. Nada impide sin embargo que se invoque una resolución del Consejo de Seguridad no *transpuesta* en el ordenamiento jurídico de la Unión, a fin de justificar el impago con fondos de una deuda a un individuo o entidad incluido en una lista negra del Consejo de Seguridad.

¹⁵⁸⁹ Que en todo caso se dirigen a los Estados formal y materialmente, obligándoles a adoptar todas las medidas legislativas y administrativas pertinentes a fin de congelar los bienes de los individuos incluidos en la lista. Es difícilmente concebible la efectividad del régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes sin dichas medidas estatales, aunque también es indudable su carácter particularmente preciso *ratione materiae* y *personae*.

¹⁵⁹⁰ WEILER, J. H. H., en *EJIL*, Vol. 19, nº 5, p. 896.

¹⁵⁹¹ HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: “Bad law...”, *loc. cit.*, p. 344. También SCHRIJVER, N.; VAN DEN HERIK, L.: “Eroding...”, *loc. cit.*, p. 336.

calificar la postura del Tribunal de “dualismo radical”¹⁵⁹²; y algunos hablan incluso de “soberanismo”¹⁵⁹³.

Respetando la autoridad de todos estos nombres, estamos sin embargo de acuerdo con ese otro sector de la doctrina que interpreta que el TJCE no es tan marcadamente dualista como se suele señalar a menudo, por varios motivos. En primer lugar, como venimos insistiendo repetidamente, el punto de partida del Tribunal no difiere de su jurisprudencia previa en materia de recepción del Derecho internacional¹⁵⁹⁴. Puede resultar llamativo el énfasis autonomista y la retórica constitucionalista, pero el Tribunal no altera en ningún caso el principio que en última instancia se remite a la sentencia *Van Gend en Loos*: el ordenamiento jurídico comunitario es un orden diferenciado –que no divorciado o independizado- del Derecho internacional¹⁵⁹⁵.

En segundo lugar, y aunque obviamente se encuentren relacionadas, se debe disociar la cuestión del efecto directo del problema del problema de la primacía de las resoluciones del Consejo de Seguridad en los órdenes internos y/o autónomos, que son dos problemas diferentes. Baste para ello apuntar que un relevante trabajo de RODRIGO

¹⁵⁹² CANNIZARO, E.: “Security Council...”, *loc. cit.*, p. 42; DE BÚRCA, G.: “The European Court of Justice...”, *loc. cit.*, p. 23; DUPUY, P.M.; KERBRAT, J.: *Droit international...*, *op. cit.*, p. 179 (actitud “résolument dualiste”); HILPOLD, M.: “EU Law and UN Law...”, *loc. cit.*, pp. 163-164; PAVONI, R.: “Freedom to choose...”, *loc. cit.*, p. 33; VAN DEN ERIK, L.; SCHRIJVER, N.: “Eroding the primacy...”, *loc. cit.*, p. 336. En sentido parecido, GIANELLI, A.: “L”autonomía”...”, *loc. cit.*, p. 1082.

¹⁵⁹³ TRIDIMAS, T.: “Terrorism and the ECJ...”, *loc. cit.*, p. 106. Y es que en algún momento el Tribunal llega a calificar el orden jurídico de la Unión como “interno”, equiparándolo nominalmente al de los Estados (TJUE, *Kadi c. Consejo (II)*, §§ 317 y 320), aunque nos parece complicado deducir tanto de una analogía.

¹⁵⁹⁴ NETTESHEIM, M.: “United Nations...”, *loc. cit.*, p. 582.

¹⁵⁹⁵ Aunque es innegable que en *Van Gend en Loos* (así como en *Costa c. ENEL*), la preocupación del Tribunal concernía más bien las relaciones entre el orden jurídico comunitario y los órdenes nacionales. Para DUPUY, “rien n’est dit, cependant, dans ces deux arrêts des relations entre le droit communautaire et le droit international et ce serait commettre un contresens, un de plus, que de les interpréter comme destinés à affirmer une dissidence et une autonomie radicale du premier à l’égard du second” (DUPUY, P.-M.: “L’unité...”, *loc. cit.*, p. 446). El autor diferencia entre “especificidad” y “autonomía” (p. 449), aunque se puede precisar que es precisamente la autonomía respecto del Derecho internacional general una de las especificidades del Derecho comunitario –cierto, una autonomía no “radical”-. Por ello BOULOIS llegaba a una conclusión contraria a la de DUPUY (“Le droit...”, *loc. cit.*, p. 41). Un indicio claro de ello se encuentra en la intencionada eliminación del Derecho internacional en la sentencia *Costa c ENEL* (donde se aclara que el Derecho comunitario nace de “una fuente autónoma”). El “tratamiento de conjunto referido a un sistema normativo, específico y particular” que exigía el Derecho de la UE (MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho...*, *op. cit.*, p. 324), implicaba la autonomía de éste respecto del Derecho internacional, aún sin dejar de considerarse uno de sus subsistemas. “C’était affirmer le caractère subsidiaire de l’appel au droit international et implicitement son rejet lorsqu’il serait incompatible ou inconciliable avec le droit communautaire” (BOULOIS, J.: “Le droit...”, *loc. cit.*, p. 46).

Sea como fuere, posteriores dictámenes y sentencias que citaremos en este Capítulo han ido apuntalando la autonomía del orden jurídico europeo respecto del Derecho Internacional.

HERNÁNDEZ, que precisamente no sigue la terminología de BUERGENTHAL Y VAN DER MEERSCH que separa entre las nociones de “auto-ejecutivo” y “efecto directo”, concluye lo siguiente sobre las resoluciones obligatorias con efecto directo de las organizaciones internacionales:

“la doctrina, la jurisprudencia y la práctica interna consideran que ocupan una posición infraconstitucional, ya que en los supuestos de incompatibilidad, la consecuencia jurídica es la inaplicación de las resoluciones”¹⁵⁹⁶.

En tercer lugar, creemos que si se analiza el problema de las relaciones entre la Carta y los Tratados en términos binarios de monismo/dualismo¹⁵⁹⁷ o de subordinación/independencia, se pierden los matices del complejo cuadro ofrecido por el Tribunal de Justicia¹⁵⁹⁸. Volviendo a la imagen del “prisma de las sanciones inteligentes”, podemos afirmar que la recepción de la “luz” de la Carta en el “prisma” del ordenamiento jurídico europeo no se debe analizar *sólo* en términos de “reflexión/no reflexión”¹⁵⁹⁹. Es evidente que la sentencia *Kadi (II)* tiene mucho que ver con la localización de la competencia última para determinar los límites a la ejecución de resoluciones del Consejo de Seguridad en la Unión y, por extensión, con el alcance de la primacía del Derecho de la Unión sobre la Carta dentro del ordenamiento jurídico europeo. Pero el Tribunal de Justicia no se limita a ofrecer una respuesta simplista a esta cuestión y, como han argumentado

¹⁵⁹⁶ RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J.: *Las resoluciones obligatorias...*, *loc. cit.*, p. 291. También MANGAS MARTÍN, A.: “La recepción del Derecho internacional por los ordenamientos internos”, en Díez de Velasco, M.: *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 258.

¹⁵⁹⁷ *Cfr.* desde la perspectiva monista, el trabajo clásico de Kelsen, H.: “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public”, *RCADI*, Vol. 14, 1926, pp. 227 y ss.; y desde la dualista, los no menos clásicos Anzilotti, D.: *Corso...*, *op. cit.*, pp. 49 y ss.; Triepel, H.: “Les rapports entre le droit interne et le droit international”, *RCADI*, Vol. 1, 1926, pp. 73 y ss. Con ello no queremos tampoco resolver el debate sobre si la dicotomía monismo/dualismo ha sido superada hoy en día; simplemente queremos mostrar que no capta todo el mensaje enviado por el TJUE en *Kadi (II)* (A favor de la superación de este debate, Von Bogdandy, A.: “Pluralism, direct effect and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, n° 3-4, 2008, pp. 397 y ss.; *contra*, p.e., Pescatore, P.: “Monismo, dualismo...”, *loc. cit.*, pp. 6 y ss. La lectura de este último trabajo es tanto más recomendable cuanto que, en contra de lo que se suele afirmar, sitúa los orígenes del monismo no en Hans Kelsen, sino en la concepción “orgánica” del Derecho internacional de Scelle).

¹⁵⁹⁸ En este sentido afirmaba Wildhaber que “I do not really believe that monism and dualism were meant to explain the subtleties in the relationship between various bodies, all of which belong in a sense to the field of international law” (Wildhaber, L.: “The European Convention...”, *loc. cit.*, p. 220. Para algún autor, la sentencia *Kadi* se puede leer desde la ambas ópticas, la monista y la dualista (Griller, S.: “International Law...”, *loc. cit.*, p. 551).

¹⁵⁹⁹ Entendiendo “reflexión como la acción de “hacer retroceder, cambiando de dirección, la luz, el calor, el sonido al chocar con una superficie lisa de otro medio” (*Diccionario de la RAE*, 22ª Ed.).

varios autores, integra la Carta en el ordenamiento de la Unión por varias vías alternativas, descartando las vías directas del artículo 351 TFUE y la de la sucesión.

Por lo tanto, nos parece más ajustado a la realidad jurídica hablar de “refracción” de la Carta en el ordenamiento jurídico comunitario, es decir, de “dispersión” de su luz en diferentes “ondas de integración”, aproximación que conduce, como hábilmente han argumentado DI SENNA y VITUCCI¹⁶⁰⁰, a una epistemología de la sentencia *Kadi (II)* que reclama el instrumento de la ponderación de valores (paz y seguridad, cooperación internacional, derechos humanos); y desapruueba un análisis basado en una mera evaluación técnica de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho europeo en términos de dialéctica monismo/dualismo.

A la primera de estas formas de integración de la Carta ya nos referimos en su momento: la obligación de la “interpretación conforme” del Derecho europeo a la luz de la Carta de las Naciones Unidas¹⁶⁰¹ (que sin embargo, es cierto, el Tribunal no parece tomarse totalmente en serio en el caso concreto¹⁶⁰²). Pero no es la única: el interés primordial en mantener la paz y la seguridad internacionales se evidencia en la decisión final de dejar en vigor las medidas sancionadoras durante tres meses hasta la elaboración de un nuevo reglamento, evitando que las sanciones queden inaplicadas en ese ínterin¹⁶⁰³, y

¹⁶⁰⁰ DE SENNA, P.; VITUCCI, M. C.: “The European Courts...”, *loc. cit.*, esp. pp. 322 y ss. En sentido similar, *Vid.* las conclusiones de la obra dirigida por REINISCH, A.: *Challenging acts...*, *op.cit.*, esp. pp. 263-265.

¹⁶⁰¹ En el mismo sentido, GOVAERE, I.: “The importance...”, *loc. cit.*, p. 8; VAN ROSSEM, J.-W.: “Interaction...”, *loc. cit.*, pp. 206-207; ZIEGLER, K.: “Strengthening...”, *loc. cit.*, pp. 293 y ss;

¹⁶⁰² Como afirma GATTINI, “despite some generic statements on the scope of the Security Council’s powers for the maintenance of peace and international security and the need to “take due account” of the terms and objectives of the resolutions concerned and of the relevant obligations under the UN Charter, the ECJ does not seem to have been genuinely interested in engaging in any enquiry of the possible limits of Security Council’s powers, but rather in affirming once for all the supremacy of the constitutional EC order” (GATTINI, A.: “Case note...”, *loc. cit.*, p. 231). Efectivamente, el Tribunal de Justicia evita el espinoso tema de los poderes del Consejo de Seguridad, por las razones que hemos expuesto *supra*. Independientemente de que se compartan estos motivos, es indudable que, además, el Tribunal no analiza los términos de las resoluciones del Consejo y los límites que éstas establecen al ejercicio de cualquier control judicial sobre los nombres de la lista.

¹⁶⁰³ BAQUERO CRUZ, J.: «La CJCE...», *loc. cit.*, p. 129; SANTOS VARA, J.: “La autonomía del ordenamiento...”, *loc. cit.*, p. 29; TZANOU, M.; EL DROUBI, S.: “Case T-318/01. *Ohmar Mohammed Othman v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Judgment of the Court of First Instance of 11 June 2009 (Seventh Chamber), not yet reported”, *CMLRev*, Vol. 47, 2010, esp. pp. 1251 y ss. Algún autor se ha mostrado muy crítico con esta decisión (LABAYLE, H.; MEHDI, R.: “Le contrôle juridictionnel...”, *loc. cit.*, pp. 264-265); aunque podía ser peor, porque el AG MADURO propuso la anulación inmediata del Reglamento impugnado.

De todas formas, hay que reconocer que *Kadi (II)* no es ni mucho menos la primera vez en que el Tribunal deja en vigor un acto de derecho derivado hasta que la institución competente haya tomado las medidas para dar efecto a la sentencia de anulación (LENAERTS, K.; ARTS, D.; MASELIS, I.: *Procedural Law of*

sobre todo, en el diálogo *Solange* abierto por el Tribunal para el caso en que las resoluciones del Consejo de Seguridad ofrezcan unos estándares aceptables en materia de derechos humanos¹⁶⁰⁴. Respecto de esta última se puede observar que, de la misma manera que permitió en su momento al Tribunal de Estrasburgo ponderar el respeto al CEDH con el interés de los Estados en cooperar mediante la creación de organizaciones internacionales; ahora permitirá al Tribunal de Luxemburgo desarrollar un análisis similar¹⁶⁰⁵.

El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales forma parte inherente del Derecho de la UE: el párrafo duodécimo del preámbulo (que se refiere al “fin de fomentar la paz, la seguridad y el progreso en Europa y en el mundo”), los artículos 3(5) TUE (valores e intereses en la acción exterior), 21(2)(c) TUE (disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión), o el artículo 347 TFUE (medidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional) son ejemplos normativos de ello. La presencia del

the European Union, 2nd Ed., Sweet & Maxwell, London, 2006, pp. 318-319, con abundantes referencias jurisprudenciales). Además, en la posterior sentencia *Othman c. Consejo y Comisión*, el TG estimó que el plazo de tres meses desde el pronunciamiento de la sentencia *Kadi (II)* corre para todos los nombres de la lista, por lo que futuras sentencias anulatorias no podrán venir seguidas de nuevos plazos suspensivos de tres meses que permitan dejar en vigor las medidas sancionatorias hasta aportar las garantías exigidas (TPI, *Othman c. Consejo y Comisión*, sentencia de 11 de junio de 2009, T-318/01, §§ 94-99). La razón es que las sentencias del TPI sólo producen efecto a partir de la expiración del plazo de dos meses para presentar el recurso de casación ante el TJUE (arts. 56 y 60 del Estatuto del Tribunal de Justicia. *Vid.* también la sentencia del TPI *OMPI (II)*, § 64).

¹⁶⁰⁴ Si bien es cierto que, como apuntamos en su momento, la sentencia *Kadi (II)* no dejaba muy claras las condiciones de ejercicio del método *Solange* y ha tenido que ser el TG en *Kadi (III)* el encargado de aclarar dudas. De todas maneras, creemos que el lenguaje de la sentencia mostraba muy claramente que el Tribunal sí había querido limitar el ejercicio de su jurisdicción a la existencia de una protección “equivalente” en el Consejo, por lo que el TG no innova a este respecto en *Kadi (III)*. Resulta útil considerar los pasajes siguientes, leyéndose conjuntamente los énfasis añadidos: “(...) el hecho de que en este régimen de las Naciones Unidas exista un procedimiento de revisión ante el Comité de Sanciones no puede llevar aparejada una inmunidad de jurisdicción generalizada en el ámbito del ordenamiento jurídico interno de la Comunidad, ni siquiera teniendo en cuenta las recientes modificaciones de dicho procedimiento (...)” (§ 322). En efecto, dicha inmunidad, (...) carece de justificación desde el momento en que resulta evidente que el mencionado procedimiento de revisión no ofrece las garantías de una tutela judicial” (§ 323). “Se deduce de las consideraciones precedentes que, con arreglo a las competencias que les confiere el Tratado CE, los tribunales comunitarios deben garantizar un control (...) de la legalidad de todos los actos comunitario” (§ 326, énfasis añadido). Tanto para GATTINI como para TOMUSCHAT, sin embargo, el Tribunal es excesivamente riguroso en su aplicación del test de la equivalencia al mecanismo interestatal del Comité de Sanciones (GATTINI, A.: “Case note...”, *loc. cit.* p. 234; TOMUSCHAT, C.: “The *Kadi* case...”, *loc. cit.*, p. 16). Nuestra conclusión es la contraria: tanto en *Kadi (II)*, como más tarde en *Kadi (III)*, se ofrece una protección manifiestamente insuficiente.

¹⁶⁰⁵ Aunque indirecto, no basado en convenios internacionales sobre derechos humanos; coincidimos con el énfasis de DE SENNA y VITUCCI en que en *Kadi (II)* hay un verdadero diálogo del tipo *Solange*. Al menos, el Consejo de Seguridad lo ha entendido así, como evidencia la introducción de un *ombudsman* como reacción a la sentencia *Kadi (II)* (Aparte del citado artículo, *Vid.* la réplica de ambos autores a los comentarios recibidos en la *EJIL* en DE SENNA, P.; VITUCCI, M. C.: “The European Courts and the Security Council: between dédoublement fonctionnel and balancing of values: a rejoinder to Gráinne de Búrca, André Nollkaemper and Iris Canor”, *EJIL*, Vol. 20, n° 3, 2009, pp. 892-893).

artículo 215 TFUE como nexo de unión entre los objetivos de la PESC y la acción de Unión en el marco del TFUE no es una prueba menos válida que las anteriores. Ello motiva que autores como GAJA sugieran que la jurisdicción de Luxemburgo debe mostrar una especial deferencia hacia la Carta, buscando los medios para diferenciarla del resto de tratados internacionales¹⁶⁰⁶.

Pues bien, a nuestro juicio, este respeto se encuentra reflejado en la sentencia del Tribunal en *Kadi (II)*, dadas las vías para su integración en el orden jurídico europeo que ofreció el TJUE. Y es que, como certeramente sentencia SANTOS VARA, “el Tribunal de Justicia ha defendido la autonomía y los valores esenciales del ordenamiento de la Unión Europea, lo cual no significa que el Tribunal de Justicia haya abogado por la independencia del ordenamiento europeo respecto al Derecho internacional general, y en particular a la Carta de las NNUU”¹⁶⁰⁷. No podía ser de otra forma, pues lo contrario habría supuesto desentenderse de uno de los valores que precisamente fundamentan la Unión¹⁶⁰⁸. En *Kadi (II)* no hay esa “coraza de soberanía” que algunos han deducido¹⁶⁰⁹; no hay ruptura del cordón umbilical iusinternacional. Lo que simplemente hay, a nuestro juicio, es un sano autonomismo, que permitió al Tribunal valorar hasta qué punto el objetivo primordial de las Naciones Unidas puede primar sobre las garantías judiciales esenciales del individuo, tal y como éstas se protegen en la UE.

Una última precisión, que enlaza con el tema del siguiente epígrafe. A pesar de todos los matices que acabamos de defender, el problema de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes (y el resto de regímenes de *targeted sanctions*) es que de alguna manera buscan interferir expresamente en el mecanismo de recepción de las sanciones al no dejar margen de discrecionalidad alguno a los Estados para revisar judicialmente los motivos que justifican la inclusión en la lista¹⁶¹⁰. Ello no implica, desde luego, que dichas

¹⁶⁰⁶ GAJA, G.: “Are the effects of the UN Charter under EC Law governed by article 307 of the EC Treaty?”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S.: *Challenging...*, *op. cit.*, pp. 8-9.

¹⁶⁰⁷ SANTOS VARA, J.: “Las instituciones y el Derecho de la Unión Europea...”, *loc. cit.*, p. 30.

¹⁶⁰⁸ En este sentido, CANNIZARO subraya hábilmente que, recurriendo a la técnica *Solange*, el TJUE “seems to conceive of the UN system as being connected to the Community legal order, in the sense that it pursues objectives and discharges functions which fall within the Community’s set of values and interests” (CANNIZARO, E.: “Security Council resolutions...”, *loc. cit.*, p. 42).

¹⁶⁰⁹ LABAYLE, H.; MEHDI, R.: “Le contrôle juridictionnel...”, *loc. cit.*, p. 246.

¹⁶¹⁰ Argumento al que ya nos referimos en su momento, y que creemos que el Consejo deja bien claro en sus resoluciones más recientes. EECKES diferencia entre tres niveles de decisiones para llegar a la conclusión opuesta (la Carta, las decisiones del Consejo de Seguridad, y las decisiones de un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad como el Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes. (EECKES, C.: “Judicial review...”,

resoluciones impidan a los Estados dualistas recurrir a la legislación nacional para implementar las listas negras en los órdenes jurídicos internos. Como sutilmente ha diferenciado PAVONI, no es lo mismo ejecución “automática” de las sanciones que ejecución “fiel”: el primer descriptivo se refiere a la técnica de ejecución en los órdenes jurídicos nacionales (aspecto en el que el Consejo de Seguridad no puede entrar); el segundo a la existencia o no de margen de discrecionalidad para ejecutar sus resoluciones (punto en el que el Consejo sí es competente)¹⁶¹¹. En este sentido, las resoluciones Al-Qaeda Talibanes se refieren a la ejecución “fiel”; no “automática”.

Por ello, la interferencia de la que hablamos se concreta en el hecho de que, desde el punto de vista de las resoluciones, el juez nacional o internacional se verá imposibilitado de *anclarse en el método dualista* (dualismo *strictu sensu*) para revisar la motivación de las listas negras -y eventualmente, para retirar un nombre de la misma-, en vista de su escaso margen de discrecionalidad¹⁶¹². Y es que el mismo Consejo de Seguridad lo deja bien claro: ejecución “enérgica” de las sanciones a cada una de las personas y entidades incluidas en la lista, “sanciones preventivas, no sometidas a estándares penales”; todo ello implica un interés en evitar la intervención del juez nacional para revocar en el orden interno la decisión que ya ha adoptado el Comité de Sanciones¹⁶¹³.

El Tribunal de Justicia obvia intencionadamente este detalle, y decide en consecuencia anular los Reglamentos impugnados. Desde el punto de vista del resultado, poco podemos objetar a este respecto: la desobediencia al Consejo de Seguridad (si es que en este caso se puede hablar propiamente de tal) es una opción que creemos justificada, y

loc. cit., pp. 83-84). La conclusión nos parece errónea, pues es claro que las decisiones del Comité de Sanciones encuentran su fundamento jurídico obligatorio formal en la Carta, que habilita al Consejo a adoptar resoluciones obligatorias que habiliten a órganos subsidiarios a adoptar decisiones que adquieren obligatoriedad en virtud de las mismas resoluciones (art. 29 y Capítulo VII). Otra cosa es el margen de discrecionalidad que ofrezcan las decisiones del Comité de Sanciones para la intervención judicial.

¹⁶¹¹ PAVONI, R.: “Freedom to choose...”, *loc. cit.*, p. 36. *Contra*, p.e., ALMQVIST, quien vincula en su análisis la cuestión del margen de discrecionalidad a la de la recepción de las obligaciones dimanantes del Consejo de Seguridad (ALMQVIST, J.: “A human rights critique...”, *loc. cit.*, p. 324).

¹⁶¹² En este sentido TZANAKOPOULOS explica que la legislación nacional que aplique las listas del Consejo de Seguridad se encuentra “condicionada” por la resolución de origen (TZANAKOPOULOS, A.: “Challenging acts...”, *loc. cit.*, pp. 58-59).

¹⁶¹³ No estamos de acuerdo, pues, con la tesis que diferencia entre las decisiones de inclusión de nombres en la lista; y la ejecución de ésta, a fin de concluir que los Tribunales internos puede intervenir a fin de revisar la oportunidad de la inclusión de un nombre en la lista (*Contra*, TZANOU, M.; EL DROUBI, S.: “Case note...”, *loc. cit.*, p. 1252).

que también ha ofrecido la Corte Suprema Británica en la sentencia *Ahmed y otros*¹⁶¹⁴. En este sentido, es jurisprudencia asentada del Tribunal de Justicia que

“según las normas generales del Derecho internacional, las partes deben ejecutar todo acuerdo de buena fe. Aunque cada una de las partes es responsable de la ejecución completa de los compromisos que ha contraído, le corresponde en cambio determinar las medidas jurídicas adecuadas para alcanzar dicha finalidad en su ordenamiento jurídico, a menos que el acuerdo, interpretado a la luz de su objeto y de su finalidad, determine por sí mismo estas medidas”¹⁶¹⁵.

Ahora bien, la aplicabilidad de estándares europeos al caso de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes, desoyendo el texto de las resoluciones, deberá ser evaluada sobre la base del grado de autonomía del que disponga el orden jurídico comunitario, dada la primacía del Carta sobre el resto de tratados internacionales. Aquí conviene pronunciarse con algo más de detalle, en la medida en que el Tribunal resuelve en afirmativo siguiendo el posicionamiento del AG MADURO. Pasamos, pues, de la discusión sobre el “dualismo”, al debate sobre la autonomía del orden jurídico de la Unión, enfocándolo desde la óptica de ciertos argumentos ofrecidos por tanto por el TJCE como por el AG MADURO.

IV.2. Autonomismo: el “hecho diferenciador” entre la Unión y el CEDH

En efecto, aun no siendo estrictamente necesario para resolver el caso, el AG MADURO insistió en diferenciar el ordenamiento jurídico de la Unión del creado por el CEDH. El fundamento de la diferencia radica, a juicio del Abogado General, en la naturaleza sinalagmática del CEDH, “concebido para surtir primordialmente efectos como un acuerdo interestatal que crea obligaciones entre las Partes Contratantes en el ámbito internacional”¹⁶¹⁶. El argumento se confirma, a su entender, en la naturaleza eminentemente intergubernamental del mecanismo de supervisión en la ejecución del Convenio, que además deja a los Estados partes la elección de los medios para ejecutar las sentencias del TEDH (art. 46(2) CEDH). Por el contrario, el Tratado CE creó un orden jurídico autónomo al establecer directamente derechos y obligaciones tanto para los Estados como para los individuos, por lo que la jurisprudencia del TEDH en materia de relaciones entre el Convenio y la Carta (sobre todo, la decisión del Tribunal en el *asunto Behrami y Behrami y Saramati*), no puede tomarse como punto de referencia para fijar el

¹⁶¹⁴ Vid. Cap. VI, § IV.2.

¹⁶¹⁵ TJCE, *Kupferberg*, § 18; *Portugal c. Consejo*, sentencia de 23 de noviembre de 1999, C-149/96, § 35.

¹⁶¹⁶ Conclusiones del AG MADURO, § 39.

modo de interacción entre la primacía de la Carta en Derecho internacional y la primacía de los tratados en el ordenamiento autónomo de la Unión.

El Tribunal de Justicia acepta el argumento, calificando la diferencia entre ambos órdenes jurídicos de “radical”, aunque sin referirse expresamente a los motivos del Abogado General. Por ello, deja sin explicar qué es lo que diferencia tan patentemente el orden establecido por los Tratados y el CEDH. Quizás hubiera sido recomendable aclarar los motivos que lo justifican; bastaría en este sentido con volver a los argumentos planteados en la seminal sentencia *Van Gend en Loos*¹⁶¹⁷. Y es que el razonamiento que ofrece el AG MADURO nos parece poco convincente como *única* justificación del hecho diferencial del ordenamiento de la Comunidad respecto del Convenio. Como recordábamos en el Capítulo III, en no pocas ocasiones el TEDH ha insistido en la importante diferencia existente entre el Convenio y otros tratados de Derecho internacional, en el sentido de establecer obligaciones para los Estados que desbordan el tradicional marco de reciprocidad, reconociendo derechos inherentes a los individuos que estos pueden invocar directamente ante el Tribunal de Estrasburgo. Ello ha conducido al TEDH a desarrollar una jurisprudencia sensiblemente diferenciada del Derecho internacional general “clásico” en aspectos puntuales como la interpretación de tratados o las reservas a los tratados en materia de derechos humanos.

Se trata de un debate tan conocido que sorprende que el AG MADURO lo obvie de esta manera¹⁶¹⁸. El debate es, por cierto, anterior al CEDH y la Comunidad Europea, tan longevo al menos como el *dictum* de la CPJI en el *asunto de los Tribunales de Dantzig* de 1928, donde se afirmó con claridad que “on ne saurait contester que l’objet même d’un accord international, dans l’intention des Parties contractantes, puisse être l’adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour les individus”¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁷ Para una reciente mirada retrospectiva hacia esta decisión, *vid.* PESCATORE, P.: “Van Gend en Loos, 3 February 1963 – A view from within”, en POIARES MADURO, M.; AZOULAI, L. (Eds.): *The Past..., op. cit.*, pp. 3 y ss.

¹⁶¹⁸ *Cfr.*, entre otros trabajos que venimos citando en este estudio, WILDHABER, L.: “The European Convention...”, *loc. cit.*, pp. 220 y ss.

¹⁶¹⁹ CPJI, *competencia de los Tribunales de Dantzig*, Opinión Consultiva de 3 de marzo de 1928, *Recueil CPJI* B 15, pp. 17-18.

Es evidente que existen notables desemejanzas entre el ordenamiento europeo y el CEDH –así como el resto del Derecho internacional-, que para algunos son “de grado”¹⁶²⁰, y para otros “de naturaleza”¹⁶²¹. El orden jurídico de la Unión es sin duda el más autónomo de los subsistemas internacionales¹⁶²²: los acentuados efectos del principio de primacía, su eficacia directa en el Derecho interno de los Estados¹⁶²³, la efectividad de los mecanismos supranacionales de supervisión del cumplimiento (en especial el papel constitucional del Tribunal de Justicia), el alto nivel de integración supranacional conseguido, la representación directa de los particulares en el proceso de toma de decisiones; y en un plano más amplio, la doble legitimidad intergubernamental y ciudadana, son ejemplos de elementos que se pueden tener en consideración¹⁶²⁴ para discutir en qué medida se diferencian TUE/TFUE y el CEDH¹⁶²⁵. Aunque no es nuestra intención volver al eterno debate sobre los rasgos que motivan el carácter autónomo del Derecho comunitario como orden diferenciado del Derecho internacional, sí queremos señalar que la riqueza de esta discordia no ha quedado reflejada en los pocos argumentos del Abogado General;

¹⁶²⁰ PELLET, A.: “Les fondements...”, *loc. cit.*, pp. 237 y ss. ; ROLDÁN BARBERO, J.: « La naturaleza jurídica del Derecho comunitario revisitada : la sombra del Derecho internacional es alargada », *RGDE*, nº 7, mayo 2005, p. 9-11; www.iustel.com, visitado por última vez el 5 de febrero de 2011.

¹⁶²¹ Entre otros, JACQUÉ, J.-P.: “Cours général...”, *loc. cit.*, p. 257; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: « Quelques réflexions », *loc. cit.*, p. 389 y ss. ; SYMON, D.: “Les fondements...”, *loc. cit.*, pp. 215 y ss.

¹⁶²² CASANOVAS I LA ROSA, O.: “Unidad y pluralismo...”, *loc. cit.*, p. 259.

¹⁶²³ Aunque como reconoce DE WITTE, hay algo de circularidad en los argumentos que relacionan eficacia directa y primacía con la especificidad del Derecho europeo (DE WITTE, B.: “Direct effect, supremacy and the nature of the legal order”, en CRAIG, P.; DE BÚRCA, G.: *The evolution of EU Law*, 1ª Ed., Oxford, New York, 1999, pp. 208-209). El mismo argumento aparece en CRAIG, P.; DE BÚRCA, G.: *EU Law. Text, cases and materials*, 4ª Ed., Oxford, New York, 2008, p. 274, pero circunscrito a la caracterización del Derecho comunitario como “nuevo orden de Derecho internacional”

¹⁶²⁴ Ello no quiere decir que todos estos elementos a los que nos estamos refiriendo justifiquen las peculiaridades del ordenamiento jurídico de la Unión; nuestra intención es simplemente ofrecer algunos de los elementos clásicos del debate. Por ejemplo, de los citados, el efectivo recurso por infracción del Derecho comunitario del art. 258 TFUE hunde sus raíces en el Derecho internacional público (JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “El incumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros cuando median actos de particulares: una aportación al debate sobre la interdependencia entre Derecho comunitario y Derecho internacional”, *RDCE*, Vol. 4, nº 7, 2000, pp. 15 y ss.).

¹⁶²⁵ De manera sistemática, entre otros, DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: “La interdependencia...”, *loc. cit.*, pp. 44 y ss.; LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P.: *Constitutional Law...*, *op. cit.*, pp. 11 y ss.; MANGAS MARTÍN, A.: *La Constitución Europea*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 17 y ss.; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *El federalismo supranacional: ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Bilbao, 2003, pp. 31 y ss.

tampoco en el silencio intencionado del TJCE en una sentencia de esta importancia¹⁶²⁶. Sin salir de Luxemburgo, el *Dictamen 1/91* era más explícito al respecto¹⁶²⁷.

En el Capítulo V defendimos que el artículo 103 justifica que los órganos de supervisión internacionales en materia de derechos humanos, como es el caso del TEDH, han de ceder el paso a la primacía de la Carta a fin de evitar la responsabilidad internacional *directa* del Estado por sus acciones en el ámbito del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Para ello nos basamos en la lógica del artículo 103 y en la práctica de algunos órganos de las Naciones Unidas. La clave de bóveda es precisamente el nivel de autonomía que *no* han alcanzado estos subsistemas que, con todos los matices posibles, siguen tomando el Derecho internacional *como punto de partida*. El TEDH lo ha dejado bien claro de manera persistente: “the Convention should be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity”¹⁶²⁸. En los términos de PELLET, “le droit communautaire constitue un ordre juridique autonome: pas le droit international des droits de l’homme (...) Les droits de l’homme sont l’objet de normes de plus en plus souvent internationales, dont la protection recourt, de façon souvent inventive, aux techniques du droit international général, mais je ne pense pas que l’on puisse aller plus loin [en el sentido de calificarlos como orden jurídico autónomo]”¹⁶²⁹.

Es innegable que trazar la línea que demarca la frontera entre distintos niveles de autonomía es un ejercicio difícil, casi arbitrario – ejercicio que el mismo PELLET identifica como la problemática del “montón de arena”¹⁶³⁰-. Pero lo cierto es que de momento el TEDH no ha mostrado un gran interés en liberar al Convenio del peso de la primacía de la

¹⁶²⁶ Aunque no volveremos a ella, es evidente que aquí hemos dado por válido el principio de la autonomía del Derecho de la Unión Europea establecido en *Van Gend en Loos*.

¹⁶²⁷ TJUE, *Dictamen 1/91*, §§ 20-21, refiriéndose a la primacía, al efecto directo, o la atribución de competencias a las instituciones comunitarias. Sobre el mismo, *cf.* DEL VALLE GÁLVEZ, A.: “La especificidad del ordenamiento comunitario. Comentario a los dictámenes 1/91 y 1/92 sobre el Espacio Económico Europeo”, *RIE*, Vol. 20, n° 1, 1993, pp. 155 y ss.

¹⁶²⁸ TEDH, *Loizidou c. Turquía* (GS), sentencia de 18 de diciembre de 1996, Ap. n° 15318/89, § 43; *Kalogeropoulou y otros c. Grecia y Alemania*, decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2002, 59021/00. En este sentido, VANDEPOORTER, A.: “L’application...”, *loc. cit.*, p. 107; WILDHABER, L.: “The European Convention...”, *loc. cit.*, p. 220.

¹⁶²⁹ PELLET, A.: «L’unité ou la fragmentation du système juridique international ?», en SFDI: *La protection...*, *op. cit.*, p. 297. *Vid.* también REUTER, P.: «La Cour de justice...», *loc. cit.*, pp. 666-667.

¹⁶³⁰ PELLET, A.: “Les fondements...”, *loc. cit.*, p. 229. El enigma se formula de la siguiente manera: ¿a partir de cuántos granos de arena tenemos un montón?

Carta, como lo corrobora la esquivada sentencia *Behrami y Behrami y Saramati*¹⁶³¹. Está por ver la actitud que adoptará en *Nada c. Suiza*.

El artículo 103 de la Carta no es una norma de Derecho internacional cualquiera. Es una regla sobre primacía, una norma secundaria -en el sentido hartiano del término- que establece una regla de conflicto muy clara: la Carta ha de aplicarse por encima del resto de Convenios. Por definición, es una norma que pone a prueba al núcleo “esencial”¹⁶³² del Derecho de la Unión: su autonomía. Aquí reside la dificultad de la sentencia *Kadi (II)*, donde el TJCE se planteó el problema sin ambages. El Tribunal estimó que, si hay que elegir entre una primacía de la Carta que no establece sus condiciones para permear los órdenes jurídicos “internos”, y la autonomía del orden jurídico comunitario –y por ende, la salvaguardia de sus principios elementales-, se ha de optar por la segunda.

En otras palabras, el Tribunal apreció –a nuestro juicio, con acierto-, que el artículo 103 de la Carta no puede utilizarse como base jurídica para *desautonomizar* el ordenamiento jurídico de la Unión, o poner en evidencia una autonomía *débil* del mismo. Y es que, *strictu sensu*, no hay conflicto entre la primacía de la Carta en el orden jurídico internacional y la primacía de la “constitución” de los órdenes jurídicos autónomos *en el interior* de estos¹⁶³³. Esta intencionada actitud protectora marca hasta ahora las distancias respecto del TEDH, que en *Behrami y Behrami y Saramati* no sintió su posición amenazada por la primacía de la Carta¹⁶³⁴: la gran sensibilidad existencial mostrada en *Kadi (II)* mantiene las distancias del Derecho de la Unión respecto de otros regímenes más o menos autónomos de Derecho internacional.

¹⁶³¹ Paradójicamente, en esta sentencia volvió a repetir su célebre fórmula introducida en *Loizidou*, que califica la CEDH como “instrumento constitucional de orden público europeo” (TEDH, *Behrami y Behrami y Saramati*, § 145).

¹⁶³² SYMON, D.: “Rapport...”, *loc. cit.*, pp. 220-221.

¹⁶³³ Aunque la existencia de “cierta contradicción” es evidente (SANTOS VARA, J.: “El control judicial...”, *loc. cit.*, p. 100). Aún así, “existe una diferencia significativa entre la conclusión de acuerdos internacionales y la implementación de las resoluciones del Consejo de Seguridad en el ordenamiento comunitario (p. 102). EECKHOUT plantea el conflicto entre la Carta y la autonomía del orden jurídico comunitario a la luz de la sentencia *Kadi (I)* de la siguiente manera: “As we have seen it is *Community law itself*, the EC Treaty in other words, which requires that the UN Charter be respected. The conflict we are therefore looking at here is internal to the Community legal system. It is in reality a conflict between the Community law imperative to respect fundamental rights and the Community law imperative to respect UN law” (EECKHOUT, P.: “Community terrorist listings...”, *loc. cit.*, p. 192).

¹⁶³⁴ No resulta ocioso preguntarse la conclusión a la que llegaría el Tribunal si, caso de adherirse algún día la Unión a la Carta de las Naciones Unidas, se le planteara un dictamen preliminar sobre la cuestión.

IV.3. ¿Más allá de la retórica? El artículo 351 TFUE y la función “constitucional” del TJUE como garante último de los derechos fundamentales en la Unión

IV.3.1. Una posible valoración crítica desde el principio de atribución de competencias

El autonomismo nos conduce inevitablemente a la discusión “constitucionalista”. Hace años afirmó VIRALLY que “le droit international se développe dans une société caractérisée par le pluralisme des ordres juridiques autonomes qui la composent, et qui sont les seuls à disposer des moyens propres à assurer l’exécution forcée du droit”¹⁶³⁵. Aunque es verdad que su análisis se circunscribía a la relación entre órdenes internos y orden internacional, los términos de esta aseveración profetizaban el movimiento pluralista que, para no pocos autores, caracteriza el devenir actual del sistema de Derecho internacional público¹⁶³⁶.

La retórica constitucionalista del Tribunal en *Kadi (II)* evoca la clásica sentencia *Les Verts c. Parlamento*. Es indudable que el TJCE recurre a ella para subrayar su papel de garante último de la protección de los derechos fundamentales en la Unión, buscando un paralelismo con el papel de los tribunales nacionales¹⁶³⁷ y otorgando a su pronunciamiento

¹⁶³⁵ VIRALLY, M.: « Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes » en VIRALLY, M.: *Le droit international...*, op. cit., pp. 115.

¹⁶³⁶ Cfr., entre otros abundantes trabajos, que aglutinan perspectivas muy diferentes del pluralismo, CASANOVAS I LA ROSA, O.: “Unidad y pluralismo...”, loc. cit., pp. 35 y ss.; FISCHER-LESCANO, TEUBNER, G.: “Regime collision: the vain search for legal unity in the fragmentation of international law”, *MJIL*, Summer 2004, pp. 1000 y ss.; también CDI: *Informe sobre la fragmentación...*, loc. cit., p. 492. Para MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, además, “la jurisprudencia aquí tratada (...) entierra definitivamente cualquier aspiración kelseniana de un orden basado en relaciones de jerarquía” (“Unidad y pluralismo...”, loc. cit., p. 284). Para RODRÍGUEZ IGLESIAS, “le pluralisme juridique –la coexistence de plusieurs ordres juridiques qui règlementent la réalité sociale en se chevauchant- est un phénomène objectif, qui correspond assez concrètement à la réalité juridique européenne contemporaine (...) certains aspects de la jurisprudence de la Cour de Justice relative aux rapports complexes entre droit national, droit communautaire et droit international ne peuvent pas toujours être expliqués en termes de primauté ou d’effet direct » (RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: « Quelques réflexions... », loc. cit., p. 399).

¹⁶³⁷ Para dos autores, “The ECJ’s ruling in *Kadi* is an attempt to stop the executive from hollowing-out the rule of law from above” (CURTIN, D.; EECKES, C.: “The *Kadi* case: mapping the boundaries between the executive and the judiciary in Europe”, *IOLRev*, Vol. 8, 2008, p. 369). Esta perspectiva centra también la “profética” conferencia de EECKHOUT en la Katholieke Universiteit Leuven, “Does the Europe’s constitution...”, loc. cit., pp. 1 y ss., que se muestra muy crítica con la sentencia del TPI y que anticipó algunos de los argumentos finales del Tribunal. También ROLDÁN BARBERO, partidario de la jerarquía de la Carta en el orden comunitario, no considera que la sentencia del TG es una “quiebra en toda regla del Estado (o Comunidad) de Derecho” (ROLDÁN BARBERO, J.: “La justicia comunitaria...”, loc. cit., p. 880). En su apoyo podemos añadir que el que fuera Juez del TPI en el asunto *Kadi (I)*, MENGOZZI, llegó a reconocer más tarde que el objetivo último del TPI fue mostrar deferencia hacia las acciones del ejecutivo en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (MENGOZZI, P.: “The European Union balance of

un carácter simbólico y ejemplar¹⁶³⁸. Hasta aquí, sin embargo, no hay diferencia sustancial alguna respecto de pronunciamientos anteriores: la concepción de los tratados como “constitución” no es desde luego un mero recurso estilístico¹⁶³⁹, pero tampoco vacía de contenido iusinternacional a la Unión¹⁶⁴⁰. La llamativa cantidad de veces que se utiliza la terminología constitucional no afecta a su significado: la mera reiteración no transforma la naturaleza de la función del Tribunal como soporte último del respeto del Derecho, en una organización internacional sometida a la disciplina más o menos estricta del principio de atribución de competencias¹⁶⁴¹.

Ocurre, sin embargo, que es precisamente en uno de los pasajes en que no se acude al lenguaje constitucional donde sí emerge una cierta interpretación *constitucional* del ordenamiento jurídico comunitario, que puede interpretarse en el sentido de intentar escapar a esta disciplina de la atribución de competencias. Dicho pasaje aparece en la discusión sobre el uso de los antiguos artículos 297 y 307 TCE como válvula de escape ante la eventualidad de una sentencia que anule los reglamentos impugnados.

En efecto, frente al argumento defendido por el Reino Unido que recuerda la opción de los actuales artículos 347 y 351 TFUE, el Tribunal opone “los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”¹⁶⁴² como límite al recurso por los Estados a estas dos disposiciones como vía de escape a una eventual decisión anulatoria del Tribunal. El artículo 351 TFUE, indica el Tribunal, “no

powers and the case law related to EC external relations”, en MONTI, M. *et al* (Eds.): *Economic Law and justice in times of globalization. Feitschrift für Carl Baudenbacher*, Nomos, Berlín, 2007, pp. 216; citado en HILPOLD, P.: “EU Law, UN Law...”, *loc. cit.*, p. 176). De esta manera, parece confirmar algunas sospechas doctrinales de que lo que estaba en juego no eran tanto argumentos formales relativos a la relación entre la Carta y el ordenamiento jurídico comunitario, sino más la ponderación entre la protección de los derechos individuales en la lucha contra el terrorismo internacional, y la deferencia a las decisiones del ejecutivo. En palabras de JIMÉNEZ GARCÍA, estaba en juego la “vuelta a la doctrina de los actos políticos” (JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “El control de legalidad...”, *loc. cit.*, pp. 81 y ss.).

¹⁶³⁸ BAQUERO CRUZ, J.: « La CJCE... », *loc. cit.*, p. 128.

¹⁶³⁹ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: “Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo”, *GJUEC*, núm. 200, 1999, p. 12.

¹⁶⁴⁰ *Cfr.* BOULOIS, J.: “Le droit...”, *loc. cit.*, p. 29 ; Díez-Hochleitner, J.: “La interdependencia...”, *loc. cit.*, p. 61; MANGAS MARTÍN, A. : « Estudio preliminar : el incierto futuro de la Unión », en *Tratado de la Unión Europea, Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario*, 13ª Ed., septiembre de 2007, Tecnos, Madrid, p. 25.

¹⁶⁴¹ *Contra*, BENLOLO-CARABOT, M.: “La CJCE...”, *loc. cit.*, p. 386, quien observa tonos de “patriotismo constitucional” habermasiano en la sentencia *Kadi*. Sobre la naturaleza constitucional de la jurisdicción del Tribunal de Justicia, *Vid.*, por todos, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *El federalismo supranacional...*, *op. cit.*, pp. 74 y ss

¹⁶⁴² TJCE, *Kadi c. Consejo (II)*, § 303.

podría permitir en ningún caso que se pusieran en entredicho los principios que constituyen las bases del ordenamiento jurídico comunitario”¹⁶⁴³, entre los que se encuentra la protección de los derechos fundamentales.

La Unión se fundamenta en los valores de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos (artículo 2 TUE). Tanto es así que su respeto es condición esencial no sólo para ingresar en la Unión (artículo 49 TUE), sino también para permanecer en ella (artículo 7 TUE). Sin embargo, “la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los tratados” (artículo 5(2) TUE), competencias que son “determinadas” y “delimitadas” por el TFUE (artículo 1(1) TUE).

En materia de derechos humanos, es bien sabido que la Unión no dispone de una competencia general¹⁶⁴⁴. En este sentido, las “Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales (CDF)”, codifican – sin alterarlos- los principios que guían la relación entre el principio de atribución de competencias y la protección de los derechos en la UE: “las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros *únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión (...)* dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión (artículo 51(1) CDF¹⁶⁴⁵); “la presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión” (artículo 51(2) CDF); “las disposiciones de la Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos (...) y por actos de los Estados miembros *cuando apliquen el derecho de la Unión*, en el ejercicio de sus competencias respectivas” (artículo 52(5) CDF¹⁶⁴⁶). Además, la Explicación del artículo 51 busca sintetizar la jurisprudencia consolidada del TJUE al afirmar que “se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión *sólo*

¹⁶⁴³ TJCE, *Kadi c. Consejo (II)*, § 304.

¹⁶⁴⁴ TJCE, *Dictamen 2/94* (Adhesión al CEDH), 28 de marzo de 1996, §§ 23 y ss.

¹⁶⁴⁵ Énfasis añadido.

¹⁶⁴⁶ Énfasis añadido.

se impone a los Estados miembros *cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión*”¹⁶⁴⁷.

El objetivo del artículo 351 TFUE es precisamente desvincular a los Estados del Derecho de la Unión, en el sentido de ofrecerles la oportunidad de suspender el cumplimiento de sus obligaciones europeas con el fin de cumplir con sus obligaciones internacionales previas al 1 de enero de 1958¹⁶⁴⁸. Esta norma, como han explicado no pocos autores, es la expresión de los principios de Derecho internacional *pacta sunt servanda* y *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*¹⁶⁴⁹, hasta tal punto que permite excepciones a la aplicación del mismo Derecho originario, como pueden ser las disposiciones relativas a la Política Comercial Común¹⁶⁵⁰. Por definición, el artículo 351 TFUE busca “devolver” provisionalmente a los Estados el ejercicio de una competencia atribuida a la Unión, “suspender su primacía”¹⁶⁵¹; bajo condición, claro está, de respetar el deber de cooperación leal definido en el apartado segundo de esta disposición, y siempre con el fin último de proteger los derechos de terceros Estados. En otras palabras, el artículo 351 TFUE activa un mecanismo que opera en una doble dirección: centrífuga en el párrafo primero (hacia los Estados)¹⁶⁵²; y centrípeta en el párrafo segundo (hacia la Unión)¹⁶⁵³. Sin

¹⁶⁴⁷ Énfasis añadido.

¹⁶⁴⁸ Algunos autores (*cf.* por todos PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Cooperación...*, *op. cit.*, pp. 129) tienden a centrar las relaciones entre la Carta y el Derecho europeo en torno al actual art. 347 TFUE como *lex specialis* del art. 351 TFUE. Sin perjuicio de la idoneidad de esta vía, aquí seguiremos la argumentación del TJUE, centrada en el art. 351 TFUE.

¹⁶⁴⁹ *Cfr.* p.e. Díez-Hochleitner, J.: *La posición del Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 149; Roldán Barbero, J.: “Una revisión...”, *loc. cit.*, p. 482. *Vid.* también Pascual Vives, F. J.: *El Derecho de los Tratados...*, *op. cit.*, pp. 270 y ss.

¹⁶⁵⁰ TJCE, *Centro-Com*, §§ 56-61. Evidentemente, los efectos del art. 351 TFUE se extienden al Derecho derivado (TJCE, *Burgoa*, § 11).

¹⁶⁵¹ Schütze, R.: “EC Law...”, *loc. cit.*, p. 391.

¹⁶⁵² Por ello el art. 351 TFUE implica para las instituciones de la Unión un deber de “no poner obstáculos al cumplimiento de los compromisos de las obligaciones de los estados miembros derivadas de un Convenio anterior” (TJCE, *Burgoa*, § 9).

¹⁶⁵³ La importancia del segundo párrafo de esta disposición ha sido recordada por el Tribunal de Justicia en varias sentencias relativas a Convenios bilaterales suscritos por Austria, Suecia y Finlandia, en materia de libre transferencia de divisas por los inversores de cada Parte Contratante (TJCE, *Comisión c. Suecia*, sentencia de 3 de marzo de 2009, C-249/06; *Comisión c. Austria*, sentencia de 3 de marzo de 2009, C-205/06; y *Comisión c. Finlandia*, sentencia de 19 de noviembre de 2009, C-118/07. Las sentencias no sólo declararon incompatibles los citados convenios con los arts. 64, 66 y 75 TFUE; la última de ellas ni siquiera se conformó con la posibilidad de suspender o denunciar el acuerdo como medio de resolver el conflicto (TJCE, *Comisión c. Finlandia*, §§ 48-50).

la primera, el artículo 351 TFUE no tendría ningún efecto útil; sin la segunda, el artículo 351 TFUE sería una cómoda escapatoria al Derecho de la Unión¹⁶⁵⁴.

Pues bien, el TJCE es perfectamente consciente del riesgo que supone esta disposición para el resultado pretendido por la sentencia *Kadi (II)*, y por ello decide establecer diferencias dentro del Derecho primario de la Unión, separando de él unos “principios que constituyen las bases del ordenamiento jurídico comunitario” que gozan de rango supraconvencional, quedando así fuera del alcance de los Estados incluso cuando invocan los artículos 347 y 351 TFUE¹⁶⁵⁵. Entre ellos, por supuesto, se encuentra el de la protección de los derechos fundamentales. A nuestro modo de ver, esta limitación puede ser cuestionada desde el ángulo del principio de atribución de competencias en relación con los derechos fundamentales. Y es que, como venimos afirmando, si el artículo 351 TFUE cumple una función, ésta es precisamente la de permitir al Estado desvincularse *totalmente* del Derecho comunitario para cumplir con sus obligaciones contractuales previas, sin excepción alguna desde el punto de vista material.

En efecto, desde el momento en que el Estado tiene derecho a aplicar unilateralmente las sanciones del Consejo de Seguridad en contra de una eventual decisión negativa de las autoridades europeas, el límite a este derecho fijado en la protección de los derechos fundamentales deja de tener sentido, pues la protección de estos se encuentra intrínsecamente vinculada al ejercicio de competencias comunitarias. En otras palabras, si no hay “violación” de competencia comunitaria, porque el Estado ha sido habilitado para desvincularse de ella, no hay derecho fundamental que el Tribunal de Justicia pueda proteger. Defender lo contrario se acercaría a otorgar a la Unión una competencia general en materia de derechos humanos de la que es indudable que no dispone, vaciando así de contenido al artículo 351 TFUE y superando en cierto modo el principio de atribución de

¹⁶⁵⁴ Por eso KLABBERS, tomando la disposición en su conjunto, afirma provocadoramente que “it would seem that Article 307 TCE first and foremost aims to strike a balance between the protection of anterior treaties, and the integrity of Europe’s integration process or, as some would have it, the protection of the *acquis communautaire*” (KLABBERS, J.: *Treaty conflict...*, *op. cit.*, p. 118).

¹⁶⁵⁵ LAVRANOS, N.: “The impact...”, *loc. cit.*, p. 50. TRIDIMAS, que defiende la solución del TJCE, se refiere directamente a “principios constitucionales” (TRIDIMAS, T.: “Terrorism...”, *loc. cit.*, p. 107). A favor de esta solución se muestra también VAN ROSSEM (“Interaction...”, *loc. cit.*, p. 205). Por el contrario, para ZIEGLER, el resultado de esta jerarquización es claramente fragmentador, y se habría evitado si el Tribunal de Luxemburgo hubiera analizado la legalidad de las sanciones inteligentes a la luz de la Carta de las Naciones Unidas, mostrando así que los Estados no están obligados a cumplir con ellas (ZIEGLER, K.: “Strengthening...”, *loc. cit.*, pp. 297-298. Claro que a ello se puede responder desde la perspectiva de la autora, que el Tribunal de Luxemburgo no tiene el monopolio en la interpretación de la Carta, por lo que los Estados siguen siendo libres de decidir que las resoluciones del Consejo de Seguridad sí son legales).

competencias, que también puede considerarse un “principio que constituye la base del ordenamiento jurídico comunitario”¹⁶⁵⁶.

Por ello, y siempre desde esta óptica, el “principio superior” de la protección de los derechos humanos no puede esgrimirse como límite al derecho del Estado de cumplir con sus obligaciones previas a los Tratados, entre las cuales se encuentran las derivadas de la Carta de las Naciones Unidas. La sentencia *Kadi (II)*, tomando el camino opuesto al que hemos sugerido, fosiliza de alguna manera la protección de los derechos humanos por encima del principio de atribución de competencias, ampliando el alcance de la políticamente delicada cláusula de la CDF; y situándolos en un nivel *supraconvencional* (sobre los Tratados, en tanto que textos constitutivos¹⁶⁵⁷).

¹⁶⁵⁶ Para GAJA, el art. 351 TFUE ha de poder utilizarse como válvula de escape para cumplir con las obligaciones derivadas de la Carta; no por los argumentos que acabamos de exponer –de hecho, el autor acepta el límite en el cumplimiento con los derechos humanos que opone el Tribunal-, sino porque la Carta exige tratamiento diferenciado del resto de Tratados (GAJA, G.: “Are the effects...”, *loc. cit.*, pp. 8-9). Ello es así porque este autor argumenta que el art. 351 TFUE como tal no basta para regir las relaciones entre las obligaciones de los Estados previas a los Tratados y la Carta. Entre otros motivos, esta disposición no es aplicable a Alemania (parte en la Carta desde el 18 de septiembre de 1973); y además, su párrafo segundo resulta difícilmente compatible con la Carta (al menos, tal y como lo ha llegado a interpretar el Tribunal de Justicia). Sobre la difícil relación entre el art. 351 TFUE y el Derecho internacional, *Vid.*, entre otros, DíEZ-HOCHLEITNER, J.: *La posición del Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 147 y ss.; KLABBERS, J.: *Treaty conflict...*, *op. cit.*, pp. 115 y ss.; LIČKOVÁ, M.: “European exceptionalism in International Law”, *EJIL*, Vol. 19, nº 3, pp. 463 y ss.

¹⁶⁵⁷ Igualmente crítico con el análisis del Tribunal se muestra GATTINI, quien estima que “the cursory way in which the Court, contrary to the CFI’s view, disposes of Article 307, dismissing by the same token the *Centro-Com* precedent, verges on the self-righteous” (GATTINI, A.: “Case note...”, *loc. cit.*, p. 225). Para SANTOS VARA, “se prepara el terreno para adoptar un enfoque netamente constitucional en el presente caso” (“El control judicial...”, *loc. cit.*, p. 97; en sentido parecido, GIANELLI, A.: “L’autonomia...”, *loc. cit.*, pp. 1081-1082). HINOJOSA MARTÍNEZ considera además que el Tribunal emplaza a los Estados en un “*cul-de-sac*”, anulando el Reglamento y al mismo tiempo impidiéndoles cumplir con las resoluciones del Consejo de Seguridad (HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: “Bad law...”, *loc. cit.*, p. 347). Esta última conclusión es evidentemente acertada, aunque *debería ser* de escasa virtualidad práctica, porque en todo caso los Estados *no están obligados a cumplir con las resoluciones Al-Qaeda/Talibanes* si no se siguen respetando los derechos fundamentales en el Consejo de Seguridad. Tampoco debería gozar de gran virtualidad práctica la afirmación del AG MADURO quien, quizás “jugando de farol”, sugirió que la aplicación de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario “no es óbice para la aplicación de las normas internacionales en materia de responsabilidad de los Estados o de la norma enunciada en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas” (§ 39). En el mismo sentido, VAN ROSSEM, J.-W.: “Interaction...”, *loc. cit.*, p. 203. Ahora bien, esta opinión del AG no deja de ser muy ilustrativa de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno, donde, en los términos de RODRIGO HERNÁNDEZ, “en los casos de inaplicación de las obligaciones internacionales, la primacía del Derecho internacional se afirma de forma indirecta por medio de la responsabilidad internacional” (RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J.: *Las resoluciones obligatorias...*, *op. cit.*, p. 283). En todo caso, la responsabilidad es del Estado; no estamos tan seguros de que la Comunidad también contraiga responsabilidad internacional por la anulación del Reglamento, como afirman LABAYLE, H.; MEHDI, R.: “Le contrôle juridictionnel...”, *loc. cit.*, p. 248.

Sea como fuere, los Estados miembros no parecen haber acogido con tantas reticencias los problemas originados por esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Y es que, como pudimos analizar con anterioridad, ya no hay lista negra que se pueda ejecutar en la Unión sin ofrecerse las garantías jurídicas necesarias a los individuos, independientemente de que el Consejo de Seguridad ofrezca o no margen de

Es evidente que hay algo de “droit-de-l’*hommisme*”¹⁶⁵⁸ en el razonamiento del Tribunal de justicia porque no resulta fácil concebir otro límite material a la facultad de los Estados de acudir al 351 TFUE que no sea el del respeto a los derechos humanos (en realidad, toda la sentencia del Tribunal de Justicia, incluido su énfasis en la autonomía de la Carta, está imbuida de este “droit-de-l’*hommisme*”). Pero es indudable que en este apartado *Kadi (II)* presenta *cierto* contraste con lo decidido previamente en la sentencia *Levy*, donde se permitió a Francia¹⁶⁵⁹ penalizar la contratación de personal femenino para realizar trabajos nocturnos, en cumplimiento con la Convención núm. 89 de la OIT de 1948, pero en clara violación de normativa comunitaria en materia de no discriminación¹⁶⁶⁰.

IV.3.2. Matices y réplica a la valoración crítica: del *pacta sunt servanda* a la ponderación de valores

Esta propuesta provisional merece ciertas observaciones añadidas para encuadrarla correctamente, además de una réplica de especial relevancia que merece ser expuesta, a fin de perfilar totalmente nuestra interpretación.

discrecionalidad a los Estados a la hora de ejecutar sus resoluciones. Son los mismos Estados de la Unión los que han codificado esta obligación en la reforma de Lisboa. Por si no fuera suficientemente claro, la Declaración nº 25 relativa a los artículos 75 y 215 del TFUE (prevención y lucha contra el terrorismo) afirma lo siguiente: “La Conferencia recuerda que el respeto de los derechos y libertades fundamentales implica, en particular, que se preste la debida atención a la protección y el respeto del derecho de las personas físicas y entidades de que se trate a disfrutar de las garantías previstas en la ley (...)”, refiriéndose a continuación a la tutela judicial efectiva. Claro que, en contrapartida, el art. 351 TFUE no ha acogido expresamente la referencia a los derechos humanos establecida en la sentencia *Kadi (II)* como límite al uso de esta cláusula, aunque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es muy clara a este respecto.

¹⁶⁵⁸ En un sentido positivo, no peyorativo, de la palabra.

¹⁶⁵⁹ Aunque conviene no obviar que la decisión final se dejó en manos del juez nacional, Para KLABBERS, quizás se deba a las críticas recibidas por el Tribunal de Justicia por la anterior sentencia *Burgoa* (KLABBERS, J.: *Treaty conflict...*, *op. cit.*, p. 129).

¹⁶⁶⁰ Decimos “cierto” porque, como señala ROLDÁN BARBERO, en *Levy* el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no fue reconocido como un derecho fundamental lo suficientemente preciso como para no requerir la aprobación de normativa secundaria. El conflicto era más bien entre un tratado anterior y el art. 5 de la Directiva 76/207/76/CE, de 9 de febrero de 1976; y no entre éste y el Derecho originario (ROLDÁN BARBERO, J.: “Una revisión...”, *loc. cit.*, p. 485). Pero el mismo autor defiende la aplicabilidad del tratado anterior, incluso aunque la contradicción provenga de un derecho fundamental recogido en el Derecho primario (*ibid.*, p. 489). El Tribunal parece dejar entrever esta solución al afirmar “si bien es cierto que la igualdad de trato entre hombres y mujeres constituye un derecho fundamental reconocido por el ordenamiento jurídico comunitario, su aplicación, incluso en el ámbito comunitario, ha sido progresiva (...)” (§ 16). “En estas circunstancias, no basta con invocar el principio de igualdad de trato para obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones que incumben a un Estado miembro en este ámbito en virtud de un Convenio internacional anterior, obligaciones cuyo cumplimiento salvaguarda el párrafo primero del artículo 234 del Tratado” (§ 17).

Primero, no puede pasarse por alto que las conclusiones del Tribunal respecto del artículo 351 TFUE deben encuadrarse dentro de un doble diálogo: uno general, con los tribunales constitucionales nacionales en materia de límites a la integración europea; y otro más particular, relativo a la protección de los derechos humanos en materia de sanciones inteligentes Al-Qaeda/Talibanes (con los Tribunales nacionales, con el mismo Consejo de Seguridad e incluso con el Tribunal de Estrasburgo)¹⁶⁶¹. Desde este punto de vista se puede explicar que el TJCE intente mostrar a los Altos Tribunales nacionales que la Unión es una organización que se toma en serio la protección de los derechos humanos. Además, en la práctica, quizá no habría habido gran diferencia si se hubiera dejado a los Estados ejecutar ellos mismos las listas negras Al-Qaeda/Talibanes del Consejo. Sin pretender ampararnos en predicciones de escaso carácter científico, es probable que los actos nacionales de ejecución hubieran acabado ante los tribunales constitucionales de los Estados miembros, o al menos ante algunos de ellos¹⁶⁶².

En segundo lugar, la relevancia del recurso al artículo 351 TFUE por los Estados se ve limitada *de iure* por el hecho de que el párrafo segundo exige a los Estados “recurrir a todos los medios” para eliminar las incompatibilidades; lo cual implica que los Estados miembros de las Naciones Unidas –en especial, los que son miembros del Consejo de Seguridad-, han de hacer lo posible por crear un mecanismo “equivalente” a los estándares

¹⁶⁶¹ CIAMPI, A.: “The potentially competing...”, *loc. cit.*, p. 127; HILPOLD, P.: “EU Law and UN Law...”, *loc. cit.*, pp. 178 y ss.; ZIEGLER, K.: “Strengthening...”, *loc. cit.*, pp. 298 y ss. Esta última autora critica –a nuestro juicio, con acierto-, que el Tribunal de Justicia no hiciera una referencia expresa a la jurisprudencia del TEDH en *Bosphorus*, a fin de influenciar al TEDH en su actitud hacia las obligaciones de los Estados con origen en la Carta de las Naciones Unidas. Es evidente, sin embargo, que el razonamiento del TJUE deja entrever claramente el recurso al argumento *Solange*.

¹⁶⁶² HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: “Bad law...”, *loc. cit.*, p. 347. En este sentido, habría sido bastante más probable que los Tribunales constitucionales hubieran acabado protegiendo los derechos humanos de los afectados por las listas sobre la base de los estándares constitucionales nacionales (como hizo la Corte Suprema británica en *Ahmed y otros*); que volver a repetir los argumentos del TG en *Kadi (I)*, como hizo el Tribunal Federal suizo. Y es que Suiza es, a nuestro conocimiento, el único país donde el *ius cogens* ha encontrado un arraigo constitucional. El país helvético es más bien la excepción que confirma la regla.

HINOJOSA MARTÍNEZ considera la jurisprudencia del TJCE en materia de acuerdos mixtos para justificar la decisión del Tribunal de Justicia en *Kadi (II)* relativa al art. 351 TFUE y los derechos fundamentales. Y es que el Tribunal ha afirmado que los Estados miembros deben respetar los principios fundamentales del Derecho comunitario incluso cuando están ejerciendo sus competencias nacionales. Cabría añadir que EECKHOUT sugiere que la competencia de la Comunidad en materia de listas antiterroristas es ya exclusiva, en la medida en que los Reglamentos de ejecución han armonizado las condiciones de elaboración de las listas (Citado en POLI, S.; TZANOU, M.: “The *Kadi*...”, *loc. cit.*, pp. 151-152). A nuestro modo de ver, el problema del art. 351 TFUE y el respeto de los derechos fundamentales no es una cuestión de exclusividad de competencia, o de delimitación de las parcelas que corresponden a Estados y Comunidad cuando la competencia es mixta. Por el contrario, es un problema de límites a la competencia del Estado para *suspender* sus obligaciones comunitarias sobre la base exclusiva del art. 351 TFUE, independientemente de la competencia de la Comunidad en la materia sea mixta o no.

exigidos por el Tribunal de Justicia¹⁶⁶³ (asimilables en lo sustancial a los estándares internacionales¹⁶⁶⁴). Es evidente que no es fácil acomodar esta exigencia al Consejo de Seguridad, donde los Estados europeos en su conjunto¹⁶⁶⁵ gozan de limitada capacidad de influencia (uno de los motivos por los que GAJA estima que el artículo 351 TFUE ha de acomodar un “tratamiento diferenciado” para la Carta). Además, aquí sería completamente irracional exigir a los Estados una retirada del tratado en caso de no poder solucionar las incompatibilidades entre el tratado previo y el DUE, como ya ha sucedido en otros casos¹⁶⁶⁶. En todo caso, estas dificultades de la *realpolitik* no cuestionan la existencia de la obligación; más aún cuando las mismas resoluciones del Consejo se encuentran también bajo la sombra de la ilegalidad a la luz de la misma Carta.

Por último, aunque no por ello menos importante, se puede argumentar que el principio que inspira al Tribunal en *Kadi (II)* a la hora de limitar el artículo 351 TFUE es en el fondo el mismo que éste inauguró en la sentencia *ERT*, como argumentara el AG MADURO en sus Conclusiones¹⁶⁶⁷. En este importante pronunciamiento del Tribunal de Justicia se plantearon los límites al recurso por los Estados a las excepciones de los antiguos artículos 56 y 66 TCE (actuales 52 y 62 TFUE), con el fin de justificar normas nacionales que pudieran afectar a la libre prestación de servicios, en el contexto de una discusión sobre la legalidad del antiguo monopolio estatal griego en el mercado televisivo a la luz del Derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia estimó que, al afectar a la libre prestación de servicios, la normativa nacional restrictiva se encontraba dentro del ámbito comunitario –a pesar de acogerse a sus excepciones-, por lo que concluyó que ninguna norma nacional que se apoyara en las excepciones de los artículos 52 y 62 TFUE podía violar el principio de

¹⁶⁶³ Las Conclusiones del AG MADURO eran particularmente explícitas al respecto (§ 32). *Vid.* también LAVRANOS, N.: “The impact...”, *loc. cit.*, p. 50.

¹⁶⁶⁴ Es evidente que, en caso de que en el futuro se llegara a crear un mecanismo en el seno del Consejo, el Tribunal de Justicia debería mostrar cierta flexibilidad a la hora de ponderar su adecuación a las exigencias del *due process*. Una inflexible posición exigiendo una *identidad absoluta* sería imposible; un exceso de deferencia sería también poco recomendable... El Tribunal habría de buscar el equilibrio entre ambos valores: paz y seguridad internacionales, y protección de los derechos humanos.

¹⁶⁶⁵ Salvo aquellos que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad, claro está.

¹⁶⁶⁶ Para un análisis de la jurisprudencia del Tribunal en esta materia, KLABBERS, J.: *Treaty conflict...*, *op. cit.*, pp. 135 y ss.

¹⁶⁶⁷ TJCE, *Eliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossoppikou v. Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirious Kouvelas y Nicolaos Avdellas y otros (ERT)*, sentencia de 18 de junio de 1991, C-260/89, Rec. p. I-2925 (Citadas en las Conclusiones del AG MADURO, § 30). También en el mismo sentido, TRIDIMAS, T.; GUTIÉRREZ-FONS, J. A.: “EU Law...”, *loc. cit.*, p. 705.

protección de los derechos fundamentales en la Unión, y más concretamente, la libertad de expresión recogida en el artículo 10 CEDH¹⁶⁶⁸. De esta manera, para el Estado “no cabe otra opción: cuando los Estados exceptúan la aplicación del Derecho de la Unión se sitúan dentro del mismo, por lo que deben respetar también los derechos fundamentales reconocidos por la Unión”¹⁶⁶⁹.

Por analogía, en *Kadi (II)* sucedería algo similar: el Estado no puede ignorar el respeto de los derechos fundamentales por el hecho de ampararse en las “excepciones” del artículo 351 TFUE. En el fondo, los Estados “siguen aplicando el Derecho de la Unión” en el sentido de los artículos 51(1) y 52(5) CDF, dado que aplican una de sus normas, el artículo 351 TFUE. Aunque la actuación del Estado no pretenda cumplir con sus compromisos europeos, sino más bien liberarse de ellos para responder a sus obligaciones internacionales previas, los Estados han de actuar en última instancia bajo la tutela del Derecho de la Unión y de sus principios fundamentales (es decir, con la Comisión y del Tribunal de Justicia como garantes del respeto a los límites del artículo 351 TFUE).

La pregunta que hay que formularse entonces es, ¿se ha de aplicar *Levy* o *ERT* a las sanciones Al-Qaeda/Talibanes? Recordemos que en *Levy* se permitió la violación del principio de no discriminación por cumplir con un convenio anterior (cierto, en tanto que derecho cuya protección se ha beneficiado de un desarrollo normativo en Derecho derivado). Ello no habría sido posible si se aplica por analogía la doctrina *ERT*. ¿Cuál de las dos opciones habría sido la más correcta en *Kadi (II)*?

Desde el punto de vista estrictamente técnico, entendemos que la diferencia entre los supuestos *ERT* y los supuestos *Levy* es que la cláusula que habilita el incumplimiento

¹⁶⁶⁸ *Ibid*, §§ 41-45.

¹⁶⁶⁹ MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 51: ámbito de aplicación”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, p. 817. Ello nos remite a la vieja discusión sobre si el Estado que se acoge las “derogaciones” de los Tratados en materia de libertades se encuentra en el “ámbito del Derecho de la Unión”. No era así para COPPEL y O’NEILL, para quienes, las derogaciones buscaban previsamente desvincular al Estado de la esfera del Derecho Comunitario (COPPEL, J.; O’NEILL, A.: “The European Court of Justice: taking rights seriously?”, *CMLRev*, Vol. 29, 1992, p. 679, citando a PESCATORE). En una conocida réplica a este trabajo, WEILER Y LOCKHART lo argumentaron de la manera siguiente: “Imagine the state of the common market if each Member State could determine by reference to its own laws and values –without any reference to Community law- what was or was not covered by the prohibition and its derogation. Surely how wide or narrow the derogation is, should be controlled by Community Law” (WEILER, J. H. H.; LOCKHART, N. J. S.: ““Taking rights seriously” seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence – part I”, *CMLRev*, Vol. 32, 1995. Segunda parte del trabajo publicado en *ibid*, pp. 579 y ss.).

con las obligaciones europeas difiere en ambos casos. En el primero, la cláusula que habilita la “derogación” es una excepción *longitudinal* que habilita al Estado a incumplir una determinada disposición del Derecho europeo. En otras palabras, su aplicabilidad se encuentra limitada al ámbito de los supuestos excepcionales previstos en el TFUE¹⁶⁷⁰. Cuando esa disposición es una de las libertades fundamentales, la cláusula se asemeja, *mutatis mutandis*, a las cláusulas de limitación de derechos en los principales convenios internacionales de derechos humanos: se pueden definir por ley de manera permanente y afectan al contenido “tangible” de un determinado derecho fundamental. Por el contrario, la cláusula del artículo 351 TFUE es una excepción *transversal* que habilita al Estado a incumplir cualquier disposición de Derecho europeo. En este sentido se asemeja, otra vez *mutatis mutandis*, a las cláusulas de suspensión de derechos que analizamos en el Capítulo III de este trabajo: afectan a todo el Convenio¹⁶⁷¹ y son *temporales*. El ámbito de aplicación *ratione materiae* es mucho más amplio; pero *ratione temporis* son mucho más limitadas: su excepcionalidad y amplitud justifica su provisionalidad.

Desde el punto de vista de los objetivos-valores que subyacen a los dos supuestos, es evidente que en ambos casos estaba en juego la amplitud del control jurisdiccional por el Tribunal de Justicia de las actuaciones de los Estados. Ahora bien, a partir de aquí, las distancias son manifiestas: mientras que en *ERT* el objetivo último del Tribunal era

¹⁶⁷⁰ El Tribunal de Justicia lo dejó bien claro hace tiempo en su sentencia *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, sentencia de 15 de mayo de 1986, 222/84, Rec. 1986 pp. 1651 y ss.; § 26. Cabe preguntarse si el principio establecido en *ERT* se aplica al antiguo art. 297 TCE (actual 347 TFUE): que establece que “los Estados miembros se consultarán a fin de adoptar de común acuerdo las disposiciones necesarias para evitar que el funcionamiento del mercado interior resulte afectado por las medidas que un Estado miembro pueda verse obligado a adoptar en caso de graves disturbios internos que alteren el orden público, en caso de guerra o de grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra, o para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional”. Como vimos, en *Kadi (II)* el TJCE hizo una referencia colateral a esta disposición, pero no estableció expresamente que en caso de acudir a esta disposición se han de respetar los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico europeo. Y aunque en el caso más relevante sobre este art. 347 TFUE no hubo sentencia definitiva del Tribunal, algún autor ha deducido de las Conclusiones del AG JACOBS una aplicación de la doctrina de los actos políticos a esta norma. En efecto, según PEERS, en la medida en que el AG mostró una gran deferencia hacia la posición de los Estados para valorar la legalidad del embargo comercial impuesto por Grecia contra antigua República Yugoslava de Macedonia, “Advocate General Jacobs appears to accept the Commission’s arguments that all principles of Community law can be pleaded in determining whether a Member State has misused article 224 (...) what if persons had been expelled or prosecuted for not sharing the Greek Government’s view of the situation, or severely punished for ‘breaking’ the sanctions?” (PEERS, S.: “National Security and European Law”, *YEL*, Vol. 16, 1996, p. 386. Las Conclusiones del AG JACOBS son de 6 de abril de 1995, en el asunto *Comisión c. Grecia*, sentencia de 19 de marzo de 1995, C-120/94, Rec 1995-6 pp. I-1535. Sobre esta sentencia, *Vid.* también EECKHOUT, P.: *External relations...*, *op. cit.*, pp. 450 y ss.; GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *Política Comercial...*, *op. cit.*, pp. 371 y ss.).

¹⁶⁷¹ Con el matiz de los derechos intangibles en los convenios internacionales en materia de derechos humanos.

ponderar sustantivamente el “dúo” derechos fundamentales del individuo/seguridad pública, salud pública y política nacional, en *Levy* el razonamiento del Tribunal fue más formal, valorando más bien el “dúo” derechos fundamentales del individuo/*pacta tertiis nec nocent nec prosunt* y *pacta sunt servanda*. A no ser que el cumplimiento con el Derecho internacional se considere un valor en sí¹⁶⁷², sólo en el primer caso parece haber un interés real del Tribunal por establecer un equilibrio entre dos valores *sustantivos*; en el último se acude algo más mecánicamente a la cláusula del artículo 351 TFUE, con menor consideración por los valores de fondo.

Por el contrario, el razonamiento del Tribunal en *Kadi (II)* establece ahora límites sustantivos en el artículo 351 TFUE. En este sentido, el Tribunal se reserva la competencia para determinar en qué medida el respeto a las obligaciones previas del Estado puede afectar a los derechos fundamentales del individuo tal y como se protegen por el ordenamiento jurídico de la UE. Es cierto que el Tribunal enuncia el límite al artículo 351 TFUE en términos negativos (no se pueden violar los derechos fundamentales), pero entendemos que lo que dicha fórmula exige en realidad es una ponderación que se ha realizar caso por caso¹⁶⁷³. De no ser así, se estaría “poniendo el carro delante de los bueyes”, determinando *a priori* a favor del primero el resultado de todos los conflictos entre el principio de protección de los derechos humanos y los convenios anteriores sobre la misma materia.

El salto cualitativo respecto a *Levy* es claro: ya no podrá haber “aplicación automática” del artículo 351 TFUE, sino que se habrá de justificar en cada supuesto concreto si cumplir con el Convenio anterior respeta los derechos fundamentales; o dicho a la inversa, si una intromisión en los derechos fundamentales del individuo está justificada por la necesidad de cumplir con las obligaciones previas del Estado¹⁶⁷⁴. Es decir, *Kadi (II)*

¹⁶⁷² Como hace por ejemplo DE BÚRCA, G.: “The European Courts and the Security Council...”, *loc. cit.*, pp. 856 y ss. *Vid.* la contrarréplica a este trabajo en DE SENA, P.; VITUCCI, M. C.: “The European Courts and the Security Council (...) a rejoiner...”, *loc. cit.*, pp. 891 y ss.

¹⁶⁷³ En *ERT* hubo doble lenguaje por el Tribunal: por un lado, una fórmula negativa para establecer el principio general de “no violación de los derechos fundamentales por el Estado” (§ 42); por el otro, el deber de los Tribunales nacionales de “ponderar” las excepciones de los Tratados con el principio de protección de los derechos fundamentales (§ 44).

¹⁶⁷⁴ En línea con esta jurisprudencia, un recomendable estudio de KLABBERS sobre las decisiones del TJUE relativas al art. 351 TFUE anticipaba, antes incluso de la sentencia del TJCE en *Kadi (II)*, que en realidad esta cláusula no se ha interpretado como una válvula de escape *automática* para los Estados, sino más bien como un mecanismo de *ponderación* entre valores o intereses previos a los Tratados, y los valores o intereses recogidos en estos (KLABBERS, J.: *Treaty conflict...*, *op. cit.*, pp. 115 y ss.). *Kadi (II)* supondría un progreso

rechaza definitivamente (si es que el Tribunal de Justicia no lo había hecho ya) una concepción de las relaciones entre los Tratados y los convenios anteriores basada en las reglas clásicas: *negotium e instrumentum* ya no son totalmente dissociables, la reciprocidad entre Estados se rompe en favor de la protección de los derechos humanos, y en definitiva, se priorizan unos *valores* (¿europeos?) sustantivos por encima de otros (está por ver si en eventuales conflictos futuros se dejará un margen de discrecionalidad a los Estados¹⁶⁷⁵).

Que ésta sea la opción más deseable, se trata de otra cuestión que forma parte del debate mucho más amplio sobre la fragmentación del Derecho internacional, y sobre la que no nos podemos extender en esta sede¹⁶⁷⁶. Lo que queríamos dejar claro es que el mensaje del Tribunal de Justicia en materia de convenios anteriores ofrece un complejo panorama

sustantivo respecto de esta línea jurisprudencial, al establecer parámetros sustantivos de ponderación entre convenios anteriores y los Tratados articulados en torno a la protección de los derechos humanos.

¹⁶⁷⁵ Sobre la aplicación de la doctrina del margen de discrecionalidad de los Estados en el respeto de los derechos fundamentales reconocidos por la Unión cuando éstos actúan en la esfera del Derecho de la Unión, *cfr.* DÍAZ CREGO, M.: “El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales”, en GARCÍA ROCA, J.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Dir.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a uno integrado*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 55 y ss.

¹⁶⁷⁶ En este debate hay que tener muy presente el ineludible pronunciamiento *Comisión c. Irlanda (asunto de la Fábrica de Mox)*, sentencia de 30 de mayo de 2006, C-459/03. Recordemos que en este caso se planteó si Irlanda podía elevar a un Tribunal arbitral la resolución de una disputa relativa a la aplicación (entre otras) de numerosas disposiciones de la Convención de Montego Bay por parte del Reino Unido, así como de varias normas de Derecho europeo y otros convenios internacionales. El Tribunal acudió –otra vez– al principio de autonomía del orden jurídico comunitario, así como al principio de cooperación leal, para fundamentar su decisión final. El Tribunal declaró que Irlanda había infringido, entre otros, los arts. 292 TCE (al someter a un Tribunal arbitral la disputa relativa a la construcción de una fábrica de reciclaje de material radiactivo en Sellafield (Reino Unido); y el 10 TCE (al no informar de ello a la Comisión). El motivo último era que dicha disputa implicaba la interpretación de normativa europea en materia; entre otras, la Directiva 93/75/CEE del Consejo, de 13 de septiembre de 1993, *sobre las condiciones mínimas exigidas a los buques con destino a los puertos marítimos de la Comunidad o que salgan de los mismos y transporten mercancías peligrosas o contaminantes* (DO L 247, de 5.10.1993, p. 19); la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, *sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente*, (DO L 158, p. 56); y la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, *relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente* (DO L 175, de 5.7.1985, p. 40). Irlanda había solicitado la formación de un Tribunal arbitral siguiendo lo dispuesto en la Parte XV de la Convención de Montego Bay y el Anexo VIII, sobre arreglo pacífico de controversias.

Desde el punto de vista de la fragmentación del Derecho internacional, el aspecto más conflictivo de la decisión del Tribunal se encuentra en el § 135, donde el Tribunal se conforma con que “una parte significativa de la controversia” se refiera “a la interpretación o a la aplicación del Derecho comunitario” para excluir la competencia de otros tribunales internacionales sobre una disputa entre Estados miembros. El carácter problemático de esta decisión disminuye, sin embargo, con el hecho de que el art. 282 de la Convención de Montego Bay muestra predilección por los mecanismos regionales de solución de disputas. No se puede predicar lo mismo del Convenio sobre Protección del Medio Marino del Nordeste Atlántico de 1992, también en disputa en este asunto, y que no preveía una cláusula análoga. (*Vid.*, sobre esta sentencia, CARREÑO GUALDE, V.: “TJCE — Sentencia De 30.05.2006, Comisión/Irlanda, C-459/03, *Mox* — la competencia exclusiva del TJCE y la parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, *RDCE*, nº 26, enero/abril 2007, pp. 185 y ss.; SCHRIJVER, N.: “Case note”, *CMLRev*, Vol. 47, 2010, pp. 863 y ss.).

(califíquese como *constitucional, ponderativo-valorativo*, o como se le quiera llamar), en el que el órgano con sede en Luxemburgo quiere emplazarse como último garante del equilibrio entre el respeto del Derecho internacional por los Estados miembros y la protección de valores individuales del orden jurídico europeo. En este escenario el Tribunal se erige en órgano “proteccionista” de los *valores* europeos por encima de los valores subyacentes a otros acuerdos internacionales previos, e incluso de los “valores técnico-jurídicos” *pacta sunt servanda* y *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. No es la primera vez que lo hace: algo similar se hizo en su momento con las cláusulas derogatorias de los Tratados (sentencia *ERT*).

V. BALANCE GENERAL: PARALELISMOS ENTRE WASHINGTON Y LUXEMBURGO. DE *MEDELLÍN A HOLDER*

Varios autores han considerado útil comparar la sentencia del TJCE en *Kadi (II)* con la del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Medellín c. Texas*¹⁶⁷⁷. En este asunto, un ciudadano mexicano invocó el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (derecho a la asistencia consular) y la interpretación que del mismo realizó la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Avena*¹⁶⁷⁸, con fin de impugnar la condena a muerte por asesinato decidida por un Tribunal tejano. El Tribunal Supremo, sin embargo, rechazó las pretensiones del recurrente y declaró que, al no gozar el Tratado de carácter auto-ejecutivo (*self-executing*), la Convención de Viena no es invocable ante los Tribunales estadounidenses hasta que no hubiera legislación del Congreso que la implementara¹⁶⁷⁹, lo cual no llegó a suceder. El enfoque dualista del Tribunal ha llevado a los citados autores a establecer paralelismos entre el razonamiento del Tribunal Supremo con el del TJCE¹⁶⁸⁰, con el fin de fundamentar consideraciones críticas.

¹⁶⁷⁷ TS, *José Ernesto Medellín c. Texas*, 25 de marzo de 2008, N° 06-984.

¹⁶⁷⁸ CIJ, *Avena y otros ciudadanos mexicanos* (México c. EE.UU.), sentencia de 31 de marzo de 2004, *Recueil CIJ 2004*, esp. §§ 55 y ss.

¹⁶⁷⁹ Otro de los argumentos, rechazado por el Juez ROBERTS (Ponente), se refería a la invocabilidad de un Memorandum Presidencial que solicitaba a los Tribunales nacionales la revisión de sus sentencias para cumplir con las decisiones de la CIJ.

¹⁶⁸⁰ DE BÚRCA, G.: “The international legal order...”, *loc. cit.*, pp. 2 y ss.; FRANCK, T. M., <http://globaladminlaw.blogspot.com/2008/10/nyu-kadi-panel-discussion-in-full.html>, visitado por última vez el 28 de enero de 2011 (refiriéndose a una “texización” (*texasization*) de la Unión Europea); MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Unidad y pluralismo...”, *loc. cit.*, p. 284; WEILER, J. H. H.: “Editorial...”, *loc. cit.*,

Sin querer prejuzgar el acierto de estas comparaciones, la similitud entre ambas sentencias se centra sobre todo en el aspecto técnico, aunque muy importante, de la recepción del Derecho internacional en ambos órdenes jurídicos¹⁶⁸¹. Por eso creemos interesante complementar este posible paralelismo entre Washington y Luxemburgo con la interesantísima sentencia *Holder c. Humanitarian Law Project*¹⁶⁸², mucho más cercana a nuestro ámbito material de estudio. Y es que en este asunto se vio envuelta la legalidad constitucional de una de las listas antiterroristas estadounidense¹⁶⁸³ (recordémoslo, elaboradas sin intervención de un juez o autoridad equivalente).

Los recurrentes eran dos ciudadanos estadounidenses y seis organizaciones que ofrecían asistencia y formación jurídico-humanitaria a dos organizaciones proscritas por los EEUU, los desaparecidos Tigres Tamil de Sri Lanka y el PKK turco. Los fines de esta colaboración entran capacitar a ambas organizaciones para enviar peticiones de financiación a diversos organismos de Naciones Unidas y para resolver sus disputas con arreglo a los medios que ofrece el Derecho internacional, así como ofrecerles apoyo político en la defensa de las poblaciones esrilanquesa y kurda en los Estados Unidos.

El problema de fondo que se planteaba en este delicado asunto era dilucidar hasta dónde podía llegar la discrecionalidad del ejecutivo en criminalizar la conducta consistente en proveer “apoyo material” (*material support*) o “recursos” (*resources*) a una organización terrorista extranjera. Para los recurrentes, los términos de la normativa estadounidense violaban sus derechos fundamentales al *due process* (Quinta Enmienda) y a la libertad de expresión y asociación (Primera Enmienda). Una problema, como se puede ver, no muy diferente al que nos enfrenta en este estudio.

La Corte Suprema declaró constitucional penalizar las conductas enunciadas, incluso teniendo en cuenta los fines legítimos perseguidos por los recurrentes. A juicio de la Corte, esta restricción está justificada, entre otros motivos, por la ausencia de cortapisas en el interior de estas organizaciones que permitan deslindar iniciativas humanitarias de

pp. 1 y ss. Contra este paralelismo, EECKHOUT, P.: “Kadi and Al Barakaat...”, *loc. cit.*, NOLLKAEMPER, A.: “The European Courts...”, *loc. cit.*, p. 869.

¹⁶⁸¹ Tal es la diferencia en términos sustantivos que en *Medellín* el recurrente fue finalmente ejecutado (<http://www.foxnews.com/story/0,2933,397983,00.html>, visitado por última vez el 27 de enero de 2011).

¹⁶⁸² TS, sentencia de 21 de junio 2010, No. 08–1498.

¹⁶⁸³ En concreto, la establecida en 18 U. S. C. §2339B(a)(1), *Providing material support or resources to designated foreign terrorist organizations*

actividades terroristas. No es necesario exigir, pues, un nexo causal directo, o un elemento intelectual (*mens rea*), entre la prestación del servicio y la contribución a las actividades terroristas de estas organizaciones para poder ser condenado por proveer “apoyo material” a las organizaciones de la lista: se presume (casi *iuris et de iure*) que cualquier vínculo con una organización incluida en la lista supone incurrir en una conducta criminal.

La sentencia, de razonamiento muy criticable en algunos puntos¹⁶⁸⁴, rezuma *laissez faire* y deferencia judicial hacia las decisiones adoptadas por el ejecutivo y el legislativo, sobre todo cuando éstas afectan a las relaciones internacionales del Estado:

“The Court does not rely exclusively on its own factual inferences drawn from the record evidence, but considers the Executive Branch’s stated view that the experience and analysis of Government agencies charged with combating terrorism strongly support Congress’s finding that all contributions to foreign terrorist organizations—even those for seemingly benign purposes—further those groups’ terrorist activities. That evaluation of the facts, like Congress’s assessment, is entitled to deference, given the sensitive national security and foreign relations interests at stake.”¹⁶⁸⁵

Por el contrario, no sólo *Kadi (II)*, sino que la misma sentencia previa del TPI en el asunto *OMPI (I)* (relativa a la “lista 1373”), en tanto que piezas angulares de la creciente jurisprudencia en materia de listas negras antiterroristas en la UE, difieren sensiblemente

¹⁶⁸⁴ Vid. el voto disidente del Juez BREYER, al que se sumaron los Jueces GINSBURG y SOTOMAYOR. La sentencia puede tener efectos desastrosos sobre la labor de formación humanitaria que varias de estas organizaciones ofrecen en los Estados Unidos. A modo de ilustración, la sentencia permite criminalizar conductas que constituyen la práctica habitual del Comité Intenacional de la Cruz Roja, aunque es evidente que las inmunidades de esta última le impedirían ser enjuiciada. Además, la *ratio* de la sentencia puede ser utilizada por países donde hay conflictos armados internos, donde la labor de dichas organizaciones sobre el terreno es desde el punto de vista humanitario muy importante, y donde aquellos que detentan el poder tienen un alto interés en aislar lo máximo posible a sus opositores. En un interesante debate online organizado por la *Humanitarian Law and Policy Forum* de la Universidad de Harvard (*Criminalizing Humanitarian Engagement? Counterterrorism Legislation and Humanitarian Action*, 16 de septiembre de 2010), GABOR RONA, antiguo Consejero Jurídico de la División Legal del CICR, recomendó adoptar un enfoque más flexible en este tipo de situaciones, basado en la filosofía de la resolución 1916 del Consejo de Seguridad (S/RES/1916(2010), de 19 de marzo de 2010), relativa a Somalia. Este último texto “recalca la importancia de las operaciones de ayuda humanitaria, condena la politización, el mal uso y la apropiación indebida de la asistencia humanitaria por los grupos armados y exhorta a los Estados Miembros y a las Naciones Unidas a adoptar todas las medidas viables para mitigar esas prácticas en Somalia” (§ 4), adoptando un enfoque más matizado respecto del problema del desvío de la ayuda humanitaria a fines ilícitos, basado en el deber de los actores humanitarios de informar sobre los grupos a los que asisten en caso de apreciar conductas ilícitas. Sobre esta sentencia, Vid. ACQUAVIVA, G.: “The perils of teaching and practising international law”, *JICJ*, Vol. 8, septiembre 2010, pp. 1001 y ss.; TOMKINS, A.: “Criminalizing support for terrorism: a comparative perspective”, *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy*, Vol. 6, 2010, pp. 81 y ss. Sobre la “humanitarian advocacy” en general, *cfr.* el interesante documento elaborado por la conocida Organización Geneva Call: *Exploring Criteria & Conditions for Engaging Armed Non-State Actors to Respect Humanitarian Law and Human Rights Law*, disponible en <http://www.genevacall.org/resources/conference-reports/f-conference-reports/2001-2010/gc-2007-04-05jun-geneva.pdf>, visitado por última vez el 26 de enero de 2011, en especial la provocadora contribución de SASSÒLI, M.: “Engaging Non-State Actors: The New Frontier for International Humanitarian Law”, pp. 8 y ss.

¹⁶⁸⁵ CS, *Holder c. Humanitarian Law Project*, Syllabus, § 3, en referencia a los párrafos 28-34.

de la aproximación utilizada por la Corte Suprema en *Holder* (cierto es, refiriéndose ambas en la jurisprudencia consolidada del TEDH¹⁶⁸⁶ por la vía de los principios generales del Derecho comunitario). Ambas se aproximan desde el punto sustantivo a una equilibrada ponderación entre los intereses de la paz y la seguridad internacionales, por un lado; y las garantías administrativas y judiciales básicas del individuo, por otro; sin entrometerse en la esfera de la discrecionalidad de las decisiones políticas. Como afirmaba FRANCK en un clásico trabajo sobre judicatura y relaciones exteriores, “when courts speak in cases and thereby incidentally affect some aspect of foreign relations, they do not make foreign policy. They make judicial policy”¹⁶⁸⁷.

En este caso, la política judicial de la jurisdicción de Luxemburgo nos parece clara y coherente. Mientras que en *Holder* el Tribunal Supremo permitió que cualquier tipo de relación económica con la sección política de una organización terrorista designada por el gobierno pudiera dar lugar a una condena judicial sin necesidad de probar la relación directa que el ejecutivo presume¹⁶⁸⁸, en los asuntos europeos la jurisdicción de Luxemburgo adoptó una aproximación más desconfiada hacia estas presunciones y, en el plano global, menos condescendiente hacia los intereses de la paz y la seguridad internacionales y la información privilegiada de la que disponen los gobiernos. Y es que el Tribunal llega a rechazar expresamente la existencia de una “cuestión política”, a pesar de lo delicado del contexto:

Esto no significa no obstante, en relación con el respeto del principio de tutela judicial efectiva, que unas medidas restrictivas como las que impone el Reglamento controvertido puedan eludir todo control del juez comunitario desde el momento en que se afirme que el acto que las establece está relacionado con la seguridad nacional y con el terrorismo¹⁶⁸⁹.

Esta postura está dando lugar a una jurisprudencia más garantista y casuística que, entre otras soluciones, ha impedido al gobierno británico presumir que la relación familiar de una persona con un individuo incluido en una lista negra baste para justificar sus vínculos con terrorismo (en claro contraste con *Holder*)¹⁶⁹⁰. De ello sólo se puede obtener una conclusión: que el TJCE ha puesto el énfasis en un sano equilibrio entre derechos

¹⁶⁸⁶ TEDH, *Chahal c. Reino Unido*, § 131; y *Öcalan c. Turquía*, § 106.

¹⁶⁸⁷ FRANCK, T. M.: *Judicial questions...*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁶⁸⁸ Ambas sentencias son comparadas desde la perspectiva concreta de la noción de “relación directa” en MURPHY, C. C.: “Case note...”, *loc. cit.*, pp. 263-264.

¹⁶⁸⁹ TJCE, *Kadi c. Consejo (II)*, § 343.

¹⁶⁹⁰ *Cfr.* Cap. IX, § III.2.2.

humanos y seguridad del colectivo, eludiendo las voces que aconsejaban dejar las listas antiterroristas en manos de los ejecutivos.

El acierto de esta ponderación de valores en materia de listas antiterroristas europeas no se ve menoscabada por el verdadero nudo gordiano de la sentencia *Kadi (II)*, que es la relación entre el orden jurídico internacional y el europeo. Como hemos intentado demostrar, la autonomía no radica en la decisión espontánea de un Tribunal internacional obsesionado con desgajar al Derecho de la Unión del Derecho Internacional. Por el contrario, encuentra su fundamento en la voluntad de los Estados, expresada en un Tratado internacional al que ellos se han adherido, y que otorga al Tribunal de Justicia la función de intérprete último de sus principios y fundamentos. De ella se deriva que el ordenamiento jurídico de la UE no puede tolerar en su interior una norma jurídica que viole sus principios “constitucionales” *básicos* sin desnaturalizarse.

Si además tenemos en cuenta, por un lado, que de las alegaciones de algunos Estados ante el Tribunal de Justicia en *Kadi (II)*, relativas a la necesidad de ejecutar las resoluciones del Consejo de Seguridad en la UE, se deduce que no acaban de considerar que éstas sean contrarias a los propósitos y principios de la Carta (de hecho, dos de estos Estados son miembros permanentes del Consejo de Seguridad y participan regularmente en su elaboración); y por otro, que *todos* los Estados de la UE han confirmado en los nuevos artículos 75 y 215 TFUE que aceptan la sentencia *Kadi (II)*; *voilà* a nuestro juicio la mejor confirmación de que la autonomía del ordenamiento jurídico europeo respecto del Derecho Internacional emana en última instancia de la voluntad de sus creadores, y no de la agenda interesada de un Tribunal con veleidades particularistas.

Otra cosa diferente es que se acepten ciertos matices “proteccionistas” del *iter* argumentativo seguido por el Tribunal. Nos referimos sobre todo a la interpretación realizada de los límites al artículo 351 TFUE, y (quizás) a la ausencia de referencia *añadida* a los propósitos y principios de la Carta o a otros textos de Derecho Internacional. Si bien en el segundo punto hemos optado por comprender las cautelas del Tribunal en el contexto del caso, en el primero resulta necesario plantearse en qué medida se afecta a la unidad sistémica del Derecho internacional (al menos si estimamos los términos tan amplios en los que el Tribunal de Justicia ha introducido su excepción relativa a la protección de los derechos fundamentales). Como este aspecto forma parte de un debate

mucho más amplio, aquí nos hemos limitado a plantear los términos en los que creemos que la sentencia *Kadi (II)* se ha de introducir en esta discusión.

Ahora bien, a modo de cierre, insistimos una vez más en que lo esencial de este pronunciamiento, el tronco del árbol, hunde sus raíces en una doctrina plenamente respetuosa con el Derecho internacional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, que además ha ofrecido importantes frutos jurídicos tanto al Derecho de la Unión como al ordenamiento jurídico más amplio al que éste pertenece.

CAPÍTULO IX: GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EUROPEO EN MATERIA DE LISTAS ANTITERRORISTAS

INTRODUCCIÓN

Una vez analizados los elementos que permiten justificar la intervención *plena* del juez europeo en la determinación de la legalidad de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes, reconduciendo pues el debate al lenguaje de la protección de los derechos humanos en la Unión, estudiaremos la última de las caras del “prisma de las sanciones inteligentes”: el análisis de las garantías del procedimiento europeo de ejecución de estas medidas.

La necesidad de un examen de esta cuestión desde el ángulo específico de la UE, es decir, más allá del enfoque general desarrollado a lo largo del Capítulo IV de este trabajo (basado en un análisis conjunto de los principales textos y jurisprudencia internacional de derechos humanos), está a nuestro entender suficientemente justificada. Por un lado es cierto que las garantías cuyo cumplimiento supervisa el juez europeo no difieren en lo esencial de las que ofrece el Derecho internacional de los derechos humanos. De esta manera, garantías básicas como el derecho a un juez independiente e imparcial predeterminado por la ley, así como la notificación de la acusación, o la igualdad de armas durante el proceso, intervienen, o deberían intervenir, tanto en el plano de los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como en el de la Unión.

Por otro lado es cierto que, como veremos, existen sensibles divergencias originadas por la intervención de algunos derechos que no encuentran fácil acomodo en el plano universal. Nos referimos sobre todo a aquellos derechos vinculados con un derecho de ciudadanía que hoy día se reconoce en el artículo 41 CDF (el derecho a la buena administración), derecho que se concreta tanto en las garantías del procedimiento administrativo-sancionador de la UE, como en el derecho general de acceso a los documentos de las “instituciones, órganos y organismos” de la Unión, que el artículo 42 CDF protege de manera individualizada. Es evidente que las particularidades de la evolución de las relaciones entre la administración europea y sus ciudadanos singularizan estas garantías, encajándolas en un debate europeo que se inició en Maastricht, y bajo el que subyace el interés por acercar las instituciones de la Unión a la alejada ciudadanía

europea. Por ello, resulta metodológicamente más adecuado estudiar las garantías de cuya supervisión se encarga el Tribunal de Justicia en su preciso contexto jurídico, con independencia de que se consideren parte de un emergente “Derecho administrativo global” objeto de debate¹⁶⁹¹.

Tres argumentos más justifican un estudio del enfoque europeo de estas garantías, uno de relevancia central y dos subsidiaria. El primero atiende a las especificidades del mecanismo sancionador de la UE. Como adelantamos en el Capítulo anterior, existen diversas listas negras en la UE que se aplican mediante mecanismos legislativos diferenciados. Pues bien, uno de estos mecanismos, el alambicado sistema de la lista 1373, basado en la estrecha relación entre las autoridades nacionales y las europeas, está dando lugar a interesantes desarrollos jurisprudenciales que merecen una especial atención. En la medida en que, como vimos en su momento, la introducción de un nombre en la lista requiere una decisión previa de una “autoridad nacional competente”, precisar cuál puede ser esa autoridad y sobre qué tiene que versar esa decisión previa es una interesante tarea que ha acabado recayendo en el Tribunal General. Por no hablar de otras cuestiones que también ha tratado el juez europeo en el contexto de esta lista, como por ejemplo los posibles efectos retroactivos de la inclusión de un nombre en la misma, el *ne bis in idem*, o incluso las consecuencias que puede tener sobre los procedimientos relativos al reconocimiento del estatuto de refugiado en la Unión.

El segundo argumento enlaza con las reflexiones vertidas sobre la divergencia entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y el de la UE en materia de listas negras. Así, en la medida en que expliquemos cómo valora el juez europeo la relación entre seguridad y derechos humanos, estaremos precisando cómo se concreta esta divergencia de puntos de partida, y ejemplificando cómo un equilibrio más inclinado hacia las garantías del individuo puede seguir siendo suficientemente respetuoso con la seguridad del colectivo, a diferencia de lo que sostuviera la Corte Suprema en la sentencia *Holder*.

¹⁶⁹¹ Sobre este debate, *cfr.* entre otros trabajos, CASSESE, S.: “Global standards for national administrative procedures”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, Summer/Autumn 2005, pp. 109 y ss.; DELLA CANNANEA, G.: “Beyond the State: the Europeanization and globalization of procedural administrative law”, *EPL*, Vol. 9, Issue 4, 2003, pp. 563 y ss.; KINGSBURY, B.; KRISCH, N.; STEWART, R. B.: “The emergence of global administrative law”, *ibid.*, pp. 15 y ss.; VON BOGDANDY, A.; DANND, P.; GOLDMANN, M.: “El Derecho Internacional como Derecho Público: prolegómeno de un Derecho de los mercados financieros”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.): *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales. XXIII Jornadas de la AEPRIDI, la Rioja, 10,11 y 12 de septiembre de 2009*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 57 y ss.

Por último, un examen detallado de estas garantías se hace más ineludible si tenemos en cuenta que no son habituales las referencias a esta cuestión en la abundante literatura dedicada a las sentencias *Kadi* y *OMPI*. La mayoría de los estudios doctrinales se centran inevitablemente en las relaciones entre el orden jurídico internacional y el europeo y otras diversas cuestiones estructurales valoradas en el capítulo anterior; y si se refieren a los estándares del procedimiento administrativo, lo tienden a hacer de manera incidental. Ello no debe interpretarse en clave crítica, pues es evidente que el problema jurídico de mayor enjundia de *Kadi (II)* no es precisamente el de las garantías ofrecidas a los particulares afectados por ellas. Ahora bien, un estudio con los objetivos del nuestro, donde además la intersección entre técnica y valores adquiere una dimensión especial, no puede desatender este importante ángulo del problema.

Realizados estos apuntes preliminares, iniciaremos el análisis escudriñando la aproximación del Tribunal de Justicia tal y como éste la ha percibido en su jurisprudencia. En este apartado valoraremos de manera general cómo esta institución interviene en los procesos relativos a las sanciones antiterroristas en la Unión, es decir, cómo concibe tanto su papel en función del tipo de lista, y cómo concibe los procedimientos que dan lugar a la inscripción de un nombre en la lista –lo cual repercute en la amplitud de su función jurisdiccional-. Lejos de volver a realizar un innecesario análisis sobre la tutela judicial efectiva de los particulares en la Unión (acceso de los individuos al Tribunal de Justicia, procedimiento, estructura del Tribunal, relación del Tribunal de Justicia con los tribunales nacionales, etc.), focalizaremos nuestra mirada en las particularidades de las listas negras de la UE¹⁶⁹². Seguidamente analizaremos las garantías aplicables durante la “fase europea”

¹⁶⁹² Existe sin embargo algún interesante elemento del proceso ante el Tribunal de Justicia que se ha puesto de relieve al albur de los litigios relativos a las listas negras antiterroristas. En efecto, es habitual en los recursos de anulación del acto comunitario de ejecución de una “sanción selectiva” que durante el desarrollo del proceso en Luxemburgo el Juez europeo permita al demandante adaptar sus pretensiones para ajustar la demanda a los nuevos Reglamentos o Decisiones que derogan al invocado originalmente. Razones de economía procesal y de justicia exigen que cada vez que un acto legislativo se sustituya por otro, se le permita adaptar el *petitum* y solicitar la derogación del nuevo acto legislativo en lo que ella respecta (*Vid.*, por todas, TPI, *Kadi c. Consejo y Comisión (I)*, §§ 52 y ss.). Lo que no estaba tan claro hasta la sentencia *Stichting Al-Aqsa c. Consejo (II)* es que la parte demandante en un recurso de anulación pudiera hacer esta solicitud habiendo pasado el plazo de dos meses prescrito por el último párrafo del actual art. 263 TFUE (sea el plazo de publicación o de notificación). El TPI, en línea con lo propuesto por la entidad demandante, el Consejo y la Comisión, acabó aceptando esta posibilidad. Con ello se ha establecido una excepción al principio procesal según el cual “las normas relativas a los plazos de recurso son de orden público y deben ser aplicadas por el juez de manera que se garantice la seguridad jurídica y la igualdad de los justiciables ante la ley” (TJCE, *PKK y KNK c. Consejo*, sentencia de 18 de enero de 2007, C-229/05 § 101). En la medida en que de la declaración de nulidad de un acto comunitario implica para la institución la “obligación de velar por que las posibles medidas subsiguientes de congelación de fondos no adolezcan de los mismos vicios” (TPI, *OMPI c. Consejo (I)*, § 62), resulta perfectamente lógico incluir siempre en la demanda un acto que, de adolecer de los mismos defectos, iba a tener que derogarse de todas maneras en lo que respecta a la

de elaboración de las listas, entendiendo “fase europea” como aquella en que intervienen directamente las instituciones europeas, adoptando decisiones que pueden operar en detrimento de los intereses de los particulares listados. Y para terminar, haremos referencia a algunos de los “daños colaterales” que puede originar la inclusión de un nombre en la lista.

La elección del estudio de estos “daños colaterales” no es caprichosa, sino que viene motivada por tratarse de cuestiones de indudable relevancia que han sido discutidas en sede jurisdiccional europea. Es cierto que con ello nos alejamos algo de un estudio centrado en los elementos *procesales* de las listas negras antiterroristas, dado que no hay un problema de procedimiento como tal a la hora de determinar, por ejemplo, si los efectos de la lista Al-Qaeda/Talibanes se extienden a la concesión de ayudas a los familiares de un individuo listado; o si la inclusión en la lista 1373 predetermina el disfrute del estatus de refugiado en la Unión. Pero aunque sean otros derechos humanos los que primariamente entren en juego en estos asuntos (derecho a la propiedad, derecho a la vida familiar, etc.), no es menos cierto que, por un lado, algunos de ellos presentan una clara vertiente *estructural*, es decir, entroncan con la articulación del procedimiento sancionador de las listas (sobre los relativos al uso de las listas negras para fundamentar acusaciones penales); mientras que otros perfilan algunos conceptos del régimen sancionador antiterrorista de la Unión a los que no se hizo referencia en el capítulo anterior (como por ejemplo, el concepto de “asociados” con una organización terrorista), y que resultan muy relevantes para comprender el régimen jurídico de las listas antiterroristas de la Unión Europea.

I. EL LIMITADO CONTROL JUDICIAL DE LAS LISTAS ANTITERRORISTAS EN LA UNIÓN

I.1. Antecedentes de la función supervisora del Tribunal en materia sanciones europeas contra particulares. Dificultades específicas de las listas negras antiterroristas

demandante. Ello no perjudica a ninguna de las partes en el proceso y, según el TG, “se adecúa a las exigencias de la buena administración de la justicia y de las exigencias de la economía procesal” (TG, *Stichting Al-Aqsa c. Consejo (II)*, § 44). Eso sí, para que el plazo de dos meses no se le pueda oponer por el Juez europeo, resulta esencial cumplir una doble condición: que el nuevo acto legislativo que sustituye al anterior no presente “más diferencias que las derivadas de sus respectivos ámbitos temporales de aplicación, y de que, por otra parte, la solicitud de adaptación de las pretensiones no se base en ningún motivo, hecho o elemento probatorio nuevo diferente de la propia adopción del acto en cuestión que deroga y sustituye a ese acto anterior”.

A la hora de comprender cómo se ha modelado por la vía jurisprudencial el procedimiento de las listas antiterroristas de la Unión hay que entender los orígenes de dicho procedimiento, que se encuentran en la labor constante del Tribunal de Justicia en materia de garantías del procedimiento administrativo-sancionador.

Es evidente que la sentencia recaída en el asunto *OMPI (I)*, la primera en aplicar garantías del procedimiento a una lista negra antiterrorista, no fue elaborada sobre un vacío jurídico. Es bien sabido que desde hace muchos años el Tribunal de Justicia viene exigiendo el respeto de una serie de garantías de la defensa en “todo procedimiento incoado contra una persona que pueda terminar en un acto que le sea lesivo” -o “medida individual que le afecte desfavorablemente”, en los términos del artículo 41(2)(a) CDF)-, principio fundamental del derecho comunitario que debe garantizarse incluso aunque no exista ninguna normativa reguladora del procedimiento de que se trate¹⁶⁹³. En este sentido, han sido numerosos los tipos de procedimientos que han dado lugar al “extremado activismo”¹⁶⁹⁴ del juez europeo, si bien no existe un régimen unificado sobre procedimiento administrativo¹⁶⁹⁵. Algunos de ellos se caracterizan por la imposición de verdaderas sanciones, ámbito en que podemos incluir sobre todo las medidas adoptadas por infracción del derecho de la competencia¹⁶⁹⁶, o algunos aspectos del contencioso de la función pública comunitaria¹⁶⁹⁷. En otros lo que hay es una lesión del *interés* del

¹⁶⁹³ TJCE, *Transocean Marine Paint c. Comisión*, sentencia de 23 de octubre de 1974, 17/74, Rec. (selección) 1974, pp. 425 y ss.; TJCE, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, sentencia de 24 mayo de 1977, Rec. 1977 (Selección), p. 243, § 116; TCJE, *Hoechst c. Comisión*, sentencia de 14 de febrero de 1990, 46/87 y 227/88, Rec. p. 2859; § 101); TJCE, *Fiskano AB c. Comisión*, sentencia de 29 de junio de 1994, C-135/92, Rec. p. I-2885, § 39. Cfr. también, entre otras obras a las que nos referiremos en este Capítulo, LÓPEZ ESCUDERO, M.: “Artículo 48”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *La Carta...*, op. cit., esp. pp. 771 y ss.; NEHL, H. P.: *Principles of administrative procedure in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999; SCHWARZE, J.: *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 1994, esp. pp. 1390 y ss.; SÖDERMANN, J.: “El derecho fundamental a la buena administración”, *GJUEC*, n° 214, 2001, pp. 8 y ss. Para un pedagógico estudio de la evolución del Derecho administrativo europeo, cfr. el reciente trabajo de HARLOW, “Three phases in the evolution of EU Administrative Law”, en CRAIG, P.; DE BÚRCA, G. (Eds.): *The evolution of EU Law*, 2nd Ed., Oxford, New York, 2011, pp. 439 y ss.

¹⁶⁹⁴ CRAIG, P.: “Process rights in adjudication and rulemaking: legal and political perspectives”, en ZILLER, J. (Ed.): *What's new in EU Administrative Law? – quoi de neuf en Droit Administrative européen?*, EUI Working Paper LAW n° 2005/10, <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/3330/law05-10.pdf?sequence=1>, visitado por última vez el 31 de marzo de 2011, p. 26 (en el sentido positivo de la palabra, para el autor).

¹⁶⁹⁵ Para un estudio reciente de la necesidad de dicho régimen, MARTÍN DELGADO, I.: “Hacia una norma europea de procedimiento administrativo”, en NIETO GARRIDO, E.; MARTÍN DELGADO, I.: *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 149 y ss.

¹⁶⁹⁶ Reglamento del Consejo n° 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado* (DO L 1, de 4.1.2003).

¹⁶⁹⁷ BARBIER DE LA SIERRE, E. “Procedural justice in the European Community case-law concerning the rights of the defence: essentialist and instrumental trends”, *EPL*, VOL. 12, Issue 2, 2006, p. 234. También

particular¹⁶⁹⁸, como sucede en la devolución o condonación de derechos de importación y exportación¹⁶⁹⁹, en la gestión de las ayudas del Fondo Social Europeo¹⁷⁰⁰, o en procedimientos *anti-dumping*¹⁷⁰¹.

A pesar de tratarse *prima facie* de ámbitos alejados de la esfera cuasi-penal (o penal) que nos ocupa en este estudio, lo interesante de parte de esta jurisprudencia previa es que, en materia de procedimientos por infracción del Derecho de la competencia, el debate sobre la calificación de “penal” o “civil” de éstas ha estado tan vivo que ni siquiera la codificación de las garantías de este procedimiento en el Reglamento 1/2003 (que especifica que las multas de la Comisión no tienen carácter penal¹⁷⁰²) ha acallado las voces que reclaman una reestructuración del papel de la Comisión como fiscal y juez al mismo tiempo¹⁷⁰³. Como expusieramos en su momento¹⁷⁰⁴, el TEDH estableció en la sentencia *Le Compte* que los procesos “penales” requieren una de las dos opciones siguientes: o directamente un proceso que ofrezca todas las garantías, o uno que no las reúna, pero cuyas carencias sean subsanadas por otro posterior que sí lo haga. Por ello, se ha defendido que la elevada cuantía pecuniaria de muchas sanciones por infracción del Derecho de la

AZOULAI, L.: “Le principe de bonne administration”, en AUBY, J.-B. ; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (Dirs.): *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 496 y ss.

¹⁶⁹⁸ En este sentido, “acto lesivo” puede equivaler a “sanción” o a “lesión de un interés”, ambos siendo conceptos diferentes. Sólo en el primero se impone una medida con el fin de salvaguardar el respeto del Derecho (Vid. BITTER, S.: “Procedural rights and the enforcement of EC Law through sanctions”, en VV.AA. (Eds.): *The emerging Constitutional Law of the European Union – German and Polish perspectives*, Springer, Berlin, 2003, pp. 17-18; LENAERTS, K.; VAN HAMME, J.: « Procedural rights of third parties in the Community administrative process », *CMLRev*, Vol. 34, 1997, p. 535; NEHL, H. P.: *Principles...*, op. cit., 71 y ss. TPI, *Al-Jubail Fertilizer Company y otros c. Consejo*, sentencia de 27 de junio de 1991, C-49/88, Rec. 1991-6, p. I-3187, § 15).

¹⁶⁹⁹ TPI, *France-Aviation c. Comisión*, sentencia de 9 de noviembre de 1995, T-346/94, Rec. p. II-2841; TPI, *Common Market Fertilizers SA c. Comisión*, sentencia de 27 de septiembre de 2005, T-134/03 y T-135/03,

¹⁷⁰⁰ TPI, *Lisrestal-Organizaçào Gestão de Restaurantes Colectivos, Lda y otros c. Comisión*, sentencia de 6 de diciembre de 1994, T-450/93.

¹⁷⁰¹ TPI, *Al-Jubail Fertilizer Company y otros c. Consejo*.

¹⁷⁰² Reglamento 1/2003/CE, art. 23(5).

¹⁷⁰³ Vid. FORRESTER, I. S.: “Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures”, *ELRev*, Vol. 34, December 2009, pp. 817 y ss.; SCHWARZE, J.: « Judicial review of administrative procedure », *Law and Contemporary Problems*, Winter 2004, pp. 101 y ss.; SLATER, D.; THOMAS, S.; WAELBROECK, D.: “Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?”, *College of Europe GCLC Working Paper 04/08*, disponible en <http://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2004-08.pdf>, visitado por última vez el 4 de abril de 2011, y el documento de la Cámara Internacional de Comercio, *The fining policy of the European Commission in competition cases*, Document No. 225/659– 2 July 2009, disponible en [http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC_The%20fining%20policy%20in%20the%20EU%2002-07-09_Final\(2\).pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC_The%20fining%20policy%20in%20the%20EU%2002-07-09_Final(2).pdf), visitado por última vez el 4 de abril de 2011.

¹⁷⁰⁴ Vid. Cap. IV, § I.2.

competencia, así como sus efectos estigmatizantes, justifican su encasillamiento en los más elevados estándares judiciales del proceso penal. Incluso se ha llegado a argumentar que, dado que la flexible solución ofrecida por el TEDH en la sentencia *Le Compte* es la excepción y no la regla general, no se entiende muy bien por qué la Comisión y el Tribunal de Justicia (actualmente, el TG) han entendido que la excepción se haga regla general en la Unión¹⁷⁰⁵. En otras palabras, por qué la intervención del Tribunal no se extiende también a la supervisión *plena* de la valoración de todos los elementos fácticos planteados durante el procedimiento, limitando su intervención a comprobar el respeto de los siguientes elementos:

- El cumplimiento con las normas de procedimiento y de motivación.
- La exactitud material de los hechos.
- La inexistencia de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder.

Independientemente de que se compartan o no estas apreciaciones que aquí sólo podemos introducir¹⁷⁰⁶, lo cierto es que nos ayudan a comprender el contexto en que se ha desarrollado la intervención del Tribunal de Justicia. Una intervención que, aún pretendiendo garantizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos de la Unión, evita apreciar el fondo de delicadas y complejas decisiones con el objetivo de no sustituir por la suya propia la valoración que la administración europea hace de las pruebas, hechos y circunstancias que justifica la adopción de las medidas lesivas¹⁷⁰⁷; en definitiva, para no traspasar la delgada línea roja que separa la función judicial de la gubernativa¹⁷⁰⁸.

Es evidente que el contexto del contencioso de las listas antiterroristas de la UE reúne alguna particularidad que lo singulariza respecto de estos ámbitos “clásicos” de administración sancionadora directa por la Unión¹⁷⁰⁹. En efecto, presenciamos aquí una

¹⁷⁰⁵ Por todos, SLATER, D; THOMAS, S.; WAELBROECK, D.: “Competition law proceedings...”, *loc. cit.*, esp. pp. 27 y ss.

¹⁷⁰⁶ Para una defensa del actual sistema, en el que el TG limita su intervención en aquellas situaciones que impliquen complejos análisis económicos y muestra cierta deferencia a las decisiones políticas de la Comisión, CASTILLO DE LA TORRE, F.: “Evidence, proof and judicial review in cartel cases”, *World Competition*, Vol. 32, nº 4, 2009, pp. 505 y ss. (especialmente su análisis sobre la adecuación de este sistema a los estándares ofrecidos por la CEDH, pp. 570 y ss.); PILS, W. P. J.: “The increased level of EU antitrust fines, judicial review and the ECHR”, *World Competition*, Vol. 33, nº 1, 2010, pp. 5 y ss.

¹⁷⁰⁷ TPI, *OMPI (I)*, § 159.

¹⁷⁰⁸ Para un completo análisis, CRAIG, P.: *EU Administrative...*, *op. cit.*, pp. 429 y ss.

¹⁷⁰⁹ Si bien, desde una perspectiva más amplia no limitada a la administración directa, forma parte de un proceso de extensión del campo del Derecho administrativo europeo más allá de los ámbitos tradicionales de

europización de la administración de numerosos elementos tradicionalmente bajo control de las jurisdicciones penales nacionales, lo cual va a exigir del Tribunal de Justicia la frecuente valoración de aspectos fácticos en principio ajenos a su función supervisora “tradicional”. Así, la jurisdicción europea deberá tener acceso a elementos del expediente relativos a la seguridad nacional y las relaciones internacionales con el fin de poder comprobar si las autoridades europeas han tomado una decisión dentro de los márgenes de discrecionalidad que les ofrece el Derecho de la UE. Ello explica que los demandantes hayan intentado involucrar al Tribunal, con escaso éxito¹⁷¹⁰, en complejas evaluaciones del *riesgo* que un individuo o entidad pueden suponer para la seguridad de la Unión.

Desde luego, la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia no es ajena a la valoración del binomio riesgo/seguridad; tampoco lo es respecto a la supervisión de la aplicación de elementos “securitarios” por la administración europea en sus relaciones con los particulares¹⁷¹¹. Ahora bien, lo que en otros ámbitos puede ser ocasional, o incluso frecuente, aquí es la norma general: al encontrarnos en un dominio tradicionalmente penal administrado ahora directamente por el ejecutivo europeo, el TG se enfrenta al dilema de acentuar la intensidad del control judicial sobre todos los elementos del expediente sancionador, incrementando la carga de la prueba del Consejo y la Comisión, o seguir dejando un cierto margen de apreciación a estas instituciones. En otros términos, el TG se ha debido plantear si su función se ha de acercar más al control estricto ejercido por un órgano jurisdiccional penal, o a la más laxa supervisión ejercida por un Tribunal contencioso-administrativo con cierto nivel de deferencia hacia los poderes del ejecutivo.

Este dilema quedó de manifiesto en la sentencia *Kadi (III)*, donde el TG fue muy claro a la hora de advertir la gravedad de los efectos de las sanciones inteligentes antiterroristas. Y es que, en un pasaje que merece la pena transcribir en su integridad, el TG llegó a afirmar con contundencia que

En efecto, la imposición de las antedichas medidas es particularmente opresiva para sus destinatarios. El demandante está sometido, desde hace ya aproximadamente diez años, a un

integración económica (AZOULAI, L.: “Extension et élévation du champ du droit administratif européen”, en ZILLER, J. (Ed.): *What’s new...*, *loc. cit.*, p. 42).

¹⁷¹⁰ *Vid. infra*.

¹⁷¹¹ GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002, pp. 95 y ss.; LENAERTS, K. : « In the Union we trust’: trust enhancing principles of Community Law”, *CMLRev*, Vol. 41, 2004, pp. 322 y ss.; LENAERTS, K.; VAN HAMME, J.: “Procedural rights...”, *loc. cit.*, pp. 541 y ss.; SCHWARZE, J.: *Droit administratif...*, *op. cit.*, pp. 1398 y ss.

régimen que congela indefinidamente la totalidad de sus fondos y demás activos, de los que no puede disponer sin haber obtenido una autorización del Comité de Sanciones (...) En su sentencia Ahmed y otros (...), la UK Supreme Court, por su parte, consideró que no era exagerado afirmar que las personas de este modo designadas son, de hecho, “prisioneras” de las autoridades estatales, debido a que su libertad de movimiento se ve seriamente restringida por no tener acceso a sus fondos y a que los efectos de la congelación de fondos, sobre ellas mismas y sobre su familia, pueden ser devastadores¹⁷¹².

Cuestionándose en consecuencia si

La apreciación realizada por el Tribunal General en (...) su sentencia Kadi, y reproducida en esencia por el Tribunal de Justicia (...), según la cual la congelación de fondos es una medida cautelar que, a diferencia de una confiscación, no afecta a la propia esencia del derecho de propiedad de los interesados sobre sus activos financieros, sino únicamente a la utilización de los mismos, no debería ponerse en entredicho, ahora que han transcurrido aproximadamente diez años desde la congelación inicial de los fondos del demandante. Lo mismo sucede con la afirmación del Consejo de Seguridad, recordada en diversas ocasiones, y en particular en su Resolución 1822 (2008), según la cual las medidas en cuestión “son de carácter preventivo y no se basan en criterios penales establecidos en el derecho interno”. En una vida humana, en efecto, diez años representan una duración considerable, y la calificación de las medidas en cuestión como medidas de carácter preventivo o represivo, cautelar o confiscatorio, civil o penal, parece, en lo sucesivo, abierta (...)¹⁷¹³.

El Tribunal no hizo sino plantearse lo que una parte de la doctrina venía debatiendo desde años antes, con el significativo añadido de que se atrevió a revisar el dogma del carácter preventivo de las sanciones inteligentes. A diferencia del contencioso sancionador tradicional¹⁷¹⁴, las listas negras antiterroristas pueden predeterminar definitivamente la vida de personas y entidades totalmente alejadas del poder económico. En consecuencia, ofrecen en ocasiones una *doble* diferencia *de grado* respecto de supuestos coercitivos tradicionales de la administración directa europea: son más graves por las características personales de algunos de sus destinatarios, y también por la intensidad de sus efectos coercitivos. Aunque el debate “penal” no es desde luego ajeno a ámbitos como el del Derecho de la competencia (de hecho, se le asemeja bastante), entendemos que aquí llega a su máxima expresión; por ello la legitimidad de este mecanismo sancionador será directamente proporcional a la intensidad del control judicial ejercido desde Luxemburgo sobre una materia tan delicada para la seguridad de los Estados.

¹⁷¹² TG, *Kadi c. Consejo (III)*, § 149.

¹⁷¹³ *Ibid.*, § 150.

¹⁷¹⁴ Con matices, pues es evidente que las multas impuestas a pequeñas y medianas empresas por la Comisión también pueden tener repercusiones muy serias sobre sus destinatarios (CASTILLO DE LA TORRE, F.: “Evidence, proof...”, *loc. cit.*, p. 506).

A modo de contrapunto de estas diferencias, la existencia de procedimientos articulados de elaboración¹⁷¹⁵ de actos administrativos como los que dan lugar a la inscripción en las listas negras es habitual en el Derecho de la Unión, donde la estructura organizativa exige una colaboración estrecha entre Bruselas y las autoridades nacionales. En el caso que nos ocupa, el fenómeno de articulación se concreta en una estrecha imbricación *formal* inherente a *cada acto jurídico* conducente a la gestión de un nombre de una lista negra, que conecta automáticamente dos planos jurídicos diferentes. En otras palabras, para activar el mecanismo sancionador es *conditio sine qua non* la adopción de una decisión formal (no una mera propuesta) por parte de una autoridad ajena a la Unión Europea¹⁷¹⁶ que puede no estar aplicando el Derecho europeo. De esta manera, si de lo que se trata es de la lista Al-Qaeda/Talibanes, dicha decisión previa será la adoptada por el Comité de sanciones del Consejo de Seguridad, en el marco de un procedimiento diplomático cuyo objetivo principal es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por el contrario, si de lo que se trata es de las listas “autónomas” de la Unión (la 1373 o la de la PC 2001/931), la decisión partirá de una autoridad nacional, en el seno de un procedimiento *nacional*, cuyo objetivo se limitará normalmente a aplicar legislación penal del Estado miembro¹⁷¹⁷.

En el marco de estas listas autónomas, sólo en la medida en que el ejecutivo del Estado miembro considere oportuno *européizar* esa decisión nacional, proponiendo al Consejo la inclusión de un nombre concreto en una de las listas “autónomas” de la Unión, estaremos ante un proceso de dimensiones verdaderamente supranacionales. De esta manera, al menos sobre el papel, los procedimientos sobre listas autónomas europeas se

¹⁷¹⁵ No de ejecución, donde ya nos encontramos en una fase diferente del procedimiento de congelación de fondos de un individuo. Sobre esta fase de ejecución, *Vid.* p.e. NOGUELLOU, R.: “Le régime de l’acte administratif de mise en oeuvre du droit communautaire”, en AUBY, J.-B. ; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (Dir.) : *Droit administratif...*, *op. cit.*, pp. 759 y ss.

¹⁷¹⁶ Artículo 1(4) PC 2001/931/PESC, aunque como veremos más adelante, el Tribunal de Justicia ha ampliado las competencias de la Comisión.

¹⁷¹⁷ Esta afirmación ha de ser matizada. Al requerirse en el artículo 1(3) de la PC 2001/931 una tipificación del acto terrorista en la legislación nacional, la definición europea de “acto terrorista” establece un vínculo con el Derecho nacional. Más aún, desde el momento en que los artículos 1 y 2 de la Decisión Marco 2002/475/JAI obliga a los Estados a tipificar como delitos de terrorismo las conductas enumeradas en el mismo, el Estado no abandona el ámbito del Derecho de la Unión cuando sanciona una conducta terrorista siguiendo formalmente su legislación nacional. Nuestro punto de partida es sin embargo que, desde el punto de vista formal, no existe un vínculo necesario entre el procedimiento nacional y el europeo, pues la PC 2001/931 no establece una obligación automática de comunicar el nombre de la persona o entidad al Consejo después de la adopción de una “Decisión” nacional; el mismo término de “Decisión” es demasiado vago como para establecer un estrecho vínculo formal entre la Decisión nacional y la europea. El margen de discrecionalidad del Estado para comunicar un nombre al Consejo es muy amplio a este respecto.

acercan más a lo que se ha denominado “procedimientos administrativos vinculados” (*linked proceedings*), que a los “procedimientos administrativos mixtos” (*mixed proceedings*)¹⁷¹⁸. Volveremos a este punto más adelante.

I.2. Un control judicial pleno...

En la sentencia *OMPI (I)*, el TPI articuló su doctrina sobre el control de las listas negras antiterroristas en torno a la jurisprudencia tradicional, entendiendo que el artículo 263 TFUE le obliga a escudriñar los siguientes elementos:

- La valoración de los hechos y circunstancias que se invocan para justificar una congelación de fondos.
- La comprobación de los elementos de prueba y de información sobre los que se fundamenta dicha valoración.
- El respeto del derecho de defensa.
- El respeto de la exigencia de motivación de los actos lesivos contra los particulares, así como la legitimidad de las consideraciones imperiosas excepcionalmente invocadas por el Consejo para desvincularse de esta obligación¹⁷¹⁹.

La posibilidad de este control “marginal”¹⁷²⁰ vino motivada por la existencia de un margen de discrecionalidad ofrecido por el Consejo de Seguridad a la hora de incluir nombres en la lista. Ello justificó que durante un tiempo la lista 1373 se beneficiara de una serie de garantías que no eran aplicables al resto de listas europeas. Tanto la sentencia *Kadi (II)* –respecto de la lista Al-Qaeda/Talibanes-, como la reforma de Lisboa –respecto de la lista de la PC 2001/931/PESC- revirtieron esta situación. Lo relevante ahora de la sentencia

¹⁷¹⁸ Para una distinción entre ambos tipos, *cfr.* DELLA CANNANEA, G.: “The European Union’s mixed administrative proceedings”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, pp. 197 y ss.) No es nuestro propósito, sin embargo, embarcarnos en un estudio exhaustivo de la tipología de todos los procedimientos administrativos que establece el Derecho europeo, sino simplemente poner de relieve estas particularidades de las “listas negras antiterroristas” en relación con otros procedimientos que la doctrina aquí citada considera más significativos de cada modelo administrativo. *Vid.* también CASSESE, S.: “European administrative proceedings”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, pp. 21 y ss.; CHITI, M.: “Forms of European administrative action”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, pp. 37 y ss., y del mismo autor, “The administrative implementation of European Union law: a taxonomy and its implications”, HOFMANN, H. C. H.; TÜRK, A. H. (Eds.): *Legal challenges in EU Administrative Law. Towards an integrated administration*, Edward Elgar Pub., Cheltenham, 2009, pp. 9 y ss.

¹⁷¹⁹ TPI, *OMPI c. Consejo (I)*, § 154.

¹⁷²⁰ LENAERTS, K.; VAN HAMME, J.: “Procedural rights...”, *loc. cit.*, p. 560.

del Tribunal de Justicia es que en ella se estableció que el control judicial de la inclusión de nombres en la lista ha de ser pleno, a pesar de su estrecha relación con los procedimientos diplomáticos del Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes, ajenos al control europeo.

Así, apoyándose en la sentencia del TEDH en el asunto *Chahal c. Reino Unido*¹⁷²¹, se estableció que es tarea del juez aplicar técnicas que permitan conciliar la protección de los derechos del individuo sancionado y los intereses públicos de la seguridad del Estado y la cooperación internacional, abriendo el paso, pues, a una posibilidad sobre la que previamente el TPI había declinado pronunciarse en su sentencia *OMPI (I)*¹⁷²²: la creación de un procedimiento especial para analizar *in camera* elementos probatorios que no deban estar al alcance de los particulares afectados¹⁷²³. En definitiva, el origen nacional, europeo o internacional del procedimiento sancionador ya no puede ser un obstáculo que permita un control “en principio completo” de las sanciones financieras de la UE.

La necesidad de una intervención judicial plena se justifica tanto más cuanto que la tutela judicial efectiva es en realidad “la única garantía de procedimiento que permite asegurar un equilibrio adecuado entre las exigencias de la lucha contra el terrorismo internacional y la protección de los derechos fundamentales”¹⁷²⁴. Aquí la lógica del antiguo TPI es doblemente “esencialista”; es decir enfatiza por dos vías diferentes la dignidad del individuo¹⁷²⁵.

En primer lugar, lo acabamos de ver, el TPI ha subrayado en la sentencia *Kadi (III)* que la intervención plena del juez es aún más necesaria porque las sanciones financieras de la Unión han dejado en muchos casos de ser meras medidas preventivas para convertirse en medidas represivas que mantienen “prisioneros” a sus destinatarios. “Dado que dichas medidas afectan de manera notable y duradera a los derechos fundamentales de los

¹⁷²¹ TEDH, *Chahal c. Reino Unido*, § 131.

¹⁷²² TPI, *OMPI c. Consejo (I)*, § 158.

¹⁷²³ TJCE, *Kadi c. Consejo (I)*, § 344. En *Kadi c. Consejo (III)*, § 147, el TPI volvió sin embargo a reiterar que de momento no era necesario pronunciarse sobre la necesidad de un procedimiento que

¹⁷²⁴ *Vid.* por todas TPI, *OMPI c. Consejo (I)*, § 155.

¹⁷²⁵ Por oposición a la lógica instrumentalista, que concibe el respeto de las garantías procedimentales (sobre todo los administrativos) en relación a su *utilidad* para alcanzar decisiones públicas óptimas para conseguir los objetivos públicos pretendidos por las medidas sancionadoras. Sobre esta doble lógica, *Vid.* BARBIER DE LA SIERRE, E.: “Procedural...”, *loc. cit.*

interesados”¹⁷²⁶, es decir, dado que suponen una vulneración grave de otros derechos fundamentales, un control jurisdiccional “completo y riguroso” se hace imprescindible. Las garantías del acceso al juez y del justo proceso se conciben en este sentido como medios para garantizar el respeto de otros derechos fundamentales “sustantivos”, y por ende, de la dignidad de los particulares afectados. Esta conexión entre papel del juez y la protección de otros derechos “materiales” opera no sólo desde el ámbito general de los derechos actualmente consagrados en los artículos 47 y 48 CDF, sino que también se articula *en el interior* de los derechos sustantivos, en sintonía con la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 1 del Protocolo 1º al CEDH. De esta manera, la sentencia *Kadi (II)*¹⁷²⁷, como la posterior *Othman c. Consejo y Comisión*¹⁷²⁸, continúan la línea clásica de *procedimentalización* de los derechos humanos iniciada por Estrasburgo¹⁷²⁹: en la medida en que se adopten medidas que afecten al derecho a la propiedad sin ofrecerse las oportunas garantías, habrá una restricción injustificada de un derecho –sobre el papel– sustantivo.

Junto a este vínculo *directo* entre la labor judicial y la protección de las garantías del individuo, el juez europeo establece otro vínculo con el respeto de la dignidad de los particulares afectados por las sanciones inteligentes, esta vez entre garantías del procedimiento administrativo y la del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo, entendido este último en su dimensión sustantiva, es decir, como derecho a una sentencia de fondo que ofrezca una solución equitativa al litigio. Basándose en jurisprudencia constante del Tribunal¹⁷³⁰, la sentencia *OMPI (I)* subrayó la estrecha vinculación existente entre la obligación de motivación, el derecho de defensa del demandante, y el control jurisdiccional de la decisión impugnada¹⁷³¹, de tal forma que todo procedimiento que no respete aquellos impedirá ejercer éste. La misma óptica se reitera en *Kadi (II)*, donde la falta de toda información que sufrieron no sólo los demandantes, sino el mismo Tribunal, llevaron al TJCE a concluir que “no se encuentra en condiciones de controlar la legalidad

¹⁷²⁶ TG, *Kadi c. Consejo (III)*, § 151.

¹⁷²⁷ Criticada en este aspecto por GATTINI como “run of the mil”, (*loc. cit.*, p. 221).

¹⁷²⁸ TJCE, *Othman c. Consejo*, §§ 82 y ss. El demandante, Uthman Omar Mahmoud, también conocido como Abu Qatada (QI.M.31.01), es un influyente clérigo radical que ha pasado años en prisión en el Reino Unido, y es objeto de acusación en varios países por su implicación en actos de terrorismo, entre ellos España (http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/4141594.stm, visitado por última vez el 15 de abril de 2011).

¹⁷²⁹ *Cfr.* Cap. III, § I.1.

¹⁷³⁰ Referencias manuales. SCHWARZE, J.: “Judicial review...”, *loc. cit.*, pp. 96 y ss.

¹⁷³¹ TPI, *OMPI (I)*, § 173.

del Reglamento controvertido en lo que respecta a los recurrentes”. En otras palabras, la falta de respeto de las garantías del procedimiento sancionador repercute sobre la posibilidad material del Tribunal de ofrecer una sentencia sobre el fondo que responda a las exigencias del actual artículo 47 CDF. Ello concuerda a la perfección con la poliédrica y ambigua posición de estas garantías en el sistema de protección de derechos fundamentales de la UE, a medio camino entre el derecho a la buena administración del artículo 41 CDF, el citado artículo 47 CDF y su estatus autónomo como principio general del derecho comunitario¹⁷³².

I.3. ... pero limitado

Cualquiera que sea el pronunciamiento de principio sobre la plenitud del control que se haya de efectuar sobre los actos del Consejo o la Comisión, es necesario cotejarlo con el control real ejercido finalmente en cada caso concreto, dado que la entrada en escena de los valores de la seguridad nacional o la cooperación internacional pueden reducir a bien poco el garantista punto de partida del Tribunal.

En sus Conclusiones en *Kadi (II)*, el AG MADURO estimó que “el Tribunal de Justicia debe verificar si la alegación de que existen riesgos extraordinariamente elevados para la seguridad tiene fundamento y ha de velar por que las medidas que se adopten articulen un adecuado equilibrio (...)”¹⁷³³, pareciendo poner el listón muy elevado, al sugerirse un análisis incluso del *riesgo* de los individuos y entidades afectados para la seguridad pública; es decir, una verdadera jurisdicción completa sobre el fondo del asunto. Por el contrario, tanto el TJCE como el TPI han aproximado su función jurisdiccional a la línea que se viene siguiendo en otros ámbitos del control de la administración de la UE, tendiendo a focalizar su control sobre los aspectos procedimentales de las listas antiterroristas por encima de los sustantivos (si bien la separación entre ambos aspectos no es evidente en todos los casos), e incluso limitando su jurisdicción sobre las fases

¹⁷³² GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: “Artículo 41”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *La Carta...*, *op. cit.*, p. 673. *Vid.* también CHITI, M.: *Derecho administrativo europeo*, 1ª Ed., Civitas, Madrid, 2002, pp. 246 y ss.; FUENTETAJA PASTOR, J. A.: “El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *RDUE*, nº 15, 2º semestre, 2008, pp. 137 y ss.; KANSKA, K.: “Towards administrative human rights in the EU. Impact of the Charter of fundamental rights”, *ELJ*, Vol. 10, nº 3, May 2004, pp. 296 y ss.

¹⁷³³ Conclusiones del AG MADURO, § 35.

extraeuropeas del procedimiento. Esta tendencia encuentra su contrapunto en algunos asuntos, como los que han dado lugar entre otras a las sentencias *Stichting Al-Aqsa (II)*, *Sison c. Consejo (II)*, *Bundesrepublik Deutschland c. B y D*, u *OMPI (II)* y *OMPI (III)*, que han permitido al Tribunal asirse a los conceptos indeterminados del régimen de sanciones 1373 para evitar una incontrolada extensión burocrática de la lucha contra la financiación del terrorismo, así como disminuir sus efectos colaterales. Como a lo largo de este Capítulo se hará oportuna referencia a esta serie de casos, algunos de ellos planteados en circunstancias realmente muy específicas, en este apartado nos limitaremos a esbozar dos de las restricciones más relevantes que ha trazado la línea jurisprudencial del TJUE y el TG.

II.3.1. El control pleno del respeto a las garantías del procedimiento administrativo se ejerce sólo sobre las listas antiterroristas

En primer lugar, el TG ha precisado que las garantías del procedimiento administrativo se aplican sólo a las listas antiterroristas, por lo que, completo o no, el control judicial que ejerce sobre éstas no es el mismo que el de las sanciones inteligentes adoptadas contra individuos o entidades relacionadas con el poder sobre un Estado o territorio. Este punto se discutió en la sentencia *Tay Za c. Consejo*, primera sentencia del TG recaída en el contexto de las sanciones contra Myanmar. El demandante comenzó a figurar en las “listas negras” del Consejo con la aprobación del Reglamento 385/2008 de la Comisión¹⁷³⁴ por el mero hecho de ser hijo de una persona vinculada al régimen birmano, siendo además accionista de las sociedades de su padre durante dos años. Su acción de nulidad se fundamentaba en numerosos motivos relativos a la base jurídica del reglamento impugnado y la violación de una serie de garantías procesales y materiales (motivación de las decisiones, violación del derecho a la propiedad, del principio de proporcionalidad...). Casi todas las respuestas del TG se basaron en argumentos ya conocidos. Sin embargo, la sentencia encierra un pronunciamiento de principio muy relevante, en la medida en que el órgano judicial afirma que

“En el caso de unas sanciones adoptadas contra un país tercero que se aplican en concreto a cierta persona, no se trata pues de un procedimiento incoado contra dicha persona (...) Un Reglamento que establece sanciones contra un país tercero aplicables a ciertas categorías de

¹⁷³⁴ 29 de abril de 2008, (DO L 116, de 30.4.2008, p. 5).

nacionales de dicho país tiene el carácter de un acto normativo general, aunque las personas afectadas sean identificadas por su nombre (...)"¹⁷³⁵.

Es decir, que el TG consideró que los reglamentos que imponen sanciones contra ciertas categorías de personas de terceros Estados, a pesar de afectarles directa e individualmente, no tienen el mismo carácter particular que los reglamentos aprobados en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. Esto es en cierta manera consecuente con la jurisprudencia que aceptaba los antiguos arts. 60 y 301 TCE –que sólo se refieren a “Estados”- como base jurídica suficiente para que la Comunidad adopte “sanciones selectivas” contra las élites dirigentes de otros Estados.

La consecuencia que de ello deriva el TG es que, dado su carácter “normativo general”, el derecho de defensa no se aplica a las personas afectadas por este tipo de medidas preventivas, contrariamente a lo que sucede en el ámbito de las sanciones antiterroristas. No hay pues obligación para el Consejo de oír al afectado; tampoco de notificar específicamente las razones de hecho y de Derecho que justifican las sanciones.

La tesis del TG es comprensible al existir claros elementos de hecho que separan las sanciones contra personas y entidades vinculadas con un Estado u organización que ejercita de facto el poder en un territorio, de aquéllas impuestas para luchar contra el terrorismo¹⁷³⁶. Ahora bien, dicho esto, no resulta fácil trasladar estos elementos de hecho al argumento de Derecho propuesto por el Tribunal. A nuestro juicio, la idea del carácter normativo general de los Reglamentos ejecutados contra Myanmar es innecesariamente formalista y equívoca, pues las medidas restrictivas ordenadas por estos son materialmente idénticas a las antiterroristas, independientemente de que se incardinan o no en la regulación de cuestiones más generales sobre las relaciones entre la UE y el Estado birmano. El contenido más amplio del Reglamento impugnado no diferencia unas sanciones de otras, en todos los casos estamos ante medidas restrictivas adoptadas contra individuos y entidades (de hecho, el Reglamento impugnado en *Tay Za c. Consejo* sólo contenía un anexo con una lista actualizada de nombres y entidades vinculados con el régimen birmano). En este sentido, el razonamiento del TG parece basarse más en un

¹⁷³⁵ TJUE, *Tay Za c. Consejo*, § 123.

¹⁷³⁶ *Cfr.* Cap. V, § II.1.

apriorismo irrefutable -el caso de Birmania no es el mismo que el de los sospechosos de financiar el terrorismo-, que en un razonamiento jurídico determinable.

Por lo tanto, el control judicial es mucho más limitado en el caso de estas sanciones. En primer lugar, el demandante puede intentar probar que no mantiene un “vínculo estrecho” con el objetivo de las sanciones -en el caso *Tay Za*, la Junta Militar Birmana- recayendo sobre él la carga de la prueba¹⁷³⁷. De conseguirlo se dejaría de aplicar el régimen de sanciones a ese particular, el encontrarse fuera de su ámbito de aplicación *ratione personae*. En segundo lugar, el TG puede también controlar el respeto de la obligación de motivación del Reglamento impugnado, así como del derecho a la propiedad, aunque difícilmente estimará vulnerado este último si existe un régimen de excepciones humanitarias anexo a las sanciones. Más allá de estos motivos, sólo queda la opción de argumentar que el nuevo artículo 215(3) TFUE supone introducir variaciones en esta jurisprudencia, aunque todavía no está muy claro si esta disposición puede utilizarse para equiparar en este aspecto listas negras antiterroristas y sanciones contra élites Estatales¹⁷³⁸. De hecho, no parece deseable que ése deba ser el caso.

II.3.2. El margen de discrecionalidad del Consejo en un mecanismo de doble nivel repercute sobre el control judicial del TG

La segunda de las restricciones, ésta más relevante para nuestros propósitos, tiene su origen en la estructura bifásica del procedimiento que da lugar a la lista 1373¹⁷³⁹. Como hemos venido afirmando repetidamente, ésta se compone de una primera fase que se desarrolla ante las autoridades nacionales, que han de adoptar una decisión en el marco de

¹⁷³⁷ TG, *Tay Zah c. Consejo*, §§ 67-68.

¹⁷³⁸ Esta disposición ya ha sido alegada, por ejemplo, en el recurso interpuesto el 7 de enero de 2011 por el Banco iraní Post Bank contra el Consejo, para que anule las medidas sancionadoras contra Irán en lo que afecta a la demandante (asunto T-13/11).

¹⁷³⁹ Dejaremos aparte la lista Al-Qaeda/Talibanes porque aquí no hay deber de cooperación leal de la Unión hacia el Consejo de Seguridad (al menos, en el sentido que tiene este principio en el Derecho de la Unión). Es fácil suponer que el Consejo hará todo lo posible por ajustarse a las prescripciones del Comité Al-Qaeda/Talibanes, pero aquí el TG no puede controlar lo decidido por el Consejo de Seguridad ni la legalidad de los procedimientos que ofrece. Por ello, aunque en la lista Al-Qaeda/Talibanes el centro de gravedad del procedimiento administrativo se encuentra también fuera de las instituciones europeas, no hay otra opción para la jurisdicción europea que fijar su mirada únicamente en la decisión del Consejo de la Unión (*cf.* TG, *Kadi c. Consejo (III)*, §§ 185 y ss).

También queda aparte la lista de la PC 2001/931 por su estructura jurídica particular, aunque su *comunitarización* a la luz de la reforma de Lisboa hará aplicables a dicha lista los mismos argumentos que los que aquí vamos a exponer.

un procedimiento nacional contra un individuo o entidad¹⁷⁴⁰, y un segundo momento en que se remite dicha decisión al Consejo para que éste pueda eventualmente incluir el nombre relevante en la lista, si es que lo estima necesario.

El TPI consideró en su sentencia *OMPI (I)* que la naturaleza articulada de este sistema le impide pronunciarse sobre la validez de la decisión nacional adoptada contra una persona o entidad incluida en la lista, y más concretamente, sobre si se respetaron sus derechos fundamentales¹⁷⁴¹. Aunque reconoce que el derecho de defensa “debe estar efectivamente garantizado” en el marco de estos procedimientos, concluye que la facultad de escudriñar su adecuación a la protección de los derechos humanos pertenece a los órganos jurisdiccionales nacionales, y en su caso, al TEDH. Por lo tanto, ni el Consejo en la fase europea del procedimiento, ni por ende el órgano jurisdiccional que la supervisa (el actual TG), pueden emitir juicio alguno sobre la valoración de las pruebas de cargo realizadas por las autoridades nacionales. Ello es así incluso aunque la decisión nacional se adopte en relación con una *investigación o procedimiento*, y no con una *decisión de condena*, adoptada contra la persona o entidad incluida en la lista¹⁷⁴².

La reducción del margen de apreciación del Consejo opera en la medida en que éste tiene la obligación de ajustarse “tanto como sea posible” a la apreciación de la autoridad nacional competente, “al menos cuando se trata de una autoridad nacional”¹⁷⁴³. La conclusión del TPI en *OMPI (I)* podría encontrar varios precedentes en varios recursos de nulidad interpuestos ante el TPI y el TJCE que merecen cierto comentario. Desde el punto de vista material es inevitable la referencia al auto *Invest Import-Export GmbH y otros*, que a pesar de referirse a la adopción de medidas provisionales y no al fondo del asunto, se aplicó en un contexto muy similar al actual. El mismo Consejo lo invocó en sus alegaciones ante el TPI¹⁷⁴⁴. En el marco de las sanciones contra la antigua República

¹⁷⁴⁰ Art. 1(4) PC 2001/931, al que se remite art. 2(3) del Reglamento n° 2580/2001.

¹⁷⁴¹ TG, *OMPI c. Consejo (I)*, §§ 119 y ss.

¹⁷⁴² *Ibid.*, § 122.

¹⁷⁴³ *Ibid.*, § 124. En este punto difiere el control sobre la lista 1373 y la lista Al-Qaeda/Talibanes. Respecto de esta última, el TG ha afirmado que “el control ejercido por el juez comunitario sobre las medidas comunitarias de congelación de fondos únicamente puede considerarse efectivo si recae, indirectamente, sobre las apreciaciones de fondo realizadas por el propio Comité de Sanciones, así como sobre los elementos en que se basan dichas apreciaciones (TG, *Kadi c. Consejo (III)*, § 129, énfasis añadidos).

¹⁷⁴⁴ También citado como referente en ANDERSSON, T.; CAMERON, I.; NORDBACK, K.: “EU blacklisting...”, *loc. cit.*, p. 128.

Federativa de Yugoslavia¹⁷⁴⁵, las autoridades francesas y alemanas propusieron a la Comisión la inclusión de las demandantes en la “lista negra”, previa audición en el ámbito nacional para que pudieran exponer su punto de vista (acompañada de otra audición ante la Comisión). El TPI concluyó que “en el caso de autos las demandantes no han manifestado nada respecto de la supuesta vulneración de sus derechos de defensa por las autoridades alemanas y francesas”, por lo que el respeto de estos derechos en el ámbito nacional fue suficiente a efectos de desestimar la demanda¹⁷⁴⁶.

En la sentencia *France-Aviation c. Comisión* (a la que se remite el auto *Invest Import-Export GmbH*) el TPI estimó, en un procedimiento relativo a la devolución o condonación de derechos de importación o de exportación regulado por el artículo 905 del Reglamento n° 2454/93 de la Comisión¹⁷⁴⁷, que el derecho a ser oído debía garantizarse en primer lugar en la fase nacional del procedimiento. La citada disposición figura en un Capítulo donde se enumeran una serie de situaciones concretas, en las que los requisitos para beneficiarse de la devolución se presumen cumplidos de pleno derecho. Cuando se encuentran en presencia de una de dichas situaciones, las autoridades nacionales son competentes para conceder o no la devolución; pero si no se hallan en condiciones de decidirla, las autoridades nacionales transmitirán el caso a la Comisión para que ésta resuelva¹⁷⁴⁸.

Lo interesante de la sentencia, al igual que sucediera en *Invest Import-Export GmbH y otros*, es que el TPI no exigió un derecho a ser oído *ante la Comisión*, sino que estimó suficiente el respeto de esta garantía en la fase nacional del procedimiento. Adoptando una óptica claramente instrumentalista de las garantías del proceso, lo relevante para el Tribunal era que la Comisión tuviera ante sí el expediente completo antes de

¹⁷⁴⁵ En el caso concreto fue el Reglamento (CE) n° 1147/2000 de la Comisión, de 29 de mayo de 2000, *por el que se modifica el anexo II del Reglamento n° 1294/1999 del Consejo relativo a la congelación de capitales y a la prohibición de las inversiones en relación con la República Federativa de Yugoslavia* (DO L 129, de 30.5.2000, pg. 15)

¹⁷⁴⁶ TPI, *Invest Import und Export GmbH y otros c. Comisión*, auto de 2 de agosto de 2000, T-189/00, §§ 40-42.

¹⁷⁴⁷ Reglamento (CEE) n° 2454/93 de la Comisión, de 2 de julio de 1993, *por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario* (DO L 253, de 12.12.1996, p. 23).

¹⁷⁴⁸ TPI, *France-Aviation c. Comisión*, §§ 28 y ss. *Vid.* también TPI, *Air Inter SA c. Comisión*, sentencia de 19 de junio de 1997, T-260/94, §§ 64 y ss. (relativa al mantenimiento de una concesión exclusiva sobre dos rutas aéreas nacionales, en la que la demandante tampoco fue oída directamente por la Comisión).

adoptar su decisión, lo cual implicaba que la demandante pudiera presentar sus alegaciones ante las autoridades francesas.

En la posterior sentencia *Eyckeler & Malt AG c. Comisión*¹⁷⁴⁹, tanto la problemática planteada como la lógica del TPI en su razonamiento fueron idénticos: el derecho a las garantías del procedimiento administrativo emerge allá donde los hechos se dilucidan, independientemente de la relación formal entre el individuo y las autoridades europeas (en el asunto citado, la Comisión). En este asunto una sociedad alemana que importaba carne de vacuno de Argentina se vio perjudicada por una decisión de la Comisión de no condonar la deuda que la sociedad contrajo con el Estado alemán¹⁷⁵⁰. El procedimiento en este caso también se desarrollaba en dos niveles. En primer lugar, en la escala nacional, el deudor presentaba su solicitud de condonación de deuda a la Administración nacional, decisión que puede ser sometida a la supervisión de un juez nacional. Si aquella tenía dudas sobre la condonación o pensaba que había que concederla, el expediente se transmitía a la Comisión para que ésta lo tramitara, iniciándose la segunda fase del procedimiento.

Ante la falta total de aplicación de garantías del procedimiento en la fase europea, el demandante impugnó la Decisión que le resultó lesiva invocando su derecho a ser oído. El TPI aceptó el argumento:

“cuando la Comisión se propone no atenerse a la definición de postura de las autoridades nacionales competentes sobre la cuestión de si puede reprocharse al interesado una negligencia manifiesta, está obligada a hacer que éste sea oído sobre este punto. En efecto, tal decisión implica una apreciación jurídica compleja que sólo puede tener lugar sobre la base de todos los datos fácticos relevantes”¹⁷⁵¹.

¹⁷⁴⁹ TJCE, *Eyckeler & Malt AG c. Comisión*, sentencia de 19 de febrero de 1998, T-42/96.

¹⁷⁵⁰ El origen del caso radicaba en una serie de Reglamentos del Consejo que autorizaron la apertura de un contingente arancelario comunitario de carne de vacuno de alta calidad procedente de Argentina (“carne de vacuno Hilton”). De acuerdo con el llamado “contingente Hilton”, ciertas cantidades de esta carne podían ser importadas en la Comunidad con franquicia de exacción reguladora, bajo presentación, en el momento de la importación, de un certificado de autenticidad expedido por el organismo emisor competente del país exportador. Varias investigaciones de la Comisión descubrieron que abundantes certificados de autenticidad estaban en realidad falsificados, entre ellos, los entregados por una compañía argentina que proveía de carne a la sociedad alemana. Como consecuencia, las autoridades aduaneras alemanas reclamaron *a posteriori* el pago de los derechos de importación a la sociedad *Eyckeler & Malt AG*. Mediante escrito de 1 de marzo de 1995, la compañía solicitó a dichas autoridades alemanas la condonación de la deuda. La solicitud fue transmitida a la Comisión, para que decidiera si la condonación estaba justificada en virtud del artículo 13 del Reglamento 1430/79/CE. Mediante decisión de 20 de diciembre de 1995, dirigida a la RFA, la Comisión concluyó que la solicitud de información no estaba justificada, al estimarse que la actuación de la sociedad alemana había sido negligente.

¹⁷⁵¹ TPI, *Eyckeler & Malt AG c. Comisión*, § 84.

Ello quiere decir, en palabras de S. CASSESE, que “what matters (...) is who determines the facts giving rise to an adverse decision. A national administration arriving at a provisional adverse decision must respect the right to defense, as must the Commission in determining the facts that lead to a definitive adverse decision”¹⁷⁵².

Trasladado el planteamiento al procedimiento bifásico de la lista 1373, podemos apreciar que el valor de estos precedentes a efectos de justificar la decisión final del Tribunal en la sentencia *OMPI (I)* ha de ser considerado con cautela. Y es que en estos casos (así como en el que dio lugar a la importante sentencia *Oleificio Borelli c. Comisión*¹⁷⁵³, relativa al control judicial de un procedimiento mixto), los procedimientos impugnados eran “mixtos”, y no “vinculados” -o “paralelos”, como los ha denominado algún autor¹⁷⁵⁴-. Quiere ello decir que, aún requiriéndose la intervención de dos autoridades, en todos los casos el Derecho aplicable desde la incoación inicial de los procedimientos es el Derecho de la Unión, y no el nacional. Incluso lo era en el auto *Invest Import-Export GmbH y otros*, donde a pesar de estar en juego la elaboración de otra “lista negra”, la autoridad nacional otorgaba a la afectada la oportunidad de presentar alegaciones relativas al Reglamento nº 1294/1999.

Por el contrario, el procedimiento de la lista 1373 de la Unión tiende a la separación entre la fase nacional y la europea. El Tribunal no interviene en la primera porque su “europeización” sólo se produce *a posteriori*, una vez que las autoridades estatales la utilizan como base para elevar una propuesta al Consejo. Aún más, como hemos señalado, la lógica del TG y el TJUE en las sentencias que hemos citado supone que las garantías del procedimiento se han de aplicar allí donde se establecen *los hechos*. Sin embargo, aquí sucede todo lo contrario, pues a pesar del margen de discrecionalidad del Consejo para decidir si se ha de incluir un nombre en la lista, los hechos se determinan por las autoridades nacionales –con alguna salvedad a la que vendremos en seguida-, sin que el

¹⁷⁵² CASSESE, S.: “European administrative...”, *loc. cit.*, p. 33.

¹⁷⁵³ TPI, *Oleificio Borelli c. Comisión*, sentencia de 3 de diciembre de 1992, C-97/91, Rec. 1992, p. I-6330 y ss. En esta cuestión prejudicial, el TJCE obligó a Italia a establecer un procedimiento judicial en el ámbito nacional para permitir a la demandante impugnar la decisión del Consejo Regional de Liguria. En virtud del art. 13(3) del Reglamento 355/77/CEE (de 15 de febrero de 1977, DO L 051/01, de 23.02.1977), para optar a ciertas ayudas del FEOGA era necesario el visto bueno de una autoridad nacional, pero en el caso de la demandante la decisión de declararla no elegible para las ayudas no era susceptible de ninguna supervisión judicial. Para un comentario muy crítico con esta sentencia, *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La ampliación de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho Comunitario (sentencia *Borelli*)”, *REDA* 1993, nº 78, pp. 297 y ss.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 22.

TPI pueda controlar aspecto alguno de esta fase nacional¹⁷⁵⁵. El motivo no es otro que la aplicabilidad en este contexto del deber de cooperación leal contemplado en el actual artículo 4(3) TUE, que en este contexto desempeña un papel próximo al del principio de confianza mutua tan relevante en el ámbito del tercer pilar¹⁷⁵⁶. Ello repercute inevitablemente sobre la intensidad del control judicial ejercido por el Tribunal¹⁷⁵⁷.

Desde el mismo momento en que el Consejo se ha de ajustar “en la medida de lo posible”, tanto a la determinación de los hechos, como a la apreciación de las pruebas e informaciones efectuadas por las autoridades nacionales, el centro de gravedad se desplaza inevitablemente hacia las “decisiones” nacionales¹⁷⁵⁸. De esta manera, el TPI acerca un procedimiento formalmente “vinculado” –dos decisiones formales separadas, que se articulan en torno a una propuesta estatal al Consejo-, a uno “semi-mixto” o “semi-vinculado”, en el que a menudo quien realmente valora el fondo de los argumentos que justifican la inclusión de un nombre en la lista es la autoridad estatal, no el Consejo¹⁷⁵⁹,

¹⁷⁵⁵ Además, le exige ajustarse a la apreciación de la autoridad nacional respecto de las restricciones de acceso a las pruebas o indicios, legalmente justificadas en Derecho nacional, por motivos de orden público, seguridad pública, etc. El TPI aplica aquí a la inversa lo decidido en la sentencia *Postbank c. Comisión*. En este caso se impugnó la decisión de la Comisión de 23 de septiembre de 1994 de autorizar a dos empresas que habían entablado en el ámbito nacional un recurso contra el sistema de tarifas de impresos de pago y transferencias bancarias aprobado por varios bancos holandeses, a divulgar ante los órganos jurisdiccionales nacionales documentos considerados en principio confidenciales por la Comisión. Los documentos fueron elaborados en el marco de un procedimiento abierto por la Comisión contra dichos bancos, pero que no dio lugar a ninguna decisión sancionatoria. A juicio de los bancos demandantes, se vulneraron los artículos 214 TCE y párrafo primero del artículo 20 del antiguo reglamento nº 17, que establece una prohibición de utilizar las informaciones recogidas en aplicación de los artículos 11, 12, 13 y 14, para un fin distinto de aquel para el que las solicitaron. Para el Tribunal, la prohibición de los citados artículos no se extiende a los procedimientos judiciales nacionales; pero las autoridades judiciales nacionales estaban obligadas, en virtud del principio de cooperación leal, a ofrecer una protección eficaz ante los derechos que protegía el Reglamento nº 17 (TPI, *Postbank c. Comisión*, sentencia de 18 de septiembre de 1996, T-353/94, Rec. p. II-00921, esp. §§ 62 y ss.).

¹⁷⁵⁶ BERBEROFF, D.: “La presunción de inocencia y el derecho de defensa. Principios de legalidad y proporcionalidad”, en BENEYTO-PÉREZ, J. M. (Dir.); MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.; BECERRIL ATIENZA, B. (Coords.): *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo II, Derechos Fundamentales*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 917.

¹⁷⁵⁷ TPI, *OMPI (I)*, § 124.

¹⁷⁵⁸ En la sentencia *Stichsting Al-Aqsa c. Consejo (II)* el TG habla de “preponderancia” de los elementos del procedimiento nacional.

¹⁷⁵⁹ Ello lo afirmamos con las debidas cautelas, porque las sentencias *OMPI (I)*, *OMPI (II)*, *Al-Aqsa (II)*, y *OMPI (III)* plantean el margen de discrecionalidad del Consejo en dos direcciones. Por un lado el Tribunal reduce el margen de discrecionalidad en relación con la determinación de si existen “pruebas o indicios serios y creíbles” en los cuales se basa la decisión nacional. Por el otro, sin embargo, admite una amplia facultad de apreciación del Consejo respecto de las “consideraciones de oportunidad” de incluir un nombre en la lista (por todas, sentencia *OMPI c. Consejo (III)*, § 55). Entendemos que la distinción parece operar en dos ámbitos diferentes: el primer margen de discrecionalidad se refiere a la posición del Consejo respecto del acierto de la decisión nacional; el segundo, a la postura del Consejo respecto de la necesidad de que esa decisión nacional (cuyo acierto no puede valorar) justifique una congelación de fondos. Para TRIDIMAS y GUTIÉRREZ-FONS, esta ambigüedad es una puerta abierta al TPI para controlar los procedimientos nacionales,

incluso a pesar de que éste sigue disponiendo de un amplio margen de discrecionalidad para decidir incluir un nombre en la lista.

La mejor prueba de ello es que, para el Consejo, la carga de la prueba de que está justificada la congelación inicial de fondos de un particular (o su mantenimiento en la lista) es realmente muy limitada. El TG lo reconoce abiertamente: si se trata de una decisión inicial de congelación de fondos, le basta con probar que una autoridad nacional ha adoptado una “decisión” respecto de esta persona o entidad (nótese que la definición de “decisión” del artículo 1(4) PC 2001/931/PESC es amplísima). Y si se trata de una decisión subsiguiente de mantener un nombre en la lista, basta con probar que la congelación sigue estando justificada “a la luz de todas las circunstancias relevantes del asunto de que se trate”; en otras palabras, basta con apreciar que la decisión que justificó la inclusión en la lista sigue en vigor¹⁷⁶⁰.

Algunos autores han sugerido que esta solución no es la correcta¹⁷⁶¹. Se podría argumentar que, en la medida en que la decisión nacional se “europeiza”, uno de los criterios para aceptar la extensión a la UE de decisiones nacionales ha de ser el respeto de los derechos humanos, quizás buscando una analogía con las sentencias/decisiones *France-Aviation, Eyckeler & Malt AG c. Comisión o Invest Import-Export GmbH*. Por el contrario, desde nuestro punto de vista resulta comprensible que el Tribunal agilice el procedimiento basándose en lo decidido en las instancias nacionales. A fin de cuentas, la posibilidad de

cuya autonomía defienden los autores (TRIDIMAS, T.; GUTIÉRREZ-FONS, J. A.: “EU Law...”, *loc. cit.*, pp. 712-713).

¹⁷⁶⁰ Por todas, sentencia *OMPI c. Consejo (III)*, § 54. Ello eleva el test de ilegalidad de las decisiones del Consejo fuera de la esfera de la proporcionalidad, para situarlo en el de la irracionalidad. En este ámbito, es al afectado al que corresponde que la decisión de la autoridad europea sobrepasa los límites de lo aceptable. Como afirma JOWELL, explicando el conocido test de la *wednesbury unreasonableness* del Derecho administrativo británico, “where discretionary power is conferred on a decision-maker in domestic law, the burden is on the *claimant* to show that it was wrongly exercised. The essential difference between that approach and that of proportionality (...) is that in the latter case the question is whether the defendant (the public authority) has properly departed from a fundamental norm (EU duties or Convention rights). The burden in these cases is therefore upon the *defendant* to justify the departure) (JOWELL, J.: “Administrative justice and standards of substantive judicial review”, en ARNULL, A.; ECKHOUT, P.; TRIDIMAS, T.: *Continuity and change in EU. Essays in honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, New York, 2008, p. 181). No hay control de proporcionalidad en el ámbito de las listas negras antiterroristas de la Unión, una vez comprobado en *OMPI (I)*, *Kadi (II)* u *Othmann* que no hay violación desproporcionada del derecho a la propiedad.

¹⁷⁶¹ *VID.* ECKES, C.: *European Counter-terrorist...*, *op. cit.*, pp. 311 y ss. y 382 y ss.; REINISCH, A.: “Terrorism and human rights: EU anti-terrorism measures from an ECHR perspective”, *BALYIL*, Vol. 6, 2006, pp. 258 y ss.; SPAVENTA, E.: “Fundamental...”, *loc. cit.*, pp. 248-249. LABAYLE y MEHDI se preguntan si “la Haute jurisdiction ne propose-t-elle pas au justiciable de se contenter du plaisir très platonique d’avoir eu juridiquement raison? Loïn de jouir de la protection d’un épais bouclier, il ne reçoit du juge qu’un modeste sabre de bois” (“Le controle...”, *loc. cit.*, p. 265).

una laguna en la protección judicial de los particulares resulta a estas alturas improbable, dada la doble posibilidad de intervención del TEDH, primero sobre la fase nacional del procedimiento, y seguidamente sobre la fase europea (cuando la UE se acabe adhiriendo al CEDH)¹⁷⁶². Además, como expondremos en seguida, el concepto de “decisión nacional” que puede fundamentar la inclusión en la lista ha sido muy oportunamente restringido por la jurisprudencia del TPI. En definitiva, como recientemente se ha afirmado en la sentencia *Kadi (III)*,

En ese régimen [el de la lista 1373], el derecho de defensa está efectivamente garantizado, en primer lugar, en el marco del procedimiento nacional, donde el interesado debe tener ocasión de dar a conocer oportunamente su punto de vista sobre las pruebas de cargo utilizadas en su contra (...) bajo el control de los órganos jurisdiccionales nacionales, o en su caso, del Tribunal EDH (...). *Son precisamente esas garantías del derecho de defensa que existen en el ámbito nacional, bajo un control jurisdiccional efectivo, las que dispensan a las instituciones comunitarias de toda obligación de prever de nuevo, en el ámbito comunitario, garantías relativas al mismo objeto*¹⁷⁶³.

A diferencia de las sanciones adoptadas por el Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes, la existencia de garantías judiciales equivalentes en la fase nacional del procedimiento justifica la confianza del Tribunal en las apreciaciones realizadas durante la fase “extraeuropea” de toma de decisiones¹⁷⁶⁴, reforzándose la confianza mutua entre Luxemburgo y los sistemas administrativos y judiciales nacionales. A fin de cuentas, ni siquiera el artículo 41 CDF extiende su ámbito de aplicación a los procedimientos de los Estados que aplican el Derecho de la Unión¹⁷⁶⁵.

¹⁷⁶² Es evidente que late aquí de fondo la interesante -pero mucho más amplia- cuestión de la integración de los procedimientos administrativos europeos y su articulación como parte de un espacio federal administrativo europeo. Como introducción al debate, *Vid.* por ejemplo CHITI, M. P.: “Introduction: les droits administratifs nationaux entre harmonisation et pluralisme eurocompatible”, en AUBY, J.-B. ; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (Dir.): *Droit administratif...*, *op. cit.*, pp. 669 y ss., quien estima que el principio de cooperación leal es insuficiente a efectos de regular estas relaciones (p. 673). Un recomendable trabajo de HOFMANN llega a nuestro entender al fondo del asunto al poner de relieve las carencias de estos procedimientos administrativos desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, proponiendo *de lege ferenda* la expansión del mecanismo de reenvío prejudicial a procedimientos entre tribunales nacionales y entre estos y el TJUE (pero en el sentido inverso al actual, es decir, proponiendo un reenvío del Tribunal de Justicia hacia los tribunales nacionales en materias procedimentales que predeterminan el resultado de procedimientos europeos). *Vide* HOFMANN, H. C. H.: “Composite decision making procedures in EU administrative law”, en HOFMANN, H. C. H.; TÜRK, A. H. (Eds.): *Legal challenges in EU Administrative Law. Towards an integrated administration*, Edward Elgar Pub., Cheltenham, 2009, pp. 158-159.

¹⁷⁶³ TG, *Kadi c. Consejo (III)*, § 186, énfasis añadido. El TG reconoce ahora, en contra de lo que llegara a sugerir en *Al-Aqsa c. Consejo (II)* (§ 165), que la decisión nacional se beneficiará *siempre* de un recurso jurisdiccional efectivo.

¹⁷⁶⁴ TG, *Kadi c. Consejo (III)*, §§ 128-129.

¹⁷⁶⁵ KANSKA, K.: “Towards administrative...”, *loc. cit.*, p. 309. Se ha argumentado con lógica, en aplicación de la jurisprudencia *Wachauf* del Tribunal de Justicia, que los estándares europeos en materia de derechos humanos han de aplicarse a las medidas adoptadas por los Estados en ejecución de las listas antiterroristas, e incluso al acto de transmisión de información relevante de los Estados a la UE, que dé lugar a la inclusión de un nombre en la lista (EECKES, C.: *EU Counter-terrorist policies...*, *op. cit.*, p. 134). Sin dejar de ser cierto,

II. GARANTÍAS APLICABLES DURANTE LA “FASE EUROPEA” DEL PROCEDIMIENTO

Trazados los rasgos esenciales del control judicial ejercido desde Luxemburgo sobre el respeto de las garantías del procedimiento administrativo, estamos en condiciones de adentrarnos en un estudio específico dedicado a éstas, tal y como han sido recogidas jurisprudencialmente. Para ello es necesario tener en cuenta que toda separación estricta entre garantías resulta artificiosa, en la medida que unas se encuentran estrechamente relacionadas con otras: existe una especial imbricación entre la obligación de motivación de las decisiones adoptadas por la autoridad y la comunicación de pruebas de cargo, de la misma manera que el trámite de audiencia resulta difícilmente concebible sin conocer dichas pruebas y poder solicitar el acceso a otros elementos del expediente.

La jurisprudencia relativa a las listas antiterroristas de la Unión ha encontrado sin embargo un importante eje de apoyo en la obligación de motivación de las decisiones lesivas de los derechos de los particulares afectados por las listas negras, derecho imprescindible para poder garantizar la tutela judicial efectiva, y garantía condicionante del disfrute de los derechos de defensa. Tal es así que en determinadas circunstancias puede ser la única garantía del procedimiento administrativo verdaderamente aplicable, si se llega a dar el caso de que la protección de la seguridad pública o la salvaguardia de las relaciones internacionales impiden la divulgación de cualquier elemento de prueba o información del expediente¹⁷⁶⁶.

Una lectura detallada de las sentencias del TG y del TJUE relativas a nuestro ámbito de estudio deja la sensación de que la variable del margen de discrecionalidad del Consejo obliga al juez europeo a atacar las medidas antiterroristas de la Unión por los flancos del exceso de poder, en ese terreno fronterizo donde la discrecionalidad pasa a convertirse en arbitrariedad. Un ejemplo, quizás algo extremo, lo encontramos en la

entendemos que el argumento no ha de interpretarse como aplicable a *todo* el procedimiento que motive la propuesta de un nombre para la lista, sino al *acto de propuesta de un nombre*. En otras palabras, los estándares europeos en materia de derechos humanos podrían ser aplicables a la decisión de "elevar" un nombre al Consejo, pero no al procedimiento que pueda estar detrás de esta decisión, que a menudo será un proceso penal que en principio queda fuera de la esfera del Derecho de la Unión.

¹⁷⁶⁶ En *OMPI (I)* el TPI reconoció que la motivación “es tanto más importante cuanto que el interesado no goza de un derecho de audiencia previo”, de tal forma que es “la única garantía que permite al interesado utilizar oportunamente las vías de recurso a su alcance (...)” (TPI, *OMPI (I)*, § 140)

sentencia *OMPI (III)*. En este asunto, el TG aprovechó la ocasión para reconocer que, en el caso concreto de la organización demandante, la ausencia total y absoluta de procedimiento relativo al mantenimiento del nombre de la organización en la lista, sin causa ni justificación alguna, constituía un indicio claro de abuso o desviación de poder¹⁷⁶⁷ (una causa de nulidad de escaso éxito ante la jurisdicción europea¹⁷⁶⁸).

Esta decisión presenta cierto contraste con lo defendido en *OMPI (I)*, sentencia en la que se admitió como principio general que los motivos arriba citados (seguridad nacional, mantenimiento de las relaciones internacionales) podían dejar sin efecto el principio general de respeto del derecho de defensa¹⁷⁶⁹. Y es que, en el caso de la organización iraní, la inclusión en la lista 1373 que en un principio parecía encontrarse dentro de los límites del poder discrecional del Consejo, pasó a convertirse en una medida autoritaria a la luz de decisiones subsiguientes de la jurisdicción británica que estimaron injustificado calificar a la *OMPI* como organización terrorista. Como veremos enseguida, no es éste el único caso en que el TG se muestra deseoso de enviar un mensaje claro al Consejo de que no le ampara un poder ilimitado, pero sí se erige como uno de los más significativos.

En este apartado seguiremos un orden cronológico de análisis, comenzando con la primera de las garantías que han de beneficiar a los particulares incluidos en las listas de la Unión (la exposición de motivos), para seguir con la comunicación de las pruebas de cargo y el trámite de audiencia. Dejaremos fuera de nuestro estudio el derecho de acceso a los

¹⁷⁶⁷ TG, *OMPI (III)*, § 44. Ello podría dar lugar a lo que en *Sisión (II)* no se le reconoció al demandante: la responsabilidad patrimonial derivada de la inclusión errónea en la lista 1373. En esta última el TG estimó que no había violación suficientemente caracterizada ni nexo causal entre el daño y la acción del Consejo (TPI, *Sisión c. Consejo (II)*, sentencia de 11 de julio de 2007, T-47/03, § 239). Los argumentos del TG respecto del primer requisito han sido criticados por TRIDIMAS y GUTIÉRREZ-FONS, dado que mezclaban indiscriminadamente argumentos sustantivos y procesales. En efecto, el TG consideró que, dada la ausencia de motivación de la Decisión que mantenía a la demandante en la lista, no era posible determinar qué razonamientos se habían empleado para ello, y por ende, no era posible para el TG establecer si estos constituían o no una violación suficientemente caracterizada (TRIDIMAS, T.; GUTIÉRREZ-FONS, J. A.: “EU Law...”, *loc. cit.*, pp. 722 y ss.). Es evidente que la motivación de un acto es diferente de la motivación de la *ausencia de motivación*; así debería ser también en supuestos como *OMPI (III)*.

En cuanto al nexo causal, el argumento fue la falta de jurisdicción del antiguo TPI sobre la PC 2001/931, a la que había que atribuir el nexo causal con la inclusión del Sr. Sisón en la lista. El argumento contrastaba con la línea jurisprudencial, defendida en *Kadi (II)*, que sostiene que la Comunidad no actuaba formalmente como mero brazo ejecutor del Consejo PESC a la hora de aplicar Posiciones Comunes. De todas formas, hoy en día ha dejado de tener sentido tras la reforma de Lisboa, al tener el TG jurisdicción sobre los actos del antiguo Segundo Pilar que establecen medidas sancionadoras sobre los particulares.

¹⁷⁶⁸ Cfr. CRAIG, P.: *EU Administrative...*, *op. cit.*, pp. 462 y ss.

¹⁷⁶⁹ *Ibid.*, § 137.

documentos del expediente en tanto que fundamental reconocido en el artículo 42 CDF¹⁷⁷⁰. Esta garantía fue objeto de controversia en una serie de sentencias del TPI y el TJCE relativas a José María Sisón, conocido líder comunista al que se le imputan varios actos terroristas en las Islas Filipinas¹⁷⁷¹. Los argumentos del demandante planteaban interesantes cuestiones sobre la interpretación del Reglamento 1049/2001/CE, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión¹⁷⁷². Sin embargo, tanto el TPI como el TJCE respondieron al intento del Sr. Sisón de vincular el acceso a los documentos solicitados al Consejo con los derechos de defensa, separando el Reglamento 1049/2001/CE del derecho a la comunicación de pruebas de cargo¹⁷⁷³.

II.1. La obligación de motivar las decisiones: la “decisión” nacional que puede justificar la inclusión en la lista

Elemento sustancial del Derecho administrativo de todo Estado de Derecho¹⁷⁷⁴, el respeto de la obligación de motivación no sólo posibilita al afectado conocer las razones que justifican su inclusión en la lista y poder iniciar el trámite de audiencia ante las autoridades administrativas de la UE; sino que, sobre todo, le permite poder impugnar estas razones ante la jurisdicción comunitaria siguiendo lo prescrito en el artículo 263 TFUE¹⁷⁷⁵. Como ha señalado CRAIG desde una perspectiva “instrumentalista”, la perspectiva de la autoridad que toma la decisión también cambia con esta obligación, pues ésta deberá asegurarse de que la *ratio* de la medida sancionadora ha sido suficientemente meditada¹⁷⁷⁶; es decir, deberá verificar si la medida responde a los objetivos perseguidos

¹⁷⁷⁰ Sobre este derecho, Vid. CRAIG, P.: *EU Administrative...*, op. cit., pp. 354 y ss.; GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002; del mismo autor, “Artículo 42”, loc. cit., pp. 678 y ss.; LENAERTS, K.: “In the Union we trust’...”, loc. cit., pp. 318 y ss.; NIETO GARRIDO, E.: “Administración europea y derechos fundamentales...”, loc. cit., pp. 68 y ss.

¹⁷⁷¹ TPI, *Sisión c. Consejo (I)*, sentencia de 26 de abril de 2005, T-110/03, T-150/03 y T-405/03; confirmada en casación por sentencia del TJCE, *Sisión c. Consejo*, sentencia de 1 de febrero de 2007, C-266/05P. Una posterior sentencia del TJUE con el mismo demandante (*Sisión III*) será abordada más adelante.

¹⁷⁷² DO L 145, de 1.5.2001, pp. 43 y ss.

¹⁷⁷³ Por todas, TJCE, *Sisión c. Consejo (I)*, §§ 51-52. Previamente, TPI, *Interporc Im- und Export GmbH contra Comisión*, sentencia de 6 de febrero de 1998, T-124/96, §§ 27, donde la falta de motivación de la decisión de la Comisión de denegar el derecho de acceso a los documentos a la demandante fue analizada de manera separada al respeto del derecho de defensa.

¹⁷⁷⁴ CHITI, M.: *Derecho administrativo...*, op. cit., p. 245.

¹⁷⁷⁵ Por todas, cfr. TPI, *Common Market Fertilizers SA c. Comisión*, § 156.

¹⁷⁷⁶ CRAIG, P.: *EU Administrative...*, op. cit., p. 382.

por la norma que se pretende implementar mediante una utilización adecuada de los medios jurídicos que ofrece.

Desde la sentencia *OMPI (I)* se ha venido diferenciando entre la decisión inicial de congelación de fondos y la decisión subsiguiente de mantener un nombre en la lista. La notificación se ha de producir en ambos casos al mismo tiempo o “lo antes posible”¹⁷⁷⁷, pero el contenido de la misma variará en función del momento de que se trate. De esta manera, si se trata de una decisión inicial de congelación de fondos, la motivación deberá relacionarse con el artículo 1(4) de la PC 2001/931/PESC (por remisión del artículo 2(3) del Reglamento 2580/2001/CE); es decir, deberá justificar que existe una “decisión” de una autoridad nacional competente contra el afectado, referente tanto a apertura de investigaciones o de procedimientos en relación con un acto terrorista o participación en el mismo, como a la existencia de una condena por dichos hechos. Recordemos que la decisión nacional ha de basarse en “pruebas o en *indicios* serios y creíbles”, por lo que la carga de la prueba no tiene por qué ser equivalente a la exigida por el artículo 6(2) CEDH en materia de presunción de inocencia en los procesos penales¹⁷⁷⁸. Junto a ello, si se trata de una decisión subsiguiente de mantener un nombre en la lista, la motivación se debe relacionar con el artículo 1(6) de la PC 2001/931/PESC (por remisión del artículo 2(3) del Reglamento 2580/2001/CE); lo que significa que deberá argumentar por qué su presencia en la lista continúa estando “justificada”.

La motivación no puede limitarse a una mera referencia al cumplimiento de los requisitos legales de aplicación del Reglamento 2580/2001/CE, sino que debe explicar las razones, los argumentos por los que el Consejo considera, “en el ejercicio de su poder discrecional de apreciación”, que la medida de congelación de fondos debe aplicarse al interesado¹⁷⁷⁹. La justificación de la exposición de motivos deberá ser evaluada en función del contexto concreto¹⁷⁸⁰. Éste es uno de los escasos puntos de entrada de los argumentos

¹⁷⁷⁷ TPI, *OMPI c. Consejo (I)*, 129. Vid. también TPI, *Al Jubail Fertilizer y otros c. Consejo*, § 17.

¹⁷⁷⁸ Lo cual es motivo de crítica para algunos autores, Cfr. p.e. REINISCH, A.: “Terrorism...”, *loc. cit.*, pp. 256-257.

¹⁷⁷⁹ TPI, *OMPI c. Consejo (I)*, § 146. Previamente, Vid. TJCE, *Hauptzollamt München-Mitte c. Technische Universität München*, sentencia de 21 de noviembre de 1991, C-269/90, Rec. 1991, p. I-5469, § 27, donde se precisó que la motivación ha de ser “suficiente”, en un contexto en el que la Comisión basó en un informe especializado de un Comité científico una Decisión que denegaba a la demandante la importación de un microscopio electrónico con franquicia de derechos. Vid. también *Hoechst c. Comisión*, §§ 41-42.

¹⁷⁸⁰ TPI, *Sytraval c. Comisión*, sentencia 28 de septiembre de 1995, T-95/94, Rec. p. II-2651, § 55

materiales en la labor de supervisión ejercida por el juez europeo (si no el único)¹⁷⁸¹, aunque el límite de la seguridad y el mantenimiento de las relaciones internacionales puedan reducirlo a bien poco¹⁷⁸². Es decir, el control del cumplimiento de la obligación de motivación implica adentrarse de manera colateral en los argumentos de fondo que justifican la inclusión. Por ejemplo, en *Kadi (III)*¹⁷⁸³, al TG no le bastaron “los escasos elementos de información y las vagas alegaciones” que figuraban en el resumen de motivos; por ejemplo, la mera alegación sin prueba ni justificación alguna de que el demandante fue accionista de un banco bosnio en el que “es posible” que se llevaran a cabo sesiones de planificación de ataques terroristas. Ello no significa de todas maneras que el Consejo haya de aportar *todos* los argumentos fácticos y jurídicos que hayan justificado la adopción de la medida, sino que bastará con que el razonamiento explique sus elementos *esenciales*¹⁷⁸⁴. Por ello en la sentencia *Al-Aqsa (II)* el TG precisa que no se le puede exigir al Consejo que indique en qué modo el bloqueo de fondos contribuye “de forma concreta” a la lucha contra el terrorismo, o “demostrar” que el interesado podría utilizar sus fondos para cometer o facilitar actos de terrorismo en el futuro¹⁷⁸⁵.

El tipo de “decisión” de la “autoridad competente” que motiva la inclusión en la lista ha sido objeto de controversias e importantes pronunciamientos jurisprudenciales. Conocer la tipología de actos sobre la base de los cuales puede intervenir el Consejo, y los límites a su invocación, es una labor imprescindible para evitar que medidas nacionales ya derogadas o sólo indirectamente relacionadas con la investigación de actos terroristas sean objeto de aplicación abusiva por la autoridad europea. Se trata pues de evitar que los Estados “cuelen” en el Consejo cualquier medida nacional utilizándola como excusa para introducir un nombre en la lista.

¹⁷⁸¹ CRAIG, P.: *EU Administrative...*, *op. cit.*, p. 386.

¹⁷⁸² Respecto los límites a la obligación de motivación, TRIDIMAS Y GUTIÉRREZ-FONS han considerado que los argumentos de principio del Tribunal “show an unusual level of equivocation”. Para los autores, es correcto internalizar los límites relativos a la seguridad y el mantenimiento de las relaciones internacionales; pero el alcance que se otorga a esas limitaciones es particularmente “vasto”: en ciertas circunstancias, el interés público puede justificar que no haya ninguna garantía (TRIDIMAS, T.; GUTIÉRREZ-FONS, J.-A.: “EU Law...”, *loc. cit.*, p. 717).

¹⁷⁸³ TG, *Kadi c. Consejo (III)*, §§ 174-175.

¹⁷⁸⁴ TPI, *Mehibas Dortselaan BV c. Comisión*, sentencia de 18 de febrero de 2000, T-290/97, § 92. *Vid.* también LENAERTS, K.; VAN HAMME, J.: “Procedural...”, *loc. cit.*, p. 564.

¹⁷⁸⁵ TG, *Al-Aqsa (II)*, § 143. También TPI, *OMPI c. Consejo (I)*, § 101, y *Sisión c. Consejo (III)*, § 69.

La jurisprudencia en la materia se ha caracterizado por su escaso formalismo a la hora de ponderar la validez de las decisiones nacionales de inclusión en la lista, dejando muy abiertas las posibilidades para el Consejo. En un primer momento la sentencia *OMPI (I)* pareció ampliar la noción de “decisión” nacional que puede justificar la inclusión en la lista hasta límites incontrolables¹⁷⁸⁶, pero sentencias más recientes tienden a restringir el concepto, dotándolo de un contenido más sustantivo. A efectos de nuestro análisis, distinguiremos tres vectores principales en la línea argumentativa de esta equilibrada jurisprudencia.

II.1.1. Son válidas las decisiones pendientes de revisión

En primer lugar, se ha admitido que la inclusión de un nombre en la lista se fundamente en una “decisión” que se encuentra pendiente de revisión¹⁷⁸⁷. Las razones son tan evidentes que no merecen más comentario (sobre todo las relativas a la efectividad del mecanismo sancionador), por lo que nos parece plenamente justificada la congelación de bienes desde la decisión inicial del tribunal o de la autoridad administrativa. Ahora bien, *a contrario*, se ha de interpretar que el hecho de que la decisión administrativa o judicial inicial haya sido anulada por una decisión judicial nacional posterior implica que el Consejo ha de tener en cuenta los efectos de dicha decisión para, eventualmente, retirar un nombre de la lista. De lo contrario, se estaría prolongando injustificadamente la ejecución de medidas sancionadoras llegando a dotar de un poder arbitrario a la autoridad europea,

¹⁷⁸⁶ En efecto, como ha señalado SPAVENTA, la ampliación de la jurisdicción del TG para revisar las pruebas e informaciones cuando el procedimiento es “unifásico” encierra una ampliación sutil de las competencias del Consejo más allá del texto del artículo 1(4) de la PC 2001/931/PESC y el artículo 2(3). Y es que en ningún momento se afirma que el Consejo pueda incluir un nombre en la lista sin la existencia de una decisión previa de una autoridad nacional al respecto: “article 1(4) is phrased in mandatory terms and does not seem to confer upon the Council the power to include someone in the list *regardless* of a prior national authority’s decision” (SPAVENTA, E.: “Foreign policy...”, *loc. cit.*, p. 249, énfasis original). Resulta discutible pues que una decisión no *formal* ni *pública* (por ejemplo, el inicio de una investigación policial), pueda justificar la inclusión en la lista. De hecho, en la posterior sentencia *Al-Aqsa (II)* se ha dado a entender que como mínimo debe haber una “incoación” y una “instrucción activa” de un procedimiento nacional (§ 176), lo que apunta a una decisión formal y pública. Para una discusión sobre los modos de respetar la tutela judicial efectiva en este tipo de decisiones, *cfr.* HOFMANN, H. C. H.: “Composite...”, *loc. cit.*, pp. 136 y ss.

Una de las consecuencias de esta postura del TG es que se abren de par en par las puertas a la inclusión de nombres en las listas europeas sobre la base de decisiones adoptadas por *terceros Estados*.

¹⁷⁸⁷ TPI, *El Morabit c. Consejo*, sentencia de 2 de septiembre de 2009, T-37/07 y T-323/07, § 53; y TPI, *OMPI c. Consejo (II)*, § 142-143.

pues al revocarse la decisión que motivó la inclusión se desactiva el mecanismo regulado por los artículos 1(4) y 1(6) de la PC 2001/931/PESC¹⁷⁸⁸.

Éste fue precisamente el caso de la sentencia *OMPI (II)*¹⁷⁸⁹. Aquí, el Consejo fue prorrogando la inclusión en la lista de la demandante a pesar de que un tribunal británico había considerado que la decisión inicial del Ministro del Interior del Reino Unido era “perversa”. El único argumento al respecto era que el *Home Secretary* había recurrido la decisión judicial ante un tribunal de apelaciones, pero el TG estimó que la escueta motivación del Consejo no permitía saber en qué medida se tuvo en cuenta la decisión de la POAC, órgano que revocó la decisión inicial del *Home Secretary* relativa a la Organización de Mujahedines¹⁷⁹⁰. Sobre todo, cuando la misma POAC había estimado que un eventual recurso ante la *Coart of Appeal* contra su decisión tenía escasos visos de prosperar¹⁷⁹¹.

II.1.2. No toda apertura de investigaciones permite la imposición de sanciones

En segundo lugar, el artículo 1(4) de la PC 2001/931, al que se remite el artículo 2(3) del Reglamento 2580/2001, permite expresamente que la simple *apertura de investigaciones* motive una decisión sancionatoria del Consejo. Esto es coherente con los sistemas penales de todos ordenamientos jurídicos europeos, donde es habitual que se prevea la adopción de medidas cautelares de este tipo durante las fases de investigación de infracciones penales. Ahora bien, el TG ha precisado que la reapertura de investigaciones no es válida si no se ve acompañada de nuevos argumentos o de “cargos adicionales” contra la entidad listada, estableciendo así un estrecho ligamen entre la obligación de

¹⁷⁸⁸ Este punto diferencia los procedimientos de las listas negras de un ámbito “clásico” de “administración directa” como el de los procedimientos por infracción del Derecho de la competencia, donde a la retirada de cargos por una autoridad nacional que estime que no se ha violado el Derecho nacional de la competencia no tiene por qué seguirle una retirada de los cargos imputados por la Comisión, si éstos se refieren a la dimensión transnacional de las prácticas ilegales (*Vid.* por ejemplo TJCE, *Aalborg Portland AS y otros c. Comisión*, sentencia de 7 de enero de 2004, C-204/2000P, C-205/2000P, C-211/2000P, C-213/2000P, C-217/2000P y C-219/2000, §§ 179 y ss.).

¹⁷⁸⁹ TPI, *OMPI c. Consejo (II)*, § 173. Las sentencias *Sisión (III)* y *Al-Aqsa (II)* también dieron lugar a problemas similares. En la primera de ellas el Tribunal exigió que el cierre de las investigaciones que justificaron la inclusión en la lista fuera tenido en cuenta por el Consejo (TPI, *Sisión c. Consejo (III)*, sentencia de 30 de septiembre de 2009, T-341/07, § 116). Análoga conclusión fue sostenida en la segunda de estas sentencias respecto de la derogación de la medida inicial el 28 de junio de 2003, poco después de la inclusión de la demandante en la lista del Consejo (TG, *Al-Aqsa (II)*, §§ 170 y ss.).

¹⁷⁹⁰ TPI, *OMPI (II)*, § 173.

¹⁷⁹¹ *Ibid.*, § 184.

motivación de las decisiones nacionales con el tipo de decisión invocable. Éste fue el caso, otra vez, de la Organización de Mujahedines del Pueblo de Irán en la tercera de las sentencias del TPI sobre esta entidad. La fiscalía antiterrorista del *Tribunal de Grande Instance* de París había abierto en 2001 una serie de investigaciones contra diecisiete personas que “podrían” pertenecer a la OMPI. En 2007 se añadieron más argumentos a la investigación. Sin embargo, la validez de la misma como base para incluir a la organización iraní en la lista era discutible por tres motivos:

- Las investigaciones no habían llegado a conclusiones claras sobre las supuestas actividades terroristas de la OMPI.
- Los argumentos de 2007 no eran tan “nuevos” como pretendían las autoridades francesas.
- Como afirmara el TG, para poder admitir que una investigación contra presuntos miembros de una organización pueda fundamentar la introducción de un nombre en la lista, “sería preciso, además, que dicha institución o la autoridad nacional competente explicase los motivos específicos y concretos por los que, en el caso de autos, los actos imputables a individuos presuntamente miembros o simpatizantes de la OMPI deben imputarse a la propia OMPI”, apuntando que en el asunto de autos “dicha explicación brilla por su ausencia”¹⁷⁹².

Teniendo en cuenta estos elementos, una investigación abierta por una fiscalía nacional no podía justificar la inclusión de la OMPI en la lista 1373, pues no existía un nexo claro entre las actividades de la OMPI y los diversos actos terroristas que se investigaron. En definitiva, no es válida cualquier investigación a efectos de la lista 1373, en la medida en que no se aporten los motivos que justifican que pueda activar su mecanismo sancionador.

II.1.3. La decisión nacional debe tratar *principalmente* sobre terrorismo

El tercer vector, relacionado con el anterior, se refiere al *tipo de relación* que ha de existir entre la decisión nacional y la decisión de congelación de fondos por el Consejo.

¹⁷⁹² TPI, *OMPI (III)*, § 65.

Este problema se planteó en el asunto *Sisión c. Consejo (II)*. La propuesta de inclusión del Sr. Sisón en la lista fue realizada por Países Bajos sobre la base de las sucesivas decisiones de mediados de los años noventa del *Raad van State* y del *Rechbank*, órganos judiciales encargados de resolver solicitudes de reconocimiento del estatuto de refugiado¹⁷⁹³. Lo curioso del caso es que las decisiones de ambos órganos obligaban al gobierno holandés a conceder el estatuto de refugiado al Sr. Sisón, al considerar que no existían elementos de hecho suficientes para aplicarle lo dispuesto en las excepciones del art. 1(F) de la Convención de Ginebra de 1951. Este hecho se ha explicado por la presión de los EEUU, especialmente interesado en que la UE sancione al líder comunista filipino. De esta manera, el gobierno holandés buscó la manera más rápida para que las sanciones de una de las listas antiterroristas estadounidenses, que designaba al demandante, fueran “extendidas” también al territorio europeo donde éste residía¹⁷⁹⁴.

Al TPI le bastaba con responder a la parte demandada que la decisión nacional no condenaba al Sr. Sisón ni abría investigaciones contra él en el sentido del artículo 1(4) de la PC 2001/931¹⁷⁹⁵. No obstante, decidió ir más allá para precisar el nexo que esta disposición exige entre la decisión nacional y el motivo por el que se le incluye en la lista: la participación en actos terroristas. Por ello concretó que

“una decisión de «apertura de investigaciones o de procedimientos» debe, para poder ser invocada de forma válida por el Consejo, inscribirse en el marco de un procedimiento nacional que tenga *por objeto directo y principal* la imposición de una medida preventiva o represiva contra el interesado, en relación con la lucha contra el terrorismo y debido a su implicación en éste. *No cumple esta exigencia la resolución de una autoridad judicial nacional que sólo se pronuncia con carácter accesorio e incidental* sobre la posible implicación del interesado en tal actividad, en el marco de un litigio que versa, por ejemplo, *sobre derechos y obligaciones de carácter civil*”¹⁷⁹⁶.

El TPI entendió que la función preponderante de las autoridades nacionales en el proceso de inclusión en la lista exige la introducción de cortapisas que limiten cualquier

¹⁷⁹³ Los Países Bajos se refirieron también al hecho de que el Sr. Sisón ha sido calificado por los Estados Unidos como “specially designated global terrorist” de acuerdo con la Orden Ejecutiva 13224. El elemento fue tenido en cuenta por el Tribunal. Lo preocupante es que el TG no sólo no rechazó de plano este argumento, sino que consideró ambiguamente que “el Consejo deduce de ello que se habían adoptado algunas decisiones en relación con el demandante en el sentido del artículo 1, apartado 4, de la Posición Común 2001/931” (TPI, *Sisión c. Consejo (II)*, § 64) –en referencia también a las decisiones de los tribunales neerlandeses–.

¹⁷⁹⁴ Para una completa introducción a los antecedentes del caso, *cfr.* KOEDOODER, C.; DE LANG, N.: “Anti-terrorist blacklisting in the European Union: the influence of national procedures on the judgments of the Court of First Instance of the European Communities”, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 36, n° 4, esp. pp. 323 y ss.

¹⁷⁹⁵ TPI, *Sisión c. Consejo (III)*, §§ 108-109.

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*, énfasis añadidos.

recurso a decisiones que poco o nada tienen que ver con la determinación del vínculo existente entre un individuo u organización con actos terroristas. Las resoluciones sobre el reconocimiento del estatuto de refugiado son un claro ejemplo de ello dado que, dependiendo del país, las autoridades nacionales pueden ser particularmente laxas a la hora de admitir elementos probatorios que justifiquen la denegación de dicho estatuto en virtud del artículo 1(F) de la Convención de Ginebra de 1951. Y es que el objetivo de dichas resoluciones difiere sensiblemente de la determinación de la participación de un individuo en actividades terroristas, y por ende no puede fundamentar *per se* una propuesta de inclusión en la lista, incluso a pesar de que la participación en actividades terroristas sea la causa que justifique el no reconocimiento del estatuto de refugiado.

Además, al descartar los litigios *civiles* como “decisiones” válidas que puedan dar origen a la inclusión en la lista, el Tribunal parece apuntar *sensu contrario* que los procedimientos nacionales de origen han de ser aquellos comprendidos en la otra categoría del artículo 6(1) CEDH; es decir, que ha de tratarse de litigios de carácter *penal*. Ello refuerza de manera sutil la aplicabilidad de las más exigentes garantías del proceso penal en la fase nacional del procedimiento de inclusión de nombres en las listas negras antiterroristas.

Como punto final de nuestro examen de la obligación de motivación, realizaremos una breve pero necesaria referencia a la obligación de motivación en las sanciones Al-Qaeda/Talibanes. La sentencia *Kadi (II)* del TJCE dio lugar a una reforma del Reglamento 882/2002, que introdujo en el texto un artículo 7 bis (2). Esta nueva disposición establecía una obligación para la Comisión de comunicar “sin demora” la declaración de motivos proporcionada por el Comité de sanciones del Consejo de Seguridad¹⁷⁹⁷. No está todavía claro cómo se va a articular esta obligación en la práctica, por lo que es necesario esperar a que la jurisprudencia se desarrolle para poder aportar elementos más concretos. Sin embargo, conviene apuntar que éste es precisamente uno de los grandes retos para la correcta implementación de la lista Al-Qaeda/Talibanes en la UE después de la sentencia *Kadi (II)* del TJCE: lograr un traspaso fluido de información entre el Comité de Sanciones y la Comisión que permita ejecutar las sanciones adecuándose a los estándares europeos.

II.2. La comunicación de las pruebas de cargo y el derecho a ser oído

¹⁷⁹⁷ Reglamento 1286/2009, artículo 1(9).

La comunicación de pruebas de cargo, cuyo origen se sitúa en los procedimientos por infracción del Derecho de la competencia¹⁷⁹⁸, no ha de ser confundida con la obligación de motivación de las decisiones, a pesar de su estrecha relación. Aunque en el asunto *OMPI (II)* los demandantes intentaron reconducir sus argumentos relativos a las carencias de esta última al ámbito de aquélla, quizás por estimar que la acción de nulidad tendría así más visos de prosperar, esta opción fue expresamente rechazada por el Tribunal. La comunicación de pruebas se encuentra así en la antesala del trámite de audiencia y se incardina en el ámbito más reducido de los procedimientos administrativos que resulten en actos lesivos¹⁷⁹⁹. Los dos (comunicación y audiencia) conforman el núcleo del derecho de defensa, de tal forma que cierran la fase de investigación del procedimiento administrativo que fundamenta la decisión que adoptará la institución europea¹⁸⁰⁰.

Antes de las listas negras antiterroristas, el contencioso del Derecho de la competencia ya había puesto en evidencia las dificultades que se derivan del acceso a los documentos del expediente necesarios para preparar la defensa del afectado. Por ejemplo, en la sentencia recaída en el complejo asunto *Aalborg Portland*, el TPI recordó que corresponde al interesado la carga de la prueba de que el resultado habría sido diferente si se hubieran desclasificado los documentos por él reclamados, aunque aligeró en cierta manera el *onus probandi*. En efecto, el Tribunal concluyó que bastaba con probar que el documento no divulgado podía haber repercutido negativamente sobre la decisión final en aquellos supuestos, en vez de exigir la prueba de que el documento exculparía a la parte afectada¹⁸⁰¹. En todo caso, correspondía al TPI la labor de determinar si la no divulgación de los documentos había originado una vulneración del derecho de defensa.

En el caso de las listas negras antiterroristas, los elementos que justifican la no divulgación de documentos probatorios son la seguridad nacional y las relaciones internacionales, bastando a este respecto la negativa del Estado que lo difundió entre los miembros del Consejo¹⁸⁰². Ello quiere decir que en determinadas ocasiones el particular no

¹⁷⁹⁸ CRAIG, P.: *EU Administrative...*, *op. cit.*, p. 366. NEHL, H. P.: *Principles...*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁷⁹⁹ TJCE, *Transocean Marine Paint c. Comisión*, § 14.

¹⁸⁰⁰ SCHWARZE, J.: *Droit administratif...*, *op. cit.*, p. 1309.

¹⁸⁰¹ TJCE, *Aalborg Portland AS y otros c. Comisión*, §§ 68 y ss. También TJCE, *Baustahlgewebe GmbH c. Comisión*, sentencia de 17 diciembre 1998, C-185/95, § 98. *Vid.* CRAIG, P.; DE BÚRCA, G.: *EU Law...*, *op. cit.*, pp. 97 y ss.; LENAERTS, K.: "In the Union we trust...", *loc. cit.*, pp. 324 y ss.

¹⁸⁰² TPI, *OMPI c. Consejo (I)*, § 134; TPI, *OMPI (II)*, § 73; TPI, *OMPI (III)*, § 145.

tendrá acceso a ninguno o casi ninguno de los elementos de prueba de su inclusión en la lista, aunque es verdad que en *Kadi (III)* el TG criticó severamente al Consejo por no ofrecer un acceso “siquiera mínimo”¹⁸⁰³.

En realidad, es en sede judicial donde se deberá resolver el problema de la desclasificación de documentos delicados, dado que es evidente que el particular se encuentra en una situación de clara indefensión ante las decisiones del Consejo, al no tener conocimiento de los elementos probatorios que hayan podido justificar su designación como individuo o entidad relacionado con actos terroristas¹⁸⁰⁴. Aunque en *OMPI (I)* el TPI estimó no necesario pronunciarse sobre ello, el TJCE insistió en *Kadi (III)* sobre la necesidad de prever un procedimiento específico para poder inspeccionar *in camera* aquellos documentos que puedan poner en riesgo la seguridad nacional o las relaciones internacionales, ofreciendo pues una salida adecuada a este delicado problema¹⁸⁰⁵.

El trámite de audiencia del interesado no tiene por qué ser oral¹⁸⁰⁶, sino que basta con que le permita comunicar sus alegaciones a la exposición de motivos y las pruebas de cargo que lo apoyan, así como aportar nuevos elementos de prueba para refutarlos¹⁸⁰⁷. En el caso de las listas antiterroristas de la Unión, el trámite es siempre escrito, y se fundamenta en la mera respuesta del afectado a las alegaciones y pruebas de la Institución. Aunque el Consejo está obligado a examinar minuciosamente todos los elementos del expediente, no existe una obligación de dar respuesta concreta a todos los argumentos planteados por el afectado¹⁸⁰⁸.

Una lectura comparada de algunas sentencias del TG y el TJUE ofrece interesantes indicios sobre el contenido real de estas garantías en el ámbito de las listas negras europeas, intuyéndose un cierto “efecto acordeón”, en función del contenido de la

¹⁸⁰³ TG, *Kadi c. Consejo (III)*, § 173.

¹⁸⁰⁴ Ello no quiere decir, sin embargo, que la denegación injustificada del acceso a determinados documentos del expediente se pueda subsanar en sede jurisdiccional (TJCE, *Aalborg Portland AS y otros c. Comisión*, §§ 102-104).

¹⁸⁰⁵ TJCE, *Kadi c. Consejo (II)*, § 344.

¹⁸⁰⁶ CRAIG, P.: *EU Administrative...*, *op. cit.*, p. 365; SCHWARZE, J.: *Droit administratif...*, *op. cit.*, p. 1432. Muy crítico con esta característica, en el ámbito del Derecho de la competencia, se muestra FORRESTER, I. S.: “Due process...”, *loc. cit.*, esp. pp. 833 y ss.

¹⁸⁰⁷ TJCE, *Fiskano AB c. Comisión*, § 40; TJCE, *Hauptzollamt München-Mitte c. Technische Universität München*, § 25; TPI, *Lisrestal y otros c. Comisión*, § 197; TPI, *Common Market Fertilizers y otros c. Comisión*, § 105

¹⁸⁰⁸ TPI, *OMPI c. Consejo (III)*, § 95. Sobre la evolución general de este aspecto en la jurisprudencia europea, *cfr.* CRAIG, P.: *EU Administrative...*, *op. cit.*, pp. 393-396.

motivación del acto elaborado por la Institución europea y, en última instancia, del origen de la lista. En efecto, si estamos ante las listas autónomas de la Unión, como sucedió en los asuntos *OMPI*, se debe diferenciar -a efectos de determinar el contenido de las garantías aplicables- entre la decisión inicial de congelación de fondos y la decisión subsiguiente de mantener un nombre en la lista. Es conocido que, en el ámbito de la primera, el TPI defendió que el efecto “sorpresa” de dicha decisión inicial impida el ofrecimiento de garantía previa alguna -salvo la notificación de la decisión lo antes posible-, dado que el resto de elementos del expediente se podrán valorar mediante el ejercicio de la acción de nulidad ante el TPI¹⁸⁰⁹. Por el contrario, en lo que respecta a la decisión subsiguiente de congelación de fondos, los argumentos relativos al “efecto sorpresa” ya no son válidos, por lo que las garantías del procedimiento resultan plenamente aplicables, al menos en principio¹⁸¹⁰.

Pues bien, en un segundo momento, el TG parece sugerir entre líneas que el origen último de la decisión justifica una relajación de la intensidad de las garantías del procedimiento europeo. Así, en la sentencia *OMPI (III)* el TG estimó suficientes una exposición de motivos que se remitía otra vez a la “decisión” nacional que justificó la inclusión en la lista y la comunicación de parte de los elementos probatorios del expediente, para concluir que no hubo violación alguna a este respecto. Ello, a pesar de que la demandante consideraba que la mera repetición en la exposición de motivos de los mismos argumentos que habían justificado la decisión inicial de congelación de fondos era una prueba de que el Consejo no se había tomado en serio sus alegaciones a las pruebas de cargo, y los nuevos documentos por ella aportadas. El TG respondió a este respecto con un argumento ciertamente formal: el hecho de que el Consejo hubiera remitido a los Estados una copia de los argumentos opuestos por la *OMPI* fue estimado suficiente a estos efectos¹⁸¹¹.

En cambio, en la sentencia *Kadi (III)*, argumentos similares llevaron a conclusiones opuestas. Es evidente que la reacción de la Comisión a la sentencia *Kadi (II)* no es la misma que la del Consejo tras *OMPI (II)*, dado que en esta última el afectado tuvo acceso a parte de las pruebas de cargo que justifican su inclusión en la lista. Sin embargo, la

¹⁸⁰⁹ TPI, *OMPI (I)*, § 128. Nótese, por lo tanto, que aunque los fondos se encuentren ya congelados, el Tribunal permite que la audiencia se sustituya por la acción de nulidad ejercida ante el TG.

¹⁸¹⁰ *Ibid.*, §§ 131 y ss.

¹⁸¹¹ TPI, *OMPI c. Consejo (III)*, § 93.

exposición de motivos era idéntica a la que justificó su inclusión inicial, y se refería a actos concretos que daban a entender que el Sr. Kadi se encontraba relacionado con actividades terroristas. Además, hubo un procedimiento formal en el que se le dio la oportunidad de presentar sus alegaciones. Ello no obstante, el TG dedujo que “en realidad, la Comisión ha considerado que estaba rigurosamente obligada a seguir las apreciaciones del Comité de Sanciones y en ningún momento contempló poner dichas apreciaciones en entredicho a la luz de las observaciones del demandante”¹⁸¹². Aunque el TPI lo utiliza como argumento *a fortiori*¹⁸¹³, el elemento que fundamenta esta conclusión parece ser la preclusión total del acceso a los elementos de prueba utilizados en detrimento del afectado. De esta ausencia total de elementos probatorios se deduce la insuficiencia del trámite de audiencia, calificado por el TPI de “formalidad”¹⁸¹⁴; en estas condiciones, ahora sí, se puede presumir algo que en *OMPI* no se consiguió probar: que la institución europea no tuvo en cuenta ninguna de las alegaciones aportadas por el demandante.

Que esto forme parte de una tendencia general hacia una mayor confianza del Tribunal en las listas autónomas de la Unión, es algo que no se puede deducir de una simple lectura comparada de estas dos sentencias. En este contexto, habrá que esperar a la resolución de otros casos similares para apreciar qué elementos predeterminan la valoración del respeto de las garantías del procedimiento sancionador en los diferentes tipos de listas de la Unión.

II.3. ¿*Ne bis in idem*?

Una cuestión que a nuestro conocimiento ha pasado totalmente desapercibida y que reclama mayor atención es el problema de la aplicabilidad del principio *ne bis in idem* a las sanciones antiterroristas de la Unión. Plantearse este interrogante como problema específico de la lista 1373 es especialmente pertinente porque su estructura formalmente articulada acentúa la ejecución de dos procedimientos paralelos que pueden dar lugar a la aplicación de dos sanciones diferentes: la nacional y la europea. Además, en la medida en que el *ne bis in idem* sólo tiene dimensiones transnacionales en el ámbito de la UE (pues ni el CEDH, ni los principales textos internacionales en materia de derechos humanos

¹⁸¹² TG, *Kadi c. Consejo (III)*, § 171.

¹⁸¹³ *Ibid.*, § 173.

¹⁸¹⁴ *Ibid.*, § 171.

prohíben que los mismos hechos den lugar a dos procedimientos y/o sanciones en dos Estados diferentes¹⁸¹⁵), es evidente que nos encontramos ante una de esas particularidades que justifican ese enfoque europeo de las listas antiterroristas que hemos venido defendiendo. El propósito del presente apartado, más que ofrecer una visión exhaustiva del problema, es contribuir a plantear los términos de la discusión: dado que “la formulación del *ne bis in idem* no puede contemplar agotadoramente todas las hipótesis que la práctica puede provocar”¹⁸¹⁶, el examen detallado de las innumerables posibilidades que ofrecen los procedimientos de inclusión de nombres en la lista alargaría nos desviaría en exceso del estudio general de las garantías del procedimiento que estamos realizando en este Capítulo.

El derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción aparece recogido hoy día en el artículo 50 CDF, recogiendo una práctica jurisprudencial que se ha desarrollado principalmente en dos ámbitos: el derecho de la competencia y la interpretación de los artículos 54 y ss. del Convenio de Aplicación sobre el Acuerdo de Schengen (CAAS), de 19 de junio de 1990¹⁸¹⁷. El texto del artículo 50 CDF establece lo siguiente:

¹⁸¹⁵ Vid. art. 4 del Protocolo nº 7 al CEDH, de 16 de septiembre de 1963, el art. 14(7) del PIDCP, el art. 8(4) de la CADH, el art. 16 de la Carta Árabe de los Derechos Humanos, el art. 75(4)(h) del PA I a los Convenios de Ginebra. No se recoge el *ne bis in idem* en el texto de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, ni en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁸¹⁶ BERBEROFF, D.: “La presunción de inocencia...”, p. 908.

¹⁸¹⁷ Se encuentra pendiente ante el TJUE la resolución de un asunto relativo a la aplicación del *ne bis in idem* en el ámbito de la orden europea de detención y entrega dictada por un tribunal italiano en el caso *Procedimiento penal contra Gaetano Mantello*, sentencia de 16 de noviembre de 2010, C-261/09, que pone a prueba el principio de confianza mutua entre resoluciones judiciales de los Estados de la UE. El artículo 3(2) de la Decisión marco, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190, p. 1, de 18.7.2002. Modificada por DM 2009/299/JAI, de 28 de marzo de 2009, DO L 81 de 27.3.2009), establece que “La [autoridad judicial de ejecución] denegará la ejecución de la orden de detención europea en los casos siguientes: 2) cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena”. En este contexto, el *Oberlandesgericht Stuttgart*, órgano jurisdiccional penal alemán, pregunta al TJUE si la circunstancia de que los hechos que justifican una orden de detención por un tribunal italiano ya fueron juzgados en este país puede ser motivo de aplicación de la excepción del art. 3(2) de la DM. El caso es interesante en la medida en que la sentencia de 2005 que plantea el problema sólo condenó al acusado por posesión ilegal de cocaína, mientras que ahora se le imputa *también* el delito de participación en una organización criminal dedicada al tráfico de drogas. La cuestión prejudicial plantea si la noción de “mismos hechos” del art. 3(2) de la DM ha de referirse a la interpretación que de la misma se haga en el Estado de emisión de la orden, en el de recepción; o si por el contrario se ha de acudir a algún tipo de noción europea autónoma.

Las conclusiones del AG BOT se apoyaron en el art. 54 CAAS para interpretar el significado del *ne bis in idem* en el ámbito de la euroorden. Dado que “el derecho fundamental que este precepto de la Decisión marco pretende proteger tiene el mismo valor en ambos casos” (Conclusiones del AG YVES BOT, 7 de septiembre de 2010, § 85), el sentido autónomo que le da aquél ha de ser el mismo en éste. El elemento

“Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal conforme a la ley”.

A pesar de no considerarse una materia estrictamente penal, el Tribunal de Justicia lleva años aplicando la prohibición del *ne bis in idem* a los procedimientos por infracción del Derecho de la competencia¹⁸¹⁸, si bien es dudoso que en sus orígenes se concibiera como un verdadero derecho fundamental, pues la jurisprudencia lo ha incardinado más bien en una exigencia de equidad. Y es que, en este contexto, el principio despliega sus efectos sobre todo en su dimensión material. Ello quiere decir, básicamente, que a la luz del reparto de competencias entre la Comisión y las autoridades nacionales en materia de Derecho de la competencia, la autoridad europea podrá iniciar un procedimiento por los mismos hechos que ya han dado lugar a una infracción por vulneración del Derecho nacional de la competencia (dimensión procedimental del *ne bis in idem* o *erledigungsprinzip*), pero deberá tener en cuenta la multa previamente impuesta a efectos de determinar la cuantía de la sanción europea (dimensión material o *anrechnungsprinzip*)¹⁸¹⁹.

En el ámbito de los artículos 54 y ss. del CAAS¹⁸²⁰, una jurisprudencia cada vez más dilatada (iniciada en las sentencias *Gözütok* y *Brügge*, y en la que las Conclusiones del AG RUIZ-JARABO COLOMER han jugado un papel importante), viene precisando en el ámbito

diferencial para que el *ne bis in idem* se aplique ha de ser la identidad de hechos, más concretamente, “la identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, independientemente de la calificación jurídica de esos hechos o del interés jurídico protegido (§ 115). Además, el hecho de que la fiscalía dispusiera ya de ciertas pruebas de la conducta incriminada en el segundo proceso durante la investigación conducente al primero, pero decidiera no incluirlas en el escrito de acusación, no es relevante a efectos de impedir el segundo proceso por violación del *ne bis in idem* (§§ 122 y ss.).

¹⁸¹⁸ AMEYE, E. M.: “The interplay between human rights and competition law proceedings in the EU”, *EUCompLRev*, Vol. 25, 2004, esp. pp. 338 y ss.; LOUIS, F.; ACCARDO, G.: “*Ne bis in idem*, part ‘bis’”, *World Competition*, Vol. 34, n° 1, 2011, pp. 97 y ss.; PETR, M.: “The *ne bis in idem* principle in competition law”, *EuCompLRev*, Vol. 29, 2008, pp. 392 y ss.; SCHWAB, A.; STEINLE, C.: “Pitfalls of the European Competition network – why better protection of leniency applicants and legal regulation of case allocation is needed”, *EuCompLRev*, Vol. 29, 2008, esp. pp. 528 y ss.; WILS, W. P. J.: “The principle of *ne bis in idem* in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis”, *World Competition*, Vol. 26, n° 2, 2003, pp. 131 y ss.

¹⁸¹⁹ TJCE, *procedimientos entre Walt Wilhelm y otros y Bundeskartellamt Berlin*, sentencia de 13 de febrero de 1969, 14/68, Rec. (Selección) 1967-1969, pp. 291 y ss., § 11.

¹⁸²⁰ AGUILERA MORALES, M.: “El *ne bis in idem*: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea”, *REDE*, Vol. 20, Octubre-Diciembre 2006, pp. 480 y ss.; SANTOS VARA, J.: “El alcance del principio *non bis in idem* en el marco del Convenio Schengen (Comentario a la sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, *Hüseyin Gözütok* y *Klaus Brügge*”, *RGDE*, n° 1, mayo 2003; WASMEINER, M.; TWAITES, N.: “The development of the *ne bis in idem* into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments”, *ELRev*, Vol. 31, n° 4, pp. 565 y ss. VERVAELE, J.: “Derechos fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: el *ne bis in idem* praetoriano del Tribunal de Justicia”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.): *El proceso penal...*, op. cit., pp. 79 y ss. Vid. también el *Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales*, COM(2005) 696 final, 23.12.2005.

del antiguo tercer pilar el contenido que hay que dar a los elementos del *bis* y del *idem* de este derecho fundamental. Sin querer ser exhaustivos ni sistemáticos, se ha precisado que la exigencia de que la sentencia “haya sido ejecutada” o “esté en curso de ejecución” comprende el supuesto de que se haya condenado al inculpado a una pena privativa de libertad cuya ejecución haya sido dejada en suspenso, pero no la detención preventiva o la prisión provisional computables a efectos de la posterior ejecución de la pena privativa de libertad¹⁸²¹. Igualmente se ha indicado que el *ne bis in idem* se aplica a la resolución de un Tribunal de un Estado contratante que absuelve al acusado por prescribir el delito que se le imputa¹⁸²², o a la absolución definitiva por falta de pruebas¹⁸²³, pero no a una decisión de las autoridades judiciales de un Estado miembro de archivar un asunto, después de que el ministerio fiscal haya decidido no proseguir la acción penal por haberse iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos, sin apreciación alguna en cuanto al fondo¹⁸²⁴.

Es importante dejar claro que en el ámbito del CAAS, el *ne bis in idem* se aplica en su dimensión más amplia, la procesal (*erledigungsprinzip*), por lo que impide el inicio de un nuevo procedimiento o una nueva condena por los mismos hechos. Además, a diferencia de la jurisprudencia del TEDH¹⁸²⁵, el elemento de la identidad (*bis*) requiere simplemente una coincidencia de hechos materiales, pero no de calificación jurídica o de interés jurídico protegido¹⁸²⁶. En palabras del Tribunal, es necesaria una “identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido”¹⁸²⁷. Curiosamente, la misma Institución no ha tenido problemas en acudir a un criterio de “unidad de bien jurídico protegido” para rechazar la aplicabilidad

¹⁸²¹ TJCE, *procedimiento penal c. Jürgen Kretzinger*, sentencia de 18 de julio de 2007, C-288/05, 42-44.

¹⁸²² TJCE, *procedimiento penal c. Francesco Gasparini y otros*, sentencia de 28 de septiembre de 2006, C-467/04, §§ 26 y ss.

¹⁸²³ TJCE, *Leon van Straaten*, sentencia de 28 de septiembre de 2006, C-150/05, §§ 40 y ss.

¹⁸²⁴ TJCE, *procedimiento penal contra Filomeno Mario Miraglia*, sentencia de 10 de marzo de 2005, C-469/03, §§ 28 y ss.

¹⁸²⁵ La referencia en la jurisprudencia del TEDH es *Franz Fischer c. Austria*, en la que un ciudadano de ese país fue objeto de dos procedimientos, y dos condenas, por una infracción de tráfico que originó la muerte de un ciclista. La primera condena fue administrativa, la segunda penal. Aún reconociendo el carácter contradictorio de su jurisprudencia anterior, el Tribunal acudió a la identidad de “elementos esenciales” del tipo de los dos delitos, recomendando una valoración *caso por caso* de la posible coincidencia entre ambos (TEDH, *Franz Fischer c. Austria*, sentencia de 29 de mayo de 2001, Ap. n° 37950/97, §§ 25 y ss.

¹⁸²⁶ TJCE, *Van Esbroeck*, sentencia de 9 de marzo de 2006, C-436/04, § 35.

¹⁸²⁷ *Ibid.*, § 36.

del *ne bis in idem* a los dobles procesos iniciados en base a los mismos hechos, pero uno de ellos en un Estado que no pertenece a la Unión¹⁸²⁸. No es menos cierto empero que lo que subyace a tal argumento es más bien un elemento de territorialidad que un requisito añadido al *ne bis in idem*¹⁸²⁹.

Para cerrar esta presentación, no pueden pasar desapercibidos dos aspectos del artículo 50 CDF que no han sido objeto respuesta clara por la doctrina. En primer lugar se encuentra el referente a la aplicabilidad de las excepciones del artículo 55(1) del CAAS en el contexto de la primera disposición. La protección contra la doble incriminación no será vulnerada cuando nos encontremos ante una de las cinco causas tasadas por el citado artículo 50 CDF¹⁸³⁰ por lo que, dado que el artículo 50 CDF no hace referencia alguna a ninguna de ellas, resulta legítimo cuestionarse si la Carta ha ampliado el ámbito de aplicación del *ne bis in idem*. En este sentido, a pesar de que se ha apuntado que la respuesta ha de ser afirmativa¹⁸³¹, lo cierto es que las Explicaciones de la Carta dejan bien claro que las excepciones del artículo 55 CAAS siguen plenamente en pie, remitiéndose en este punto a la cláusula horizontal del artículo 52(1) de CDF sobre las limitaciones al disfrute de los derechos protegidos por la Carta con el fin de justificar su operatividad.

En segundo lugar, la referencia al carácter *penal* de la sentencia que impide un posterior enjuiciamiento plantea la duda de si el ámbito de aplicación *ratione materiae* del

¹⁸²⁸ TPI, *Tokai Carbón c. Comisión*, sentencia de 29 de abril de 2004, T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-245/01, T-246/01, T-251/01 y T-252/01, §§ 130 y ss. Se trataba de un cártel global en el sector de los electrodos de grafito, primero sancionado en Estados Unidos y Canadá por las autoridades en materia de competencia de esos países, y posteriormente por la Comisión Europea. El TPI estimó que los objetivos de la legislación estadounidense, canadiense y la europea divergían, pues el objetivo era siempre sancionar las prácticas colusorias para proteger el mercado *de cada país*, por lo que desestimó las alegaciones de la demandante en este punto.

¹⁸²⁹ Así lo han entendido EILSMANBERGER, T.: “Third country antitrust sanctions and EC Law: comments on the Advocate General’s opinion in C-308/04 P SGL Carbon/Commission”, *EuCompLRev*, Vol. 27, 2006, p. 400; LOUIS, F.; ACCARDO, G.: “*Ne bis in idem...*”, *loc. cit.*, pp. 103-104; PETR, M.: “The *ne bis in idem...*”, *loc. cit.*, p. 394.

¹⁸³⁰ El art. 55(1) CAAS dicta lo siguiente: “En el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del presente Convenio, una Parte contratante podrá declarar que no está vinculada por el artículo 54 en uno o varios de los supuestos siguientes: a) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin embargo, en este último caso, esta excepción no se aplicará si los hechos tuvieron lugar en el territorio de la Parte contratante donde se haya dictado la sentencia; b) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte contratante; c) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo. El art. 56 CAAS exige deducir los períodos de privación de libertad que su hubieren cumplido en el territorio de otro Estado de la nueva pena dictada por los mismos hechos.

¹⁸³¹ AGUILERA MORALES, M.: “El *ne bis in idem...*”, *loc. cit.*, pp. 814-815; LÓPEZ ESCUDERO, M.: “Artículo 50”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *La Carta...*, *op. cit.*, p 801.

artículo 50 CDF se ha de basar en las categorías del Derecho penal nacional, o si por el contrario podemos acudir al sentido autónomo que este término ha adquirido en la jurisprudencia del CEDH relativa a los procesos penales. En otras palabras, se trata de determinar si se puede extender el *ne bis idem* a los procedimientos administrativos que, por la gravedad o la naturaleza de la sanción, pueden ser calificados de “penales” a pesar de su incardinación en las estructuras del Derecho administrativo nacional. Otra vez, las respuestas doctrinales aparecen divididas entre la extensión a procedimientos sancionadores europeos como los relativos a las infracciones del Derecho europeo de la competencia¹⁸³² (lo cual supondría ampliar su extensión del *anrechnungsprinzip* al *erledigungsprinzip*), y su limitación siguiendo el tenor literal del precepto¹⁸³³. Las Explicaciones de la Carta apuntan a la primera solución al referirse a la aplicabilidad de la “no acumulación de *dos sanciones de la misma naturaleza, en este caso penales*”, acogiendo pues al criterio de la *naturaleza* penal de las *sanciones* (no el proceso) por encima de la calificación que puedan recibir en el orden interno de los Estados.

Pues bien, independientemente de la respuesta que se ofrezca a estos y otros interrogantes que plantea el *ne bis in idem* en el Derecho de la Unión Europea, creemos que las listas negras antiterroristas (o al menos, la 1373) han de formar parte del debate. Dos elementos así lo justifican. En primer lugar, lo hemos repetido hasta la saciedad, el procedimiento articulado de la lista 1373 implica que el Consejo *europiza* una decisión de apertura de investigaciones o una sentencia penal planteada en el plano nacional. Aunque el deber de cooperación leal le exige ajustarse tanto como sea posible a la determinación de los hechos realizada por las autoridades nacionales, el Consejo sigue disponiendo de un cierto margen de discrecionalidad para tomar una nueva decisión que imponga una sanción en el plano europeo; si no estableciendo los hechos o apreciando la calificación jurídica de los mismos, sí al menos valorando el elemento formal de que una autoridad ha adoptado una decisión que justifica la inclusión o mantenimiento de un nombre en la lista. De esta manera, una nueva sanción, la europea, se añadirá a la adoptada en el plano nacional, sin necesidad de que la primera absorba a la segunda, pues ambas pueden ser totalmente diferentes (por ejemplo, a la ilegalización de un partido político en un país concreto puede seguirle la congelación de los fondos en territorio europeo).

¹⁸³² BERBEROFF, D.: “La presunción de inocencia...”, *loc. cit.*, p. 926; LÓPEZ ESCUDERO, M.: “Artículo 50...”, *loc. cit.*, pp. 803-804; WASMEINER, M.; TWAITES, N.: “The development...”, *loc. cit.*, p. 577.

¹⁸³³ AGUILERA MORALES, M.: “El *ne bis in idem*...”, *loc. cit.*, p. 497.

Ello engarza con el segundo elemento que justifica la entrada de las listas antiterroristas en el debate del *ne bis in idem*: el carácter penal de las sanciones. Y es que, por si quedaban dudas de si la congelación de fondos puede llegar a convertirse en una medida represiva, el TG ha abierto la veda penal en la sentencia *Kadi (III)* al reconocer que la extrema gravedad de la situación del demandante pone en tela juicio el supuesto fin “preventivo” de la medida, tal y como la describen el Consejo de Seguridad y el Consejo de la UE. Con esta incardinación en la esfera penal, las sanciones inteligentes se acabarían aproximando a una segunda sanción impuesta por los mismos hechos que pudieron ser objeto de condena en el ámbito nacional (si es que la hubo).

Por todo ello, si los procedimientos paralelos entre Estados miembros y Comisión¹⁸³⁴ por violación de los artículos 101 y 102 TFUE –prohibición de prácticas colusorias y prohibición de abuso de posición dominante- han sido objeto de análisis desde la perspectiva de la prohibición de doble incriminación, antes y después del Reglamento 1/2003, *a fortiori* las listas negras antiterroristas merecen una atención similar. Es indudable que existen poderosos argumentos a favor de la legalidad del actual sistema dado que, a fin de cuentas, la congelación de bienes no se diferencia a estos efectos de la confiscación de bienes como medida adjunta a la pena de privación de libertad en un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado. En este sentido, la congelación de bienes se podría entender desde un punto de vista material como una de las consecuencias del ilícito que puede sumarse a otras sanciones más importantes decretadas por el juez nacional. Además, nadie duda de la necesidad de adoptar medidas a nivel europeo para luchar contra la financiación de actividades terroristas, entre las cuales la congelación de bienes se presenta como un método legítimo y eficaz.

Sin embargo, el *ne bis in idem* es un principio con consecuencias eminentemente procesales, ante las cuales el procedimiento bifásico de la lista 1373 presenta claros problemas de ajuste “transnacional” que sería deseable que, en su momento, fueran resueltos por el TJUE¹⁸³⁵.

¹⁸³⁴ O sólo entre Estados miembros.

¹⁸³⁵ Quizás una referencia del juez nacional en el sentido de recomendar una congelación de fondos a nivel europeo, después de adoptar una “decisión” respecto a una entidad o persona susceptible de dar pie a la inclusión en la lista, facilitaría las cosas. Para ello, lo idóneo sería la acción legislativa posibilitada por el art. 75 TFUE.

III. LOS EFECTOS COLATERALES DE LAS LISTAS NEGRAS

III.1. Dificultades en el uso de las listas europeas para fundamentar acusaciones penales

Este interesante problema se discutió en la cuestión prejudicial planteada en el asunto *procedimientos penales contra E y F*¹⁸³⁶. El origen del caso es el proceso penal iniciado en Alemania contra dos ciudadanos a los que se acusaba de haber pertenecido, desde agosto de 2002 hasta su detención en noviembre de 2008, al *Devrimci Halk Kurtulus Partisi-Cephesi* (DHKP-C), organización supuestamente terrorista que opera en Turquía, e incluida en la lista anexa a la PC 2001/931/PESC.

Hay que recordar de manera preliminar que el Reglamento 2580/2001, al igual que las resoluciones del Consejo de Seguridad, incluye una disposición, el artículo 2(1)(b), que prohíbe poner “fondos, otros activos financieros ni recursos económicos a disposición de las personas físicas o jurídicas, grupos o entidades enumerados en la lista contemplada en el apartado 3 del artículo 2, directa o indirectamente, ni se utilizarán en su beneficio”. En otras palabras, no sólo se ordenan medidas preventivas contra particulares relacionados con el terrorismo, sino que también se exige a los Estados que adopten medidas para evitar que se financie a esos particulares. Para ello, una de las opciones posibles es la criminalización de esta conducta, aunque, como subrayaría el AG MENGOZZI en sus Conclusiones en este asunto, el Reglamento 2580/2001 no obliga a los Estados a penalizar la provisión de fondos¹⁸³⁷.

Por el contrario, ésta era precisamente la situación de los dos inculcados en el proceso penal en Alemania. Según el escrito de acusación del tribunal penal alemán, durante el tiempo de su pertenencia al DHKP-C, ambos individuos dirigieron las subdivisiones territoriales con el fin de recolectar fondos a favor de la matriz turca. Los imputados eran conscientes de que los fondos recaudados servían, al menos en parte, para financiar las actividades terroristas del DHKP-C¹⁸³⁸.

¹⁸³⁶ TJUE, *procedimientos penales contra E y F*, sentencia de 29 de junio de 2010, C-550/09.

¹⁸³⁷ Conclusiones del AG MENGOZZI, 17 de mayo de 2010, § 51.

¹⁸³⁸ TJUE, *procedimientos penales contra E y F*, § 28.

El órgano judicial alemán tenía dudas sobre la legalidad de la inclusión del DHKP-C en la lista por varios motivos. En primer lugar, por la ausencia de garantías procesales elementales a nivel europeo. En segundo lugar, se planteaba el interrogante de hasta qué punto el mero hecho de participar en las actividades de la organización en tanto que miembro de la misma implicaba violar el artículo 2(1)(b) del Reglamento 2580/2001 (cuestión a la que volveremos en breve). Pero sobre todo, el juez alemán se preguntaba si, en el caso de ser anulado el Reglamento en lo que respecta a los acusados en el proceso nacional, una eventual subsanación de los defectos en una nueva norma comunitaria iba a poder ser aplicada a los acusados con efecto retroactivo.

En su respuesta el TJUE comenzó determinando, por un lado, que la inclusión del DHKP-C en la lista era ilegal por falta de motivación; y por otro, que los acusados en el proceso penal nacional se encontraban legitimados para cuestionar su validez. La respuesta era obvia en lo que respecta al segundo punto dado que, en el momento de la introducción de la organización turca en la lista, estos no se encontraban directa e individualmente afectados por la medida como para plantear una acción de nulidad ante el TG, ya que no eran ellos los designados por el Consejo¹⁸³⁹. En otras palabras, el TJUE constató que no era posible responder al juez nacional con el llamado efecto de “preclusión”.

De acuerdo con dicho principio del proceso europeo, resulta imposible cuestionar la legalidad de la norma europea vía recurso prejudicial cuando una de las partes en el procedimiento nacional no ha ejercitado previamente la acción de nulidad que se encontraba a su disposición. Y es que, a juicio del TJUE, dicho efecto preclusorio sólo es aplicable en una única circunstancia: cuando los imputados resultan “sin lugar a dudas” directa e individualmente afectados por la normativa comunitaria y es indudable, pues, su legitimación para ejercitar la acción de nulidad¹⁸⁴⁰. Si se da esa circunstancia, una de las partes en un procedimiento nacional no podrá solicitar al Juez nacional que cuestione la validez de la norma a través del mecanismo del recurso prejudicial, pues ha desaprovechado la oportunidad de hacerlo vía acción de nulidad¹⁸⁴¹. Como éste no era el caso en el asunto de autos, la cuestión prejudicial era admisible ante el TJUE.

¹⁸³⁹ *Ibid*, § 49-50.

¹⁸⁴⁰ *Ibid*, § 50.

¹⁸⁴¹ El AG MENGOZZI proponía en sus conclusiones una solución aún más vanguardista, al afirmar que “cabe preguntarse si tal preclusión resulta aplicable cuando limita las posibilidades de un inculpado para defenderse de las acusaciones penales que se le imputan, máxime en un caso, como el de autos, en el que se invoca como

En lo que respecta a la legalidad de la inclusión en la lista del DHKP-C, el problema era que la irregularidad de la normativa comunitaria fue subsanada posteriormente por la Decisión 2007/445/CE¹⁸⁴², adoptada siguiendo un procedimiento que respetaba las garantías procesales básicas. Cabía entonces preguntarse si una acusación penal formulada por un juez nacional, sin fundamento en lo que respecta a los actos anteriores al 29 de junio de 2007 al haberse anulado las medidas europeas en la que ésta se basaba, podía apoyarse en una aplicación retroactiva de la Decisión 2007/445.

La respuesta del Tribunal fue negativa. En efecto, el TJUE no tuvo más que aplicar por analogía la jurisprudencia de los asuntos *Kirk*¹⁸⁴³, *Fedesa y otros* y *Berlusconi*¹⁸⁴⁴. Especialmente relevante es el segundo asunto. En efecto, es cierto que en ese caso el Tribunal dictaminó que era posible sustituir una Directiva por otra y aplicar la nueva legislación con efectos retroactivos por motivos de seguridad jurídica. Sin embargo, precisó que no era legal recurrir al carácter *ex tunc* de la nueva legislación comunitaria para fundamentar una acusación penal en el orden jurídico interno¹⁸⁴⁵, pues ello violaría un principio fundamental del derecho comunitario: el principio de irretroactividad de las penas o *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Dicho de otra forma, la aplicación retroactiva de una Directiva encuentra un límite infranqueable en este principio básico del derecho penal. Lo mismo es predicable respecto de una Decisión cuyos defectos iniciales han sido subsanados por el legislador de la UE: en la medida en que una autoridad nacional recurra a la misma para fundamentar acusaciones penales, no podrá hacerlo respecto de los hechos acaecidos *antes* de la entrada en vigor de la norma europea. La seguridad jurídica ha de ceder pues el paso ante una garantía penal elemental.

III.2. Efectos jurídicos de las listas sobre terceros

medio de defensa la ilegalidad de actos de la Unión que, a través del mecanismo de incriminación mediante reenvío que se ha explicado en los puntos 49 a 53 de la presente Opinión, contribuyen a determinar el contenido de la norma penal aplicada” (Conclusiones del AG MENGOLZI, § 85).

¹⁸⁴² De 28 de junio de 2007 (DO L 169, de 9.6.2007, p. 58).

¹⁸⁴³ TJCE, *Regina c. Kent Kirk*, 10 de julio de 1984, 63/83, Rec. p. 2689, §§ 21-22.

¹⁸⁴⁴ TJCE, *Procedimientos penales contra Berlusconi y otros*, 3 de mayo de 2005, C-387/02, C-391/02 y C-403/02, §§ 74-78.

¹⁸⁴⁵ TJCE, *The Queen v Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and others*, 13 de noviembre de 1990, C-331/88, Rec. p. I-4023, §§ 44-45.

Más allá del problema concreto de la invocabilidad de la lista contra terceros en procedimientos penales, se ha planteado de manera más general el alcance de la prohibición de poner fondos y servicios a disposición de los individuos y entidades incluidos en las listas¹⁸⁴⁶. Tres supuestos podemos diferenciar en este sentido: el de los miembros de las entidades incluidas en la lista, cuestión discutida en la sentencia *procedimientos penales contra E y F*; el de la modalidad de la aplicación de las “sanciones selectivas” a los familiares de los individuos designados en la lista Al-Qaeda/Talibanes (sentencia *M(FC)*); y el de los terceros de buena fe (sentencia *Möllendorf*)¹⁸⁴⁷.

III.2.1. Procedimientos penales contra los miembros de las entidades incluidas en la lista

Comenzando por la aplicabilidad de sanciones a los miembros de entidades listadas, los acusados en los procedimientos penales alemanes se cuestionaban si el hecho de transferir al DHKP-C los fondos obtenidos de terceras personas en campañas anuales para la colecta de donativos, eventos y venta de publicaciones, implicaba que dichos fondos habían sido “puestos a disposición” de la citada organización en el sentido del art. 2(1)(b) del Reglamento 2580/2001. El argumento es desde luego aplicable a otros regímenes de sanciones, como el Al-Qaeda/Talibanes, en el que el Consejo de Seguridad exige a los Estados que pongan fondos y/o servicios a disposición de los nombres proscritos por las listas¹⁸⁴⁸. El Tribunal de Justicia interpretó los términos del Reglamento de manera amplia, englobando

¹⁸⁴⁶ Recordemos en este punto que en *Holder c. Humanitarian Law Project*¹⁸⁴⁶ del Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró constitucional la *penalización* de prestar formación jurídica y política a los Tigres Tamil de Sri Lanka y al PKK turco, organizaciones “proscritas” por el país norteamericano, al no violar los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de asociación tal y como los protege el derecho constitucional del país. Incluso aunque los fines de dicha formación fueran facilitar el acceso de ambas a medios internacionales de solución de controversias o favorecer el acceso a medios de financiación ofrecidos por las Naciones Unidas. A juicio del Tribunal, esta restricción está justificada, entre otros motivos, por la ausencia de cortapisas en el interior de estas organizaciones que impidan deslindar entre actividades terroristas y actividades humanitarias. No es necesario exigir, pues, un nexo causal entre la prestación del servicio y la contribución a las actividades terroristas de estas organizaciones, para poder ser condenado.

¹⁸⁴⁷ Un comentario conjunto de las tres sentencias se encuentra en MURPHY, C. C.: “Case note...”, *loc. cit.*, pp. 243 y ss.

¹⁸⁴⁸ *Vid.* recientemente S/RES/1904(2009), § 1(b).

“cualquier acto cuya realización sea necesaria para permitir a una persona, grupo o entidad (...) obtener efectivamente la posibilidad de disponer plenamente de los fondos u otros activos financieros o recursos económicos de que se trate”¹⁸⁴⁹.

De hecho, consideró que la pertenencia a la organización y el puesto que se ocupa en la misma es indiferente a efectos de determinar si se han puesto tales fondos a disposición de una entidad listada. También son indiferentes la naturaleza y el origen de los activos. E incluso fue más lejos, negando que haya que probar la existencia de cualquier nexo causal entre la provisión de los fondos y la desviación de los mismos para la comisión de actos terroristas pues, para el TJUE, la transferencia de fondos a una organización listada lleva “implícito el riesgo de que se desvíen para sufragar tales actividades”¹⁸⁵⁰. Dicho con otras palabras, el Tribunal considera que el artículo 2(1)(b) del Reglamento 2580/2001 establece una presunción *iuris et de iure* de que cualquier activo financiero que se pone a disposición de una entidad incluida en la lista, sea cual sea el vínculo que se tenga con la misma, será destinado a actividades terroristas.

De alguna manera, el juez europeo interpreta que el legislador considera que este tipo de acciones contribuye a la comisión de actos terroristas. Si bien esta opción nos parece legítima, se pueden plantear dos objeciones a este razonamiento. Primero, ¿qué es lo que sucederá si se llegara a probar lo contrario en un caso concreto; es decir, que un miembro de una organización consiguiera demostrar ante un Tribunal que los fondos que envió a una organización terrorista fueron destinados exclusivamente para sufragar gastos de actividades no delictivas de la organización? En segundo lugar, es posible preguntarse si la opción de no exigir un nexo causal aquí no es un tanto incoherente con lo dispuesto en el artículo 1(3)(k) de la PC 2001/931 (que da origen al Reglamento 2580/2001), tal y como ha sido interpretado posteriormente por el mismo Tribunal en la sentencia *Al-Aqsa c. Consejo (II)*.

En efecto, la norma allí establecida considera que una de las causas de inclusión en la “lista 1373” es la “financiación de [las actividades de un grupo terrorista] (...) *con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo*”. El TG en *Al-Aqsa c. Consejo (II)* precisó que dicha disposición exige probar la “intención” de facilitar la comisión de un acto terrorista¹⁸⁵¹. Pues bien, cabe plantearse si no resulta un

¹⁸⁴⁹ TJUE, *procedimientos penales contra E y F*, § 67.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*, § 77.

¹⁸⁵¹ TG, *Stichsting Al-Aqsa c. Consejo (II)*, § 119.

tanto arbitrario no exigir un nexo causal cuando se “financia” a una entidad que se encuentra en la lista, y por el contrario hacerlo para incluir a la entidad financiada en la lista. Es decir, no se entiende muy bien por qué se exige probar que la financiación de un grupo terrorista se ha de hacer con conocimiento del destino de los fondos y, sin embargo, no se hace lo mismo cuando se financia al “financiador”. La garantía que ofrece la exigencia de nexo causal ha de ser aplicable en ambos casos, pues a fin de cuentas, ¿no resulta perfectamente posible poner bienes a disposición de una organización listada ignorando que estos se van a desviar a fines terroristas? (por ejemplo, cuando se dona dinero a una organización no gubernamental que mantiene vínculos). Claro que quizás el problema radique no tanto en la jurisprudencia del TG, sino en la incoherencia del legislador a este respecto.

III.2.2. Acceso a ayudas públicas por los familiares de individuos listados

En lo que concierne a los familiares de los individuos listados, el asunto *M(FC)*¹⁸⁵² planteó sin ambigüedades el problema de los límites inhumanos a los que puede llegar una aplicación rígida de los regímenes de sanciones antiterroristas. Se trataba de una cuestión preliminar elevada por un juez británico en los litigios entre M y otras ciudadanas británicas contra las autoridades del Tesoro Público del Reino Unido. El problema de fondo era la legalidad de la concesión de una serie de prestaciones asistenciales y de Seguridad Social a las demandantes, todas ellas esposas de individuos nombrados en la lista Al-Qaeda/Talibanes. Y es que, de manera similar a como hace el artículo 2(1)(b) que acabamos de citar, el artículo 2(2) del Reglamento 881/2002 prohibía “poner a disposición (...) directa o indirectamente (...) cualquier tipo de fondos” a las personas y entidades designadas por el Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes.

En este sentido, las autoridades del Tesoro británico entendían que la concesión de una serie de asignaciones por vivienda, prestaciones por discapacidad y ayudas familiares violaba los términos del citado Reglamento en la medida en que el dinero procedente de estas prestaciones podía ser puesto *indirectamente* a disposición de individuos incluidos en la “lista negra”. En consecuencia, se intentó hacer pasar estas ayudas por el filtro de las “excepciones humanitarias”; es decir, autorizaciones discrecionales *ad hoc* por parte de

¹⁸⁵² TJUE, *The Queen (ex parte M y otras) c. Her Majesty's Treasury*, 29 de abril de 2010, C-340/08.

cada Estado, a fin de que las personas de las listas pudieran disponer de ciertos bienes esenciales para su vida cotidiana. Todo ello, con enormes restricciones y un exhaustivo control mensual de cada movimiento financiero realizado, mediante certificados bancarios y justificantes de compra, para evitar el más mínimo desvío de dinero hacia fines considerados ilícitos.

La respuesta del TJUE ofreció una dosis de sensatez a una solución tan exagerada (e inhumana) como la de las autoridades británicas. Sin obviar lo evidente, es decir, que las cantidades en discusión se iban a poner a disposición de las familias a las que pertenecen los individuos listados por el Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes¹⁸⁵³, quienes por lo tanto se iban a acabar beneficiando de las prestaciones, el Alto Tribunal europeo ponderó el escaso valor de las prestaciones concedidas con los objetivos del artículo 2(2) del Reglamento 881/2002. A ello hay que sumar el hecho de que, en definitiva, el dinero iba dirigido a las esposas de los individuos listados, y no a estos últimos. En definitiva, no tenía sentido interpretar tan severamente los términos del régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes y, por ende, no había que pasar el desagradable filtro de las exenciones humanitarias¹⁸⁵⁴ para la concesión de una serie de ayudas familiares de origen gubernamental.

III.2.3. Terceros que contratan de buena fe

El problema de aquellas transacciones realizadas con terceros de buena fe se manifestó en la sentencia *Möllendorf* resuelta por el Tribunal de Justicia vía recurso prejudicial¹⁸⁵⁵. Ciertamente es que se trata de un caso algo particular que responde a las características del Derecho privado alemán, en las que es evidente que no podemos entrar, pero también encierra algún pronunciamiento relevante respecto al papel del juez nacional en este tipo de asuntos.

¹⁸⁵³ *Ibid*, § 60.

¹⁸⁵⁴ *Ibid*, §§ 64-74.

¹⁸⁵⁵ TJCE, *Gerda Möllendorf y Christine Möllendorf-Niehuus*, sentencia de 11 de octubre de 2007, C-117/06. Un comentario dedicado específicamente a esta sentencia se encuentra en FORNER DELAYGUA, J.-J.: "Las Sras. Möllendorf se topan con los Talibanes", en VV.AA.: *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, t. 2, pp. 945 y ss.

Las Sras. Möllendorf firmaron un contrato de compraventa de un terreno berlinés con tres compradores. En abril de 2005 el notario denegó la inscripción definitiva de la transmisión de la propiedad debido a que desde julio de 2004 (es decir, tiempo después de la firma y escritura provisional del contrato), uno de los tres compradores fue incluido en la lista Al-Qaeda/Talibanes. El problema es que en Derecho civil alemán se requiere la inscripción de la transmisión de la propiedad en el Registro, en aplicación del artículo 873 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), para perfeccionar el contrato, por lo que las vendedoras estaban obligadas a restituir el pago de la vivienda si la prohibición de poner a disposición de los individuos listados bienes o fondos se extiende al acto de perfeccionar un contrato de compraventa anterior a la inclusión de un nombre en la lista (artículos 275 y 373 BGB). El *Kammergericht Berlin*, órgano jurisdiccional nacional, interrogó al TJUE sobre las opciones que ofrece al respecto el régimen del Reglamento 881/2002 ante un problema como el de autos (depósito total del importe, congelación sólo de la cuota del comprador incluido en la lista, etc).

El TJCE, siguiendo las conclusiones del AG MENGOZZI¹⁸⁵⁶, realizó una interpretación extensiva del artículo 2(3) del Reglamento impugnado para extender a la inscripción en el Registro de la propiedad la prohibición de poner “directa o indirectamente” bienes o fondos a disposición de los individuos o entidades listados, incluso en el caso de contratos celebrados *antes* de la inclusión de uno de los contratantes en la lista. El Tribunal mostró fidelidad hacia el texto y la finalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de origen. Las dificultades que pudieran surgir respecto a la devolución del pago realizado son una cuestión de Derecho nacional que el Estado afectado ha de resolver en comunicación constante con la Comisión¹⁸⁵⁷. Ello es así, incluso aunque impliquen una carga muy onerosa para las vendedoras. Y es que, en el asunto de autos, las Sras. Möllendorf habían invertido el dinero recibido en el pago de deudas, por lo que las complicaciones derivadas de la devolución del importe pagado por el terreno eran evidentes.

Es aquí donde resulta interesante el pronunciamiento del TJCE. En la vista oral tanto el notario alemán como las demandantes en el litigio nacional alegaron que el reembolso de las sumas recibidas por la compra de la vivienda constituía una restricción

¹⁸⁵⁶ Conclusiones del AG MENGOZZI, 8 de mayo de 2007, esp. §§ 62 y ss.

¹⁸⁵⁷ TJCE, *Möllendorf*, § 69, y conclusiones del AG MENGOZZI, §§ 87 y ss.

desproporcionada a su derecho de propiedad, en la medida en que no era necesaria para alcanzar los objetivos perseguidos por el Reglamento 880/2002, dado que existían otras soluciones menos onerosas. Por el contrario, para el TJCE ésta es una cuestión que se ha de resolver en el plano nacional, donde a fin de cuentas los Estados han de respetar los derechos fundamentales cuando apliquen el Derecho de la Unión¹⁸⁵⁸. Es decir, el Tribunal evita pronunciarse sobre las dificultades que puede originar la devolución del importe de la vivienda pagado antes de la inclusión en la lista desde el punto de vista de la protección del derecho a la propiedad –interrogante no planteado por la *Kammergericht Berlin* en sus cuestiones prejudiciales-, pero al mismo tiempo no impide que en el ámbito del Derecho nacional se busquen soluciones proporcionadas a la devolución total de un importe cobrado de buena fe. En definitiva: el régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes no permite la inscripción de bienes en el registro de la propiedad con el fin de perfeccionar contratos celebrados con anterioridad, pero tampoco exige soluciones salomónicas cuando el Derecho nacional ofrece los medios para restituir la contraprestación recibida con menor onerosidad hacia los terceros afectados¹⁸⁵⁹.

III.3. Listas negras y reconocimiento del estatuto de refugiado

El último de los “efectos colaterales” de las listas antiterroristas que nos interesa es el relativo a sus eventuales repercusiones sobre los procedimientos de reconocimiento del estatuto de refugiado. Se trata de un problema ya discutido con anterioridad a los atentados del 11 de septiembre¹⁸⁶⁰, pero que sin embargo adquirió una nueva dimensión a partir de la resolución 1373 del Consejo de Seguridad. Y es que en este texto no sólo se exhortaba a los Estados a

“adoptar las medidas apropiadas de conformidad con las disposiciones pertinentes de la legislación nacional y el derecho internacional, inclusive las normas internacionales en materia de derechos humanos, antes de conceder el estatuto de refugiado, con el propósito de asegurarse de que el solicitante de asilo no haya planificado o facilitado actos de terrorismo ni participado en su comisión”¹⁸⁶¹,

¹⁸⁵⁸ TJCE, *Wachauf*, sentencia de 13 de julio de 1989, 5/88, Rec. P. 2609, § 19.

¹⁸⁵⁹ Las conclusiones del Tribunal se han recogido en el documento *Actualización de las prácticas recomendadas de la UE para la aplicación eficaz de medidas restrictivas* (Doc. cit., § 28).

¹⁸⁶⁰ S/RES/1373(2001), § 3 (f).

¹⁸⁶¹ *Ibid*, preámbulo, § 2.

sino que también se identificaba en el preámbulo a “todo acto de terrorismo” como amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Recordemos que mediante esta expresión el Consejo de Seguridad despojó del elemento *internacional* al terrorismo en tanto que amenaza para la paz y la seguridad. Ello quiere decir que cualquier acto de terrorismo, aunque tenga escasas repercusiones internacionales, puede ser calificado en el sentido del artículo 39 de la Carta, y por ende recibir respuesta en base a medidas del artículo 41. La posterior resolución 1377 (2001) abriría aún más el abanico al destacar que los actos de terrorismo (en este caso, “internacional”), “son contrarios a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”, incluidas la “financiación, la planificación y la preparación” de los mismos¹⁸⁶².

En este contexto es inevitable que los procedimientos de reconocimiento del estatuto de refugiado se hayan visto afectados por las determinaciones y exhortaciones del Consejo de Seguridad. Desde una perspectiva amplia, la ecuación “lucha contra terrorismo, inmigración y estatuto de refugiado” se ha visto alterada tras los atentados del 11 de septiembre, hasta llegar a considerarse a las dos últimas variables como verdaderas “víctimas” de los sucesos de Nueva York, Washington y Pennsylvania¹⁸⁶³. Obviamente no es nuestra intención desarrollar este punto¹⁸⁶⁴, que escapa con mucho a las pretensiones de este estudio.

Por el contrario, sí es de nuestro interés el problema más restringido de cómo el hecho de encontrarse designado en una lista antiterrorista puede justificar la aplicabilidad de una de las cláusulas de exclusión del artículo 1(F) de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Y es que, desde el mismo momento en que, por un lado, el “terrorismo internacional” es un acto contrario a los propósitos y principios de las Naciones Unidas; y por otro, el “terrorismo” se define como amenaza para la paz y la seguridad internacionales, resulta inevitable plantearse en qué medida afecta esto a las cláusulas (b) y (c) del referido artículo 1(F)¹⁸⁶⁵. Más concretamente aún, cómo el hecho de

¹⁸⁶² S/RES/1377(2001), de 12 de noviembre de 2001, (Declaración adjunta sobre la acción mundial para combatir el terrorismo), preámbulo, § 6.

¹⁸⁶³ Cfr. p.e. GUILD, E.: “International terrorism and EU immigration, asylum and borders policy: the unexpected victims of 11 september 2001”, *EU Foreign Affairs Review*, Vol. 8, 2003, pp. 331.

¹⁸⁶⁴ Para una discusión más amplia *Vid.* el reciente debate recogido en el volumen 29 de la revista *Refugee Law Survey* (2011), a alguno de cuyos artículos nos referiremos con más detalle a continuación.

¹⁸⁶⁵ Ambos epígrafes disponen lo siguiente: “Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: [...] (b) que ha cometido un

encontrarse en una lista antiterrorista puede utilizarse como elemento determinante para justificar la aplicabilidad de ambas cláusulas de exclusión a una solicitud concreta de reconocimiento de estatuto de refugiado.

El problema se presentó en clave europea en la reciente sentencia *B y D* del Tribunal de Justicia¹⁸⁶⁶, aunque no es el primer caso de estas características que se plantea en sede jurisdiccional¹⁸⁶⁷. El telón jurídico de fondo lo compone la Directiva 2004/83/CE, sobre normas mínimas relativas a los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria (“Directiva cualificación”¹⁸⁶⁸). Aprobada en un contexto sociopolítico favorable al endurecimiento de las condiciones de reconocimiento del estatuto de refugiado¹⁸⁶⁹, la Directiva se basa sin embargo en gran parte en las causas de exclusión de la Convención de Ginebra (a la que hace referencia en varios apartados del preámbulo), recogiendo en esencia dos de sus causas de exclusión en los puntos (b) y (c) de su artículo 12(2)¹⁸⁷⁰. De acuerdo con esta disposición, quedarán excluidos de ser refugiados los nacionales de terceros países o los apátridas

grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiado; (c) que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.

¹⁸⁶⁶ TJUE, *procedimientos entre Bundesrepublik Deutschland y B y D*, sentencia de 9 de noviembre de 2010, C-57/09 y C-101/09. Un comentario sobre la misma se encuentra en PÉREZ GONZÁLEZ, C.: “Terrorismo y exclusión del estatuto de refugiado: un análisis a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto B y D contra la República Federal Alemana”, *RGDE*, nº 23, 2011, <http://www.iustel.com/v2/revistas/>, visitado por última vez el 30 de marzo de 2011.

¹⁸⁶⁷ Para más referencias de otros asuntos planteados ante los Tribunales nacionales, *Vid.* BLAKE, N.: “Exclusion from refugee protection: serious non-political crimes after 9/11”, *EJML*, Vol. 4, 2003, pp. 440 y ss.

¹⁸⁶⁸ De 29 de abril de 2004 (DO L 304, de 30.9.2004, p. 12).

¹⁸⁶⁹ GIL-BAZO, M. T.: « Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC Law », *New issues in refugee research*, Research Paper No. 136, Refugee Studies Centre, Oxford University, pgs. 16-17. El proyecto de Directiva de Cualificación, en material de exclusión del Estatuto de refugiado, puede consultarse en Doc. 12620/02, Asile 54, 23 octubre 2002.

¹⁸⁷⁰ Aunque se aleja un poco del propósito de este apartado, estimamos interesante transcribir en este momento las reflexiones de GUILD y GARLICK sobre la sentencia *Kadi (II)* y sus eventuales repercusiones sobre el Derecho Internacional y el Europeo de los refugiados. Y es que, en línea con lo que argumentamos en el Capítulo anterior, las autoras subrayan que “while the Judgment would appear as potentially restrictive pronouncements on the legal value in EU law of acts of certain UN bodies, specifically the Security Council, it can be seen to provide a strong case in support of Member States’ obligations to adhere to fundamental rights contained in UN and other multilateral treaties, where these intersect with rights otherwise acknowledged in the EU legal order (...) contradictory provisions in a secondary EU instrument such as the Qualification Directive would seem insufficient to overcome the force of Member States’ express ECHR obligations, reinforced by firmly established case law, regarding limits on States’ rights to remove people to face torture and other human rights violations. In such cases, it would seem problematic to conclude that the Directive, read in light of these general principles based on fundamental rights, would prevent removal without requiring States further to grant protection in precisely the kind of case for which Article 15 of the Directive was envisaged” (GUILD, L.; GARLICK, E.: “Refugee protection, counter-terrorism, and exclusion in the European Union”, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 20, nº 4, 2011, pp. 77-78).

“(…) en caso de que existan *motivos fundados* para considerar que:

b) Han cometido un grave delito común fuera del país de refugio antes de ser admitidos como refugiados; es decir, antes de la expedición de un permiso de residencia basado en la concesión del estatuto de refugiado; los actos especialmente crueles, incluso si su comisión persigue un supuesto objetivo político, podrán catalogarse como delitos comunes graves;

c) Se han hecho culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas establecidos en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas”

Como es sabido, ambas cláusulas difieren de la Convención de Ginebra, entre otros motivos, al permitir que los actos políticos “especialmente crueles” puedan ser motivo de exclusión (apartado b); así como al precisar que los fines de las Naciones Unidas son los establecidos en el preámbulo de la Carta, y no sólo en sus artículos 1 y 2¹⁸⁷¹.

Los ciudadanos B y D se encontraban relacionados de diferente manera con las actividades de grupos de lucha kurdos. El primero de ellos declaró en su solicitud de asilo y protección como refugiado que siendo colegial en Turquía había simpatizado con el DHKP-C y apoyado la lucha armada de la guerrilla en las montañas entre finales de 1993 y principios de 1995. Arrestado, torturado y condenado a cadena perpetua, en diciembre de 2002 aprovechó una libertad condicional concedida por motivos de salud para huir a Alemania, donde solicitó el beneficio del *non refoulement*. Por su parte, D era refugiado en Alemania desde mayo de 2001, después de haber sido combatiente en la guerrilla y miembro permanente destacado del PKK. Aunque afirmaba haber abandonado la organización desde mayo de 2000 por divergencias políticas, en mayo de 2004 le fue revocada la decisión de concesión del derecho de asilo y del estatuto de refugiado al existir motivos fundados para pensar que había cometido un grave delito común fuera de Alemania, además de ser culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Recordemos que la Directiva Cualificación regula la retirada del estatuto de refugiado en el artículo 14 (revocación, finalización o denegación de la renovación del estatuto), donde se remite a las causas de exclusión del artículo 12 -artículo 14(3)(a)-, añadiendo la tergiversación, omisión o falsificación de elementos probatorios -artículo 14(3)(b)-, y una importante excepción incluida en el artículo 14(4) que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14(5), no sólo opera como causa de revocación del estatuto que ya ha sido concedido, sino que además es una causa de exclusión del beneficio del estatuto de

¹⁸⁷¹ BATTJES, H.: *European Asylum Law and International Law*, Nijhoff, Leiden/Boston, 2006, pp. 261-262 (refiriéndose también a otras diferencias o precisiones que introduce el art. 12 Directiva Cualificación),

refugiado *ab initio* incluida sutilmente por la puerta trasera¹⁸⁷². En virtud del artículo 14(4), los Estados miembros *podrán* revocar el estatuto ya concedido o negarse a renovarlo en caso de que existan “motivos razonables” para considerar a dicha persona un peligro para la seguridad del Estado; o por el hecho de haber sido condenada en sentencia firme “por un delito de especial gravedad” que constituya en un “peligro para la comunidad de dicho estado miembro”.

Fueron cinco las preguntas planteadas por los dos órganos jurisdiccionales alemanes relativas a la interpretación de diversos elementos de la Directiva Cualificación, pero sólo la primera de ellas nos interesa aquí, pues es la única que afronta el tema de las listas negras antiterroristas. Y es que el problema que se planteaba en el caso concreto

¹⁸⁷² Comentarios críticos al respeto de la inclusión de esta causa de exclusión pueden encontrarse en ACNUR: *UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who otherwise need International Protection and the Content of the Protection granted*, January 2005, p. 30; EUROPEAN COUNCIL OF REFUGEES AND EXILES (ECRE): *Position on exclusion from refugee status*, March 2004, PP1/03/2004/Ext/CA, §§ 10 et 64, disponible en *IJRL*, Vol. 16, nº 2, pp. 257 et ss, position reiterada en *Information Note on the Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004*, IN1/10/2004/ext/CN, octubre de 2004, p. 11; ECRE: *The impact of the EU qualification Directive on International Protection*, October 2008, disponible en http://www.ecre.org/files/ECRE_QD_study_full.pdf, visitado por última vez el 30 de marzo de 2011. El Comité de Ministros de Consejo de Europa también ha recomendado hacer un « scrupulous and appropriate application of the exclusion clauses » (Rec. 2005(6), 23 March 2005, preámbulo). En el plano doctrinal, *Vid.* por ejemplo BATTJES, H.: « The Common European asylum system », en CHÉTAIL, V.; FLAUSS, J-F. (Eds.): *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés: 50 ans après – bilan et perspectives*, Publication de l’Institut International pour les Droits de l’Homme et du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, 2001, pgs. 60-61 ; GIL-BAZO, M. T. : « Refugee status, subsidiary protection... », *op. cit.*, pp. 20 et ss., MCADAM, J.: « The European Union qualification directive. The creation of a subsidiary protection regime », *IJRL*, Vol. 17, nº 3, 2005, p. 495 ; CHÉTAIL, V. : « Le principe de non refoulement et le statut de réfugié en droit international », en CHÉTAIL, V. ; FLAUSS, J. F. : *La Convention...*, *op. cit.*, pp. 13-14 ; LAMBART, H.: “The EU asylum Qualification Directive, its impact on the jurisprudence of the United Kingdom and International Law”, *ICLQ*, Vol. 55, January 2006, p. 178.

Claro que, como matiz importante, el artículo 14(6) salvaguarda varios derechos de los afectados por la operación conjunta de los párrafos 4 y 5 de la Directiva Cualificación, entre ellos, el *non refoulement*. El respeto de estos derechos a motiva a GOODWIN-GILL y MCADAM a afirmar « it is tempting to surmise that nothing happens », dado que abarcan, aparte de la garantía contra la devolución, la no discriminación, la libertad de religión, el acceso a los tribunales, la educación pública... La situación jurídica es realmente confusa (GOODWIN-GILL, G. ; MCADAM, J. : *The refugee...*, *op. cit.*, pg. 191). En un espectro contrario, TEITGEN-COLLY opina que “one may wonder how real the preserved rights are since, once the application for refugee status is dismissed, the foreign nationals in question will in principle be expelled. It is therefore only in case their expulsion is impossible, in particular for reasons relating to respect of the European Convention on Human Rights, especially Articles 3 and 8 thereof, that this provision can be relevant”. (*Cfr.* TEITGEN-COLLY, C. : « The European Union and asylum : an illusion of protection », *CMLRev*, Nº 43, 2006, p. 1556 et ss.) Este problema del art. 14(6) no se plantea en sede de protección subsidiaria, dado que el art. 19 Directiva Cualificación evidencia que los Estados se han sentido más libres para revocar este estatus sin ofrecer garantías mínimas. Por ello, el influyente centro *European Council on Refugees and Exiles* lamentó en su momento la ausencia de garantías en este art. 19 Directiva Cualificación (ECRE: *Information note on the Council Directive...*, *doc. cit.*, p. 13). Para un análisis más general de la relación entre la protección subsidiaria y la protección de las garantías del individuo, *Vid.* PIOTROWICZ, R.; EECK, C. VAN: « Subsidiary protection and primary rights », *ICLQ*, Vol. 53, January 2004, pp. 107-138.

provenía del hecho de que ninguno de los solicitantes en los procedimientos nacionales estaba incluido como tal en ninguna lista europea, sino sólo las organizaciones con las que se habían relacionado. La cuestión era, pues, dilucidar si la pertenencia o participación en las actividades del PKK y el DHKP-C –como cualquier otra organización inscrita en una lista europea- era motivo de suficiente para aplicar las cláusulas de exclusión citadas.

La respuesta del Tribunal de Justicia a este interrogante plantea escasos comentarios desde el punto de vista técnico-jurídico, toda vez que siguió en este punto las recomendaciones tanto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)¹⁸⁷³ como de la doctrina especializada¹⁸⁷⁴. En efecto, el Tribunal entendió que no existe una correlación automática entre terrorismo y las causas de exclusión del artículo 1 F (b) y (c), de tal manera que habrá que proceder a una determinación individual de cada caso concreto, “evaluando los hechos concretos de los que ha tenido conocimiento” con el fin de aclarar si un individuo se encuentra dentro del ámbito de aplicación de las causas de exclusión. El Tribunal ofrecía así una respuesta a ciertas inquietudes mostradas al respecto en algún sector doctrinal¹⁸⁷⁵.

Aunque el Tribunal no desarrolló el marco jurídico del artículo 12(2)(b), no está de más referirse a un aspecto que sí explicó el AG MENGOZZI en sus Conclusiones, basándose sobre todo en el conocido *Manual de Procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*¹⁸⁷⁶. Así, para aplicar la causa de exclusión del artículo 12(2)(b)

¹⁸⁷³ Que en julio de 2009 publicó una declaración explicando su postura sobre las cuestiones prejudiciales: *Declaración del ACNUR sobre el artículo 1F de la Convención de 1951*, julio de 2009, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7124>, visitado por última vez el 30 de marzo de 2011. No siguió el TJUE las recomendaciones de ACNUR en su respuesta a las preguntas 3 y 4, relativas al examen de proporcionalidad a la hora de determinar la aplicabilidad de las cláusulas de exclusión del art. 1 F de la Convención de Ginebra. En opinión de ACNUR, dicho examen es necesario: “Este principio de proporcionalidad es una importante salvaguarda en la aplicación del artículo 1F, y del artículo 12 (2) de la DR, dada las graves consecuencias de la exclusión para el individuo, ya que la exclusión niega los beneficios de la condición de refugiado - y los derechos asociados a ella, incluyendo la protección contra la expulsión que podría dar lugar a la persecución - a ciertas personas que de otra manera calificarían como refugiados. La prueba de proporcionalidad debe involucrar, entre otras cosas, la determinación del grado y de la probabilidad de la persecución temida en contraposición con la gravedad de los actos cometidos”. Para el Tribunal de Justicia, por el contrario, “la exclusión del estatuto de refugiado (...) está ligada a la gravedad de los actos cometidos” (TJUE, *B y D*, § 109).

¹⁸⁷⁴ GOODWILL-GILL, G.; MCADAM, J.: *The refugee...*, *op. cit.*, pp. 194-195.

¹⁸⁷⁵ BRUIN, R.; WOUTERS, R.: “Terrorism and the non-derogability of non-refoulement”, *IJRL*, Vol. 15, 2003, pp. 7 y ss. y 15 y ss.

¹⁸⁷⁶ De 1 de enero de 1992, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b33e4.pdf>, visitado por última vez el 30 de marzo de 2011.

Directiva Cualificación, el delito ha de ser “grave” (en función de la naturaleza del acto, las consecuencias derivadas del mismo, las modalidades y procedimientos utilizados para perpetrarlo, la naturaleza de la pena...¹⁸⁷⁷), y ha de ser “común” (es decir, ha de prevalecer la motivación privada por encima de los intereses públicos; también son “comunes” los actos especialmente crueles, entre los que se pueden incluir los atentados terroristas, caracterizados por “el uso de violencia anormal e indiscriminada”¹⁸⁷⁸). Corresponderá al órgano nacional evaluar en qué medida los actos *concretos* que se le imputan a la persona responden a estos criterios.

En lo que respecta a la causa de exclusión del artículo 12(2)(c) de la Directiva Cualificación, el Tribunal fue breve pero explícito a la hora de precisar su relación con el terrorismo. Así, afirmó que “los actos de terrorismo *internacional* son, en términos generales, y con independencia de la participación de un Estado, contrarios a las finalidades y a los propósitos de las Naciones Unidas”¹⁸⁷⁹. Subraya así el Tribunal la dimensión *internacional* del terrorismo (contrariamente a como hace la resolución 1373 y subsiguientes del Consejo de Seguridad, que se refieren a “todo acto de terrorismo”), reconociendo además que el artículo 12(2)(c) se aplica también aunque no participe un Estado en ellos, en contra de los trabajos preparatorios de la Convención¹⁸⁸⁰, pero a favor de las exigencias de la realidad actual¹⁸⁸¹. El AG MENGOZZI subrayó además en sus Conclusiones el “carácter excepcional” de dicha disposición, advirtiendo, el línea con el ACNUR, del peligro de recurrir abusivamente a ella¹⁸⁸².

Sentado este punto de partida, quedaba plantearse el *nexo causal* existente entre la pertenencia a una organización de la lista 2001/931/PESC y la aplicabilidad de una de las dos cláusulas de exclusión (insistimos en que el problema se puede plantear respecto de cualquier lista antiterrorista¹⁸⁸³). En este punto, el Tribunal volvió a insistir en la necesidad

¹⁸⁷⁷ Conclusiones del AG MENGOZZI, 1 de junio de 2010, § 52.

¹⁸⁷⁸ *Ibid*, §§ 55-56.

¹⁸⁷⁹ TJUE, *B y D*, § 82.

¹⁸⁸⁰ ALLAND, D.; TEITGEN-COLLY, C.: *Traité du droit de l'asile*, Puf, Paris, 2002, p. 532.

¹⁸⁸¹ En el mismo sentido, apoyándose además, en la resolución 1377 del Consejo de Seguridad, GILBERT, G.: « Questions d'actualité relatives à l'application des clauses d'exclusion », en FELLER, E, TÜRK, V., NICHOLSON, F.: *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier, 2008, p. 515 ; y sin dicha referencia, GOODWIN-GILL, G. ; MCADAM, J. : « The refugee... », *loc. cit.*, p. 189.

¹⁸⁸² TJUE, *B y D*, § 59.

¹⁸⁸³ Cabe pensar, por ejemplo, que se deniegue el estatuto de refugiado en la Unión a una persona incluida en la lista negra de otro país.

de una evaluación individual de cada caso concreto, lo cual quiere decir que “el mero hecho de que la persona de que se trata haya pertenecido a esa organización no puede llevar aparejada su exclusión automática del estatuto de refugiado”¹⁸⁸⁴. Ello no significa que las listas antiterroristas no tengan ninguna influencia sobre el procedimiento, pues “la inclusión de una organización (...) permite determinar el carácter terrorista del grupo al que perteneció”¹⁸⁸⁵. Pero lo decisivo será poder “imputar” a la persona “una parte de la responsabilidad” por los actos de la organización *durante el período* en que era miembro de ésta¹⁸⁸⁶, lo que implica examinar el papel “efectivo” que desempeñó “en la perpetración de los actos en cuestión, su posición en el seno de la organización, el grado de conocimiento que tenía de las actividades de la organización”, e incluso comprobar “las posibles presiones a las que pudo verse sometida”¹⁸⁸⁷.

Desde la óptica de este estudio, lo interesante del pronunciamiento del Tribunal es que, al poner de relieve las diferencias entre los procedimientos de inclusión en las listas antiterroristas y los de reconocimiento del estatuto de refugiado, el Tribunal de Luxemburgo caracterizó con precisión a aquellos al aclarar los estándares por los que se deben gobernar estos. En efecto, los procedimientos relativos a los criterios de la Directiva Cualificación suponen la necesidad de “imputar” a la persona interesada “una parte de la responsabilidad por los actos cometidos por la organización de que se trate durante el período en que era miembro de ésta”¹⁸⁸⁸. Por el contrario, la inclusión de las dos organizaciones, a juicio del Tribunal, “no puede compararse al examen individual de los hechos concretos que debe preceder a toda decisión de excluir a una persona del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 12”¹⁸⁸⁹. Aunque es cierto en que no es fácil comparar un procedimiento de inclusión de una organización en una lista con un procedimiento de determinación del estatuto de dos individuos con ella relacionados, no es ocioso preguntarse cuál habría sido el desenlace del caso si, en vez de las organizaciones en las que militaron, hubieran sido los mismo demandantes de refugio los incluidos en la lista.

¹⁸⁸⁴ TJUE, *B y D*, § 88.

¹⁸⁸⁵ *Ibid*, § 90.

¹⁸⁸⁶ *Ibid*, §§ 93-95.

¹⁸⁸⁷ *Ibid*, § 97.

¹⁸⁸⁸ *Ibid*, § 95.

¹⁸⁸⁹ *Ibid*, § 91.

Ello nos conduce a la sentencia *Sisión (II)* explicada con anterioridad. Recordemos que en esta sentencia el TPI separó *materialmente* procedimientos sobre refugio de los relativos a las listas negras, exigiendo que la “decisión” nacional versara “directa y principalmente” sobre la imposición de medidas preventivas o represivas en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Pues bien, en *B* y *D* el Tribunal enfatiza inevitablemente la vertiente *procesal* que diferencia ambos mecanismos; más concretamente, la diferente carga de la prueba que los guía¹⁸⁹⁰. Y es que, aunque hubieran sido los dos individuos –en vez de las dos organizaciones a las que pertenecen- los incluidos en la lista, el TJUE no habría podido llegar a otra conclusión: al no ser posible establecer una correlación automática entre procedimientos sobre refugio y procedimientos sobre listas negras, una aplicación “escrupulosa”¹⁸⁹¹ de las cláusulas de exclusión implica un análisis pormenorizado de la relación entre el individuo y la comisión de actos terroristas. Por el contrario, para ser incluido en la lista 1373 o en la de la PC 2001/931/PESC, basta a estos efectos con probar la “participación en las actividades” del grupo, “con conocimiento de que esa participación contribuirá” a sus actividades delictivas (artículo 1(4) PC 2001/931/PESC).

A nuestro juicio, esta diferencia no tiene por qué ser criticable, siempre y cuando los estándares más bajos de las listas antiterroristas se vean compensados con un estricto control judicial *a posteriori* que reúna las condiciones del artículo 6(1) CEDH; bien nacional –en el caso de las listas autónomas de la Unión-; bien europeo –en el caso de la lista Al-Qaeda/Talibanes, y mientras el Consejo de Seguridad no introduzca un mecanismo de control equivalente al europeo-. Dicho esto, no deja de parecernos paradójico que en *Sisión (II)* se rechazara como fundamento para la inclusión en la lista el resultado de un procedimiento de exigencias mayores que el del caso de autos, mientras que en *B* y *D* se hiciera lo inverso: rechazar la aplicación automática de los resultados del procedimiento

¹⁸⁹⁰ Al menos, las formas de participación en actos terroristas varían, lo que repercute inevitablemente sobre la carga de la prueba. Sobre esta cuestión en el ámbito de los procedimientos de reconocimiento del estatuto de refugiado, *cfr.* CHÉTAIL, V.: *Le statut de réfugié...*, *op. cit.*, pp. 418 (comparando la práctica francesa y la inglesa); KAGAN, M.: “Is truth in the eye of the beholder? Objective credibility assessment in refugee status determination”, *GILJ*, Nº 17, Spring, 2003, p. 375; y ACNUR, *Note on the burden and standard of proof in refugee claims*, 16 December 1998, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3338.pdf>, visitado por última vez el 30 de marzo de 2011.

¹⁸⁹¹ Conclusiones del AG MENGOZZI, § 47. Ello no quiere decir que haya de ser equivalente a la de los procesos penales *strictu sensu* (ACNUR: *Declaración...*, p. 10). *Vid.* también AMARASINHA, S. D.; ISENBECKER, M.: “Terrorism...”, *loc. cit.*, pp. 226 y ss.

que ofrece un estándar de prueba más bajo para resolver la diferencia planteado en el más riguroso.

Sea como fuere, el Tribunal hace lo correcto al separar ambas causas. Y es que no sólo difieren en lo material, sino también en lo teleológico. Como explicara en cierto, basándose otra vez en las Conclusiones del AG MENGOZZI y en las recomendaciones del ACNUR, cuando se aplican las cláusulas del artículo 12(2) Directiva Cualificación¹⁸⁹² se evalúa la *conducta* pasada. Por el contrario, lo *principal* en los procedimientos de inclusión en las listas antiterroristas es el *riesgo presente y futuro*. Aunque en su momento defendimos que puede haber elementos represivos en esta valoración¹⁸⁹³, es indudable que las disimilitudes son patentes.

IV. BALANCE GENERAL

Este capítulo ha analizado las garantías del procedimiento de inclusión en la lista, haciendo un énfasis especial en el control judicial. Con ello hemos cerrado el análisis de la última cara del “prisma de las sanciones inteligentes”, estudiado a la “luz” del Derecho de la Unión Europea. A pesar del carácter *procesal* de los derechos analizados, es indudable que nuestro enfoque ha sido *sustantivo*. La técnica jurídica ha tenido su papel, sin embargo, pues como hemos podido ver los diferentes ajustes formales de las listas autónomas europeas predeterminan el resultado final, facilitando la cooperación entre autoridades nacionales y europeas, pero diversificando el control del respeto de los derechos fundamentales, que se repartirá en varias sedes judiciales.

En su fase europea, el mecanismo de designación de nombres tiende inevitablemente hacia la deferencia al ejecutivo, a pesar de que el control judicial del TJUE sea “en principio completo”. En este sentido, no se puede decir que el juez europeo, siendo mucho más equilibrado que el norteamericano en la sentencia *Holder*, no tenga en cuenta los intereses de la seguridad nacional y el mantenimiento de la paz y la seguridad

¹⁸⁹² Ello no sucede, por el contrario, cuando se analiza la aplicabilidad de la cláusula de exclusión/revocación/finalización del artículo 14(4)-(5). Es obvio que el análisis del “peligro para la seguridad del Estado donde se encuentra” que supone la persona implica un análisis directo del *riesgo* de esa persona para la sociedad (TJUE, *B y D*, § 4). Como afirma GILBERT, “si les États de l’UE prétendent sanctionner la commission d’actes terroristes après l’octroie du statut de réfugié, c’est l’article 33(2) qu’il faut appliquer » (GILBERT, G.: « Questions d’actualité... », *loc. cit.*, pp. 516-517).

¹⁸⁹³ Cap. II, § I.2.2.

internacionales. Ello se explica no sólo por características estructurales de los procedimientos de inclusión de nombres, que requieren la participación conjunta de autoridades nacionales, europeas y de Naciones Unidas; también por las dificultades inherentes a las listas negras, medidas que “nacen” preventivas pero que “crecen” represivas; que se basan en el riesgo presente y futuro pero que sólo lo pueden hacer sobre la base de conducta pasada. Ahora bien, el análisis de toda la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en materia de listas negras deja la sensación de que se intentan aprovechar los *casos claros* para enviar un mensaje al Consejo y la Comisión de que no todo vale, y de que los excesos se pagan con la nulidad y una sensación de desconfianza hacia la legitimidad del mecanismo.

Insistimos, y lo admitimos sin complejos, en que el papel supervisor del Tribunal de Justicia es limitado¹⁸⁹⁴, y a nuestro juicio debe seguir siéndolo en este estadio de integración. Tomado en su globalidad, el proceso *sancionador antiterrorista* europeo no efectúa en la práctica el control *total* sugerido entre líneas por el AG MADURO en sus Conclusiones en el asunto *Kadi (II)*, o al menos no parece ajustarse a las condiciones de la presunción de inocencia de los procesos penales. Esta consecuencia inevitable del carácter articulado del mecanismo desplaza el énfasis hacia la fase nacional del procedimiento: es ahí donde se han de aportar las garantías más estrictas, donde el filtro procesal ha de actuar con mayor rigor, y donde el afectado ha de tener la oportunidad de desplegar con total libertad sus posibilidades defensivas. No es casualidad que HARLOW haya afirmado respecto de la saga de sentencias *OMPI* que ésta “provides a first tentative example of courts working collaborately to transfer the traditional control function of administrative law to a multi-level administrative process”¹⁸⁹⁵. Y aunque dado el *statu quo* actual no se pueda llegar a conclusiones análogas respecto de la lista Al-Qaeda/Talibanes, resulta esperanzador que el TG haya apuntado en su sentencia *Kadi (III)* que hay que ser más exigente con las listas elaboradas por el Consejo de Seguridad, dada la ausencia de garantías equivalentes en el plano universal.

En definitiva, tanto el TG como el TJUE ha aportado hasta ahora una respuesta en general satisfactoria al grave problema planteado por las listas negras en relación con el respeto de los derechos humanos. Ello no quiere decir que no haya que permanecer atentos

¹⁸⁹⁴ LABAYLE, H. y MEHDI, R.: “Le contrôle juridictionnel...”, *loc. cit.*, p. 257.

¹⁸⁹⁵ HARLOW, C.: “Three phases...”, *loc. cit.*, p. 464.

a las evoluciones que se presentan, y sobre todo, no quiere decir que haya *que dejar todo el trabajo en manos del juez*. Está por ver si la aprobación de un “marco de medidas administrativas sobre movimiento de capitales y pagos” (artículo 75 TFUE) aporta mayor seguridad jurídica en este ámbito y complementa una jurisprudencia inevitablemente reactiva ante unos procedimientos creados sobre la marcha.

CONCLUSIONES

I. El orden jurídico internacional se ve sometido a infinidad de tensiones cuya articulación explica su origen y predetermina su dinámica futura. La existencia de éstas alumbra paradojas y motiva incredulidades, pero también contribuye a la valoración del Derecho internacional como estructura no estática, sometida al cambio. Algunas de esas dialécticas son casi tópicas en todo orden jurídico (como la relación entre Derecho y política, entre teoría y práctica, o entre legalidad y efectividad); mientras que otras se circunscriben al ámbito propio del Derecho internacional (por ejemplo, la tensión entre soberanía del Estado y la protección de los intereses del individuo)¹⁸⁹⁶. Entre estos polos de fricción tan útiles desde el punto de vista metodológico se encuentra el de la relación entre técnica y valores jurídicos protegidos: el Derecho internacional es una técnica al servicio de un ideal, pero sus exigencias técnicas pueden provocar en ocasiones que el Derecho se adapte con lentitud a las exigencias de la sociedad que le rodea, o peor aún, que sus estructuras sean utilizadas como freno del cambio social, o como justificación de prácticas para las que éste no fue creado¹⁸⁹⁷. Precisamente porque hay *lex lata* existe *lex ferenda*, ambas son inextricables.

Por los problemas estructurales que plantean, y por forzar la interpretación de algunas de las instituciones básicas del Derecho internacional y de la Unión Europea, las sanciones inteligentes Al-Qaeda/Talibanes son un campo idóneo de investigación de esta tensión. Y es que con ellas el perenne debate sobre los límites a la eficacia en la lucha contra el terrorismo se ve profundamente alterado por elementos que poco o nada tienen que ver con el riesgo social que puedan plantear los individuos y entidades incluidos en la lista, pero que sin duda han predeterminado durante años su acceso a un derecho tan básico como las garantías judiciales.

II. Estas medidas nacen en el marco de un Tratado, la Carta de las Naciones Unidas, cuyo órgano ejecutivo, el Consejo de Seguridad, es el principal responsable del mantenimiento

¹⁸⁹⁶ Para un análisis recientes de algunas de estas tensiones, *vid.* ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: “Las dinámicas del Derecho Internacional en el Siglo XXI: acordes y desacordes”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.): *Estados y organizaciones...*, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

¹⁸⁹⁷ *Vid.*, sobre esta relación, PELLET, A.: “L’adaptation du droit international...”, *loc. cit.*, pp. 10 y ss.

de la paz y la seguridad internacionales. A pesar de la existencia de una línea más o menos nítida que demarca la frontera entre esta función principal y la de guardián de la legalidad internacional, en el caso de las listas negras antiterroristas contra Al-Qaeda y los Talibanes la técnica sancionadora del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas difumina esta separación. Es cierto que una aproximación intuitiva a estas medidas liga su finalidad oficial, la preventiva, a la acción coercitiva del Consejo para hacer a una amenaza para la paz y la seguridad internacionales todavía presente en la sociedad internacional: el terrorismo transnacional. El bloqueo de fondos pertenecientes a individuos “asociados” con Al-Qaeda y los Talibanes se erige en este contexto como un método eficaz y proporcionado para frenar la financiación de actividades terroristas, que al no implicar la pérdida de la propiedad de los bienes afectados, permite restituir sin dificultad todos los activos cuando se comprueba que ya no existen motivos que lo justifiquen. Aparentemente no hay represión, punición o castigo de las personas o entidades listadas por el Comité de Sanciones.

Un estudio más detallado que ponga en relación técnica jurídica con efectos sustantivos de estas sanciones nos lleva a conclusiones sensiblemente diferentes. Y es que, desde el punto de vista del mecanismo de activación de estas medidas, nos encontramos ante algo muy semejante, si no igual, a un régimen de sanciones *strictu sensu* contra individuos y entidades.

Por un lado, es cierto que la noción de terrorismo internacional dista mucho de encontrar un lugar estable en el Derecho internacional. Mientras que los Estados siguen sin ponerse de acuerdo sobre los perfiles de una definición convencional universalmente aceptable, otros actores han tomado posiciones –sobre todo, el Tribunal Especial para el Líbano-, para encontrar en el derecho consuetudinario los elementos básicos de un término que, a pesar de sus complejidades, lleva años en numerosos convenios internacionales para la prevención y supresión de diversos *actos* de terrorismo. Por si no fuera poco, la práctica reciente del Consejo de Seguridad está motivando una adhesión cada vez más amplia a los Convenios internacionales en materia terrorista, alguno de los cuales ofrece una definición que contiene los mínimos de una noción aceptable de terrorismo.

Sea como fuere, estas dificultades quedan *fuera* del orden jurídico de la Carta. Dentro de la práctica de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes, la resolución 1617 ha reducido la distancia entre el policía y el legislador, definiendo con precisión el ámbito de aplicación

de las sanciones al modo en que puede hacerlo un código penal en derecho interno. En efecto, esta resolución explica con cierto detalle el significado de la expresión “asociados” con Al-Qaeda y los Talibanes, ofreciendo así un parámetro general de conducta que ha de ser seguido por individuos y entidades a fin de evitar ser objeto de congelación de fondos. En definitiva, bien sea en el derecho internacional general, bien en la legalidad “creada” por la práctica del Consejo de Seguridad, existe en todo caso una norma “primaria” en el sentido hartiano del término que prescribe con meridiana precisión una conducta tomada como referencia a efectos sancionadores.

Una reflexión paralela se impone respecto de la existencia de una norma secundaria, donde se puede afirmar que el Consejo de Seguridad aplica una medida aflictiva institucionalizada como reacción al “ilícito” previo que constituye la violación de una norma primaria. Aunque uno de los focos de discusión se encuentra en concretar si las sanciones Al-Qaeda/Talibanes son o no preventivas, lo cierto es que una disección rigurosa de las categorías utilizadas por el Consejo de Seguridad (prevención/represión, medidas penales/administrativas) muestra la permeabilidad de sus objetivos y los equívocos a los que conduce su terminología. No hay identidad entre prevención y “naturaleza administrativa” de las sanciones, como tampoco es cierto que la congelación de fondos no pueda responder a criterios “penales”. La valoración de la finalidad de estas sanciones se deberá hacer caso por caso, en función de variables como la relación real que se mantenga con la organización Al-Qaeda y los Talibanes, o el tiempo de duración de la ejecución de las medidas.

Es más, aunque una parte de la doctrina iusinternacionalista no haya descartado que se pueda hablar con rigor de sanciones “preventivas”, lo cierto es que el paso de los años ha situado al régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes en la frontera de un régimen verdaderamente *castigador* de los individuos y entidades incluidos en su lista. De esta manera, al haber norma primaria y norma secundaria punitiva, estaríamos pues ante el primer régimen internacional de auténtica responsabilidad internacional *individual* por la participación en actos de terrorismo, incluso si lo analizamos con la lupa de las más exigentes definiciones de “sanción internacional” y de “responsabilidad internacional del individuo”.

III. Esta valoración estructural del régimen de sanciones Al-Qaeda/Talibanes encuentra un fiel apoyo en el Derecho internacional de los derechos humanos. Como sector del Derecho

internacional que ha evitado someterse a las categorías del Derecho de los Estados, los principales textos en materia de Derechos humanos han tendido a focalizar su atención en los elementos sustantivos a la hora de definir si estamos ante una materia penal, y por ende, de considerar exigible el derecho al juez en un caso concreto a pesar de las clasificaciones del derecho nacional (sobre todo, el PIDCP y el CEDH). En otras palabras, habrá materia penal allá donde la ecuación de las variables finalidad, calificación en derecho nacional y gravedad de la pena impuesta así lo prescriba.

Aunque debe ser el juez, y no el policía internacional, el encargado de valorar estas cuestiones, el contexto jurídico que rodea a las listas antiterroristas dificulta enormemente el análisis en la medida en que entra en juego la indefectible cuarta variable, no presente ni en el artículo 14 del PIDCP ni en el artículo 6 CEDH, pero a todas luces decisiva. Nos referimos, claro está, a la primacía de la Carta de las Naciones Unidas, técnica protectora del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Para el antiguo TPI en *Kadi (I)*, así como para la Corte Federal Suiza en *Nada*, la intervención de este elemento fue decisiva para no cuestionar la legalidad *prima facie* de las resoluciones del Consejo de Seguridad como violadora del derecho al juez. Lo forzado de esta argumentación no oculta empero la enjundia del problema de fondo, que exige al analista no conformarse con una mera determinación del carácter “penal” de estas medidas a la luz del Derecho convencional de los derechos humanos y apuntar en consecuencia más alto, en la estructura del ordenamiento jurídico internacional, para encontrar soluciones que permitan a los jueces nacionales y regionales intervenir en ausencia de procedimientos justos en la práctica del Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes.

IV. La Carta de las Naciones Unidas puede ser, desde el punto de vista sustantivo, la Constitución de la comunidad internacional, pero su primacía es limitada, en el sentido de que no establece las condiciones en que las decisiones de sus órganos han de permear la fina línea divisoria que la separa de los ordenamientos jurídicos estatales y autónomos. La no abundante práctica de los órganos de las Naciones Unidas, así como una creciente jurisprudencia de tribunales nacionales e incluso (a pesar de las apariencias) la misma decisión del Tribunal General en *Kadi (I)*, verifican este punto de partida. En otras palabras, la recepción de las resoluciones del Consejo de Seguridad en los ordenamientos internos no difiere a este respecto del resto de normas de Derecho internacional, pues los términos del debate son exactamente los mismos: monismo/dualismo, obligaciones *self-executing*, etc. No hay principio de efecto directo, al menos con el vigor con el que se

entiende en el Derecho de la Unión Europea. El modelo arquitectónico de la Carta se compeadece mal con una estructura piramidal del ordenamiento jurídico internacional que eleve el texto firmado en San Francisco a su cúspide.

Ello queda confirmado a nuestro juicio en la umbría relación entre el artículo 103 de la Carta y el derecho internacional general (costumbre, principios generales del Derecho), que desaconseja una interpretación *kelseniana* de los efectos de esta disposición. Aunque se pueda afirmar que existe una identidad de valores entre la Carta y el orden jurídico internacional –cuestión que no hemos podido solucionar aquí–, pocos, muy pocos aceptan que todo el Derecho internacional se deba someter a la legalidad *prima facie* del Consejo de Seguridad. A pesar de ciertas inclinaciones abstencionistas de la CIJ en el asunto *Lockerbie*, ni la doctrina ni la práctica judicial estudiada (nacional e internacional) corroboran una interpretación tan amplia de los poderes del Consejo. Por ello, aparte de los límites que este órgano pueda encontrar en los propósitos y principios de la Carta, el Derecho *formalmente* externo a la Carta, sobre todo el imperativo, se erige como límite insoslayable para la acción coercitiva de este órgano.

V. La existencia y contenido de un Derecho imperativo o *ius cogens* emplaza la relación entre técnica y valores del orden jurídico internacional en el epicentro del debate. Ciertamente, en este espacio no se ha pretendido analizar en profundidad una institución tan susceptible de enconadas disputas doctrinales; en otras palabras, no hemos examinado con exhaustividad cuestiones como el acierto de referirse a un *ius cogens material*, y no sólo de una mera técnica jurídica desvinculada como tal de cualquier contenido concreto. Tampoco nos hemos adentrado en la delicada cuestión de la filosofía subyacente al artículo 53 CVDT, del que se ha sugerido que la referencia a la “comunidad internacional *de los Estados* en su conjunto” introduce el espectro del voluntarismo en el Derecho imperativo. Ello no ha impedido partir de una concepción, que entendemos mayoritaria en la doctrina e incipiente en la práctica de algunos Tribunales internacionales (sobre todo la CrIDH), que consagra al *ius cogens* en el altar del *ordre public international*, ligándolo así a la protección de una serie de valores universales cuya vulneración el sistema jurídico internacional no puede tolerar.

Pues bien, en este contexto, el derecho a las garantías judiciales se presenta como uno de esos valores fundamentales intangibles. Un repaso del derecho consuetudinario, de los principios generales del Derecho, del Derecho internacional humanitario, y de las

cláusulas de suspensión de derechos de los principales textos internacionales en materia de derechos humanos nos inspira a defenderlo. No es concebible a día de hoy que *al menos* las acusaciones penales se vean desprovistas de un procedimiento ante un órgano independiente e imparcial que ofrezca las garantías reconocidas por la prolija práctica de los principales órganos internacionales de supervisión en materia de derechos humanos. Ello es así incluso a pesar de que las cláusulas de suspensión de derechos no hagan referencia a este derecho básico. *A fortiori* lo será en nuestro contexto de análisis, donde la acción del Consejo de Seguridad tras los atentados del 11 de septiembre ha tentado a Estados y parte de la doctrina con la manzana de la asimilación del artículo 39 de la Carta y las cláusulas de suspensión de derechos (como se ha visto en recientes pronunciamientos que han tenido como protagonista al Reino Unido). Sobre este punto, en este trabajo hemos apuntado una serie de argumentos sustantivos y formales que militan expresamente en contra de una correlación expresa entre estados de emergencia y amenazas para la paz y la seguridad internacionales. Además, hemos mostrado nuestras cautelas hacia los paralelismos que se han trazado entre la suspensión de derechos y la cláusula *rebus sic stantibus*; entre otros argumentos, por el origen sinalagmático de estas últimas, que no encaja bien en el modelo objetivo del DIDH.

Dados estos argumentos, la metodología utilizada por el Tribunal de Primera Instancia en *Kadi (I)* respecto del *ius cogens* – seguida por el Tribunal Federal suizo en el asunto *Nada*- nos parece satisfactoria al no identificar derecho imperativo con cláusulas de suspensión de derechos en estados de emergencia. Se podrán criticar aspectos concretos como la inclusión del derecho a la propiedad privada en el *ius cogens*, pero las diferencias entre ambas categorías aconsejan, a nuestro juicio, evitar los automatismos a la hora de dibujar los contornos del *ius imperativum*.

VII. Que mediante las listas Al-Qaeda/Talibanes, el Consejo de Seguridad ha traspasado los márgenes de la amplia discrecionalidad que la Carta, e incluso el *ius cogens*, le ofrecen para adoptar medidas coercitivas que no implican el uso de la fuerza armada, es algo más patente cada día que pasa. El Tribunal General de la UE, incluso basándose en estándares formalmente europeos, ha dado cuenta en la reciente sentencia *Kadi (III)* de la dinámica de los objetivos de las listas negras antiterroristas; que en su origen pueden nacer preventivas, pero que el tiempo las hace represivas. Sería totalmente injusto, sin embargo, atribuir a la jurisdicción de la UE toda la labor de crítica hacia el mantenimiento del *statu quo* en el Comité de sanciones Al-Qaeda/Talibanes. Las propuestas de un Grupo de Estados de las

Naciones Unidas “amigos de la primacía del Derecho”, las opiniones del Relator Especial de la ONU sobre la protección de los Derechos Humanos en la lucha contra el Terrorismo, las propuestas del antiguo Vicesecretario General de las Naciones Unidas, NICOLAS MICHEL, la resolución 1597(2008) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la actitud del legislador suizo, la decisión del Comité de Derechos Humanos en *Sayadi y Vinck c. Bélgica* o los pronunciamientos de tribunales canadienses y británicos, todos ellos han jugado también un papel igualmente relevante.

El resultado ha sido el nacimiento de una incipiente *opinio iuris* sobre la insostenibilidad del sistema sancionador actual. Esta dinámica evolutiva, que todavía no ha concluido, nos conduce a apreciar la ilegalidad de las sanciones Al-Qaeda/Talibanes más como un largo proceso dialéctico que como una estática constatación de antijuridicidad; es decir, como un *iter* que algunos (Estados) han “vivido” como una *ilegalidad sobrevenida*. Durante el mismo, lo que en un principio parecía provisionalidad bienintencionada y discrecionalidad permitida por la Carta ha acabado derivando en una inadmisibles violación voluntaria y continuada de algunas garantías judiciales básicas del individuo.

Dado que la “dispersión cierta” del poder del control de la Carta (en la expresión de BEDJAOU) impide que un órgano monopolice la supervisión de legalidad de los actos del Consejo de Seguridad, éste se ha visto forzado a cambiar de actitud y favorecer el cambio en los procedimientos del Comité de sanciones Al-Qaeda/Talibanes. Se ha intentado así evitar una nueva “dispersión”, en este caso de los mecanismos de inclusión y exclusión de nombres en la lista entre los Estados miembros. El establecimiento de la Oficina de un *Ombudsman* para interceder ante los Estados del Comité de Sanciones por los individuos y entidades afectados es la última y más destacable mejora introducida. En este punto, una actitud complaciente que tenga en cuenta los esfuerzos realizados por el Consejo de Seguridad desde hace diez años bien podría conducir a conformarse con esta solución pragmática, cuya eficacia está aún por ver, pero que resulta de un gran esfuerzo diplomático por introducir mejoras en los procesos de inclusión y exclusión en la lista. Y es que resulta poco probable, y quizás muy costoso en términos financieros y de funcionamiento, que se llegue a un acuerdo en el corto plazo para la creación de un órgano independiente e imparcial que pueda satisfacer las exigencias de un proceso equitativo en Derecho internacional.

Por el contrario, aquí hemos intentado defender la solución más exigente, quizás más dogmática o idealista, pero sin duda la más ajustada a Derecho. En otras palabras, la gestión de la lista Al-Qaeda/Talibanes requiere la existencia de un órgano independiente e imparcial con capacidad para revisar las decisiones del Comité de Sanciones bajo la batuta de estándares penales, adecuadamente adaptados a las innegables particularidades de estas medidas. No nos parece admisible el relativismo jurídico, la situación de juridicidad “débil”, a la que conducen las carencias de los procedimientos del Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes. No sólo la legitimidad; también la eficacia de la actuación del Consejo de Seguridad en la lucha contra el terrorismo se resquebrajan día a día en la medida que los tribunales internos se encarguen de llenar el vacío. Como ha puesto de manifiesto el Tribunal General de la UE en el asunto *Kadi (III)*, el control judicial “indirecto” es necesario “al menos, mientras resulte evidente que los procedimientos de revisión aplicados por el Comité de Sanciones no ofrecen las garantías de una tutela judicial efectiva”¹⁸⁹⁸. Dejar en manos de los tribunales nacionales la operatividad de las listas Al-Qaeda/Talibanes es una solución jurídicamente posible, pero no exenta de riesgos.

VIII. Una de las más interesantes simbiosis entre técnica y protección de las garantías judiciales como valor que protege a los afectados por las listas negras se produce en el campo de la responsabilidad internacional del Estado por los actos del Consejo de Seguridad. Aquí el Derecho internacional ofrece medios suficientes frente al serio problema planteado en sede relacional por la acción de los Estados. Para ello diferencia entre obligaciones de medios y de resultado, acude a ficciones jurídicas como el método *Solange* e incluso mide los tiempos de la responsabilidad, separando entre la acción *a priori* de crear la organización y la acción *a posteriori* de ésta con el fin de modular el alcance de la responsabilidad del Estado. Todo ello, con el fin de facilitar una articulación coherente entre dos valores, como son la protección de los derechos humanos y el fomento de la cooperación internacional entre los Estados.

Los medios indirectos de responsabilidad aquí analizados, la complicidad del Estado y la “falta de vigilancia”, aúnan esta búsqueda de soluciones técnicas para proteger los valores esenciales del ordenamiento jurídico internacional, salvando las eventuales dificultades que pueda originar la legalidad *prima facie* de las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas al amparo del Capítulo VII de la Carta. Utilizados respectivamente

¹⁸⁹⁸ TG, *Kadi c. Consejo*, § 127.

por el Comité de Derechos Humanos en la decisión *Sayadi y Vinck* (sin referirse expresamente a él), y por el TEDH en *Bosphorus* (en su versión más perfeccionada), conforman una de las aportaciones más notables que el Derecho internacional de los Derechos Humanos puede hacer al régimen general de responsabilidad internacional del Estado en este tipo de situaciones jurídicamente complejas. Quizás el TEDH aproveche la oportunidad ofrecida en el asunto *Nada c. Suiza* para perfilar los caracteres esenciales de la segunda técnica, la “falta de vigilancia”, inspirada en el método *Solange* pero cuyo uso en el contexto del CEDH no ha puesto a prueba todavía los límites dignatarios a la cooperación internacional institucionalizada.

IX. Dada la enjundia de las cuestiones que plantea desde la perspectiva de la estructura del orden jurídico internacional, la visión europea defendida por el Tribunal de Justicia en *Kadi (II)* ha merecido un análisis aparte. La valoración que merece esta decisión depende de la cámara que la fotografíe. Para algunos, estamos ante un ejercicio de eurocentrismo judicial, en la medida en que se decidió el caso sobre la base de los estándares europeos en materia de derechos humanos, sin acudir a la Carta de las Naciones Unidas u otros textos internacionales relevantes. Se afirma también que se pone en peligro el objetivo principal de la Carta de las Naciones Unidas, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. No pocos subrayan el efecto fragmentador de esta sentencia y el riesgo que supone para una homogeneidad técnica en la aplicación del Derecho internacional. Y por último, se critica el postulado que fundamenta la intervención de un juez internacional como el europeo: la autonomía del orden jurídico europeo. En esta línea, se aduce que semejante línea jurisprudencial obvia que todo juez internacional, con independencia del orden jurídico en que se incardine su función, debe (en función de la interpretación que se haga de la Carta) o bien abstenerse de ejercer sus funciones cuando interviene el Consejo de Seguridad, o bien evaluar incidentalmente la legalidad de sus resoluciones.

Sin pretender desdeñar la relevancia de alguno de estos argumentos, lo cierto es que el juez europeo no ha hecho en *Kadi (II)* sino confirmar, con el vigor requerido en las particulares circunstancias del caso concreto, lo que por primera vez afirmara en 1962 en la seminal *Van Gend en Loos*: que el Derecho de la Unión conforma un ordenamiento autónomo *porque así lo han querido los Estados fundadores*. A las críticas basadas en una crónica tendencia del juez europeo a dejar de lado el Derecho internacional, que establecen paralelismos entre *Kadi (II)* y la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Medellín*, se puede oponer otro paralelismo entre Washington y Luxemburgo. En efecto, si

se compara la ponderación de intereses realizada en *Kadi (II)* con la operada en *Holder c. Humanitarian Law Project*, hemos observado que en esta última el Tribunal Supremo dejó en manos del ejecutivo la gestión de los efectos de las listas antiterroristas estadounidenses en detrimento de otros valores del ordenamiento jurídico de los EE.UU.. De esta manera, el juez estadounidense permitió expandir sin límite democrático aparente las consecuencias penales anejas a estas listas. Este contraste entre la actitud deferente hacia el ejecutivo del juez americano y el garantismo del europeo realza a nuestro entender las virtudes de la decisión del TJCE.

De esta manera, el análisis exclusivamente técnico que a veces se hace de la sentencia *Kadi (II)* queda matizado. Ésta es una sentencia, quizás la más importante, en materia de relaciones entre el Derecho internacional y el DUE, pero *no sólo es eso*, pues también es un pronunciamiento sobre los límites de la lucha contra el terrorismo. Como no es posible disociar la “cuestión técnica” de la “cuestión material”, resulta comprensible que el Tribunal de Justicia haya buscado una vía moderada que tenga en cuenta los intereses del mantenimiento de la paz pero que proteja los valores esenciales del ordenamiento comunitario, sin violar –a nuestro juicio- la primacía de la Carta. En contra de lo que pueda parecer a primera vista, la solución ofrecida ni es separatista (dado que articula *desde el interior del TUE* una relación de ligamen “constitucional” con el sistema de Naciones Unidas); ni fragmenta los valores esenciales del orden jurídico internacional (pues de hecho contribuye a reforzarlos). Todo lo contrario a lo que hiciera el TPI en *Kadi (I)*, donde la retórica respetuosa del ordenamiento internacional escondía en realidad una falta de voluntad de incomodar a los miembros del Consejo de Seguridad y una engañosa ambigüedad a la hora de aceptar la sumisión del Derecho de la Unión a los postulados de la Carta de las Naciones Unidas.

No se puede ocultar empero que algún posicionamiento concreto del Tribunal de Justicia merece un análisis más detallado desde la perspectiva de la unidad del Derecho internacional. Nos referimos sobre todo al argumento de que el actual artículo 351 TFUE no puede permitir a los Estados derogar los principios fundamentales del ordenamiento comunitario en materia de derechos humanos. La utilización y efectos de este límite está por ver en el futuro, pero nuestro análisis contextualizado apunta al uso por el Tribunal de Justicia del instrumento de la ponderación de valores, con el fin de guardarse la última carta a la hora de decidir si el cumplimiento con un convenio anterior está justificado. En otras palabras, el Tribunal de Justicia renuncia definitivamente a cualquier automatismo en

la aplicación de convenios anteriores sobre la misma materia, considerando los conflictos entre tratados como algo más que una mera colisión entre *instrumentum* (como se codificara en el artículo 30 CVDT), para prestar atención también al contenido concreto del *negotium* que justifica la inaplicación del Derecho de la Unión Europea. Contrariamente a la solución ofrecida en *Levy*, parece que a partir de *Kadi (II)* los Estados deberán ponderar en qué medida el cumplimiento con sus obligaciones de Derecho internacional previas a los Tratados puede justificar una suspensión o restricción de sus obligaciones *comunitarias* en materia de derechos humanos.

X. Siguiendo en clave europea, el funcionamiento de los mecanismos internos de inclusión en las listas en la UE plantea interesantes interrogantes de coordinación entre varios niveles de toma de decisiones (Estados europeos y no europeos, autoridades de la UE y Comité de sanciones Al-Qaeda/Talibanes), que además de los inevitables problemas de eficacia, puede repercutir sobre la protección de las garantías judiciales en este tipo de decisiones penales o “cuasi-penales”. Sin desatender la lista 1267, hemos observado ciertas particularidades en el régimen jurídico de las listas autónomas de la Unión (la 1373 y la de la PC 2001/931), que inciden en la necesidad de garantizar en el *plano nacional* de toma de decisiones un adecuado respeto de garantías como el derecho a un control judicial *total* de los motivos que justifica la inclusión en la lista. Dada la naturaleza articulada de un procedimiento, que siguiendo la terminología al uso hemos definido como “vinculado” o “paralelo”, no corresponde al juez europeo replantear una valoración de todos los elementos de prueba que han justificado una propuesta nacional de inclusión o mantenimiento en la lista. En otras palabras, la aplicación de la conocida doctrina del margen de discrecionalidad en estos casos nos parece acertada.

En la misma línea, hemos realizado una valoración globalmente positiva de la creciente jurisprudencia de los actuales TG y TJUE que ha ido afrontando diversos aspectos concretos de la gestión de los procedimientos de inclusión y exclusión de nombres de las listas europeas, así como de sus “efectos colaterales”. Decisiones como las recaídas en asuntos como *B y D c. Alemania* (reconocimiento del estatuto de refugiado), *procedimientos penales contra E y F* (aplicación retroactiva de las listas en procesos penales), u *OMPI (II) y (III) y Sisón (II)* (motivos de inclusión en la lista), evidencian un esfuerzo por equilibrar eficacia y tutela judicial efectiva, discrecionalidad y arbitrariedad y, en definitiva, tecnicismo y valores sustantivos del orden europeo, aportando una sólida doctrina judicial en un contexto de expansión de competencias de la UE en materia penal.

Ello no impide que en algún caso concreto nos planteemos la aceptabilidad de los argumentos de fondo empleados, o que propongamos un debate sobre la legalidad de las listas negras antiterroristas desde el punto de vista del *ne bis in ídem*. Pero a nuestro entender tanto el TPI desde la sentencia *OMPI (I)*, como el TJCE desde la sentencia *Kadi (II)*, han dado con la fórmula adecuada.

XI. Volviendo a la resolución del *Institut de Droit International* de 1947 con la que abrimos este trabajo, el ordenamiento jurídico internacional se está mostrando incapaz de aceptar que el respeto de uno de sus valores esenciales, la protección del derecho al juez del individuo en toda causa penal abierta contra él, se vea menoscabado por una compleja articulación de elementos *sistémicos* relativos a la estructura del Derecho internacional. Al menos en el ámbito de las listas antiterroristas del Consejo de Seguridad y de la UE, no hay verdadera dialéctica como tal entre técnica y valores, sino refuerzo mutuo: el instrumento sirve para lograr los objetivos. Si algo podemos deducir de la prolija respuesta institucional, jurisprudencia y doctrinal que ha recibido el problema de las sanciones inteligentes financieras en la lucha contra el terrorismo, es que existen instituciones y mecanismos jurídicos suficientes para hacer frente a un creativo uso de la acción coercitiva del Consejo de Seguridad que ignore los límites paralelos a sus poderes que se encuentran en los propósitos y principios de la Carta. Ahora bien, como suele suceder en tantas y tantas ocasiones, el problema no es la existencia de soluciones, sino que se quiera recurrir a ellas. Pero ésa es una cuestión susceptible de un estudio diferente.

BIBLIOGRAFÍA

1. *Cursos generales y temáticos*
2. *Manuales, monografías, obras colectivas, tesis doctorales y recopilaciones de textos normativos*
3. *Publicaciones en revistas especializadas y obras colectivas, y otras contribuciones disponibles en internet*
4. *Jurisprudencia de Tribunales internacionales y otros órganos de supervisión*
5. *Jurisprudencia de Tribunales nacionales*
6. *Naciones Unidas*
7. *Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)*
8. *Consejo de Europa*
9. *Unión Europea*
10. *Otras instituciones internacionales*
11. *Artículos y notas de prensa*
12. *Entrevistas personales*
13. *Otros*

1. CURSOS GENERALES Y TEMÁTICOS

1.1. Academia de Derecho Internacional de la Haya

ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La responsabilité internationale de l’individu”, *RCADI*, 1999, Vol. 280, pp. 135 y ss.

ABI-SAAB, G.: « Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 207, t. III, 1987, pp. 15 y ss.

AGO, R.: « Le délit international », *RCADI*, Vol. 68, t. II, 1939, pp. 415 y ss.

BENNOUNA M.: “Les sanctions économiques des Nations Unies”, *RCADI*, t. 300, 2002, pp. 9 y ss.

BOULOIS, J.: “Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général”, *RCADI*, Vol. 235, t. II, 1992, pp. 9 y ss.

BROWNLIE, I.: “International law in the fiftieth anniversary of the United Nations. General Course on Public International Law”, *RCADI*, Vol. 255, 1995, pp. 9 y ss.

- BUERGENTHAL, T.: “Self-executing and non self-executing treaties in national and international law”, *RCADI*, Vol. 235, t. IV, 1992, pp. 9 y ss.
- CANÇADO TRINDADE, A. A.: “International Law for Humankind: Towards a new *ius gentium*. General Course on Public International Law (I)”, *RCADI*, Vol. 316, 2005, pp. 9 y ss.
- CANÇADO TRINDADE, A. A.: “International Law for Humankind: Towards a new *ius gentium*. General Course on Public International Law (II)”, *RCADI*, Vol. 317, 2005, pp. 9 y ss.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: “Droit international et souveraineté des états. Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 257, 1996, pp. 35 y ss.
- CASSIN, R.: “La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme”, *RCADI*, Vol. 79, t. II, 1951, pp. 239 y ss.
- CAVARE, L.: « Les sanctions dans le cadre de l’ONU », *RCADI*, Vol. 80, t. I, 1952, pp. 191 y ss.
- CONFORTI, B.: “Cours général de droit international public”, *RCADI*, Vol. 212, t. V, 1988, pp. 9 y ss.
- CONFORTI, B.: « Le rôle de l’accord dans le système des Nations Unies », *RCADI*, Vol. 142, t. III, 1974, pp. 203 y ss.
- CRAWFORD, J.: “Multilateral rights and obligations in international law”, *RCADI*, Vol. 319, 2006, pp. 325 y ss.
- DINSTEIN, Y.: “The interaction between customary law and treaties”, *RCADI*, Vol. 322, 2007, pp. 243 y ss.
- DUPUY, P.-M.: “L’unité de l’ordre juridique international. Cours général de droit international public”, *RCADI*, Vol. 297, 2002, pp. 9 y ss.
- DUPUY, P.-M. : « Le fait générateur de la responsabilité internationale de l’internationale de l’État », *RCADI*, Vol. 165, t. IV, 1979, pp. 9 y ss.
- EAGLETON, C.: “International organization and the law of responsibility”, *RCADI*, Vol. 76, t. I, 1950, pp. 319 y ss.
- EUSTATHIADES, CH. T.: “Les sujets du droit international et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances”, *RCADI*, Vol. 84, t. III, 1953, pp. 397 y ss.
- FITZMAURICE, G.: «The general principles of International Law considered from the standpoint of the rule of law», *RCADI*, Vol. 92, t. II, 1957, pp. 1 y ss.
- FROWEIN, J. A.: “Reactions by not directly affected States to breaches of public international law”, *RCADI*, Vol. 248, t. IV, 1994, pp. 345 y ss.
- GÓMEZ ROBLEDÓ, A. : « Le *ius cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, Vol. 172, t. III, 1981, pp. 9 y ss.
- GROSS ESPIELL, H.: “La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l’homme. Analyse comparative”, *RCADI*, Vol. 218, t. VI, 1989, pp. 167 y ss.

GUGGENHEIM, P.: “Les principes de droit international public. Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 80, t. I, 1952, pp. 1 y ss.

HENKIN, L.: “General course on Public International Law”, *RCADI*, Vol. 216, t. IV, 1989, pp. 9 y ss.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: « International law in the past third of a century. General course on public international law », *RCADI*, Vol. 159, t. I, 1978, pp. 1 y ss.

KAECKENBEEK, G.: “La Charte de San Francisco dans ses rapports avec le droit international”, *RCADI*, Vol. 70, t. I, 1947, pp. 109 y ss.

KELSEN, H.: “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international”, *RCADI*, Vol. 14, t. V, 1926, pp. 231 y ss.

KELSEN, H. : « Théorie du droit international public », *RCADI*, Vol. 84, t. III, pp. 1 y ss.

KLEIN, P.: « Le droit international à l'épreuve du terrorisme », *RCADI*, Vol. 321, 2006, pp. 203 y ss.

LAUTERPACHT, E.: “The development of the Law of International Organization by the decisions of international tribunals”, *RCADI*, Vol. 152, t. IV, 1976, pp. 377 y ss.

LAUTERPACHT, H.: “Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, Vol. 62, t. IV, 1937, pp. 99 y ss.

LE FUR, L.: « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, Vol. 35, t. IV, 1935, pp. 5 y ss.

MERON, T.: “International law in the age of human rights. General course of public international law”, *RCADI*, Vol. 301, 2003, pp. 9 y ss.

MONACO, R.: "Cours général de droit international public", *RCADI*, Vol. 125, t. III, 1968, pp. 93 y ss.

MOSLER, H.: “The international society as a legal community. General course on Public International Law”, *RCADI*, Vol. 140, t. 2, 1974, pp. 1 y ss.

PASTOR RIDRUEJO, J. A.: “Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: Normes, faits et valeurs”, *RCADI*, Vol. 274, 1998, pp. 9 y ss.

PELLET, A. : « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale. Conférence inaugurale, session de droit international public », *RCADI*, Vol. 329, 2008, pp. 10 y ss.

PISSILLO-MAZZESCHI, R.: “Responsabilité de l'état pour violations des obligations positives relatives aux droits de l'homme”, *RCADI*, Vol. 333, 2008, pp. 175 y ss.

QUADRI, R. : « Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 113, 1964, t. III, pp. 245 y ss.

REUTER, P.: “Principes de droit international public”, *RCADI*, Vol. 103, t. II, 1961, pp. 425 y ss.

SCELLE, G.: “Règles générales du droit de la paix”, *RCADI*, Vol. 46, t. IV, 1933, pp. 331 y ss.

SCHACHTER, O.: "International law in theory and in practice. General course on public international law", *RCADI*, Vol. 178, t. V, 1982, pp. 9 y ss.

SCHWARZENBERGER, G.: « The fundamental principles of International Law », *RCADI*, Vol. 87, t. I, 1955, pp. 195 y ss.

SICILIANOS, L.-A.: "Entre multilatéralisme et unilatéralisme: l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force", *RCADI*, Vol. 339, pp. 9 y ss.

SIMMA, B.: « From bilateralism to community interest in International law », *RCADI*, Vol. 250, 1994, t. VI, pp. 217 y ss.

SORENSEN, M.: « Principes généraux de droit international public. Cours général », *RCADI*, Vol. 101, t. III, 1960, pp. 5 y ss.

TOMUSCHAT, C.: « International law: ensuring the survival of mankind in the eve of the new century », *RCADI*, Vol. 281, 1999, pp. 9 y ss.

TOMUSCHAT, C.: "Obligations arising for States without or against their will", Vol. 241, t. IV, 1993, pp. 195 y ss.

TRIEPEL, H.: "Les rapports entre le droit interne et le droit international", *RCADI*, Vol. 1, 1926, pp. 73 y ss.

TRUYOL Y SERRA, A.: "Théorie générale du droit international. Cours général de droit international public", *RCADI*, Vol. 1981, t. IV, pp. 9 y ss.

TRUYOL Y SERRA, A.: « Genèse et structure de la société internationale », *RCADI*, Vol. 96, t. 1, 1959, pp. 553 y ss.

TUNKIN, G.: "The legal nature of the United Nations", *RCADI* Vol. 119, t. 3, 1966, pp. 1 y ss.

VAN DER MEERSCH, G. W.: "L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international", *RCADI*, Vol. 148, t. V, 1975, pp. 1 y ss.

VERDROSS, A.: "Idées directrices de l'Organisation des Nations Unies", *RCADI*, Vol. 853, t. II, 1953, pp. 9 y ss.

VERHOEVEN, J.: « Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 334, 2008, pp. 9 y ss.

WEIL, P.: « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 237, t. VI, 1992, pp. 9 y ss.

ZEMANEK, K.: "The legal foundations of the international system. General course on public international law", *RCADI*, Vol. 266, 1997, pp. 9 y ss.

1.2. Academia Europea de Florencia

KLEIN, C.: "Protection des droits de l'homme et circonstances exceptionnelles", *RCADI*, Vol. III-2, 1992, pp. 91 y ss.

PELLET, A.: “Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire”, *RCADE*, Vol. V-2, 1994, pp. 193 y ss.

SIMMA, B.: “International human rights law and general international law”, *RCADE*, 1993, Vol. IV-2, pp. 213 y ss.

1.3. Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional

CASANOVAS Y LA ROSA, O.: “Unidad y pluralismo en Derecho internacional público”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, pp. 35 y ss.

GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “¿*Quo vadis* responsabilidad? (“del crimen internacional a la “violación grave de normas imperativas)”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, Vol. V, 2001, pp. 455 y ss.

LAGHMANI, S.: «La volonté des États est-elle encore au fondement du droit international ? », *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. XI-XII, 2007/2008, pp. 88 y ss.

PELLET, A.: “Le droit international à l’aube du XXIème siècle: cours général de droit international public”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, 1997, pp. 19 y ss.

PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “Las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, 1997, 315 y ss.

1.4. Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz

ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, M. P.: “La Constitución europea: un análisis desde el Derecho internacional público”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2005, pp. 17 y ss.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: “La interdependencia entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 39 y ss.

JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “El particular ante el Derecho de la responsabilidad internacional: los problemas previos del “estándar” mínimo y de la protección diplomática”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1987, pp. 65 y ss.

MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: “Terrorismo y derechos humanos en la Unión Europea y en el Consejo de Europa”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2009, pp. 395 y ss.

PASTOR RIDRUEJO, J. A.: “La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos”, en *Cursos Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2007, pp. 239 y ss.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: “Los límites a los poderes del Consejo de Seguridad. El caso de la Comisión de compensación de Naciones Unidas”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2009, pp. 225 y ss.

2. MANUALES, MONOGRAFÍAS, OBRAS COLECTIVAS, TESIS DOCTORALES y RECOPIACIONES DE TEXTOS NORMATIVOS

ALLAND, D.: *Justice privée et ordre juridique International. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Pedone, Paris, 1994

ALLAND, D.; TEITGEN-COLLY, C.: *Traité du droit de l'asile*, Puf, Paris, 2002

ALSTON, P.; GOODMAN, R.; STEINER, H. J.: *International human rights in context*, 3ª Ed, OUP, New York, 2007

ÁLVAREZ, J. E.: *International organizations as law-makers*, Oxford, New York, 2005

AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement on the Law: Foreign Relation Law of the United States*, Vol. 2, ALIP, Saint Louis (Minnesota), 1987

ANZILOTTI, D.: *Corso di diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1955

AUBY, J.-B. ; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (Dirs.): *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007

AZNAR GÓMEZ, M. J.: *Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, MAE, Madrid, 2000

BANDRÉS SÁNCHEZ CRUZAT, J. M.: *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1996

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M.: *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992

BATTJES, H.: *European Asylum Law and International Law*, Nijhoff, Leiden/Boston, 2006

BEDI, S. R.S.: *The development of human rights law by the Judges of the International Court of Justice*, Oxford-Portland, Oregon, 2007

BEDIAOUI, M.: *Nuevo orden mundial y control de legalidad y los actos del Consejo de Seguridad*, IVEP, Bilbao, 1995

BIANCHI, A. (Ed.): *Enforcing international law norms against terrorism*, Hart, Oregon, 2004

BLOKKER, M. N.; SCHERMERS, H. G.: *International institutional law. Unity within diversity*, 3ª Ed, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004

BOBBIO, N.: *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1999

BOISSON DE CHAZOURNES, L.: *Les contremesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992

BOULDEN, J.; WEISS, TH. G. (Eds.): *Terrorism and the United Nations. Before and after September 11*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 2004

BROWNLIE, I.: *International Law and the use of force by States*, 1ª Ed., Oxford, New York, 1960

BROWNLIE, I.: *Principles of public international law*, 6th Ed., OUP, New York, 2003

- BROWNLIE, I.; GOODWIN-GILL, G.; TALMON, S. (Eds.): *The reality of international law. Essays in honour of Iain Brownlie*, Oxford, New York, 1992
- BURGORGUE-LARSEN, L. ; ÚBEDA DE TORRES, A. : *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008
- BYRNES, A. (Ed.): *The right to a fair trial in international and comparative perspective*, Center for Comparative and Public Law, Hong-Kong, 1997
- CALOGEROPOULOS-STRATIS, A.: *Droit humanitaire et droits de l'homme. La protection de la personne en période de conflit armé*, Sijthoff, Leiden, 1980
- CAMERON, I.: *National security and the European Convention on Human Rights*, Kluwer, The Hague-London-Boston, 2000
- CANÇADO TRINDADE, A. A.: *El derecho internacional de los derechos humanos en el Siglo XXI*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001
- CANÇADO TRINDADE, A. A.: *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, 1ª Ed., Sergio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, 2 Vols., 1997
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2ª Ed., 2004
- CASANOVAS, O.; RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J.: *Casos y textos de Derecho internacional público*, 6ª Ed, Tecnos, Madrid, 2010
- CASSESE, A.: *International Criminal Law*, 2ª Ed., Oxford, New York, 2008
- CASSESE, A.: *International Criminal Law*, 1ª Ed., Oxford, New York, 2005
- CASTAN, M.; SCHULZ, J.; JOSEPH, S.: *The International Covenant on Civil and Political Rights: cases, materials and commentary*, 2nd Ed., Oxford, New York, 2004
- CHEMAIN, R.; PELLET, A. (Dirs.): *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale?*, Pedone, Paris, 2006
- CHEN, B.: *General principles of law as applied by International Courts and tribunals*, Cambridge-Grotius, 1987
- CHESTERMAN, S.; FRANCK, T. M.; MALONE, D. M.: *Law and practice of the United Nations. Documents and commentary*, OUP, 2008
- CHÉTAIL, V.: *Le statut de réfugié en France et au Royaume-Uni. Étude de droit international et de droit comparé*, Thèse de doctorat, Université de Paris II, Tome 1, 15 octobre 2003
- CHINKIN, C.: *Third parties in International Law*, Oxford, New York, p. 1993
- CHITI, M.: *Derecho administrativo europeo*, 1ª Ed., Civitas, Madrid, 2002
- CHRISTAKIS, T., CORTEN, O. ; DELCOURT, B. : *Le droit international face au terrorisme : Après le 11 septembre 2001*, CEDIN-Paris I, Cahiers internationaux, No. 17, Pedone, Paris

- CHRISTAKIS, T., CORTEN, O. ; DELCOURT, B. : *Le droit international face au terrorisme : Après le 11 septembre 2001*, CEDIN-Paris I, Cahiers internationaux, No. 17, Pedone, Paris, 2002
- CIAMPI, A.: *Sanzioni del consiglio di sicurezza e diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2007
- CLAPHAM, A.: *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford, New York, 2006
- CLAPHAM, A.; MARKS, S.: *International Human Rights Lexicon*, Oxford, New York, 2005
- COMBACAU, J. : *Le pouvoir de sanction de l'ONU. Étude théorique de la coercition non militaire*, Pedone, Paris, 1974
- COMBACAU, J. ; SUR, S.: *Droit international public*, 7^a Ed, Domat, Paris, 2006
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS: *Executive action and the rule of law*, A report on the proceedings of the International Congress of Jurists, Rio de Janeiro, 1962, pub. en Ginebra
- CORTEN, O. ; KLEIN, P. (Dirs.): *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, 3 Vols.
- CORTÉS MARTÍN, J. M.: *Las organizaciones internacionales: codificación y desarrollo progresivo de su responsabilidad internacional*, IAAP, Sevilla, 2008
- CORTRIGHT, D.; LÓPEZ, D. A. (Eds.): *Smart sanctions. Targeting economic statecraft*, Rowman & Littlefield Pub., Lanham y otros, 2002
- CORTRIGHT, D.; LÓPEZ, D. A.: *The sanctions decade. Assesing UN strategies in the 90's*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 2000
- COSTAS TRASCASAS, M.: *Violencia interna y protección de la persona. Una laguna jurídica del derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009
- COT, J.-P.; PELLET, A. (Dirs.): *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 1^a Ed. Economica, Paris, 1993
- COT, J.-P., PELLET, A., FORTEAU, M. (Dirs.): *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Economica, 2^a Ed., Economica, Paris, 2005, 2 Vols.
- CRAIG, P.: *EU Administrative Law*, Oxford, New York, 2006
- CRAIG, P.; DE BÚRCA, G.: *EU Law. Text, cases and materials*, 4^a Ed., Oxford, New York, 2008
- CRAIG, P.; DE BÚRCA, G.: *The evolution of EU Law*, 1^a Ed., Oxford, New York, 1999
- CRAWFORD, J.: *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, Dykinson, Madrid, 2004
- CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. (Eds.): *The Law of International Responsibility*, Oxford, New York, 2010
- CREMONA, M.; DE WITTE, B. (Eds.): *EU Foreign relations Law. Constitutional fundamentals*, Portland, Oregon, 2008

- CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counterterrorist measures through the Courts*, EU Working papers, AEL 2009/10, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/12879>
- DAVID, E.: *Eléments de droit international pénal et européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009
- DAVID, E.: *Principes de droit des conflits armés*, 4^{ème} Ed., Bruylant, Bruxelles, 2008
- DE ASÍS ROIG, R.: *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000
- DE FROUVILLE, O.: *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pedone, Paris, 2004
- DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.): *El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2008
- DE VISSCHER, C.: *Theory and reality in public international law*, Princeton University Press, Princeton, 1957
- DE WET, E.: *The Chapter VII powers of the United Nations Security Council*, Hart, Oregon, 2004
- DE WET, E.; NOLLKAEMPER, A. (Eds.): *Review of the Security Council by Member States*, Intersentia, Antwerpen, 2003
- DELIBES, M.: *El mundo en la agonía*, Círculo de Lectores, Madrid, 1988
- DENIS, C.: *Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité. Portée et limites*, Bruylant, Bruxelles, 2004
- DENZA, E.: *The intergovernmental pillars of the Union*, OUP, 2000
- DÍEZ DE VELASCO, M.: *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2010 (16^a Ed. Coordinada por SOBRINO HEREDIA, J. M.)
- DÍEZ DE VELASCO: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17^a Ed., Tecnos, Madrid, 2009
- DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1997
- DÍEZ-PICAZO, L. M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3^a Ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008
- DIPLA, H.: *La responsabilité de l'état pour violation des droits de l'homme : problèmes d'imputation*, Pedone, Paris, 1994
- DISTEFANO, G.; BUZZINI, G. P.: *Bréviaire de jurisprudence internationale*, 2^a Ed., Bruylant, Bruxelles, 2010
- DOSWALD-BECK, L.; HENCKAERTS, J.-M. (Dirs.): *Customary International Humanitarian Law. Volume I. Rules*, Cambridge, 2005
- DUFFY, H.: *The « war on terror » and the framework of International Law*, CUP, Cambridge, 2005
- DUPUY, R.-J. (Ed.): *Le développement du rôle du Conseil de sécurité. Peacekeeping and peace-building. Colloque de la Haye*, Pedone, Paris, 1992

- DUPUY, P.-M.; KERBRAT, Y.: *Droit international public*, 10ème Ed., Dalloz, Paris, 2010
- EECKES, C.: *EU Counter-terrorist policies and fundamental rights. The case of individual sanctions*, Oxford, 2009
- EECKHOUT, P.: *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional foundations*, OUP, New York, 2004
- ELAGAB, O.: *The legality of non-forcible counter-measures in International Law*, Oxford, New York, 1988
- EL-KOUHENE, M.: *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitarie et droits de l'homme*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986
- ERGEC, R.: *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l'article 15 de la CEDH*, Bruylant, Bruxelles, 1987
- ESPÓSITO MASSICI, C.: *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2007
- EVANS, M. (Ed.): *International Law*, 3ª Ed., Oxford, New York, 2006
- FASSBENDER, B.: *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Oxford, New York, 2009
- FAÚNDEZ LEDESMA, H.: *El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª Ed., IIDH, Costa Rica, 2004
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 3ª Ed., Dilex, Madrid
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.: *La interpretación de las normas internacionales*, Aranzadi, Madrid, 1996
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.; JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *Terrorismo y derechos humanos. Una aproximación desde el derecho internacional*, Dykinson, Madrid, 2005
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Ed.): *International legal dimension of terrorism*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston-The Hague, 2009
- FERRER LLORET, J.: *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1998
- FIJNAUT, C.; WOUTERS, J.; NAERT, F. (Eds.): *Legal instruments in the fight against terrorism. A transatlantic dialogue*, Martinus Nijhoff, Boston-The Hague, 2004
- FITZPATRICK, J.: *Human rights in crisis. The international system for protecting human rights during states of emergency*, Univ. of Philadelphia Press, Philadelphia, 1994
- FIX-ZAMUDIO, H.: *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Porrúa, México, 2003
- FORTEAU, M.: *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale de l'État*, Pédone, Paris, 2006
- FRANCIONI, F. (Ed.): *Acceso alla giustizia dell'individuo*, Giuffrè, Milano, 2008

- FRANCIONI, F.: *Access to justice as a human right*, Oxford, New York, 2007
- FRANCK, T. M.: *Political questions, judicial answers. Does the rule of law apply to foreign affairs?*, Princeton Univ. Press, Princeton, 1993
- FREEMAN, A. V.: *The international responsibility of States for denial of justice*, Longmans, Green & Co., New York, 1970
- FROUVILLE, O. DE.: *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régimen conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Pedone, Paris, 2004
- GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (Coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, 2ª Ed, CEPC, Madrid, 2009
- GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008
- GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *Política Comercial Común y Relaciones Exteriores de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1998
- GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, P.: *Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008
- GOODRICH, L. M.; HAMBRO, E.; SIMONS, A. P.: *Charter of the United Nations. Commentary and documents*, 3ª Ed., Columbia University Press, New York-London, 1969
- GOODWIN-GILL, G.; MCADAM, J.: *The refugee in International Law*, 3ª Ed., Oxford, New York, 2007
- GOWLLAND-DEBBAS, V. (Dir.): *National implementation of United Nations sanctions. A comparative study*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2004
- GOWLLAND-DEBBAS, V.: *Collective responses to illegal acts in international law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-London, 1990
- GOWLLAND-DEBBAS, V.; HADJ-SAHRAOUI, H., GARCÍA-RUBIO, M. (Eds.): *United Nations sanctions and International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2001
- GUGGENHEIM, P.: *Traité de droit international public*, t. II, Librairie de l'Univ. George & Cte S.A., Genève, 1954
- GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El hecho ilícito internacional*. UAM, Madrid, 2005
- HART, H. L.: *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007
- HENNEBEL, L.: *La convention américaine des droits de l'homme : mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, Bruxelles, 2007
- HIGGINS, R. Y FLORY, G. (Eds.): *Terrorism and international*, Routledge, London-New York, 1997

- HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2008
- HIRSCH, M.: *The responsibility of international organizations toward third parties: some basic principles*, Martinus Nijhoff, Boston-Leiden-The Hague, 1995
- JACOT-GUILLARMOD, O.: *Droit communautaire et droit international public : étude des sources internationales de l'ordre juridique des Communautés européennes*, Librairie de l'université Georg, Genève, 1979
- JAYAWICKRAMA, N.: *The judicial application of human rights law. National, regional and International jurisprudence*, CUP, New York, 2002
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1958
- KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, 14ª Ed., Ed. Porrúa, México, 1993
- KELSEN, H.: *The Law of the United Nations*, Stevens and Sons Ltd., London, 1951
- KLABBERS, J.: *Treaty conflict and the European Union*, Cambridge, 2009
- KLEIN, P.: *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruylant, Bruxelles, 1998
- KOLB, R. ; PORRETO, G. ; VITÉ, S. : *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales. Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruylant, Bruxelles, 2005
- KOLB, R.: *Droit international pénal*, Bruylant-Helbing Lichtenhahn, Bruxelles-Bâle, 2009
- KOLB, R.: *Interprétation et création en droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2006
- KOLB, R.: *Les cours généraux de droit international public de l'Académie de la Haye*, Bruxelles, Bruylant, 2006
- KOLB, R.: *Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, 2ª Ed., Helbing Lichtenhahn, Bâle; Bruylant, Bruxelles, 2009
- KOLB, R.: *Réflexions de philosophie du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2003
- KOUTRAKOS, P.: *EU International Relations Law*, Hart Publishing, 2006
- LAUTERPACHT, E.: *Aspects of the administration of international justice*, Cambridge, 1991
- LAUTERPACHT, H.: *International Law and Human Rights*, Stevens & Sons Ltd., London, 1950
- LEBEN, CH. : *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées : recherches sur les sanctions internationales et l'évolution du droit des gens*, Bruylant, Bruxelles, 1979
- LEHTO, M.: *Indirect responsibility for terrorist acts*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009

- LENAERTS, K.; ARTS, D.; MASELIS, I.: *Procedural Law of the European Union*, 2nd Ed., Sweet & Maxwell, London, 2006
- LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P.: *Constitutional Law of the European Union*, 2nd Ed., Sweet & Maxwell, London, 2005
- LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M^a. E.: *Actualidad del Consejo de Seguridad: la legalidad de sus decisiones y el problema de su control*, Civitas, Madrid, 2003
- MANGAS MARTÍN, A. (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008
- MANGAS MARTÍN, A.: *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, 2^a Reimp., Ed. Univ. de Salamanca, Salamanca, 1999
- MANGAS MARTÍN, A.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6^a Ed, Tecnos, Madrid, 2010
- MANGAS MARTÍN, A.: *La Constitución Europea*, Iustel, Madrid, 2005
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.): *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis institucional*, Iustel, Madrid, 2008
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *El federalismo supranacional: ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Bilbao, 2003
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea. Germen iusinternacionalista versus vocación federal*, McGraw-Hill, Madrid, 1997
- MELZER, N.: *Targeted killing in international law*, Oxford, New York, 2008
- MERON, T.: *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford, New York, 1989
- MERON, T.: *Human rights in internal strife: their international protection*, Oxford, New York, 1987
- MERTENS, P.: *Le droit de recours effectif devant les instances internationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1973
- MILANO, L.: *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 2006
- MONTERO AROCA, J. et al: *Derecho jurisdiccional I. Parte General*, 15^a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
- MOWBRAY, A.: *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Portland, Oregon 2004
- NAPOLEONI, L.: *Yihad. Cómo se financia el terrorismo en la nueva economía*, Urano Tendencias, Barcelona, 2003
- NEHL, H. P.: *Principles of administrative procedure in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999
- NESI, G. (Ed.): *International cooperation in counter-terrorism*, Ashgate, Hampshire, 2006

- NGUYEN QUOC, D.; DAILLIER, P.; PELLET, A. : *Droit international*, 8ème Ed., LGDJ, Paris, 2008
- NIETO GARRIDO, E.; MARTÍN DELGADO, I.: *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2011
- NOWAK, M.: *International Covenant on Civil and Political Rights. ICCPR Commentary*, 2ª Ed., Engel, 2005
- NOWAK, M.: *The United Nations Convention against torture. A commentary*, OUP, New York, 2008
- ORÁA ORÁA, J.: *Human rights in states of emergency in international law*, Oxford, New York, 1992
- ORÁA, J.; GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997
- PADELETTI, M. L.: *Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale*, Giuffrè, Milano, 1990
- PÁSARA, L.: *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador-ACNUDH, Quito, 2008
- PASCUAL VIVES, F. J.: *El Derecho de los Tratados en la jurisprudencia comunitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009
- PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 13ª Ed., 2010, Tecnos, Madrid,
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Dirs.): *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid
- PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Cooperación política y sanciones europeas en la aplicación de sanciones internacionales*, UAM, Madrid, 1991
- PETTITI, L.-E.; DECAUX, E.; IMBERT, P. (Dirs.): *La Convention Européenne des Droits de l'Homme: commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999
- PICCHIO FORLATI, L.: *La sanzione nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1974
- PICCHIO FORLATI, L.; SICILIANOS, L.-A. (Dirs.): *Economic sanctions in International Law. Les sanctions économiques en droit international*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston-The Hague, 2004
- PICÓ I JUNOY, J.: *Las garantías constitucionales del proceso*, J. M. Bosh Editor, Barcelona, 1999
- PICTET, J. (DIR.): *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949. Volume IV – La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: commentaire*, CICR, Ginebra, 1956, 2 Vols.
- PLANCHADELL GARGALLO, A.: *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

- PONS RAFOLS, X. (Coord.): *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998
- PONS RAFOLS, X. (Ed.): *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998
- PRÉMONT, D. (Dir.): *Droits intangibles et états d'exception*, Bruxelles, Bruylant, 1996
- PROVOST, R.: *International human rights and humanitarian law*, Cambridge, New York, 2002
- QUILLERÉ-MAJZOUB, F.: *La défense du droit à un procès équitable*, Bruylant, Bruxelles, 1999
- QUISPE REMÓN, F.: *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- RAMCHARAN, B. G.: *The Security Council and the protection of Human Rights*, Nijhoff, Boston-The Hague, 2002
- RAMOS MÉNDEZ, F.: *El sistema procesal español*, 7ª Ed., Atelier, Barcelona, 2006
- REINISCH, A. (Ed.): *Challenging acts of international organizations before national courts*, Oxford, New York, 2010
- REINISCH, A.: *International organizations before national courts*, Cambridge, 2000
- REMIRO BROTONS, A. et al.: *Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, 2010
- REUTER, P.: *Introduction au droit des traités*, 3ª Ed., Puf., Paris, 1995
- RIPOLL CARULLA, S.: *El desarrollo de la potestad sancionadora del Consejo de Seguridad. Contribución al estudio del concepto de sanción internacional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2003
- RIQUELME CORTADO, R.: *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, Universidad de Murcia, Murcia, 2004
- RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J.: *Las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales de cooperación : su recepción en el ordenamiento jurídico español*, Tecnos, Madrid, 1997
- SALADO OSUNA, A.: *La pena de muerte en derecho internacional: una excepción al derecho a la vida*, Tecnos, Madrid, 1999
- SÁNCHEZ, V. M.: *La potestad coercitiva de las organizaciones regionales para el mantenimiento de la paz. Medidas que no implican el uso de la fuerza armada*, J. M. Bosch, Barcelona, 2005
- SANDOZ, Y.; SWINARSKI, C.; ZIMMERMANN, B. (Dir.): *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Ginebra, 1986
- SAROOSHI, D.: *International organizations and their exercise of sovereign powers*, Oxford, New York
- SASSÒLI, M., BOUVIER, A. A.: *Un droit dans la guerre? Cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire*, Vol. II, CICR, Genève, 2003

- SCELLE, G.: *Manuel de droit International public*, Domat-Montchrestien, París, 1948
- SCHEININ, M; KRAUSE, K. (Eds.): *International protection of Human Rights: a Textbook*, Abo Akademi University Institute for Human Rights, Turku/Abo, 2009
- SCHWARZE, J. : *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 1994, 2 Vols.
- SCOTTIAUX, S.: *Terrorism and the limitation of rights. The ECHR and the US Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, 2008
- SFDI: *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles : colloque de Bordeaux. Colloque de Bordeaux*, Pedone, Paris, 1999
- SFDI: *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international. Colloque de Strassbourg*, Pedone, Paris, 1998
- SFDI: *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Colloque de Rennes*, Pedone, Paris, 1994
- SIMMA, B. (Ed.): *The United Nations Charter. A commentary*, OUP, New York, 2002
- STAVROS, S.: *The guarantess for accused persons under article 6 of the European Convention on Human Rights: an analysis of the application of the Convention and a comparison with other instruments*, Martinus Nijhoff, Boston-Leiden-The Hague, 1993
- SUDRE, F.: *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^a Ed., Puf, Paris
- SVENSSON-MCCARTHY, A.-L.: *The international law of human rights and states of exception : with special reference to the "travaux préparatoires" and case-law of the international monitoring organs*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1998
- TEHINDRAZANARIVELO, D. L.: *Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaries. Assistance aux victimes et voies juridiques de prévention*, Puf, Paris, 2005
- TOMUSCHAT, C.: *Human rights. Between Idealism and Realism*, 2nd Ed., Oxford, New York, 2008
- TRECHSEL, S.: *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, New York, 2006
- TRUYOL Y SERRA, A.: *Los derechos humanos*, 4^a Ed., Tecnos, Madrid, 2000
- ÚBEDA DE TORRES, A.: *Democracia y derechos humanos en Europa y en América: estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Reus, Madrid, 2007
- VACAS FERNÁNDEZ, F.: *La responsabilidad internacional de las Naciones Unidas : fundamento y principales problemas de su puesta en práctica*, Dykinson, Madrid, 2002
- VAN DIJK, P. et al (Eds.): *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd Ed., Intersentia, Antwerpen, 2005
- VELU, J.: *Considérations sur les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs au droit à un procès équitable dans les affaires mettant en cause la Belgique*, ARB-Classe des Lettres, Bruxelles, 2004

VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002

VIRALLY, M.: *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Puf, Paris, 1990

VISSCHER, CH. DE. : *Theory and reality in public international law*, PUP, New Jersey, 1957

WEILER, J. H. H.; CASSESE, A.; SPINEDI, M. (Eds.): *International crimes of State. A critical analysis of the ILC's Draft article 19 on State responsibility*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1969

WEISSBRODT, D.: *The right to a fair trial. Articles 8, 10 and 11 of the Universal Declaration of Human Rights*, Martinus Nijhoff, The Hague/Boston/London, 1998

WEISSBRODT, D.; DE LA VEGA, C.: *International human rights law. An introduction*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2007

WELLENS, K.: *Resolutions and Statements of the United Nations Security Council (1946-1992). A thematic guide*, Martinus Nijhoff, The Hague/Boston/London, 1993

ZAMBELLI, M.: *La constatation des situations de l'article 39 de la Charte des Nations Unies par le Conseil de sécurité : le champ d'application des pouvoirs prévus au chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Helbing & Lichtenhahn, Genève-Bale, 2002

ZILLER, J. (Ed.): *What's new in EU Administrative Law? – quoi de neuf en Droit Administrative européen?*, EUI Working Paper LAW n° 2005/10, <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/3330/law05-10.pdf?sequence=1>

3. PUBLICACIONES EN REVISTAS ESPECIALIZADAS Y OBRAS COLECTIVAS, Y OTRAS CONTRIBUCIONES DISPONIBLES EN INTERNET

ABASS, A.; WHITE, N.: “Countermeasures and sanctions”, en EVANS, M. (Ed.): *International Law*, 3ª Ed., Oxford, New York, 2006, pp. 509 y ss.

ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: fundamento jurídico y discrecionalidad política”, en PÉREZ GONZÁLEZ, M.: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 3 y ss.

ABI-SAAB, G.: “The proper role of International Law in combating terrorism”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 1, 2002, pp. 305 y ss.

ABI-SAAB, G.: “The Security Council *legibus solutus*? On the legislative forays of the Council”, en BOISSON DE CHAZOURNES, L.; KOHEN, M. (Eds.): *International Law and the quest for its implementation. Le droit international et la quête de sa mise en œuvre. Liber amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2010, pp. 23 y ss.

ABI-SAAB, G.: « The Security Council as legislator and as executive in its fight against terrorism and against proliferation of weapons of mass destruction: the question of legitimacy », en WOLFRUM, R.; RÖBEN, V. (Eds.): *Legitimacy in international law*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2008, pp. 109 y ss.

- ABI-SAAB, R.: “Human rights and humanitarian law in international conflicts”, en WARNER, D.: (Ed.): *Human rights and humanitarian law*, Kluwer, The Hague, 1997, pp. 107 y ss.
- ABUZA, Z.: “Cómo se financia el terrorismo islamista: la experiencia del sudeste asiático”, en REINARES, F. Y ELORZA, A.: *El nuevo terrorismo islamista. Del 11-S al 11-M*, Madrid, Temas de Hoy, 2004, pp. 223 y ss.
- ACQUAVIVA, G.: “The perils of teaching and practising international law”, *JICJ*, Vol. 8, septiembre 2010, pp. 1001 y ss.
- AGUILERA MORALES, M.: “El *ne bis in idem*: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea”, *REDE*, Vol. 20, Octubre-Diciembre 2006, pp. 480 y ss.
- AHMED, T.; DE JESÚS BUTLER, I.: “The European Union and human rights: an International Law perspective”, *EJIL*, Vol. 17, nº 4, pp. 771 y ss.
- ALDECOA LUZÁRRAGA, F.: “La “Europa europea” frente al terrorismo”, *ARI Elcano*, nº 55/2004, <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal>
- ALLUÉ BUIZA, A.: “Una presunción de inocencia extensa y poco intensa”, en GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (Coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, 2ª Ed, CEPC, Madrid, 2009, pp. 409 y ss.
- ALMQVIST, J.: “A human rights critique of European judicial review: counter-terrorism sanctions”, *ICLQ*, Vol. 57, April 2008, pp. 303 y ss.
- ALSTON, P.; SIMMA, B.: « The sources of human rights law: custom, ius cogens and general principles”, *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 1988-1989, pp. 82 y ss.
- ÁLVAREZ, J. E.: “Hegemonic International Law revisited”, *AJIL*, vol. 97, nº4, octubre 2003, pp. 873 y ss.
- ÁLVAREZ, J. E.: “International organizations: accountability or responsibility?”, *Luncheon Address, Canadian Council of International Law, 35th Annual Conference on Responsibility of Individuals, States and organizations*, 27 de octubre de 2009, disponible en www.asil.org/aboutasil/documents/CCILspeech061102.pdf
- ÁLVAREZ, J. E.: “Judging the Security Council”, *AJIL*, Vol. 90, nº 1, pp. 1 y ss.
- AMEYE, E. M.: “The interplay between human rights and competition law proceedings in the EU”, *EUCompLRev*, Vol. 25, 2004, pp. 332 y ss.
- AMOR, A.: “Le Comité des droits de l’homme des Nations Unies –aux confins d’une juridiction internationale des droits de l’homme?”, en ANDO, N. (Ed.): *Towards implementing universal human rights. Feitschrift for the twenty-fifth anniversary of the Human Rights Committee*, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 41 y ss.
- ANDERSSON, T.; CAMERON, I.; NORDBACK, K.: “EU blacklisting: the renaissance of imperial power, but on a global scale”, *EBLRev*, Vol. 14, 2003, pp. 120 y ss.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: « Artículo 10 », en PONS RAFOLS, X. (Ed.): *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria Antracyt, Barcelona, 1998, pp. 209 y ss.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: “Sistema de listas y derechos humanos en las sanciones del Consejo de Seguridad: la perspectiva europea”, en BLANC ALTEMIR, A. (Ed.): *El proceso de reforma de las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 293 y ss.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: “¿De maximis non curiat praetor? El Consejo de Seguridad y la CIJ en el asunto Lockerbie”, *REDI*, Vol. 44, nº2, 1992, pp. 327 y ss.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: “Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad”, en VV.AA.: *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. 1, Sevilla, 2005, pp. 155 y ss.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: “Las dinámicas del Derecho Internacional en el Siglo XXI: acordes y desacordes”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.): *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales. XXIII Jornadas de la AEPRIDI, la Rioja, 10,11 y 12 de septiembre de 2009*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 81 y ss.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: “Collective international measures to counter International terrorism”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Ed.): *International legal dimensión of terrorism*, Brill, The Netherlands, 2009, pp. 91 y ss.

ANGELET, N.: “International law limits to the Security Council”, en GOWLLAND-DEBBAS, V.; HADJ-SAHRAOUI, H., GARCÍA-RUBIO, M. (Eds.): *United Nations sanctions and International Law*, IHEIUD-Kluwer, The Hague, 2001, pp. 71 y ss.

ANGELET, N.: “La mise en oeuvre des mesures coercitives économiques des Nations Unies dans la Communauté Européenne », *RBDI*, nº 2, 1993, pp. 500 y ss.

ANGELET, N.: “Protest against Security Council decisions”, en WELLENS, K. (Ed.): *International law: theory and practice. Essays in honour of Eric Suy*, Kluwer Law, 1998, pp. 277 y ss.

ANGELET, N.: « Vers un renforcement de la prévention et la repression du terrorisme par des moyens financiers et économiques ? », en CHRISTAKIS, T., CORTEN, O. ; DELCOURT, B. : *Le droit international face au terrorisme : Après le 11 septembre 2001*, CEDIN-Paris I, Cahiers internationaux, No. 17, Pedone, Paris, 2002, pp. 219 y ss.

ANZILOTTI, D.: « La responsabilité internationale de l'état à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, Vol. 14, 1906, pp. 5 y ss.

ARANGIO-RUIZ, G.: “Article 39 of the ILC First-Reading Draft Articles on State Responsibility”, *ICLQ*, vol. 43, nº 1, 1994, pp. 55 y ss.

ARANGIO-RUIZ, G.: “On the Security Council’s “law-making””, *RIDI*, Vol. LXXXIII, nº 3, 2000, pp. 609 y ss.

ASCENSIO, H.: “La responsabilité selon la Cour international de justice dans l'affaire du genocide bosniaque », *RGDIP*, nº 2, 2007, esp. pp. 298 y ss.

AUST, A.: “The role of human rights in limiting the enforcement powers of the Security Council: a practitioner’s view”, en DE WET, E.; NOLLKAEMPER, A. (Eds.): *Review of the Security Council by Member States*, Intersentia, Antwerpen, 2003, pp. 31 y ss.

AUST, P.: “Counter-terrorism. A new approach: the International Convention on the financing of terrorism”, *MPYUNL*, Vol. 5, 2001, pp. 281 y ss.

AUVRET-FINCK, J.: « Les procédures de sanction internationale en vigueur dans l’ordre interne de l’Union et la défense des droits de l’homme dans le monde », *RTrDE*, Vol. 39, n° 1, janv-mars 2003, pp. 2 y ss.

AZNAR GÓMEZ, M. J.: « El control de legalidad de la acción del Consejo de Seguridad de las NN.UU. en el ámbito del Capítulo VII de la Carta », *AADI*, vol. 8, 1998, pp. 31 y ss.

AZNAR GÓMEZ, M. J.: « En torno a la unidad sistémica del Derecho internacional », *REDI*, Vol. LIX, n° 2, 2007, pp. 587 y ss.

AZOULAI, L.: “Extension et élévation du champ du droit administratif européen”, en ZILLER, J. (Ed.): *What’s new in EU Administrative Law? – quoi de neuf en Droit Administrative européen?*, *EUI Working Paper LAW* n° 2005/10, <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/3330/law05-10.pdf?sequence=1>, pp. 43 y ss.

AZOULAI, L.: “Le principe de bonne administration”, en AUBY, J.-B. ; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (Dirs.): *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 496 y ss.

BAILEY, S. D.: “The Security Council”, en ALSTON, P. (Ed.): *The United Nations and Human Rights. A critical Appraisal*, 1ª Ed, Oxford, New York, 1992, pp. 304 y ss.

BAQUERO CRUZ, J.: « La CJCE et le système onusien. La reception de l’arrêt *Kadi* de la Cour de justice des communautés européennes », en DUBOUT, E.; TOUZÉ, S. (Eds.): *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres juridiques*, Pedone, Paris, 2009, pp. 117 y ss.

BARACK: “Human rights in Israel”, *Israel Law Review*, n° 39, 2006, pp. 12 y ss.

BARBIER DE LA SIERRE, E. “Procedural justice in the European Community case-law concerning the rights of the defence: essentialist and instrumental trends”, *EPL*, Vol. 12, Issue 2, 2006, pp. 225 y ss.

BARTOLONI, M. E.: “L’ambito di applicazione *ratione personae* degli articoli 301 e 60 TCE nelle recenti sentenze *Yusuf* e *Kadi*”, *Il Diritto de l’Unione Europea*, n° 2, 2006, pp. 317 y ss.

BENOIT, L.: “La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier: un nouveau volet des relations extérieures de l’Union européenne”, *RDUE*, n° 2, 2002, pp. 283 y ss.

BENOÎT-ROMER, F.: « Bienvenue aux enfants de Bosphorus: la Cour européenne des droits de l’homme et les organisations internationales », *RTDH*, Vol. 81, 2010, pp. 19 y ss.

BERBEROFF, D.: “La presunción de inocencia y el derecho de defensa. Principios de legalidad y proporcionalidad”, en BENEYTO-PÉREZ, J. M. (DIR.); MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.; BECERRIL ATIENZA, B. (Coords.): *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo II, Derechos Fundamentales*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 863 y ss.

- BERNHARDT, R.: “Article 103”, en SIMMA, B. (Ed.): *The Charter of the United Nations*, Oxford, New York, 2002, pp. 1292 y ss.
- BESSON, S.: “European Legal pluralism after *Kadi*”, *ECLRev*, vol. 5, 2009, pp. 237 y ss.
- BETHLEHEM, D.: “The European Union”, en GOWLLAND-DEBBAS, V. (Dir.): *National implementation of United Nations sanctions. A comparative study*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2004, pp. 154 y ss.
- BETTATI, M.: “Création et personnalité juridique des organisations internationales”, en DUPUY, R.-J. (Dir.): *Manuel sur les organisations internationales*, Nijhoff, Dordrecht-Boston-The Hague, 1988, pp. 33 y ss.
- BIANCHI, A.: “Assessing the effectiveness of the UN Security Council’s anti-terrorists measures: the quest for legitimacy and cohesion”, *EJIL*, vol. 17, n° 5, 2006, pp. 881 y ss.
- BIANCHI, A.: “L’immunité des États et les violations graves des droits de l’homme: la fonction de l’interprète dans la détermination du droit international », *RGDIP*, 2004, n° 108, pp. 63 y ss.
- BITTER, S.: “Procedural rights and the enforcement of EC Law through sanctions”, en VV.AA. (Eds.): *The emerging Constitutional Law of the European Union – German and Polish perspectives*, Springer, Berlin, 2003, pp. 15 y ss.
- BLAKE, N.: “Exclusion from refugee protection: serious non-political crimes after 9/11”, *EJML*, Vol. 4, 2003, pp. 440 y ss.
- BLÁZQUEZ NAVARRO, I.; EXPÓSITO MASSICCI, C.: “Los límites al control judicial de las medidas de aplicación de la política exterior en los asuntos *Ahmed Ali Yusuf/Al Barakaat International Foundation and Yassin Abdullah Kadi*”, en *REDE*, n° 17, 2003, pp. 127 y ss.
- BONDÍA GARCÍA, D.: “Reflexiones teóricas sobre la progresividad en la imposición de sanciones por parte del Consejo de Seguridad”, en VV.AA.: *Derecho Internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Barcelona, Vol. 1, 2009, pp. 55 y ss.
- BONET PÉREZ, J.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la existencia de una amenaza excepcional en el reino unido tras los atentados del 11-s de 2001: ¿continuidad o evolución en su jurisprudencia frente a la violencia terrorista?”, *RGDE*, Vol. 19, 2009, <http://www.iustel.com/v2/revistas/>
- BONETALLI, P.: “L’Ombudsperson delle Nazioni Unite per le sanzioni individuali un passo avanti verso la piena rispondenza della strategia anti-terrorismo ai requisiti del fair trial?”, *La Comunità Internazionale*, Vol. 65, n° 2, 2010, pp. 231 y ss.
- BORE EVENO, V.: “Le contrôle juridictionnel des résolutions du Conseil de sécurité: vers un constitutionnalisme international ? », *RGDIP*, Vol. 4, 2006, pp. 827 y ss.
- BOTHE, M.: “Les limites des pouvoirs du Conseil de sécurité”, en DUPUY, R.-J. (Ed.): *Le développement du rôle du Conseil de sécurité. Peacekeeping and peace-building. Colloque de la Haye*, Pedone, Paris, 1992, pp. 67 y ss.

- BOU FRANCH, V.: « Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales de *ius cogens* : el asunto *Al-Adsani contra Reino Unido*, *ADI*, Vol. XVIII, 2002, pp. 279 y ss.
- BOWRING, B.; KORFF, D.: “Terrorist Designation with Regard to European and International Law: The Case of the PMOI”, *International Conference of Jurists, Paris 10 November 2004*, disponible en <http://www.statewatch.org/news/2005/feb/bb-dk-joint-paper.pdf>
- BRIERLY, J. L.: “The theory of implied State complicity in international claims”, *BYIL*, Vol. 42, 1928, pp. 9 y ss.
- BRUIN, R.; WOUTERS, R.: “Terrorism and the non-derogability of non-refoulement”, *IJRL*, Vol. 15, 2003, pp. 7 y ss. y 15 y ss.
- BÜHLER, K.: “The Austrian Rule of Law initiative”, *MPYUNL*, Vol. 12, 2008, pp. 409 y ss.
- BULTERMAN, M.: “Fundamental rights and the United Nations financial sanction regime: the *Kadi* and *Yusuf* judgments of the Court of First Instance of the European Communities”, *LJIL*, Vol. 19, 2006, pp. 753 y ss.
- BURGORGUE-LARSEN, L.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho Penal”, en GARCÍA-RAMÍREZ, S. (Ed.): *Derecho penal. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, disponible en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/cedh-penal_lbl.pdf
- CAFLISH, L.: “Immunité de juridiction et respect des droits de l’homme”, en BOISSON DE CHAZOURNES, L. ; GOWLLAND-DEBBAS, V.: *The international legal system in quest of equity and universality. L’ordre juridique international, un système en quête d’équité et universalité*. Liber amicorum *Georges Abi-Saab*, Kluwer, The Hague, 2001, pp. 651 y ss.
- CAFLISH, L.; CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Les conventions américaine et européenne des droits de l’homme et le droit international général”, *RGDIP*, Vol. 108, n° 1, 2004, pp. 50 y ss.
- CAHIN, G. : « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », *RGDIP*, n° 3, 2003, pp. 535 y ss.
- CAHIN, G.: “Droit de la Charte et coutume internationale”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3ème Ed., Vol. I, pp. 83 y ss.
- CAMERON, I.: “Targeted sanctions and legal safeguards”, Report to Swedish Foreign Office on Targeted Sanctions and Legal Safeguards, October 2002, <http://www-hotel.uu.se/juri/sii/index.html>
- CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Judicial protection and guarantees in the recent case-law of the Inter-American Court of Human Rights”, en AA.VV.: *Liber amicorum in memoriam of judge José María Ruda*, Kluwer, The Hague, 2000, pp. 527 y ss.
- CANÇADO TRINDADE, A. A.: “La jurisprudence de la Cour internationale de justice sur les droits intangibles”, en PRÉMONT, D. (Dir.) : *Droits intangibles et états d’exception*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 53 y ss.
- CANÇADO TRINDADE, A. A.: Some reflections on the reassuring expansion of the material content of *ius cogens*”, en VV.AA.: *Liber Fausto Pocar. I. Diritti individuali e giustizia internazionale*, Giuffrè, Milano

CANNIZARO, E.: "Machiavelli, the United Nations Security Council and the rule of law", en *Hauser Global Law School Program, Global Law Working Paper 11/05*, web.unimc.it/internazionale/doc/Machiavelli.doc.

CANNIZARO, E.: "Security Council resolutions and EC fundamental rights: some remarks on the ECJ decision in *Kadi*", en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counter-terrorism measures through the courts*, EUI Working Papers, AEL 2009/10, pp. 39 y ss.

CANNIZARO, E.: "The role of proportionality in the law of countermeasures", *EJIL*, Vol. 12, n° 5, pp. 889 y ss.

CANNIZARO, E.: "Il diritto internazionale nell'ordinamento giuridico comunitario: il contributo de la sentenza *Intertanko*", *Il Diritto de l'Unione europea*, 4/2008, pp. 645 y ss.

CANOR, I.: "Can two walk together, except they be agreed? The relationship between international and European law: The incorporation of United Nations sanctions against Yugoslavia into European Community law through the perspective of the European Court of Justice?", *CMLRev.*, n. 35, 1998, pp. 137 y ss.

CANOR, I.: "The European Courts and the Security Council: Three Replies to Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci ", *EJIL*, Vol. 20, n° 3, 2009, pp. 853 y ss.

CAPLAN, L. M.: "State immunity, human rights and *ius cogens*: a critique of the normative hierarchy theory", *AJIL*, Vol. 97, N° 4 (Oct. 2003), pp. 741 y ss.

CARCASSONNE, G.: "Les vertus et les dangers de la transposition dans l'ordre international", en CHEMAIN, R.; PELLET, A.: *La Charte des Nations Unies : constitution mondiale ?*, Pedone, Paris, 2006, pp. 179 y ss.

CÁRDENAS, E. J.: "El Consejo de Seguridad profundiza la lucha contra el terrorismo internacional", disponible en <http://www.agendainternacional.net/numeros Anteriores/n1/0102.pdf>, consultado el 2 de enero de 2008

CARDONA LLORÉNS, J.: "El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales", en DÍEZ DE VELASCO, M.: *Las organizaciones internacionales*, 16ª Ed. (Sobrino Heredia Coord.), Tecnos, Madrid, 2010, pp. 226 y ss.

CARDONA LLORÉNS, J.: "Los conflictos entre normas internacionales del mismo rango: a la búsqueda de criterios de solución", en RODRIGO, A. J.; GARCÍA, C.: *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la comunidad internacional*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 375 y ss.

CARREÑO GUALDE, V.: "TJCE — Sentencia De 30.05.2006, Comisión/Irlanda, C-459/03, *Mox* — la competencia exclusiva del TJCE y la parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", *RDCE*, n° 26, enero/abril 2007, pp. 185 y ss.

CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: "La inmunidad de ejecución de los estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes", *REDI*, vol. LVIII, n° 2, 2006, pp. 710 y ss.

CASOLARI, F.: "Acceso degli individui alla giustizia rispetto alle misure di recepimento nell'ambito dell'Unione Europea delle decisioni del Consiglio di sicurezza in materia di lotta al terrorismo

internazionale”, en FRANCONI, F.; GESTRI, M.; RONZITTI, N.; SCOVAZZI, T. (Ed.): *Acceso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 542 y ss.

CASSESE, A.: « On the use of criminal law notions in determining State responsibility for genocide », *JICJ*, Vol. 5, 2007, pp. 875 y ss.

CASSESE, A.: « Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of International Law », *EJIL*, Vol. 12, No. 5, 2001, pp. 993 y ss.

CASSESE, A.: « The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law », *JICJ*, Vol. 4, 2006, pp. 933 y ss.

CASSESE, S.: “European administrative proceedings”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, pp. 21 y ss.

CASSESE, S.: “Global standards for national administrative procedures”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, Summer/Autumn 2005, pp. 109 y ss.

CASTILLO DE LA TORRE, F.: “Evidence, proof and judicial review in cartel cases”, *World Competition*, Vol. 32, n° 4, 2009, pp. 505 y ss.

CHEMAIN, R.: “Les “suites” de l’arrêt *Kadi*”, *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 387 y ss.

CHESTERMAN, S.: “Does the United Nations have intelligence?”, *Survival*, vol. 48, n° 3, Autumn 2006, pp. 149 y ss.

CHESTERMAN, S.: “Shared secrets: Intelligence and collective security”, *Paper from the Lowy Institute for International Policy*, n° 10, 2006, disponible en <http://www.lowyinstitute.org/Publication.asp?pid=360>, visitado por última vez el 14 de enero de 2008

CHESTERMAN, S.: “The spy who came in from the Cold War: Intelligence and International Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 27, pp. 1071 y ss.

CHESTERMAN, S.: “I’ll take Manhattan: The international rule of law and the United Nations Security Council”, *Hague Journal on the rule of Law*, Vol. I, n° 1, pp. 67 y ss.

CHÉTAIL, V.: “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”, *RICR*, Vol. 85, n° 850, 2003, pp. 235 y ss.

CHÉTAIL, V.: « Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international », en CHÉTAIL, V.; FLAUSS, J.-F. (Eds.): *La convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés-50 ans après: bilan et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 3 y ss.

CHITI, M. P.: “Introduction: les droits administratives nationaux entre harmonisation et pluralisme eurocompatible”, en AUBY, J.-B. ; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (Dirs.): *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 669 y ss.

CHITI, M.: “Forms of European administrative action”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, pp. 37 y ss.

CHITI, M.: “The administrative implementation of European Union law: a taxonomy and its implications”, HOFMANN, H. C. H.; TÜRK, A. H. (Eds.): *Legal challenges in EU Administrative Law. Towards an integrated administration*, Edward Elgar Pub., Cheltenham, 2009, pp. 9 y ss.

CIAMPI, A. : « L’Union européenne et le respect des droits de l’homme dans la mise en œuvre des sanctions devant la Cour européenne des droits de l’homme », *RGDIP*, Vol. 110, n° 1, 2006, pp. 85 y ss.

CIAMPI, A.: “The potentially competing jurisdiction of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counter-terrorism measures through the courts*, EUI Working Papers, AEL 2009/10, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/12879>, pp. 123 y ss.

CLAPHAM, A.: “Terrorism, national measures and internacional supervision”, en BIANCHI, A. (Ed.): *Enforcing international law norms against terrorism*, Hart Publishing, Portland, pp. 283 y ss.

CMLRev: “Editorial comments: the Union, the Member States and International Agreements”, Vol. 48, n° 1, 2011, pp. 1 y ss.

COHEN-JONATHAN, G.: “Le Conseil de sécurité et les droits de l’homme”, en VV.AA.: *Mélanges Schwob: Droit des organizations internationals*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 37 y ss.

COHEN-JONATHAN, G.: “Le ius cogens et les droits de l’homme”, en VV.AA.: *La France, l’Europe, le Monde. Mélanges en l’honneur de Jean Charpentier*, Pedone, Paris, 2009, pp. 61 y ss.

COHEN-JONATHAN, G.; FLAUSS, J.-F.: “A propos de l’arrêt *Matthews c/ Royaume Uni* (18 février 1999)”, *RTrDE*, vol. 35, n° 4, octobre-décembre 1999, pp. 637 y ss.

COHEN-JONATHAN, G.; FLAUSS, J.-F.: “Cour européenne des droits de l’homme et droit international général (2006)”, *AFDI*, LII, 2006, pp. 660 y ss.

COMBACAU, J.: “Le droit international: bric-à-brac ou système?”, *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1986, pp. 85 y ss.

COMBACAU, J.; ALLAND, D.: “Primary and secondary rules in the law of State responsibility: categorizing international obligations”, *NYIL*, 1985, pp. 81 y ss.

COMELLAS AGUIRREZÁBAL, T.: “El Consejo de Europa, la lucha contra el terrorismo y los derechos humanos: a propósito de las “listas negras”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Ed.): *La obra jurídica del Consejo de Europa (En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, Gandulfo Ediciones, Sevilla, 2010, pp. 701 y ss.

CONDORELLI, L. : « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *RGDIP*, Vol. 105, n° 4, pp. 829 y ss.

CONDORELLI, L.: “La Charte, source des principes fondamentaux du droit international”, en CHEMAIN, R.; PELLET, A. (Eds.) : *La Charte des Naciones Unies : constitution mondiale ?*, Pedone, Paris, 2006, pp. 161 y ss.

CONDORELLI, L.: “La compatibilité des sanctions du Conseil de sécurité avec le droit international humanitaire – commentaire” en GOWLLAND-DEBBAS, V.; HADJ-SAHRAOUI, H., GARCÍA-RUBIO, M.

(Eds.): *United Nations sanctions and International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2001, pp. 233 y ss.

CONDORELLI, L.: “Le Conseil de sécurité, les sanctions ciblées et le respect des droits de l’homme”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (EDS.): *Challenging the EU counter-terrorism measures through the courts*, EUI Working Papers, AEL 2009/10, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/12879>, pp. 131 y ss.

CONDORELLI, L.; NAQVI, Y.: « The war against terrorism and *jus in bello*: Are the Geneva Conventions out of date ? », en BIANCHI, A. (Ed.): *Enforcing international law norms against terrorism*, Hart Publishing, Portland, pp. 25 y ss.

CONFORTI, B.: « Le principe d’équivalence et le contrôle sur les actes communautaires dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », en VV.AA. (Eds.): *Human rights, democracy and the rule of law. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Nomos, Berlín, 2007, pp. 173 y ss.

CONFORTI, B.: «Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de Sécurité en matière de constatation d’une menace contre la paix, d’une rupture de la paix ou d’une acte d’agression», en DUPUY, R.-J. (Dir.): *Le développement du rôle du Conseil de sécurité. Peacekeeping and peace-building. Colloque de la Haye*, 1992, pp. 51 y ss.

COPPEL, J.; O’NEILL, A.: “The European Court of Justice: taking rights seriously?”, *CMLRev*, Vol. 29, 1992, pp. 669 y ss.

CORTEN, O.: “Article 48”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3ème Ed., Vol. I, pp. 1295 y ss.

CORTÉS MARTÍN, J. M.: “Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión: legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material”, *RGDE*, Vol. 22, noviembre 2010, <http://www.iustel.com/v2/revistas/>

CORTÉS MARTÍN, J. M.: “La lucha contra el terrorismo ante la reforma de los Tratados aprobada en Lisboa”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.): *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 469 y ss.

COSTAMAGNA, F.: “Derogating from ECHR obligations to fight international terrorism: analysis of some controversial issues”, *La Comunità Internazionale*, Vol. 62, nº 1, 2007, pp. 111 y ss.

COSTAS-TRASCASAS, M.: “Terrorism, state of emergency and derogation from judicial guarantees”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Ed.): *The international legal dimension of terrorism*, Martinus Nijhoff, Boston-Leiden, 2008, pp. 469 y ss.

CRAIG, P.: “Process rights in adjudication and rulemaking: legal and political perspectives”, en ZILLER, J. (Ed.): *What’s new in EU Administrative Law? – quoi de neuf en Droit Administrative européen?*, EUI Working Paper LAW nº 2005/10, <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/3330/law05-10.pdf?sequence=1>

CRAVEN, M.: “Humanitarianism and the quest for smarter sanctions”, *EJIL*, Vol. 13, nº 1, 2002, pp. 43 y ss.

- CRAWFORD, J.: “The system of international responsibility”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. (Eds.): *The Law of International Responsibility*, Oxford, New York, 2010, pp. 17 y ss.
- CREMONA, M.: “EC competence, ‘smart sanctions’ and the Kadi case”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counter-terrorism measures through the courts*, EUI Working Papers, AEL 2009/10, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/12879>, pp. 71 y ss.
- CRYSLER, E.: “Brannigan and McBride v. U.K.: a new direction on article 15 derogations under the European Convention on Human Rights?”, *RBDI*, n° 2, 1994, pp. 603 y ss.
- CURTIN, D.; EECKES, C.: “The Kadi case: mapping the boundaries between the executive and the judiciary in Europe”, *IOLRev*, Vol. 5, 2008, pp. 1 y ss.
- D’ARGENT ET AL: “Art. 39”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3ème Ed., Vol. I, pp. 1131 y ss.
- D’ASPREMONT, J. ; BRÖLMANN, C.: « Challenging International criminal tribunals before domestic courts », en REINISCH, A. (Ed.): *Challenging acts of international organizations before national courts*, Oxford, New York, 2010, pp. 111 y ss.
- DAVID, E.: “L’Organisation des Modjahedines du peuple peut-elle être considérée comme une organisation terroriste ? » en *La Liste des groupes terroristes : L’approche du droit européen et du droit international*, Conférence internationale de juristes, Paris, L’Harmattan, 2004, pp. 27 y ss., y 123 y ss.
- DAVID, E.: “Les Nations Unies et la lutte contre le terrorisme internationale”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Economica, Paris, Vol. I, 2005, pp. 163 y ss.
- DAVID, E.: “Primary and secondary rules”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S.: *The Law of International Responsibility*, OUP, New York, 2010, pp. 27 y ss.
- DAVIES, B.: “Segi and the future of judicial rights protection in the third pillar of the EU”, *EPL*, Vol. 14, n° 3, 2008, pp. 311 y ss.
- DE BÚRCA, G.: “The European Courts and the Security Council: Three Replies”, *EJIL*, Vol. 20, n° 3, 2009, pp. 853 y ss.
- DE BÚRCA, G.: “The evolution of EU human rights law”, en CRAIG, P.; DE BÚRCA, G.: *The evolution of EU Law*, 2nd Ed., Oxford, New York, 2011, pp. 465 y ss.
- DE BÚRCA, G.: “The European Court of Justice and the international legal order after Kadi”, *HILJ*, Vol. 51, n° 1, Winter 2010, pp. 1 y ss.
- DE FROUVILLE, O.: “Article 1, paragraphe 3”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3ème Ed., Vol. I, pp. 357 y ss.
- DE FROUVILLE, O.: “Attribution of conduct to the State: private individuals”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. (Eds.): *The Law of International Responsibility*, Oxford, New York, 2010, pp. 257 y ss.

- DE JONGE OUDRAAT, C.: “The role of the Security Council”, en BOULDEN, J.; WEISS, TH. G. (Eds.): *Terrorism and the United Nations. Before and after September 11*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 2004, pp. 156 y ss.
- DE SENNA, P.; VITUCCI, M. C.: “The European Courts and the Security Council: between *dédoublément fonctionnel* and balancing of values”, *EJIL*, Vol. 20, n° 1, 2009, esp. pp. 227 y ss.
- DE SENNA, P.; VITUCCI, M. C.: “The European Courts and the Security Council: between *dédoublément fonctionnel* and balancing of values: a rejoinder to Gráinne de Búrca, André Nollkaemper and Iris Canor”, *EJIL*, Vol. 20, n° 3, 2009, pp. 889 y ss.
- DE WET, E.: “Judicial review as an emerging general principle of law and its implications for the International Court of Justice”, *NILR*, Vol. 47, n° 2, 2000, pp. 181 y ss.
- DE WET, E.: “The role of European Courts in the development of a hierarchy of norms within International law: evidence of constitutionalisation?”, *EuCLR*, Vol. 5, 2009, pp. 284 y ss.
- DE WITTE, B.: “Direct effect, supremacy and the nature of the legal order”, en CRAIG, P.; DE BÚRCA, G.: *The evolution of EU Law*, 1ª Ed., Oxford, New York, 1999, pp. 117 y ss.
- DE WITTE, B.: “European Union law: how autonomous is its legal order?”, *ZÖR*, Vol. 65, 2010, pp. 141 y ss.
- DE WITTE, B.: “The continuous significance of *Van Gend en Loos*”, en POIARES MADURO, M.; AZOULAI, L. (Eds.): *The Past and Future of EU Law. The classics of EU Law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford and Portland, Oregon, 2010, pp. 9 y ss.
- DECAUX, E.: “De la promotion à la protection des droits de l’homme”, en SFDI: *La protection des droits de l’homme et l’évolution du droit international. Colloque de 1997*, Pedone, Paris, 1998, pp. 81 y ss.
- DECAUX, E.: “Justices d’exception et situations de crise”, en VV.AA.: *Les droits de l’homme en évolution. Mélanges en l’honneur du professeur Petros J. Pararas*, Sakkoulas-Bruylant, Atenas-Bruxelles, 2009, pp. 31 y ss.
- DECAUX, E.: “The definition of traditional sanctions: their scope and characteristics”, *IRRC*, Vol. 90, n° 870, 2008, pp. 249 y ss.
- DEL VALLE GÁLVEZ, A.: “La especificidad del ordenamiento comunitario. Comentario a los dictámenes 1/91 y 1/92 sobre el Espacio Económico Europeo”, *RIE*, Vol. 20, n° 1, 1993, pp. 155 y ss.
- DELLA CANNANEA, G.: “Beyond the State: the Europeanization and globalization of procedural administrative law”, *EPL*, Vol. 9, Issue 4, 2003, pp. 563 y ss.
- DELLA CANNANEA, G.: “The European Union’s mixed administrative proceedings”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, pp. 197 y ss.
- DENZA, E.: “The relationship between international and national law”, en EVANS, M. D. (Ed.): *International Law*, 3rd Ed., Oxford, New York, pp. 411 y ss.

DÍAZ CREGO, M.: “El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales”, en GARCÍA ROCA, J.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Dirs.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a uno integrado*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 55 y ss.

DINSTEIN, Y.: “Human rights in armed conflict: International Humanitarian Law”, en MERON, T. (Ed.): *Human rights in International Law: legal and policy issues*, Oxford, New York, 1984, pp. 345 y ss.

DIPLA, H.: “Les résolutions du Conseil de Sécurité imposant des mesures coercitives et leur mise en œuvre : quelques réflexions concernant la responsabilité des États », en RUIZ-FABRI, H. ; SICILIANOS, L.-A., MOREL, J.-M. (Eds.): *L'effectivité des organisations internationales, Mécanismes de suivi et de contrôle*, Sakkoulas and Pedone Publishing, Athens-Paris, 2000, pp. 23 y ss.

DISTEFANO, G.: « Observations éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale », *AFDI*, Vol. LIII, 2007, pp. 105 y ss.

DISTEFANO, G.: « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *AFDI*, Vol. LII, 2006, pp. 1 y ss.

DOERING, K.: “Unlawful resolutions of the SC and their legal consequences”, *MPYUNL*, Vol. 1, 1997, pp. 94 y ss.

DOMINICÉ, C.: “Attribution of conduct to multiple States and the implication of a State in the act of another State”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. (Eds.): *The Law of International Responsibility*, Oxford, New York, 2010, pp. 281 y ss.

DOMINICÉ, C.: “La responsabilité internationale des Nations Unies”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3ème Ed., Vol. I, pp. 140 y ss

DOMINICÉ, C.: “Le Conseil de sécurité et le droit international”, *Révue yougoslave de droit international*, Vol. 43, Nos 1-2, 1996, pp. 197 y ss.

DOMINICÉ, C.: « L'article 103 de la Charte des Nations Unies et le droit international humanitaire », en CONDORELLI, L., LA ROSA, A.-M., SCHERRER, S. (Eds.) : *Les Nations Unies et le droit international humanitaire, Actes du Colloque international à l'occasion du 50e anniversaire de l'ONU*, A. Pedone, Paris 1996, pp. 175 y ss.

DOSWALD-BECK, L.: “Fair Trial, Right to, International Protection”, *MPEPIL*, § A.1.2.

DOSWALD-BECK, L.: “The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?”, *IRRC*, Vol. 88, n° 864, December 2006, pp. 881 y ss.

DOUGLAS SCOTT, S.: “A tale of two courts: Luxembourg, Strassbourg and the growing European human rights acquis”, *CMLRev*, Vol. 43, 2006, pp. 629 y ss.

DREZNER, D. W.: “How smart are smart sanctions?”, *International Studies Review*, Vol. 5, 2003, pp. 107 y ss.

- DROEGE, C.: “The interplay between international humanitarian law and human rights law in situations of armed conflict”, *Israel Law Review*, Vol. 40, N° 2, 2007, pgs. 310 y ss.
- DUMITRIU, E.: “The EU’s definition of terrorism: The Council Framework Decision on Combatting terrorism”; *GLJ*, Vol. 5, n° 5, pp. 585 y ss.
- DUPUY, P.-M. : “Sécurité collective et organisation de la paix”, *RGDIP*, n° 3, 1993, pp. 617 y ss.
- DUPUY, P.-M.: "Observations sur la pratique récente des "sanctions" de l'illicite", *RGDIP*, Vol. 87, 1983, pp. 505 y ss.
- DUPUY, P.-M.: “Dionisio Anzilotti and the law of international responsibility of States”, *EJIL*, Vol. 3, 1992, pp. 139 y ss.
- DUPUY, P.-M.: “Some reflections on contemporary international law and the appeal to universal values: a response to Martii Koskenniemi”, *EJIL*, Vol. 16, n° 1, 2005, pp. 131 y ss.
- DUPUY, P.-M.: « Unity in the application of international law at the global level and the responsibility of judges at the national level : reviewing Georges Scelle’s « Role splitting theory », en BOISSON DE CHAZOURNES, L.; KOHEN, M. (Eds.): *International Law and the quest for its implementation. Le droit international et la quête de sa mise en œuvre*. Liber amicorum Vera Gowlland-Debbas, Martinus Nijhoff, The Hague, 2010, pp. 417 y ss.
- DUPUY, R.-J.: “Coutume sage et coutume sauvage” en VV.AA.: *La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, 1974, pp. 75 y ss.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.: “Challenges for the protection of fundamental rights in the EU at the time of entry into force of the Treaty of Lisbon”; *FILJ*, Vol. 33, 2009-2010, pp. 1776 y ss.
- ECKES, C.: “*Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures - The Yusuf and Kadi Judgments of the Court of First Instance*”, *ELJ*, Vol. 14, issue 1, pp. 74 y ss.
- ECKES, C.: « Does the European Court of Human Rights provide protection from the European Community? – The case of *Bosphorus airways* », *EPL*, Vol. 13, n° 1, pp. 47 y ss.
- ECKHOUT, P.: “Case note”, *CMLRev*, Vol. 46, 2009, pp. 2041 y ss.
- ECKHOUT, P.: “Community terrorism listings, fundamental rights, and UN Security Council resolutions. In search of the right fit”, *EuConstLRev*, Vol. 3, 2007, pp. 183 y ss.
- ECKHOUT, P.: *Does Europe’s Constitution Stop at the Water’s Edge?: Law And Policy in the EU’s External Relations (Walter Van Gerven Lectures)*, disponible en <https://www.law.kuleuven.be/ccle/pdf/wvg5.pdf>
- EIDE, A.; ROSAS, A.; MERON, T.: “Combating lawlessness in gary zone conflict through minimum humanitarian standards”, *AJIL*, vol. 89, n° 1, 1995, pp. 215 y ss.
- EILSMANBERGER, T.: “Third country antitrust sanctions and EC Law: comments on the Advocate General's opinion in C-308/04 P SGL Carbon/Commission”, *EuCompLRev*, Vol. 27, 2006, pp. 397 y ss.

EISSEN, M.-A.: “Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en PETTITI, L.-E.; DECAUX, E.; IMBERT, P. (Dirs.): *La Convention Européenne des Droits de l’Homme: commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999, pp. 65 y ss.

ENGLE, E.: “Universal human rights: a generational history”, *Ann. Surv. Int’l & Comp. L.*, Vol. 12, 2006, pp. 219 y ss.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “La protección internacional de los derechos humanos (I)”, en DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Instituciones y Derecho de la Union Europea*, 17ª Ed., Tecnos, Madrid, pp. 649 y ss.

ESER, A.: “Individual criminal responsibility”, en CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J. R. W. D. (Eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, t. 1, Oxford, New York, pp. 767 y ss.

FASSBENDER, B.: “Targeted sanctions and due process”, *Study commissioned by the United Nations Office of Legal Affairs – Office of the Legal Counsel* –, 20 March 2006 (final), disponible en http://www.un.org/law/counsel/Fassbender_study.pdf

FASSBENDER, B.: “The meaning of International Constitutional Law”, en MACDONALD, R. ST.; JOHNSTON, D. M.: *Towards World Constitutionalism*, Nijhoff, The Hague, 2005, pp. 837 y ss.

FASSBENDER, B.: “The United Nations Security Council and international terrorism”, en BIANCHI, A. (Ed.): *Enforcing international law norms against terrorism*, Hart Publishing, Portland, 2006, pp. 83 y ss.

FEINUGLE, C. A.: “The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals?”, *GLJ*, Vol. 9, Nº 11, November 2008, pp. 1513 y ss.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C.: “El poder y el derecho en las Naciones Unidas: la discrecionalidad del Consejo de Seguridad”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C.; QUEL LÓPEZ, F. J.: *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 40 y ss.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio”, en GARCÍA-ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (Coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, 2ª Ed., CEPC, Madrid, 2009, pp. 765 y ss.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: “Seguridad internacional y terrorismo. Modelo norteamericano versus modelo europeo de respuesta”, en VV.AA.: *Pacis artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Eurlex-UAM, Madrid, 2005, pp. 249 y ss.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: “Terrorismo, Derecho internacional público y Derecho de la Unión Europea”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2005, pp. 191 y ss.

FERRER LLORET, J.: “El cumplimiento por la Unión Europea de las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad”, *RDCE*, Año nº 4, nº 8, 2000, pp. 453 y ss.

FISCHER-LESCANO, TEUBNER, G.: “Regime collision: the vain search for legal unity in the fragmentation of international law”, *MJIL*, Summer 2004, pp. 1000 y ss.

FITSCHEN, T.: “Inventing the rule of law for the United Nations”, *MPYUNL*, Vol. 12, 2008, pp. 347 y ss.

FITZGERALD, P.: “If property rights were treated like human rights, we could never get away with this. Blacklisting and due process in US economic sanctions programs”, *Hastings Law Journal*, vol. 51, 1999, pgs. 73 y ss

FIX-ZAMUDIO, H.: « El derecho de amparo. Una contribución de Latinoamérica a la protección procesal de los derechos humanos », en VV.AA.: *Rumbos del derecho internacional de los derechos humanos. Estudios en homenaje al Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade*, Tomo II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2005, pp. 79 y ss.

FLAUSS, J.-F.: “La protection des droits de l’homme et les sources du droit international”, en SFDI: *La protection des droits de l’homme et l’évolution du droit international. Colloque de Strassbourg*, Pedone, Paris, 1998, pp. 65 y ss.

FLAUSS, J.-F.: « Les “listes noires” de l’ONU devant le Comité des droits de l’homme. Comité des droits de l’homme des Nations Unies, *Sayadi et Vinck c. Belgique*, 22 octobre 2008 », *RTrDH*, Vol. 82, 2010, pp. 371 y ss.

FLAUSS, J.-F.; COHEN JONATHAN, G.: “Cour européenne des droits de l’homme et droit international général”, *AFDI*, Vol. LII, 2006, pp. 660 y ss.

FLAUSS, J.-F.; COHEN-JONATHAN, G.: « Cour européenne des droits de l’homme et droit international (2007) », *AFDI*, LIII, 2007, pp. 779 y ss.

FLETCHER, G. P.: “The indefinable concept of terrorism”, *JICJ*, Vol. 4, 2006, pp. 894 y ss.

FLORY, T.: “Article 103”, en COT, J.-P.; PELLET, A. (Dirs.): *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 1^a Ed. Economica, Paris, 1993, pp. 1381 y ss.

FORNER DELAYGUA, J.-J.: “Las Sras. Möllendorf se topan con los Talibanes”, en VV.AA.: *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, t. 2, pp. 945 y ss.

FORRESTER, I. S.: “Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures”, *ELRev*, Vol. 34, December 2009, pp. 817 y ss.

FORTEAU, M.: “La CJCE et la Cour européenne des droits de l’homme face à la question de l’articulation du droit européen et du droit des Nations Unies. Quelques remarques iconoclastes”, *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 397 y ss.

FORTEAU, M.: « Le dépassement de l’effet relatif de la Charte », en CHEMAIN, R. ; PELLET, A. (Eds.): *La Charte des Nations Unies : constitution mondiale ?*, Pedone, Paris, 2006, pp. 121 y ss.

FRANCIONI, F.: “Kadi and the vicissitudes of access to justice”, en CREMONA, M.; FRANCIONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counter-terrorism measures through the courts*, EUI Working Papers, AEL 2009/10, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/12879>, pp. 19 y ss.

FRANCK, T. M., <http://globaladminlaw.blogspot.com/2008/10/nyu-kadi-panel-discussion-in-full.html>,

FRANCK, T. M.: « The Security Council and “threats to peace”: Some remarks on remarkable recent developments », en DUPUY, R.-J. (Ed.): *Le développement du rôle du Conseil de sécurité. Peace-keeping and peace-building*, Colloque de l'ACDI, Dordrecht *et al*, Nijhoff, Leiden-Boston, 1992, pp. 83 y ss.

FRATANGELO, P.: “L'Union européenne face à la lutte contre le financement du terrorisme”, *RDUE*, n° 4, 2006, pp. 815 y ss.;

FROWEIN, J. A.: “The UN anti-terrorist administration and the rule of law”; en DUPAY, P. *et al* (Eds.): *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat = Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Engel, 2006, pp. 785 y ss.

FROWEIN, J. A.: « Issues of legitimacy around the United Nations Security Council », en VV.AA. : *Verhandeln für den Frieden Negotiating for peace. Liber amicorum Tono Eitel*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2003, pp. 121 y ss.

FUENTETAJA PASTOR, J. A.: “El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *RDUE*, n° 15, 2º semestre, 2008, pp. 137 y ss.

GAGGIOLI, G.; KOLB, R.: “A right to life in armed conflicts? The contribution of the European Court of Human Rights”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37 (2007), pp. 115 y ss.

GAJA, G.: “Are the effects of the UN Charter under EC Law governed by article 307 of the EC Treaty?”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counter-terrorism measures through the courts*, EUI Working Papers, AEL 2009/10, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/12879>, pp. 5 y ss.

GAJA, G.: “The review by the European Court of Human Rights of Member State’s acts implementing European Union Law: “Solange” yet again?”, en VV.AA.: *Common values in international law. Essays in honour of Christian Tomuschat*, Engel, 2006, pp. 517 y ss.

GALLO COBIÁN, V.: “La titularidad de las contramedidas en el caso de las organizaciones internacionales”, *REDI*, 2009, n° 1, Vol. LXI, pp. 275 y ss.

GARBAGNATI-KETVEL, M.-G.: “The jurisdiction of the European Court of Justice in respect of the Common Foreign and Security Policy”, *ICLQ*, Vol. 55, No. 1, 2006, pp. 77 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La ampliación de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho Comunitario (sentencia *Borelli*)”, *REDA* 1993, n° 78, pp. 297 y ss

GARCÍA GUTIÉRREZ, L.: “La posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en el ELSJ, ¿cambiará con Lisboa?”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.): *El Tratado de Lisboa...*, *op. cit.*, pp. 499 y ss.

GARIBIAN, S.: “Vers l’émérgence d’un droit individuel à la protection diplomatique?”, *AFDI*, Vol. LIV, 2008, pp. 119 y ss.

GASSER, H.-P.: “International humanitarian law and human rights law in non-international armed conflict: joint venture or mutual exclusion?”, *GYIL*, n° 45, 2003, pp. 149 y ss.

GATTINI, A.: “Case note”, *CMLRev*, Vol. 46, 2009, pp. 213 y ss.

GEISS, R.: “Humanitarian safeguards in economic sanctions regimes: a call for automatic suspension clauses, periodic monitoring, and follow-up assessment of long-term effects”, *HHRJ*, Vol. 18, 2005, pp. 167 y ss.

GIANELLI, A.: “L’”autonomía” del sistema giuridico comunitario rispetto al diritto delle Nazioni Unite”, *RIDI*, Vol. 89, 2006, pp. 1078 y ss.

GIBNEY, M.: « Genocide and State responsibility », *HRLRev.*, Vol. 7, n° 4, 2007, pp. 771 y ss.

GIL-BAZO, M. T.: « Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC Law », *New issues in refugee research*, Research Paper No. 136, Refugee Studies Centre, Oxford University, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=951097

GILES-CARNERO, R.: “Terrorist acts as threats to international peace and security”, en FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, P. A. (Ed.): *International legal dimension of terrorism*, Martinus Nijhoff, Boston-Leiden-The Hague, 2009, pp. 55 y ss.

GILBERT, G.: « Questions d’actualité relatives à l’application des clauses d’exclusion », en FELLER, E, TÜRK, V., NICHOLSON, F. : *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier, 2008, pp. 479 y ss.

GLENNON, M. J.: “De l’absurdité du droit impératif (*ius cogens*)”, *RGDIP*, Vol. 3, 2006, pp. 529 y ss.

GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: “¿Quién dijo que desaparecen los pilares? La configuración jurídica de la acción exterior de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.): *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis institucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 393 y ss.

GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: “Artículo 41”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 664 y ss.

GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: “Las secuelas del asunto *Matthews* y el voto de los gibraltareños en las elecciones al Parlamento Europeo: lo que mal comienza, mal acaba”, *REDI*, Vol. LIV, n° 2, 2002, pp. 987 y ss.

GONZÁLEZ ALONSO, L.-N.: “Desarrollo y seguridad en la jurisprudencia del TJCE. Los límites al discurso de la coherencia en la acción exterior de la Unión Europea”, *RDCE*, n° 34, septiembre/diciembre (2009), pp. 867 y ss.

GOVAERE, I.: “The importance of international developments in the case-law of the European Court of Justice: *Kadi* and the autonomy of the EC legal order”, *Research Papers in Law, College of Europe*, 1/2009, pp. 8 y 9, www.coleurope.eu/.../law/.../Research%20Paper%201%202009%20Govaere.pdf, visitado por última vez el 24 de febrero de 2011.

GOWLLAND-DEBBAS, V.: “Collective security revisited in light of the flurry over UN reform: an international law perspective”, en CHETAIL, V. (Ed.): *Conflicts, sécurité et coopération/Conflict, Security and Cooperation. Liber amicorum Victor-Yves Ghebali*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 251 y ss.

GOWLLAND-DEBBAS, V.: "Introductory report", en GOWLLAND-DEBBAS, V.; HADJ-SAHRAOUI, H., GARCÍA-RUBIO, M. (Eds.): *United Nations sanctions and International Law*, Nijhoff, The Hague, 2001, pp. 1 y ss.

GOWLLAND-DEBBAS, V.: "Responsibility and the United Nations Charter", en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. (Eds.): *The Law of International Responsibility*, Oxford, New York, 2010, pp. 115 y ss.

GRAEFRAHT, B.: "Leave it to the Court what belongs to the Court. The Lybian case", *EJIL*, Vol. 4, 1993, pp. 195 y ss.

GRAEFRAHT, B.: "Complicity in the law of international responsibility", *RBDI*, n° 2, 1996, pp. 77 y ss.

GRILLER, S.: "International Law, Human Rights and the European Community's Autonomous Legal Order: Notes on the European Court of Justice Decision in *Kadi*", *ECLR*, Vol. 4, 2008, pp. 528 y ss.

GUILD, L.; GARLICK, E.: "Refugee protection, counter-terrorism, and exclusion in the European Union", *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 20, n° 4, 2011, pp. 63 y ss.

GUTHERIE, P.: "Security Council sanctions and the protection of individual rights", *NYU Annual Survey of American Law*, Vol. 60, 2004, pp. 491 y ss.

HALBERSTAM, D.; STEIN, E.: "The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order", *CMLRev*, Vol. 46, 2009, pp. 13 y ss.

HAPPOLD, M.: "Security Council resolution 1373 and the Constitution of the United Nations", *LJIL* n° 16 (2003), pp. 593 y ss.

HARLOW, "Three phases in the evolution of EU Administrative Law", en CRAIG, P.; DE BÚRCA, G. (Eds.): *The evolution of EU Law*, 2nd Ed., Oxford, New York, 2011, pp. 439 y ss.

HARROF-TAVEL, M.: "La acción del Comité Internacional de la Cruz Roja ante las situaciones de violencia interna", *RICR*, n° 117, mayo-junio de 1993, pp. 199 y ss.

HARTMAN, J. F.: "Derogation from human rights treaties in public emergencies. A critique of implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee", *HILJ*, Vol. 22, n° 1, Winter 1981, pp. 1 y ss.

HAUPAIS N.: "Note de jurisprudence", *RGDIP*, n° 2, 2005, pp. 489 y ss.

HEDIGAN, J.: "The European Convention on Human Rights and counter-terrorism", *FILJ*, Vol. 28, 2004-2005, pp. 392 y ss.

HEINTZE, H. J.: "On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law", *IRRC*, December 2004, vol. 86, n° 856, pgs. 789 y ss.

HIGGINS, R.: "Derogations under human rights treaties", *BYIL*, Vol. XLVIII, 1976-1977, pp. 281 y ss.

- HIGGINS, R.: “The advisory opinion on Namibia: which resolutions are binding under article 25 of the Charter?”, *ICLQ*, Vol. 21, n° 2, Apr. 1972, pp. 270 y ss.
- HIGGINS, R.: “The ICJ, the ECJ and the integrity of International Law”, *ICLQ*, Vol. 52, n° 1, Jan 2003, pp. 1 y ss.
- HILPOLD, M.: “EU Law and UN Law in conflict: the *Kadi* case”, *MPYUNL*, Vol. 13, 2009, pp. 141 y ss.
- HILPOLD, P.: “UN sanctions before the ECJ: the *Kadi* case”, en REINISCH, A. (Ed.): *Challenging acts of international organizations before national courts*, Oxford, New York, 2010, pp. 18 y ss.
- HINOJOSA L. M.: “Bad law for good reasons: the contradictions of the *Kadi* judgment”, *IOLRev*, Vol. 5, n° 2, 2008, pp. 339 y ss.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: “Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los Talibanes: ¿son realmente inteligentes?”, *REDI*, vol. LVIII, n° 2, 2006, pp. 737 y ss.
- HOFMANN, H. C. H.: “Composite decision making procedures in EU administrative law”, en HOFMANN, H. C. H.; TÜRK, A. H. (Eds.): *Legal challenges in EU Administrative Law. Towards an integrated administration*, Edward Elgar Pub., Cheltenham, 2009, pp. 136 y ss.
- HOLDGAARD, R.: “Principles of Reception of International Law in Community Law”, *YEL*, Vol. 25, 2006, pp. 263 y ss.
- HOWARD, J.: “Invoking State responsibility for aiding the commission of international crimes – Australia, the United States of the question of East Timor”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 2, Issue 1, 2001, disponible en [http://www.mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2001\(1\)/01Howard .pdf](http://www.mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2001(1)/01Howard.pdf)
- HOWSE, R.: “The road to Bagdad is paved with good intentions”, *EJIL*, Vol. 13, n° 1, pp. 89 y ss.
- HUDSON, A.: “Not a great asset: The UN Security Council’s counter-terrorist regime: violating human rights”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 25, n° 2, 2007, pp. 101 y ss.
- HUERTA TOCILDO, S.: “El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal”, en GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (Coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, 2ª Ed, CEPC, Madrid, 2009, pp. 511 y ss.
- HUESA VINAIXA, R.: “El derecho de la responsabilidad internacional y la Carta de las Naciones Unidas: consideraciones desde la perspectiva de las relaciones entre sistemas”, *REDI*, Vol. LIV, n° 2, 2002, pp. 587 y ss.
- JACOBS, F. G.: “Economic Sanctions and International Security: The Role of the European Court of Justice”, en BRONCKERS, M. Y QUICK, R. (Eds.): *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer Law Internacional, The Hague, 2000, pp. 542 y ss.
- JACOT-GUILLARMOD, O.: “Règles, méthodes et principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en PETTITI, L.-E.; DECAUX, E.; IMBERT, P.-H. (Dirs.): *La Convention Européenne des Droits de l’Homme: commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999, pp. 28 y ss.

JACQUÉ, J.-P.: “Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L’instabilité des rapports de système entre ordres juridiques”, *Révue française de droit constitutionnel*, Vol. 69, 2007, pp. 3 y ss.

JACQUÉ, J.-P.: « L’arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence “Solange II” de la Cour européenne des droits de l’homme ? », *RTDE*, Vol. 41, n° 3, juillet-septembre 2005, pp. 749 y ss.

JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “Derecho internacional penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. VI, 2006, pp. 303 y ss.

JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “El control judicial de la legalidad en la ejecución de las sanciones internacionales antiterroristas por parte de la Unión Europea: ¿tutela judicial efectiva o vuelta a la doctrina de los actos políticos?”, *RDUE*, n° 15, 2008, pp. 81 y ss.

JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional”, en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (Prep.): *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado. XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Alicante, 1990, pp. 17 y ss.

JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “El incumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros cuando median actos de particulares: una aportación al debate sobre la interdependencia entre Derecho comunitario y Derecho internacional”, *RDCE*, Vol. 4, n° 7, 2000, pp. 15 y ss.

JODOIN, S.: “Terrorism as a war crime”, *ICrLR*, N° 7, 2007, pp. 77 y ss.

JORGENSEN, N. HB.: “The obligation of non-assistance to the responsible State”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. (Eds.): *The Law of International Responsibility*, Oxford, New York, 2010, pp. 687 y ss.

JOWELL, J.: “Administrative justice and standards of substantive judicial review”, en ARNULL, A.; EECKHOUT, P.; TRIDIMAS, T.: *Continuity and change in EU. Essays in honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, New York, 2008, pp. 172 y ss.

KAGAN, M.: “Is truth in the eye of the beholder? Objective credibility assessment in refugee status determination”, *Georgetown Immigration Law Journal*, N° 17, Spring, 2003, pp. 367 y ss.

KANETANE, M.: “Enhancing community accountability of the Security Council through pluralistic structure: the case of the 1267 Committee”, *MPYUNL*, Vol. 12, 2008, pp. 113 y ss.

KANSKA, K.: “Towards administrative human rights in the EU. Impact of the Charter of fundamental rights”, *ELJ*, Vol. 10, n° 3, May 2004, pp. 296 y ss.

KARAGIANNIS, S.: “Certains comportements récents du conseil de sécurité des Nations Unies en matière de droits de l’homme. À propos de la question des “listes noires du Comité des sanctions””, en ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA: *Commission des questions juridiques et des droits de l’homme. Listes noires du Conseil de sécurité des Nations Unies* (Rapporteur DICK MARTY) As/Jur (2007) 14, 19 de marzo de 2007, pp. 5 y ss.

KELLER, H.; FISCHER, A.: “The UN anti terror sanctions regime under pressure”, *HRLRev*, Vol. 9, n° 2, 2009, pp. 257 y ss.

KINGSBURY, B.; KRISCH, N.; STEWART, R. B.: “The emergence of global administrative law”, *ibid*, pp. 15 y ss.

KJOERUM, M.: “Art. 14”, en EIDE, A. *et al*: *The Universal Declaration of Human Rights. A commentary*, Scandinavian University Press, Norway, 1992, pp. 217 y ss.

KLABBERS, J.: « Book review », *IOLRev*, Vol. 6, n° 2, 2009, pp. 667 y ss.

KLEIN, E.: “A comment on the issue of reservations to the provisions of the Covenant representing (peremptory) rules of general international law”, en ZIEMELE, I. (Ed.): *Reservations to Human Rights treaties and the Vienna Convention regime. Conflict, harmony or reconciliation*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2004, pp. 59 y ss.

KLEIN, P.: “Le Conseil de sécurité et la lutte contre le terrorisme : dans l'exercice de pouvoirs toujours plus grands? », *RQDI*, 2007 (hors série), pp. 133 y ss.

KLEIN, P.: “Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques considérations critiques sur l'arrêt Behrami et Saramati », *AFDI*, vol. 53, 2008, pp. 43 y ss.

KOEDOODER, C.; DE LANG, N.: “Anti-terrorist blacklisting in the European Union: the influence of national procedures on the judgments of the Court of First Instance of the European Communities”, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 36, n° 4, esp. pp. 323 y ss.

KOJI, T.: “Emerging hierarchy in international human rights law: from the perspective of non-derogable human rights”, *EJIL*, Vol. 12, n° 5, 2001, pp. 917 y ss.

KOLB, R.: “Conflits entre normes de *ius cogens*”, en VV.AA.: *Pouvoir du droit et pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 481 y ss.

KOLB, R.: “Does article 103 of the Charter of the United Nations apply only to decisions or to authorizations by the Security Council?” *ZAöRV*, 64, 2004, pp. 21 y ss.

KOLB, R.: “*Ius cogens*, intangibilité, intrasgressibilité, dérogation “positive” et “négative”, *RGDIP*, Vol. 109, n° 2, pp. 305 y ss.

KOLB, R.: “La ocupación en Irak desde 2003 y los poderes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, *RICR*, Vol. 90, n° 869, Marzo 2008, pp. 1 y ss.

KOLB, R.: “La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – essai de clarification conceptuelle”, en PICCHIO FORLATI, L.; SICILIANOS, L.-A. (Dirs.): *Economic sanctions in International Law. Les sanctions économiques en droit international*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston-The Hague, 2004, pp. 379 y ss.

KOLB, R.: « Aperçu de l'histoire de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des Conventions de Genève », *RICR*, n° 831, pgs. 437 y ss.

KOLB, R.: « Théorie du *ius cogens* international », *RBDI*, n° 1, 2003, pp. 5 y ss.

KOLLIPOULOS, A.: “Les Comités des sanctions de l'Organisation des Nations Unies”, en PICCHIO FORLATI, L.; SICILIANOS, L.-A. (Dirs.): *Economic sanctions in International Law. Les sanctions*

économiques en droit international, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston-The Hague, 2004, pp. 567 y ss.

KOOIJMANS, P. H.: "The enlargement of the concept threat to the peace", en DUPUY, R.-J.: *Le développement du rôle du Conseil de sécurité. Peacekeeping and peace-building. Colloque de la Haye*, 1992, pp. 111 y ss.

KOSKENIEMI, M.: "Fragmentation of International Law. Postmodern anxieties", *LJIL*, Vol. 15, 2002, pp. 553 y ss.

KOSKENNIEMI, M.: "Repetition as reform: Georges Abi-Saab's cours général de droit international public", *EJIL*, Vol. 9, n° 2, 1998, pp. 405 y ss.

KOSKENNIEMI, M.: "The place of law in collective security", *MJIL*, Vol. 17, Winter 1996, pp. 455 y ss.

KOSKENNIEMI, M.: "The police in the temple, order, justice and the UN: a dialectical view", *EJIL*, Vol. 6, n° 1, 1995, pp. 325 y ss.

KOSKENNIEMI, M.: "The pull of the mainstream", *Michigan Law Review*, vol. 88, 1990, p. 1251 y ss.

KOUTRAKOS, P.: "Legal basis and delimitation of competence in EU external relations", en CREMONA, M.; DE WITTE, B. (Eds.): *EU Foreign relations Law. Constitutional fundamentals*, Portland, Oregon, 2008, pp. 171 y ss.

KRENK, F.: "La notion de "tribunal" au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", en VV.AA. : *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Sakkoulas-Bruylant, Atenas-Bruxelles, 2009, pp. 305 y ss.

KRETZMER, D.: "The Supreme Court of Israel: Judicial review during armed conflict", *GYIL*, Vol. 47, 2004, pp. 393 y ss.

KRIEGER, H.: "A conflict of norms: the relationship between humanitarian law and human rights law in the ICRC customary law study", *JCSL* (2006), Vol. 11, N° 2, pgs. 265 y ss.

LABAYLE, H. ; MEHDI, R. : « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme. Les *blacklists* de l'Union dans le prétoire de la Cour de justice », *RTDE*, Vol. 45, n° 2, avril-juin 2009, pp. 231 y ss.

LABORDE, J.-P.: « Le nouveau désordre mondial et le droit pénal des Nations Unies », en VV.AA. : *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Ed. Cujas, Paris, 2006, pp. 1085 y ss.

LAGRANGE, E.: "Le Conseil de sécurité peut-il violer le droit international?", *RBDI*, Vol. 37, n° 2, 2004, pp. 568 y ss.

LAGRANGE, E.: « Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Observations à propos de la décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme (Grande Chambre) sur la recevabilité des requêtes Behrami et Behrami c. France et Saramati c. Allemagne, France et Norvège, 31 mai 2007 », *RGDIP*, Vol. 112, n° 1, pp. 101 y ss.

LAGRANGE, E.; EISEMANN, P. M.: "ARTICLE 41", en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M. (Eds.): *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3^a Ed., Economica, Paris, pp. 1195 y ss.

LAMBART, H.: "The EU asylum Qualification Directive, its impact on the jurisprudence of the United Kingdom and International Law", *ICLQ*, Vol. 55, January 2006, pp. 161 y ss.

LAUTERPACHT, E.: "The legal effects of illegal acts of international organisations", en VV.AA.: *Cambridge essays in international law. Essays in honour of Lord McNair*, Stevens, London, 1965, pp. 94 y ss.

LAUTERPACHT, H.: Supply of arms to foreign States. Use of arms for internationally illegal purposes. Responsibility of supplier. Complicity", en "The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law. Survey and Comment, VI. January 1 - June 30, 1958", *ICLQ*, pp. 404 y ss.

LAUTERPACHT, H.: "The Covenant as the "higher law""; *BYIL*, Vol. 17, 1936, pp. 54 y ss.

LAVALLE, R.: "The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism", *ZaöRV*, Vol. 60, 2000, pp. 491 y ss.

LAVRANOS, N.: "The impact of the *Kadi* judgment on the international obligations of the EC member states and the EC", en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counter-terrorism measures through the courts*, EUI Working Papers, AEL 2009/10, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/12879>, pp. 47 y ss.

LEBEN, CH.: «Les contremesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale», *AFDI*, Vol. 28, 1982, pp. 9 y ss.

LEDURE, C.: "Garanties minimales contre la détention arbitraire", *RBDI*, Vol. XXVII, 1994, pp. 632 y ss.

LEHTIMAJA, L.; PELLONPÄÄ, M.: "Art. 10", en EIDE, A. *et al: The Universal Declaration of Human Rights. A commentary*, Scandinavian University Press, Norway, 1992, pp. 159 y ss.

LENAERTS, K. Y DE SMIJTER, E.: "The United Nations and the European Union: Living apart together", en WELLENS, K. (ed): *International Law: Theory and Practice. Essays in honour of Eric Suy*, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 439 y ss.

LENAERTS, K.: "In the Union we trust': trust enhancing principles of Community Law", *CMLRev*, Vol. 41, 2004, pp. 318 y ss.

LENAERTS, K.: "Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union", *CDE*, Vol. 45, n° 5-6, pp. 711 y ss.

LENAERTS, K.: "The contribution of the European Court of Justice in the Area of Freedom, Security and Justice", *ICLQ*, Vol. 59, April 2010, pp. 255 y ss.

LENAERTS, K.; VAN HAMME, J.: «Procedural rights of third parties in the Community administrative process », *CMLRev*, Vol. 34, pp. 531 y ss.

LESAFFRE, H.: “Circumstances precluding wrongfulness in the ILC articles on State responsibility: countermeasures”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. (Eds.): *The Law of International Responsibility*, Oxford, New York, 2010, pp. 469 y ss.

LIČKOVÁ, M.: “European exceptionalism in International Law”, *EJIL*, Vol. 19, nº 3, pp. 463 y ss.

LIIVOJA, R.: « The scope of the supremacy clause of the United Nations Charter », *ICLQ*, Vol. 57, July 2008, pp. 583 y ss.

LLOYD JONES, D.: “Article 6 ECHR and immunities arising in Public International Law”, *ICLQ*, vol. 52, 2003, pp. 463 y ss

LÓPEZ ESCUDERO, M.: “Artículo 47”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 739 y ss.

LÓPEZ ESCUDERO, M.: “Artículo 48”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 759 y ss.

LÓPEZ ESCUDERO, M.: “Artículo 50”, MANGAS MARTÍN, A. (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 791 y ss.

LÓPEZ-JACOÍSTE DÍAZ, E.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales: algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi”, en VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E.; MORALES ANTONIAZZI, M. (Coords.): *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010, pp. 793 y ss.

LOUCAIDES, L. G.: “Questions of fair trial under the European Convention on Human Rights”, *HRLRev*, Vol. 3, nº 1, 2003 pp. 27 y ss.

LOUIS, F.; ACCARDO, G.: “*Ne bis in idem*, part ‘bis’”, *World Competition*, Vol. 34, nº 1, 2011, pp. 97 y ss.

LOUIS, J.-V. : « L’insertion des accords dans l’ordre juridique », LOUIS, J. V. ; DONY, M. (Dirs.) : *Commentaire J. Mégret. Le droit de la CE et de l’Union européenne. Vol. 12. Relations extérieures*, 2ª Ed, EUB, Bruxelles, 2005, pp. 113 y ss.

LOUIS, J.-V.: “Les accords antérieurs conclus par les Etats membres et le Droit communautaire”, en LOUIS, J.-V.; DONY, M. (Dirs.): *Commentaire J. Mégret. Le droit de la CE et de l’Union européenne. Vol. 12. Relations extérieures*, 2ª Ed., EUB, Bruxelles, 2005, pp. 201 y ss.

LUGATO, M.: “Sono le sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza incompatibili con il rispetto delle garanzie procedurali?”, *RIDI*, nº 2, 2010, pp. 309 y ss.

MAHIOU, A.: “Article 2(6)”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3ème Ed., Vol. I, pp. 475 y ss.

MANGAS MARTÍN, A. : « Estudio preliminar : el incierto futuro de la Unión: las reformas *sine die* del derecho originario », en *Tratado de la Unión Europea, Tratados constitutivos de las*

Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario, 13ª Ed., septiembre de 2007, Tecnos, Madrid, pp. 21 y ss.

MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 51: ámbito de aplicación”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 809 y ss.

MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 826 y ss.

MANGAS MARTÍN, A.: “Instrumentalización de Naciones Unidas y ausencia de control de sus actos”, en GUERRA, A.; TEZANOS, J. F.: *La paz y el Derecho Internacional*, Ed. Sistema, Madrid, 2005, pp. 329 y ss.

MANGAS MARTÍN, A.: “La recepción del Derecho internacional por los ordenamientos internos”, en Díez de Velasco, M.: *Derecho internacional público*, 17ª Ed, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 244 y ss.

MANN, K.: “Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law”, *Yale Law Journal*, nº 105, June 1992, pp. 1795 y ss.

MARGUE, T-L.: “Les initiatives menées par l’Union dans la lutte antiterroriste dans le cadre du troisième pilier (Justice et affaires intérieures)”, en *RDUE*, nº 2, 2002, pp. 261 y ss.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “Artículo 14”, en PONS RAFOLS, X. (Coord.): *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria Antracyt, Barcelona, 1998, pp. 253 y ss.

MARSHIK, A.: “The Security Council’s role: problems and prospects in the fight against terrorism”, en NESI, G. (Ed.): *International cooperation in counter-terrorism*, Ashgate, Hampshire, 2006, pp. 69 y ss.

MARTENZUK, B.: “The Security Council, the International Court and judicial review: what lessons from Lockerbie?”, *EJIL*, 1999, Vol. 10, nº 3, pp. 517 y ss.

MARTÍN DELGADO, I.: “Hacia una norma europea de procedimiento administrativo”, en NIETO GARRIDO, E.; MARTÍN DELGADO, I.: *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 149 y ss.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Unidad y pluralismo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Hacia un refuerzo de la autonomía del Derecho de la Unión frente al Derecho Internacional”, en RODRIGO, A. J.; GARCÍA, C. (Eds.): *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la comunidad internacional*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 254 y ss.

MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C.: “Sobre el reparto horizontal de competencias entre la CE y la UE (Comentario a la sentencia del TJCE, de 20 de mayo de 2008, as. *Comisión c. Consejo – Lucha contra la proliferación de armas ligeras-*, C-91/05)”, *REDE*, Año 13, nº 34, 2009, pp. 101 y ss.

MATA Y MARTÍN, R. M.: “Unión Europea y armonización legislativa en materia antiterrorista”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.): *El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 335 y ss.

MATSCHER, F.: « La notion de “décision d’une contestation sur un droit ou une obligation (de caractère civil) au sens de l’article 6§1 de la Convention européenne des Droits de l’Homme », en AA.VV. : *Protecting human rights : the European dimension. Studies in honour of G. J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1988, pp. 395 y ss.

MCADAM, J.: « The European Union qualification directive. The creation of a subsidiary protection regime », *IJRL*, Vol. 17, n° 3, 2005, pp. 461 y ss.

MCDONALD, A.: “Terrorism, counter-terrorism and the *ius in bello*”, en SCHMITT, M. N. Y BERUTO, G. L. (Eds.): *Terrorism and International Law. Challenges and responses*, International Institute of Humanitarian Law, 2002, p. 57 y ss.

MEGRET, F.: « War ? Legal semantics and the move to violence », *EJIL*, Vol. 13, No. 2, 2002, pp. 361 y ss.

MEGRET, F.; HOFFMANN, F.: “The UN as a human rights violator? Some reflections on the United Nations human rights changing responsibilities”, *HRQ*, Vol. 25, n° 2, May 2003, pp. 310 y ss.

MERON, T.: “On a hierarchy of international human rights norms”, *AJIL*, Vol. 80, 1986, pp. 1 y ss.

MERON, T.: “Revival of customary humanitarian law”, Vol. 99, n° 4, Oct. 2005, p. 894 y ss.

MERON, T.: “Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife”, *AJIL*, Vol. 78, N° 4, Oct., 1984, pp. 859 y ss.

MERON, T.: « Convergence of International Humanitarian Law and Human Rights law », en WARNER, D. (Ed.): *Human rights and humanitarian law*, Kluwer Law International, 1997, pgs. 97 y ss.

MEYER-BISCH, P.: “D’une système de générations à un système des droits humains”, en VV.AA.: *Les droits de l’homme à l’aube du XXIè siècle-los derechos humanos ante el siglo XXI-human rights at the dawn of the twenty-first century. Karel Vasak amicorum liber*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 333 y ss.

MILANOVIC, M. : « State responsibility for genocide : a follow-up », *EJIL*, Vol. 18, n° 4, 2007, pp. 680 y ss.

MILANOVIC, M.: “Report on UK complicity in torture”, *EJIL talk!*, <http://www.ejiltalk.org/report-on-uk-complicity-in-torture/>

MILANOVIC, M.: “Norm conflict in international law: whither human rights?”, *DJI&CL*, Vol. 20, n° 1, pp. 69 y ss.

MIRON, A.: “Les “sanctions ciblées” du Conseil de sécurité des Nations Unies. Réflexions sur la qualification juridique des listes du Conseil de sécurité », *RMCUE*, n° 529, 2009, pp. 355 y ss.

MOCK, P.: “Le droit à un process equitable en matière civile”, *RTrDH*, n° 23, Juillet 1995, pp. 385 y ss.

- MONACO, R.: “Le caractère constitutionnel des actes institutifs d’organisations internationales”, en VV.AA.: *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, La communauté internationale, Paris, Pedone, 1974, pp. 153 y ss.
- MONACO, R.: “Observations sur la hiérarchie des sources du droit international”, en VV.AA.: *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte. Feitschrift für Hermann Mosler*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1983, pp. 613 y ss.
- MONAR, J.: “Common threat or common response? The European Union’s counter-terrorism strategy and its problems”, *Government and opposition*, Vol. 42, n° 3, 2007, pp. 292 y ss.
- MONTAZ, D.: “Las normas humanitarias mínimas aplicables en período de disturbios y tensiones interiores”, *RICR*, n° 147, septiembre de 1998, pp. 493 y ss.
- MONTERO AROCA, J.: “El derecho a un juez independiente e imparcial”, en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P.; IGLESIAS BUHIGUES, J. L.: *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos fundamentales en material procesal*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 101 y ss.
- MOWBRAY, A.: “An examination of the European Court of Human Rights’ approach to overruling its previous case-law”, *HRLRev*, Vol. 9, 2009, pp. 179 y ss.
- MURPHY, C. C.: “Case note”, *CMLRev*, Vol. 48, 2011, pp. 243 y ss.
- NAHAPETIAN, K.: “Confronting State complicity in International Law”, *UCLA Journal of Int. Law and Foreign Affairs*, Summer/Spring 2002, pp. 99 y ss.
- NETTESHEIM, M.: “U.N. sanctions against individuals – a challenge to the architecture of European Union governance”, *CMLRev*, Vol. 44, 2007, esp. pp. 575 y ss.
- NIETO MARTÍN, A.: “Kadi (STJCE de 3 de septiembre de 2008) y sus consecuencias para el Derecho penal del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el Derecho penal de la Unión Europea”, en SERRANO-PIEDecasas, J. R.; CRESPO, D. (Dirs.): *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 575 y ss
- NOGUELLOU, R.: “Le régime de l’acte administratif de mise en oeuvre du droit communautaire”, en AUBY, J.-B. ; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (Dirs.): *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 759 y ss.
- NOLLKAEMPER, A.: “The European Courts and the Security Council: Three Replies”, *EJIL*, Vol. 20, 2009, pp. 862 y ss.
- O’CONNEL, M. E.: « When is war not a war ? The myth of the global war on terror », *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 12, No. 2, 2005, pp. 1 y ss.
- O’CONNELL, M. E.: “Debating the law of sanctions”, *EJIL*, Vol. 13, n° 1, 2002, pp. 63 y ss.
- O’DONNELL, T.: “Naming and shaming: the sorry tale of Security Council Resolution 1530 (2004)”, *EJIL*, vol. 17, n° 5, pp. 945 y ss.
- OETTE, L.: “A decade of sanctions against Irak: never again! The end of unlimited sanctions in the recent practice of the UN Security Council”, *EJIL*, Vol. 13, n° 1, 2002, pp. 93 y ss.

- OLESTI RAYO, A.: “Algunas cuestiones sobre la adopción de sanciones económicas por la Comunidad Europea contra la República Federativa de Yugoslavia. Comentario a las sentencias del TJCE de 30 de julio de 1996, asunto *Bosphorus*, y de 14 de enero de 1997, asunto *Centro-Com*”, *RDCE*, nº 1, enero/junio 1997, pp. 195 y ss.
- OOSTHUIZEN, G.: “Playing the devil’s advocate: the Security Council is unbound by law”, *LJIL*, Vol. 12, nº 3, pp. 549 y ss.
- ORÁA ORÁA, J.: “The protection of human rights in emergency situations under customary international law”, en BROWNLIE, I.; GOODWIN-GILL, G.; TALMON, S. (Eds.): *The reality of international law. Essays in honour of Iain Brownlie*, Oxford, New York, 1992, pp. 413 y ss.
- ORAKHELASHVILI, A.: “Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *EJIL*, Vol. 14, nº 3, 2003, pp. 529 y ss.
- ORAKHELASHVILI, A.: “The impact of peremptory norms on the interpretation of Security Council resolutions”, *EJIL*, Vol. 16, nº 1, 2005, pp. 59 y ss.
- OSIEKE, E.: "Ultra vires acts in international organizations - The experience of the International Labour Organization", *BYIL*, 48, 1977, pp. 261 y ss.
- OSIEKE, E.: « The legal validity of the « ultra vires » decisions of International Organizations », *AJIL*, Vol. 77, 1983, pp. 239 y ss.
- OUGERGOUZ, F.: « L’absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l’homme : les réponses du Droit international général », *RGDIP*, Vol. 98, nº 2, 1994, pp. 289 y ss.
- PALCHETTI, P.: “Puo il giudice comunitario sindacare la validità internazionale di una risoluzione del Consiglio di sicurezza?”, *RIDI*, Vol. 89, 2006, pp. 1085 y ss.
- PALCHETTI, P.: “State responsibility for complicity in genocide”, en GAETA, P. (Ed.): *The UN genocide convention*, Oxford, New York, 2009, pp. 381 y ss.
- PAOLILLO, F.: “Article 30”, en CORTEN, O. ; KLEIN, P. (Dirs.): *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, Vol. I, pp. 1247 y ss.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A.: “La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el “ius cogens” regional”, en VV.AA.: *Estudios de derecho internacional en homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Vol. I, pp. 581 y ss.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A.: “Terrorism and the European Court of Human Rights”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Ed.): *International legal dimension of terrorism*, Martinus Nijhoff, Boston-The Hague, 2008, pp. 419 y ss.
- PAVONI, R.: “Freedom to choose the legal means for implementing UN Security Council resolutions and the ECJ Kadi judgment: a misplaced argument hindering the enforcement of International Law in the EC”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counter-terrorism measures through the courts*, EUI Working Papers, AEL 2009/10, pp. 31 y ss.
- PEERS, S.: “National Security and European Law”, *YEL*, Vol. 16, 1996, pp. 363 y ss.

- PEERS, S.: “Salvation outside the Church: judicial protection in the third pillar after the *Pupino* and *Segi* judgments”, *CMLRev*, Vol. 44, 2007, pp. 883 y ss.
- PEJIC, J.: “Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna”, *RICR*, nº 858, Junio 2005, pp. 375 y ss.
- PELLET, A. : « L’unité ou la fragmentation du système juridique international ? », en SFDI : *La protection des droits de l’homme et l’évolution du droit international*, Pedone, Paris, 1998, pp. 294 y ss.
- PELLET, A.: “Peut-on et doit-on contrôler les actions du Conseil de sécurité ?”, en SFDI: *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Colloque de Rennes*, Pedone, Paris, 1994, pp. 221 y ss.
- PELLET, A.: “Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *ius cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation”, *Finch Yearbook of International Law*, Vol. XVII, 2006, pp. 83 y ss.
- PELLET, A.: “*Droit-de-l’hommisme* et droit international”, *Conférence commémorative Gilberto Amado*, 18 de julio de 2000, disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/52/french/amado.pdf>
- PELLET, A.: “L’affaire *Kadi* devant la CJCE – Le triomphe du dualisme juridique?”, conferencia pronunciada el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, 14 de mayo de 2009. Una síntesis de dicha conferencia se encuentra en *RMCUE*, nº 529, junio 2009, pp. 415 y ss
- PELLET, A.: «Cours Général: Le droit international entre souveraineté et communauté internationale – La formation du droit international», *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol. II, 2007, pp. 10 y ss.
- PERELLÓ DOMENECH, I.: “El derecho a ser informado(a) de la acusación”, en GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (Coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, 2ª Ed, CEPC, Madrid, 2009, pp. 479 y ss.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C.: “Terrorismo y exclusión del estatuto de refugiado: un análisis a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto B y D contra la República Federal Alemana”, *RGDE*, nº 23, 2011, <http://www.iustel.com/v2/revistas/>
- PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “La Declaración Universal de Derechos Humanos y el derecho internacional humanitario”, en PONS RAFOLS, X. (Coord.): *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998, pp. 43 y ss.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “La responsabilidad internacional (III): sujetos distintos de los Estados”, DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 17ª Ed, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 880 y ss.
- PESCATORE, P.: “Monismo, dualismo y “efecto útil” en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *REDE*, nº 9, 2004, pp. 1 y ss.

PESCATORE, P.: “*Van Gend en Loos*, 3 February 1963 – A view from within”, en POIARES MADURO, M.; AZOULAI, L. (Eds.): *The Past and future of EU Law. The classics of EU Law revisit don the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford and Portland, Oregon, 2010, pp. 3 y ss.

PETERSMANN, E.-U.: “Constitutionalism, International Law and “We the peoples of the UN””, en VV.AA.: *Tradition und Welttoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer, Berlin-Heidelber-New York, 2002, pp. 291 y ss.

PETR, M.: “The *ne bis in idem* principle in competition law”, *EuCompLRev*, Vol. 29, 2008, pp. 392 y ss.

PILS, W. P. J.: “The increased level of EU antitrust fines, judicial review and the ECHR”, *World Competition*, Vol. 33, n° 1, 2010, pp. 5 y ss.

PIOTROWICZ, R.; EECK, C. VAN: « Subsidiary protection and primary rights », *ICLQ*, Vol. 53, January 2004, pp. 107 y ss.

POLI, S.; TZANOU, M.: “The *Kadi* rulings: a survey of the literature”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counter-terrorism measures through the courts*, EUI Working Papers, AEL 2009/10, pp. 139 y ss.

PORRETTO, G.: “The European Union, Counter-terrorism sanctions against individuals and human rights protection”, en GANI, M.; MATHEW, P. (Eds.): *Fresh perspectives on the ‘war on terror’*, ANU E Press, Canberra, 2008, libro electrónico disponible gratuitamente en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1314544

POTTEAU, A.: « A propos d’un pis-aller: la responsabilité des Etats membres pour l’incompatibilité du droit de l’Union avec la Convention européenne des droits de l’homme », *RTrDE*, Vol. 45, n° 4, oct-dec., 2009, pp. 697 y ss.

POZO SERRANO, P.: « La Corte Internacional de Justicia y las competencias del Consejo de Seguridad en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales », *ADI*, n° 14, 1998, pp. 417 y ss.

QUIGLEY, J.: “Complicity in international law: a new direction in the law of State responsibility”, *BYIL*, Vol. LVII, 1986, pp. 77 y ss.

RADICATI DI BROZOLO, L. G.; y MEGLIANI, M.: “Freezing the assets of International Terrorist organisations”, en BIANCHI, A. (Ed.): *Enforcing international law norms against terrorism*, Hart Publishing, Portland, pp. 377 y ss.

REICH, J.: “Due process and sanctions against individuals”, *YJIL*, Vol. 33, Summer 2008, pp. 505 y ss.

REINISCH, A.: “Developing human rights and humanitarian law accountability of the Security Council for the imposition of economic sanctions”, *AJIL*, Vol. 95, n° 4, 2001, pp. 851 y ss.

REINISCH, A.: “Terrorism and human rights: EU anti-terrorism measures from an ECHR perspective”, *BalyIL*, Vol. 6, 2006, pp. 258 y ss.

REINISCH, A.: “The action of the European Union to combat terrorism”, en BIANCHI, A. (Ed.): *Enforcing international law norms against terrorism*, Hart Publishing, Portland, pp. 119 y ss.

- REISMAN, M.: "The Constitutional crisis in the United Nations", *AJIL*, Vol. 87, nº 1, 1993, pp. 83 y ss.
- REMIRO BROTONS, A.: "Bush y los Estados hampones", *Política Exterior*, nº 90, Nov/Dic 2002, pp. 91 y ss.
- REMIRO BROTONS, A.: "Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden", *REDI*, Vol. LIII (2001), nº 1 y 2, pp. 125 y ss.
- REUTER, P.: "Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux du droit" en VV.AA.: *Mélanges offerts à Henri Rolin: problèmes de droit de gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 263 y ss.
- RIEDEL, E.: "Article 55(c)", en SIMMA, B. (Ed.): *The United Nations Charter. A commentary*, OUP, New York, 2002, pp. 917.
- RIVAS POSADA, R.: "Los estados de excepción y la protección de los derechos humanos", en ANDO, N. (Ed.): *Towards implementing universal human rights. Feitschrift for the twenty-fifth anniversary of the Human Rights Committee*, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 117 y ss.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: "Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo", *GJUEC*, núm. 200, 1999, pp. 2 y ss.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: « Quelques réflexions sur la singularité des rapports du droit communautaire avec d'autres ordres juridiques », en VV.AA.: *Mélanges offerts à Jean Victor Louis*, Eds. de l'ULB, Bruxelles, 2003, Vol. I, pp. 389 y ss.
- RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A.: "Derechos fundamentales, lucha antiterrorista y Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia (De nuevo en torno a las listas antiterroristas y la intimidad de los usuarios de las líneas aéreas)", *RDUE*, nº 10, 1er semestre, 2006, pp. 219 y ss.
- ROLDÁN BARBERO, J.: "La interacción entre las normas internas e internacionales en el acervo jurídico europeo", *RDCE*, Vol. 13, Septiembre/Diciembre 2002, pp. 677 y ss.
- ROLDÁN BARBERO, J.: "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de relaciones exteriores", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (Dirs.): *El derecho comunitario y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 297 y ss.
- ROLDÁN BARBERO, J.: "La justicia comunitaria y el control de legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las sentencias *Yusuf/Al Barakaat* y *Kadi*, de 21 de septiembre de 2005, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas", *REDI*, Vol. LVII, nº 2, 2005, pp. 878 y ss.
- ROLDÁN BARBERO, J.: "La naturaleza jurídica del Derecho comunitario revisitada: la sombra del Derecho internacional es alargada", *RGDE*, Nº 7, Mayo 2005, <http://www.iustel.com/v2/revistas/>
- ROLDÁN BARBERO, J.: "Una revisión del artículo 234 del TCE: la sentencia *Levy* dictada por el TJCE", *RIE*, Vol. 21, nº 2, 1994, pp. 481 y ss.
- RONA, G.: "Interesting times for International Humanitarian Law: challenges from the "war on terror", *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27, No 2, Summer/Fall 2003, pp. 55 y ss

- RONZITTI, N.: “The legality of cover operations against terrorism in foreign States”, en BIANCHI, A. (Ed.): *Enforcing international law norms against terrorism*, Hart Publishing, Portland, pp. 17 y ss.
- ROSAND, E.: “The Security Council as “global legislator”: *ultra vires* or *ultra innovative?*”, *FILJ*, vol 28, n° 3, 2004-2005, pp. 554 y ss.
- ROSAND, E.: “The Security Council’s efforts to monitor the implementation of Al Qaeda/Taliban sanctions”, *AJIL*, vol. 98, n° 4, 2004, pp. 745 y ss.
- RUILOBA ALBARIÑO, J.: “La Sentencia del Tribunal Constitucional en el asunto Martínez Sala y otros contra España. Crónica de una muerte anunciada”, *REDI*, 2005, Vol. 57, N. 1, pp. 209 y ss.
- RUIPÉREZ, J.: “La ONU en la lucha contra el terrorismo: 5 años después del 11-S”, *ARI Elcano*, n° 83/2006
- SALADO OSUNA, A.: “Los derechos del niño ante la administración de justicia”, en ALDECOA-LUZÁRRAGA, F.; FORNER DELAYGUA (Dir.); GONZÁLEZ BOU, E.; GONZÁLEZ VIADA, N. (Coords): *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 73 y ss.
- SALAMANCA AGUADO, E.: “Inmunidad de jurisdicción del Estado y derecho de acceso a un tribunal: a propósitos de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *McElhinney c. Irlanda*”, *ADI*, n° 18, 2002, pp. 347 y ss.
- SALINAS DE FRÍAS, A.: “La obra convencional del Consejo de Europa en la prevención y lucha contra el terrorismo internacional”, *AEDI*, Vol. XXV, 2009, pp. 435 y ss.
- SALMON, J.: “L’intention en matière de responsabilité internationale”, en VV.AA.: *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Pedone, Paris, 1991, pp. 413 y ss.
- SALMON, J.: “Quelques observations sur la qualification en droit international public”, en VV.AA.: *Mélanges Fernand Dehousse*, Eds. Labor, Bruxelles, 1979, t. 1, pp. 377 y ss.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A.: « *Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial : el asunto *Al-Adsani* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos », *REDI*, vol. LIII, n° 1-2, 2001, pp. 311 y ss.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: “Sobre el Derecho. Internacional de los derechos humanos y comunitario europeo. A propósito del asunto *Matthews contra Reino Unido*”, *RDCE*, Año n° 3, n° 5, 1999, pp. 95 y ss.
- SANFRUTOS CANO, E.: “Unión Europea: Comentario a la STJCE de 3 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados C-402/2005 P y C-415/2005 P, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión”, *GJUEC*, n° 7 (NE), Enero-Febrero 2009, pp. 69 y ss.
- SANJOSÉ GIL, A.: “Las consecuencias jurídicas de los actos “*ultra vires*” de las organizaciones internacionales, en particular de la ONU”, *REDI*, Vol. XLII, n° 2, 1990, pp. 453 y ss.

SANTAMARÍA DACAL, A. I.: “Las sentencias Segi y Gestoras del TJUE: ¿un sermón sin mayores consecuencias o un primer toque de atención?”, *REDE*, Vol. 22, 2007, pp. 313 y ss.

SANTOS VARA, J.: “El alcance del principio *non bis in idem* en el marco del Convenio Schengen (Comentario a la sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, *Hüseyin Güzütok y Klaus Brügge*”, *RGDE*, nº 1, mayo 2003; <http://www.iustel.com/v2/revistas/>

SANTOS VARA, J.: « El efecto de los conflictos armados en los tratados », *REDI*, Vol. LVIII, nº 1, 2006, pp. 147 y ss.

SANTOS VARA, J.: “El control judicial de la ejecución de las sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad en la Unión Europea”, *REEI*, nº 15, 2008, www.reei.org

SANTOS VARA, J.: “El control judicial de la ejecución de sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad en la Unión Europea”, *REEI*, Vol. 15, 2008, www.reei.org

SANTOS VARA, J.: “El desafío de las “entregas extraordinarias” a la protección internacional de los derechos humanos: la responsabilidad de los Estados europeos”, *REDI*, Vol. 59, nº 1, p. 175 y ss.

SANZ CABALLERO, S.: “Interferencias entre el derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo *versus* Estrasburgo: ¿quién es la última instancia de protección de los derechos fundamentales en Europa?”, *RDCE*, Año 8, Núm. 17, Enero-Abril 2004, pp. 144 y ss.

SASSÒLI, M.: « Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains? », en AUER, FLÜCKIGER, HOTTELIER (Eds.): *Les droits de l'homme et la constitution, Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, 2007, pp. 375 y ss.

SASSÒLI, M.: “Engaging Non-State Actors: The New Frontier for International Humanitarian Law”, en GENEVA CALL: *Exploring Criteria & Conditions for Engaging Armed Non-State Actors to Respect Humanitarian Law and Human Rights Law*, disponible en <http://www.genevacall.org/resources/conference-reports/f-conference-reports/2001-2010/gc-2007-04-05jun-geneva.pdf>, pp. 8 y ss.

SASSÒLI, M.: “State responsibility for violations of international humanitarian law”, *IRRC*, June 2002, Vol. 84, Nº 846, pp. 401 y ss.

SASSÒLI, M.: « *Ius ad Bellum et Ius in Bello* – The separation between the legality of the use of force and humanitarian rules to be respected in warfare: crucial or outdated? », en SCHMITT, M. N. Y PEJIC, J. (Eds.): *International Law and armed conflict: exploring the faultlines*, Koninklijke Brill BV, 2007, pp. 241 y ss.

SASSÒLI, M.: « Sanctions and international humanitarian law. A commentary », en GOWLLAND-DEBBAS, V. (Ed.): *United Nations sanctions and International Law*, Martinus Nijhoff, Boston-Leiden-The Hague, 2001, pp. 246 y ss.

SASSÒLI, M.: « Terrorism and war », *JICJ*, No. 4, 2006, pp. 975 ss.

SCELLE, G.: “Le droit constitutionnel international”, en VV.AA.: *Mélanges R. Carré de Malberg*, Librairie du Rec. Sirey, Paris, 1933, pp. 501 y ss.

SCHACHTER, O.: “The quasi-judicial role of the UN Security Council and the General Assembly”, *AJIL*, Vol. 58, 1964, pp. 960 y ss.

SCHAUERT, C.: “Derogations of human rights in situations of public emergency: the experience of the European Convention on Human Rights”, *Yale Journal of World Public Order*, Vol. 9, n° 113, 1982-1983, pp. 113 y ss.

SCHEININ, M.: “Characteristics of human rights norms”, en SCHEININ, M.; KRAUSE, K. (Eds.): *International protection of Human Rights: a Textbook*, Abo Akademi University Institute for Human Rights, Turku/Abo, 2009, pp. 19 y ss.

SCHEININ, M.: “Is the ECJ ruling in *Kadi* incompatible with International Law?”, CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counter-terrorism measures through the courts*, EUI Working Papers, AEL 2009/10, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/12879>, pp. 57 y ss.

SCHEININ, M.: “Turku/Åbo Declaration of Minimum Humanitarian standards”, *Workshop: Standard-setting: Lessons Learned for the Future Geneva, 13-14 February 2005 of the International Council on Human Rights Policy and the International Commission of Jurists*, disponible en www.ichrp.org/.../120B - Turku-Abo Declaration of Minimum Humanitarian Standards Scheinin Martin 2005.pdf

SCHERMERS, H.: “The European Communities bound by International Law”, *CMLRev*, Vol. 27, 1990, pp. 249 y ss.

SCHMITT, M. N.: “Military necessity and humanity in International Humanitarian Law: preserving the delicate balance”, *VJIL*, VOL. 50, n° 4, p. 830 y ss.

SCHRIJVER, N. Y VAN DEN HERIK, L.: “Eroding the primacy of the UN System of Collective Security: The Judgment of the European Court of Justice in the Cases of *Kadi* and *Al Barakaat*”, *IOLRev*, Vol. 5, 2008, pp. 332 y ss.

SCHRIJVER, N.: “Case note”, *CMLRev*, Vol. 47, 2010, pp. 863 y ss.

SCHWAB, A.; STEINLE, C.: “Pitfalls of the European Competition network – why better protection of leniency applicants and legal regulation of case allocation is needed”, *EuCompLRev*, Vol. 29, 2008, pp. 523 y ss.

SCHWARZE, J.: « Judicial review of administrative procedure », *Law and Contemporary Problems*, Winter 2004, pp. 101 y ss.

SCISO, E.: “Fundamental rights and article 103 of the UN Charter before the Court of First Instance of the European Communities”, *IYbIL*, Vol. 15, 2005, pp. 137 y ss.

SCOVAZZI, T.: “Diritto individuale di petizione e sanzioni “intelligenti”, appunti”, en VV.AA.: *Diritti individuale e giustizia internazionale*. Liber amicorum *Fausto Pocar*, Giuffrè Ed., Milano, 2009, pp. 913 y ss.

SHAH, S.: “From Westminster to Strasbourg: *A and others v United Kingdom*”, *HRLRev*, Vol. 9, 2009, pp. 473 y ss.

SHAH, S.: “The UK’s antiterror legislation and the House of Lords: the battle continues”, *HRLRev*, Vol. 6, n° 2, 2006, pp. 416 y ss.

- SHAW, M. N. ; FOURNET, C. : “Article 62”, en CORTEN, O. ; KLEIN, P. : *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 2229 y ss.
- SHELTON, D.: “Righting wrongs: reparations in the draft article on State responsibility”, *AJIL*, Vol. 96, n° 2, abril 2002, pp. 833.
- SICILIANOS, L.-A.: “Après l’Irak: où va le Conseil de sécurité?”, en VV.AA.: *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, Sevilla, 2005, p. 1311 y ss.
- SICILIANOS, L.-A.: “Sanctions institutionnelles et contre mesures: tendances récentes”, en PICCHIO FORLATI, L.; SICILIANOS, L.-A. (Dir.): *Economic sanctions in International Law. Les sanctions économiques en droit international*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston-The Hague, 2004, pp. 3 y ss.
- SIEHR, A.: “Derogation measures under article 4 ICCPR, with special consideration of the “war against terrorism””, *GYIL*, vol. 47, 2005, pp. 543 y ss.
- SIMMA, B.; PULKOWSKI, D.: “Of Planets and the Universe: self-contained regimes in International Law”, *EJIL*, Vol. 17, n° 3, 2006, pp. 483 y ss.
- SINGER, M.: « Jurisdiction immunity of international organizations : human rights and functional necessity concerns », *Virginia Journal of International Law*, Vol. 36, 1995, pp. 53 y ss.
- SLATER, D; THOMAS, S.; WAELBROECK, D.: “Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?”, *College of Europe GCLC Working Paper* 04/08, disponible en <http://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2004-08.pdf>
- SOBRINO HEREDIA, J. M.: “Los medios jurídicos de acción: el Derecho de las organizaciones internacionales”, en DÍEZ DE VELASCO, M.: *Las organizaciones internacionales*, 16ª Ed. (SOBRINO HEREDIA Coord.), Tecnos, Madrid, 2010, pp. 129 y ss.
- SOBRINO HEREDIA, J. M.: “La articulación de la responsabilidad internacional entre la Unión Europea y sus Estados miembros a la luz del art. 300.7º CE”, en VV.AA.: *Pacis artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. I, UAM-Eurolex, Madrid, 2009, pp. 1061 y ss.
- SÖDERMANN, J.: “El derecho fundamental a la buena administración”, *GJUEC*, n° 214, 2001, pp. 8 y ss.
- SOHN, L. B.: “Enabling the US to contest “illegal” United Nations Acts”, *AJIL*, Vol. 69, n° 4, Oct. 1975, pp. 852 y ss.
- SOONS, A. H. A.: “Netherlands”, en GOWLLAND-DEBBAS, V. (Dir.): *National implementation of United Nations sanctions. A comparative study*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2004, pp. 341 y ss.
- SOREL, J. M.: “L’élargissement de la notion de menace contre la paix”, en SFDI: *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Colloque de Rennes*, Pedone, Paris, 1994, pp. 3 y ss.
- SOREL, J.-M.: “Le caractère discrétionnaire des pouvoirs du Conseil de sécurité: remarques sur quelques incertitudes partielles”, *RBDI*, n° 2, 2004, pp. 462 y ss.

- SOREL, J.-M.: « Les multiples lectures d'un arrêt : entre sentiment d'impunité et sentiment de cohérence, une décision à relativiser », *RGDIP*, n° 2, 2007, pp. 259 y ss.
- SOSSAI, M.: « UN SC Res.1373 (2001) and International Law-making: A Transformation in the Nature of the Legal Obligations for the Fight against Terrorism? », *ESIL Agora Papers*, 2005, disponible en <http://www.esil-sedi-org/english/papers.html>
- SOULIER, G.: "Terrorism", en DELMAS-MARTY, M.: *The European Convention for the Protection of Human Rights. International protection versus national restrictions*, Kluwer, The Hague, 1992, pp. 15 y ss.
- SPAVENTA, E.: "Fundamental what? The difficult relationship between Foreign policy and fundamental rights?", en CREMONA, M.; DE WITTE, B. (Eds.): *EU Foreign relations Law. Constitutional fundamentals*, Portland, Oregon, 2008, pp. 251 y ss.
- SPINEDI, M.: "International crimes of State: The legislative history", en WEILER, J. H. H.; CASSESE, A.; SPINEDI, M. (Eds.): *International crimes of State. A critical analysis of the ILC's Draft article 19 on State responsibility*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1969, pp. 7 y ss.
- STAHN, C.: "Security Council Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001): what they say and what they do not say", en <http://www.ejil.org/forum>
- STEIN, T.: "La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht", *RIE*, Vol. 21, n°3, 1994, pp. 745 y ss.
- STERN, B.: "11 septembre 2001: Quelles responsabilités juridiques internationales", en VV.AA.: *Liberté, justice, tolérances. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Vol. II., Bruylant, Bruxelles, pp. 1467 y ss.
- STOFFEL VALOTTON, N.: "Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho comunitario en el marco del artículo 307 CE: Convenios de los Estados miembros con terceros Estados anteriores a su adhesión a la UE. Nuevas consideraciones sobre su limitada primacía", *RDCE*, núm. 22, septiembre/diciembre, 2005, pp. 843 y ss.
- STROMSETH, J. E.: "The Security Council's counter-terrorism role: continuity and innovation", *ASIL proceedings*, 2003, pgs. 41 y ss.
- SUAY RINCÓN, J.: "Concepto de sanción administrativa", en LOZANO CUTANDA, B. (Ed.): *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 165 y ss.
- SUDRE, F.: "Organisation des Nations Unies", en VV.AA.: *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008, pp. 574 y ss.
- SUY, E.: "Art. 53", en CORTEN, O. ; KLEIN, P. (Dirs.): *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, Vol. 2, pp. 1905 y ss.
- SUY, E.; ANGELET, N.: "Article 25", en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3ème Ed., Vol. I, pp. 909 y ss.
- SVENSSON-MCCARTHY, A.-L.: "Minimum standards: from Cape Town towards the future", *Review of the International Commission of Jurists*, n° 53/199, 1994, pp. 1 y ss.

SYMON, D.: “Rapport général : les fondements de l’autonomie du droit communautaire », en SFDI : *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles (Colloque de Bordeaux)*, Pedone, Paris, 2000, pp. 207 y ss.

SZABÓ, M.: “The EU under international law: challenging prospects”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007-2008, pp. 303 y ss.

SZASZ, P.: « The Security Council starts legislating », *AJIL*, Vol. 96, 2002, pp. 901 y ss.

SZUREK, S.: “La Charte des Nations Unies. Constitution mondiale?”, en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3ème Ed., Economica, Paris, Vol. I, pp. 29 y ss.

SZUREK, S.: “Lutte contre le terrorisme sous l’empire du chapitre VII: un laboratoire normatif», en *RGDIP*, vol. 109, n° 1, 2005, pp. 5 y ss.

TALMON, S.: “The Security Council as world legislator”, *AJIL*, vol. 99, n° 1, Jan. 2005, pp. 175 y ss.

TAVERNIER, P.: “L’identification des règles fondamentales: un problème résolu ? », en TOMUSCHAT, C. AND THOUVENIN, J.-M. (Eds.): *The fundamental rules of the international legal order*, Brill, The Netherlands, 2006, pp. 5 y ss.

TAVERNIER, P.: “La Déclaration universelle des droits de l’homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en VV.AA.: *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 859 y ss.

TAVERNIER, P.: « La droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l’homme des Nations Unies », *RTrDH*, Vol. 25, 1996, pp. 3 y ss.

TEHINDRAZANARIVELO, D. L. : “Le droit des Nations Unies et les limites au pouvoir de sanction du Conseil de sécurité”, en PICCHIO FORLATI, L.; SICILIANOS, L.-A. (Dirs.): *Economic sanctions in International Law. Les sanctions économiques en droit international*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston-The Hague, 2004, pp. 211 y ss.

TEITGEN-COLLY, C.: « The European Union and asylum: an illusion of protection », *CMLRev*, N° 43, 2006, p. 1556 et ss.

THOUVENIN, J.-M.: “Le juge international peut-il contrôler la légalité des sanctions adoptées par le Conseil de sécurité?”, *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 373 y ss.

THOUVENIN, J.-M.: « Article 103 », en COT, J.-P.; PELLET, A.; FORTEAU, M.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3ème Ed., Economica, Paris, Vol. II, pp. 2133 y ss.

TIGROUDJA, H. : « La Cour européenne des droits de l’homme et les immunités juridictionnelles d’états. Observations sur les arrêts *McElhinney*, *Fogarty* et *Al-Adsani contre Royaume Uni* du 21 novembre 2001, *RBDI*, n° 2, 2001, pp. 526 y ss.

TIGROUDJA, H.: “L’équité du procès pénale et la lutte internationale contre le terrorisme. Réflexions autour de décisions internes et internationales récentes, *RTrDH*, Vol. 69, 2007, pp. 3 y ss.

TIGROUDJA, H.: “La Cour supreme israélienne et la protection des personnes en temps de conflit”, *RGDIP*, t. 113, 2009, n° 3, pp. 555 y ss.

TOMKINS, A.: “Criminalizing support for terrorism: a comparative perspective”, *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy*, Vol. 6, 2010, pp. 81 y ss.

TOMUSCHAT, C.: “Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005; Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005, nyr”, *CMLRev*, Vol. 43, 2006, pp. 544 y ss.

TOMUSCHAT, C.: “L’immunité des états en cas de violatio graves des droits de l’homme”, *RGDIP*, 2005, n° 1, pp. 51 y ss.

TOMUSCHAT, C.: “The *Kadi* case: what relationship between the Universal legal order under the auspices of the United Nations and the EU legal order?”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counter-terrorism measures through the courts*, EUI Working Papers, AEL 2009/10, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/12879>, pp. 11 y ss.

TOMUSCHAT, C.: “The responsibility of other entities: private individuals”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. (Eds.): *The Law of International Responsibility*, Oxford, New York, 2010, pp. 985 y ss.

TRIDIMAS, T.: “Terrorism and the ECJ: empowerment and democracy in the EC legal order”, en CREMONA, M.; FRANCONI, F.; POLI, S. (Eds.): *Challenging the EU counter-terrorism measures through the courts*, EUI Working Papers, AEL 2009/10, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/12879>, pp. 99 y ss.

TRIDIMAS, T.; GUTIÉRREZ-FONS, J. A.: “EU Law, International Law, and economic sanctions against terrorism: the judiciary in distress?”, *FILJ*, Vol. 32, 2008-2009, pp. 671 y ss.

TZANAKOPOULOS, A.: “Domestic court reactions to United Nations Security Council resolutions”, en REINISCH, A. (Ed.): *Challenging acts of international organizations before national courts*, Oxford, New York, 2010, pp. 54 y ss.

TZANAKOPOULOS, A.: “United Nations sanctions in domestic courts”, *JICJ*, Vol. 8, 2010, pp. 249 y ss

TZANOU, M.; EL DROUBI, S.: “Case T-318/01. *Ohmar Mohammed Othman v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Judgment of the Court of First Instance of 11 June 2009 (Seventh Chamber), not yet reported”, *CMLRev*, Vol. 47, 2010, pp. 1233 y ss.

VAL GARIJO, F.: “Organizaciones internacionales y Estados miembros: problemas generales en materia de responsabilidad internacional”, *REEI*, n° 16, 2008, <http://www.reei.org/>

VAN GENUGTEN; KAMMINGA, M.: “Security Council sanctions as limitations of the right to freedom of movement”, en BOELES, P.; BULTERMAN, M.; LAWSON, R. (Eds.): *Mobility and human rights*, Intersentia, Antwerp, 2007, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=969448

- VAN ROSSEM, W.-J.: “Interaction between EU Law and International Law in the light of *Intertanko* and *Kadi*: the dilemma of norms binding the member States but not the community”, *NYIL*, Vol. XL, 2009, pp. 183 y ss.
- VANDEPOORTER, A.: « L’application communautaire des décisions du Conseil de sécurité », *AFDI*, Vol. LVII, 2006, pp. 102 y ss.
- VERDROSS, A.: « *Jus dispositivum* and *ius cogens* in international law », *AJIL*, Vol. 60, 1966, pp. 55 y ss.
- VERHOEVEN, J.: “La notion d’”applicabilité directe” du droit international”, *RBDI*, Vol. XV, n° 2, 1980, pp. 243 y ss.
- VERVAELE, J.: “Derechos fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: el *ne bis in idem* praetoriano del Tribunal de Justicia”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.): *El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 79 y ss.
- VERVAELE, J.: “Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el derecho penal?”, *Revista Penal*, n° 2, 1998, pp. 67 y ss.
- VINUESA, R. E.: “Interface, correspondence and convergence of human rights and international humanitarian law”, *YIHL*, Vol. I, 1998, pp. 69 y ss.
- VIRALLY, M.: “L’ONU devant le droit”, en VIRALLY, M. : *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Puf-IHEID, Paris, 1990, pp. 241 y ss.
- VIRALLY, M.: “Sur la prétendue “primitivité” du droit international”, en VIRALLY, M.: *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Puf-IHEID, Paris-Genève, 1990, pp. 91 y ss.
- VIRALLY, M.: « Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes » en VIRALLY, M. : *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Puf-IHEID, Paris, 1990, pp. 103 y ss.
- VITZTHUM, W. G.: “Article 2(6)”, en SIMMA, B. (Ed.): *The United Nations Charter. A commentary*, Oxford, New York, 2002, pp. 140 y ss
- VOEFFRAY, F.: “Le Conseil de sécurité de l’ONU: gouvernement mondial, législateur ou juge? Quelques réflexions sur les dangers de dérives”, en KOHEN, M. (Ed.): *Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law. Liber amicorum Lucius Caflish*, Brill, Leiden, 2007, pp. 1195 y ss.
- VON BOGDANDY, A.: “Pluralism, direct effect and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, n° 3-4, 2008, pp. 397 y ss.
- VON BOGDANDY, A.; DANND, P.; GOLDMANN, M.: “El Derecho Internacional como Derecho Público: prolegómeno de un Derecho de los mercados financieros”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.): *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales. XXIII Jornadas de la AEPRIDI, la Rioja, 10,11 y 12 de septiembre de 2009*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 57 y ss.

WALLENSTEEN, P.; STAIBANO, C.; ERIKSSON, M. (Eds.): *Making Targeted Sanctions Effective. Guidelines for the Implementation of UN Policy Options. Results from the Stockholm Process on the Implementation of Targeted Sanctions*, Uppsala University, 2003, pgs. 14 y ss., disponible en http://www.smartsanctions.se/stockholm_process/reports/Final%20report%20complete.pdf

WARBRICK, C.: “Principles of the European Convention on Human Rights and the response of States to terrorism”, *EHRLRev*, Vol. 3, 2002, pp. 287 y ss.

WARBRICK, C.: “The European Convention on Human Rights and the prevention of terrorism”, *ICLQ*, Vol. 32, January 1983, pp. 82 y ss.

WARBRICK, C.; WOUTERS, J.; NAERT, F.: “Of arrest warrants, terrorist offences and extradition deals: an appraisal of the EU’s main criminal measures against terrorism after “11 september”, *CMLRev.*, n° 41, 2004, pp. 909 y ss.

WASMEINER, M.; TWAITES, N.: “The development of the *ne bis in idem* into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments”, *ELRev*, Vol. 31, n° 4, pp. 565 y ss.

WEIL, P.: “Towards relative normativity in international law?”, *AJIL*, Vol. 77, n° 2, 1983, pp. 413 y ss.

WEIL, S.: “The judicial arm of the occupation: The Israeli military courts in the occupied territories”, *IRRC*, Vol. 89, n° 866, 2007, pp. 395 y ss.

WEILER, J. H. H.: “Editorial”, *EJIL*, Vol. 19, n° 5, p. 893 y ss.

WEILER, J. H. H.: “Eurocracy and distrust: some questions concerning the role of the European Court of Justice in the protection of fundamental rights within the legal order of the European Communities”, *Washington Law Review*, Vol. 61, July 1986, pp. 1103 y ss.

WEILER, J. H. H.; LOCKHART, N. J. S.: “‘Taking rights seriously’ seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence – part I”, *CMLRev*, Vol. 32, 1995

WEILER, J. H. H.; LOCKHART, N. J. S.: « ‘Taking rights seriously’ seriously : The European Court of Justice and its fundamental rights jurisprudence. Part I », *CMLRev*, Vol. 32, 1995, pp. 51 y ss.

WEILER, J. H. H.; LOCKHART, N. J. S.: « ‘Taking rights seriously’ seriously : The European Court of Justice and its fundamental rights jurisprudence. Part II », *CMLRev*, Vol. 32, 1995, pp. 579 y ss.

WELLENS, K.: “Fragmentation of international law and establishing an accountability regime for international organizations: the role of the judiciary in closing the gap”, *MJIL*, Vol. 25, Summer 2004, pp. 1 y ss.

WESSEL, R. A.: “Debating the smartness of EU antiterrorist sanctions: the UN Security Council and the individual”, en Fijnaut, C.; Wouters, J.; Naert, F. (Eds.), *Legal Instruments in the Fight Against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue*, Boston/Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 633 y ss.

WILS, W. P. J.: “The principle of *ne bis in idem* in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis”, *World Competition*, Vol. 26, n° 2, 2003, pp. 131 y ss.

WOLFRUM, R.: “Article 1(1)”, en SIMMA, B. (Ed.): *United Nations Charter. A commentary*, Oxford, New York, 2002, pp. 45 y ss.

WOOD, M.: “The legal framework of the Security Council”, 2006 *Sir Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*, 7 de noviembre de 2006, pp. 7 y ss.; disponible en http://www.lcil.cam.ac.uk/lectures/2006_sir_michael_wood.php

WOUTERS, J.; VAN EECKHOUTE, D.: “Giving effect to customary international law through Community Law”, KULeuven Institute for International Law Working Paper n° 25, Junio 2002, www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP109e.pdf

YOO, J.: “Courts at war”, *Cornell Law Review*, 2006, pp. 573 y ss.

ZAPATER DUQUE, E.: “La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Programa de Estocolmo: el reto de la integración y de la coherencia”, en PI LLORES, M.; ZAPATER DUQUE, E. (Coords.): *¿Hacia una Europa de las personas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia?*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 19 y ss.

ZEMANEK, K.: “Is the Security Council the sole judge of its own legality?”, en VV.AA.: *Liber amicorum Mohammed Bedjaoui*, Kluwer, The Hague-Boston, 1999, pp. 484 y ss.

ZGONEC-ROZEJ, M.: “Her Majesty’s Treasury v. Mohammed Jabar Ahmed and Others; Her Majesty’s Treasury v. Mohammed al-Ghabra; R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) v. Her Majesty’s Treasury”, *AJIL*, Vol. 105, n° 1, January 2011, pp. 114 y ss.

ZIEGLER, K.: “Strengthening the rule of law, but fragmenting international law: the *Kadi* decisión of the ECJ from the perspective of human rights”, *HRLRev*, Vol. 9, n° 2, pp. 288 y ss.

ZIMMERMANN, A.: “The right to a fair trial in situations of emergency and the question of emergency courts”, en WEISSBRODT, D.; WÖLFRUM, R.(Eds.): *The right to a fair trial*, Springer, Berlin, 2003 pp. 747 y ss.

ZIMMERMANN, A.: « Acting under chapter VII (...) –Resolution 1422 and possible limits of the powers of the Security Council », en FROWEIN, J.A. ; SCHARIOTH, K. ; WINKELMANN, I. ; WOLFRUM, R. (Eds.): *Verhandeln für den Frieden Negotiating for Peace. Liber amicorum Tono Eifel*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2003, pp. 907 y ss.

4. JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INTERNACIONALES Y OTROS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN

4.1. Corte Permanente de Justicia Internacional y Corte Internacional de Justicia

CPJI, *Asunto del Lotus* (Francia c. Turquía), sentencia de 7 de septiembre de 1927 (fondo), *Recueil CPJI*, p. 16

CPJI, *Competencia de los Tribunales de Dantzig*, dictamen consultivo de 3 de marzo de 1928, *Recueil CPJI* p. 15

CIJ, *Condiciones de admisión a la ONU*, dictamen consultivo de 25 de mayo de 1948, *Recueil CIJ* 1948

CII, *Estrecho de Corfú* (Reino Unido c. Albania), sentencia de 9 de abril de 1949, *Recueil CIJ 1949*

CII, *Reparaciones de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, dictamen consultivo de 11 de abril de 1949, *Recueil CIJ 1949*

CII, *Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, dictamen consultivo de 28 de mayo de 1951, *Recueil CIJ 1951*

CII, *Asunto anglonoruego de pesquerías* (Reino Unido c. Noruega), sentencia de 18 de diciembre de 1951, *Recueil CIJ 1951*

CII, *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, dictamen consultivo de 20 de julio de 1962, *Recueil CIJ 1962*

CII, *Asunto del Sudoeste Africano*, (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica), sentencia 18 de julio de 1966, (segunda fase), *Recueil CIJ 1966*

CII, *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte* (RFA contra Dinamarca/RFA contra Países Bajos), sentencia de 20 de febrero de 1969, *Recueil CIJ 1969*

CII, *Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company*, (segunda fase), sentencia de 5 de febrero de 1970, *Recueil CIJ 1970*

CII, *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia a pesar de la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, Opinión consultiva de 21 de junio de 1971, *Recueil CIJ 1971*

CII, *Plataforma continental del Mar Egeo*, sentencia de 19 de diciembre de 1978, *Recueil CIJ 1978*

CII, *Personal diplomático y consular en Teherán*, sentencia de 24 de mayo de 1980, *Recueil CIJ 1980*

CII, *Acuerdo entre la OMS y Egipto*, dictamen consultivo de 20 de diciembre de 1980, *Recueil CIJ 1980*

CII, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Competencia del Tribunal y admisibilidad de la demanda, Sentencia de 26 de noviembre de 1984, *Recueil CIJ 1984*

CII, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Sentencia de 27 de junio de 1986 (fondo), *Recueil CIJ 1986*

CII, *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la Organización de las Naciones Unidas*, opinión consultiva de 26 de abril de 1988, *Recueil CIJ 1988*

CII, *Cuestiones relativas a la interpretación y la aplicación de la Convención de Montreal de 1971 derivadas del incidente aéreo de Lockerbie* (Jarahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos), Ordenanza de 14 de abril de 1992 (medidas conservatorias), *Recueil CIJ 1992*

CII, *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio*, Ordenanza de 13 de septiembre de 1993, *Recueil CIJ 1993*

CIJ, *Legalidad del uso por un Estado de Armas Nucleares en conflicto armado* (AG), opinión consultiva de 8 de julio de 1996, *Recueil CIJ 1996*

CIJ, *Asunto relativo al proyecto Gabčíkovo Nagymaros* (Hungria c. Eslovaquia), sentencia de 25 de septiembre de 1997, *Recueil CIJ 1997*

CIJ, *Cuestiones relativas a la interpretación y la aplicación de la Convención de Montreal de 1971 derivadas del incidente aéreo de Lockerbie* (Jarahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos), sentencia de 27 de febrero de 1998, *Recueil CIJ 1998*

CIJ, *Avena y otros ciudadanos mexicanos* (México c. EE.UU.), sentencia de 31 de marzo de 2004, *Recueil CIJ 2004*

CIJ, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva de 9 de julio de 2004, *Recueil CIJ 2004*

CIJ, *Actividades armadas sobre el territorio de la República Democrática del Congo*, sentencia de 19 de diciembre de 2005, *Recueil CIJ 2005*

CIJ, *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro), sentencia de 26 de febrero de 2007, *Recueil CIJ 2007*

4.2. Jurisprudencia arbitral

Alabama (Gran Bretaña c. Estados Unidos de América), sentencia de 14 de septiembre de 1872, *R.S.A.*, Vol. II, p. 825

Affaire du Lusitania, sentencia de la Comisión mixta de reclamaciones Estados Unidos – Alemania, 1 de noviembre de 1923, *RSA*, Vol. VII

Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France, sentencia arbitral de 9 de diciembre de 1978, *R.S.A.* Vol. XVIII, p. 417.

Affaire du Rainbow Warrior, Nueva Zelanda c. Francia, Sentencia de 3 de abril de 1990, *R.S.A.*, Vol. XX

4.3. Corte Penal Internacional

CPI, Sala de Cuestiones Preliminares, Orden ICC-01/04-01/06, 31 marzo 2006

4.4. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

TPIY, *Fiscal c. Dusko Tadic a/k/a "Dule"*, Appeals Chamber, Decision of 2 October 1995 on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No IT-94-1-A

TPIY, *Fiscal c. Furundjiza*, Judgment, 10 December 1998, Case No IT-95-17/1

TPIY, *Fiscal c. Stanislav Galic*, Judgment and Opinion, 5 December 2003, Case No IT-98-29-T

4.5. Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR, *Fiscal c. Joseph Kanyabashi*, Trial Chamber, Decision of 18 June 1997 on the Defence Motion for jurisdiction, ICTR-96-15-T

4.6. Tribunal Especial para el Líbano

TEL, *Jamil El Sayed*, sentencia de 10 de noviembre de 2010, CH/AC/2002/2

TEL, *Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging*, sentencia de 16 de febrero de 2011, Case n° STL- I I – 01 11

4.7. Comité de Derechos Humanos del PIDCP

a) *Observaciones Generales*

CDH, Observación General n° 5, *Artículo 4 - Suspensión de las obligaciones, 13° período de sesiones*, 28 de julio de 1981, Doc. CCPR/C/21/Rev.1 (sustituida por la OG n° 29)

CDH, Observación General n° 24, *Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, 2 de octubre de 1992, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6

CDH, Observación General n° 29, *Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, 24 de julio de 2001, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11

CDH, Observación General n° 31, *La índole de la obligación jurídica general impuesta*, 26 de mayo 2004, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13

CDH, Observación General n° 32, *Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 23 de agosto de 2007, Doc. CCPR/C/GC/32

b) *Comunicaciones individuales*¹⁸⁹⁹

CDH, *Abdeel Keerem Hassan Aboushanif c. Noruega*, 17 de Julio de 2008, Com. n° 1542/2007, CCPR/C/93/D/1542/2007

CDH, *Anni Äärelä and Mr. Jouni Näkkäljärvi c. Finlandia*, 7 de noviembre de 2001, Com. n° 779/1997, CCPR/C/73/D/779/1997

CDH, *Anthony Currie c. Jamaica*, 31 de marzo de 1994, Com. n° 377/1989, CCPR/C/50/D/377/1989

CDH, *Arutyunyan c. Uzbekistán*, 29 de marzo de 2004, Com. n° 917/2000, CCPR/C/80/D/917/2000;

¹⁸⁹⁹ Presentadas por orden alfabético

CDH, *Aston Little c. Jamaica*, 19 noviembre de 1991, Com. n° 283/1988, CCPR/C/43/D/283/1988

CDH, *Bahamonde c. Guinea Ecuatorial*, 10 de noviembre de 1993, n° 468/1991, CCPR/C/49/D/468/1991

CDH, *Berry v. Jamaica*, 4 de julio de 1994, Com. n° 330/1988, CCPR/C/50/D/330/1988

CDH, *Casnovas c. Francia*, 19 de julio de 1994, Com. n° 441/90, CCPR/C/51/D/441/1990

CDH, *Frantisek Brychta v. The Czech Republic*, decisión de inadmisibilidad de 27 de octubre de 2009, Com. n° 1618/2007, CCPR/C/97/D/1618/2007

CDH, *Garfield Pert y Andrew Pert c. Jamaica*, de 19 de julio de 1995, Com. n° 464/1991 y 482/1991; CCPR/C/54/D/482/1991

CDH, *Geniuval M. Cagas, Wilson Butin y Julio Astillero c. Filipinas*, 31 de enero de 2002, Com. n° 788/1997, CCPR/C/73/D/788/1997

CDH, *I.P. c. Finlandia*, 26 de julio de 1993, Com. n° 450/1991, CCPR/C/48/D/450/1991

CDH, *Jenny c. Austria*, Com. 1437/2005, 8 de agosto de 2005, CCPR/C/93/D/1437/2005

CDH, *Judge c. Canadá*, 13 de agosto de 2003, Com. n° 829/1998, CCPR/C/78/D/829/1998

CDH, *Kartunnen c. Finlandia*, 23 de octubre de 1992, Com. N° 387/1989, CCPR/C/46/D/387/1989

CDH, *Kelly c. Jamaica*, 8 de abril de 1991, Com. n° 253/1987, CCPR/C/41/D/253/1987

CDH, *Kendrick Dean c. Nueva Zelanda*, 29 de marzo de 2009, Com. n° 1512/2006, CCPR/C/95/D/1512/2006

CDH, *Kholida Turaeva v. Uzbekistán*, 20 de octubre de 2009, Com. n° 1284/2004, CCPR/C/97/D/1284/2004

CDH, *Kindler c. Canadá*, 18 de noviembre de 1993, Com. n° 470/1991, CCPR/C/48/D/470/1991

CDH, *Kolanowski c. Polonia*, 6 de agosto de 2003, Com. n° 837/98, CCPR/C/78/D/837/1998

CDH, *Leaford Smith c. Jamaica*, 31 de marzo de 1993, Com. n° 282/1988, CCPR/C/47/D/282/1988

CDH, *Lynden Champagnie, Delroy Palmer and Oswald Chisholm v. Jamaica*, 18 de julio de 1994, Com. n° 445/1991, CCPR/C/51/D/445/1991

CDH, *Maleki c. Italia*, 15 de julio de 1999, Com. n° 699/1996, CCPR/C/66/D/699/1996

CDH, *Mbenge c. Zaire*, 25 de marzo de 1983, Com. n° 016/1977, Doc. CCPR/C/18/D/16/1977

CDH, *Miguel González del Río c. Perú*, 28 de octubre de 1992, Com. n° 263/1987, CCPR/C/46/D/263/1987

CDH, *Moraal c. Francia*, 28 de julio de 1989, Com. n° 207/1986, CCPR/C/36/D/207/1986

CDH, *Nabil Sayadi y Patricia Vinck c. Bélgica*, de 22 de octubre de 2008, CCPR/C/94/D/1472/2006

CDH, *Raphael Henry c. Jamaica*, 19 noviembre de 1991, Com. n° 230/1987, CCPR/C/43/D/230/1987

CDH, *Sandra Fei c. Colombia*, 4 de abril de 1995, Com. n° 514/1992, CCPR/C/57/1

CDH, *Smartt c. República de Guyana*, 6 de julio de 2004, Com. n° 867/1999, CCPR/C/81/D/867/1999

CDH, *Svetik c. Bielorrusia*, 8 de julio de 2004, Com. n° 1006/2001, CCPR/C/81/D/927/2000

CDH, *Tchanko Roussev Gueorguiev c. España*, 24 de julio de 2007, Com. n° 1386/2005, CCPR/C/90/D/1386/2005

CDH, *Van Hulst c. Países Bajos*, 1 de noviembre de 2004, Com. n° 903/2000, CCPR/C/82/D/903/2000

CDH, *Victor Francis c. Jamaica*, 24 marzo de 1993, Com. n° 320/1998, CCPR/C/47/D/320/1988

CDH, *Y. L. c. Canadá*, 8 de abril de 1986, Com. n° 112/81, CCPR/C/OP/2

4.8. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas

CDESC, Observación General n° 8, 12 de mayo de 2003, Doc. HRI/GEN/1/Rev.6

4.9. Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹⁰⁰

TEDH, *A y otros c. Reino Unido*, sentencia de 19 de febrero de 2009 (GS), Ap. n° 3455/05

TEDH, *Agosi c. Reino Unido*, sentencia de 24 de octubre de 1986, Ap. n° 9118/80

TEDH, *Air Canada c. Reino Unido*, sentencia de 26 de abril de 1995, Ap. n° 18465/91

TEDH, *Aït-Mouhoub v Francia*, sentencia de 28 de octubre de 1998, Ap. n° 22924/93

TEDH, *Aksoy c. Turquía*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, Ap. n° 21987/93

TEDH, *Al-Adsani c. Reino Unido*, sentencia de 21 de noviembre de 2001, Ap. n° 35763/97

TEDH, *Albert y Le Compte c. Bélgica*, sentencia de 10 de febrero de 1983, Aps. n° 7299/75 y 7496/76

TEDH, *Barberà, Messegué y Jabardo c. España*, sentencia de 12 de mayo de 2005, Ap. n° 46221/99

TEDH, *Beer y Regan c. Alemania* (GS), sentencia de 18 de febrero de 1999, Ap. n° 28934/95

TEDH, *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega* (GS), decisión de inadmisibilidad de 2 de mayo de 2007, Ap. n° 78166/01

TEDH, *Belilos c. Suiza*, sentencia de 29 de abril de 1988, Ap. n° 10328/83

¹⁹⁰⁰ Sentencias y decisiones de inadmisibilidad presentadas por orden alfabético

TEDH, *Bentham c. Países Bajos*, sentencia de 29 de abril de 1988, Ap. n° 8848/80

TEDH, *Beric y otros c. Bosnia-Herzegovina*, decisión de inadmisibilidad de 16 de octubre de 2007, Aps. nos. 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05 y 25496/05

TEDH, *Beygo c. 46 Estados del Consejo de Europa*, decisión de inadmisibilidad de 16 de junio de 2009, Ap. n° 36099/06

TEDH, *Bilen c. Turquía*, sentencia de 21 de febrero de 2006, Ap. n° 34482/97

TEDH, *Blagojevic c. Países Bajos*, decisión de inadmisibilidad de 9 de junio de 2009, Ap. n° 49032/07

TEDH, *Boivin c. 34 Estados del Consejo de Europa*, decisión de inadmisibilidad de 9 de septiembre de 2008, Ap. n° 73250/01

TEDH, *Bönisch c. Austria*, sentencia de 6 de mayo de 1985, Ap. n° 8658/79

TEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, sentencia de 30 de junio de 2005, Ap. n° 45036/98

TEDH, *Brannigan y McBride c. Reino Unido*, sentencia de 26 de mayo de 1993, Aps. nos. 14553/89 ; 14554/89

TEDH, *Brogan c. Reino Unido*, sentencia de 29 de noviembre de 1988, Aps. nos. 11208/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85

TEDH, *Brozicek c. Italia*, sentencia de 19 de diciembre de 1989, Ap. n° 10964/84

TEDH, *Campbell y Fell c. Reino Unido*, sentencia de 28 de junio de 1984, Aps. nos. 7819/77 y 7878/77

TEDH, *Cantoni c. Francia (GS)*, sentencia de 15 de noviembre de 1996, Ap. n° 17862/91

TEDH, *Çiraklar c. Turquía*, sentencia de 28 de octubre de 1998, Ap. n° 19601/92

TEDH, *Colozza c. Italia*, sentencia de 12 de febrero de 1985, Ap. n° 9024/80

TEDH, *Connolly c. 15 Estados miembros de la UE*, decisión de inadmisibilidad de 9 de diciembre de 2008, Ap. n° 73274/01

TEDH, *Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U. A. (CPNK) c. Países Bajos* (20 de enero de 2009, Ap. n° 13645/05

TEDH, *Cudak c. Lituania (GS)*, sentencia de 23 de marzo de 2010, Ap. n° 15869/02

TEDH, *Chahal c. Reino Unido*, sentencia de 15 de noviembre de 1996, Ap. n° 22414/93

TEDH, *Dassa Foundation y otros c. Liechtenstein*, decisión de inadmisibilidad de 10 de julio de 2007, Ap. n° 696/05

TEDH, *Delcourt c. Bélgica*, sentencia de 17 de enero de 1970, Ap. n° 2689/65

TEDH, *Demir et autres c. Turquie*, sentencia de 23 septembre 1998, Aps. n° 23145/93 y 25091/94

TEDH, *Deweert c. Belgique*, sentencia de 16 de julio de 1971, Ap. n° 6903/75

TEDH, *De Wilde et al c. Belgique*, sentencia de 18 de junio de 1971, Aps. nos. 2832/66; 2835/66; 2899/66

TEDH, *Dogmoch c. Alemania*, decisión de inadmisibilidad de 14 de agosto de 2003, Ap. n° 26315/03

TEDH, *Dombo Beheer c. Países Bajos*, sentencia de 27 de octubre de 1993, Ap. n° 14448/88

TEDH, *Doorson c. Países Bajos*, sentencia de 26 de marzo de 1996, Ap. n° 20524/92

TEDH, *Drozdy y Janousek c. Francia y España*, sentencia de 26 de junio de 1992, Ap. n° 12747/87

TEDH, *Dulaurans c. Francia*, sentencia de 21 de marzo de 2000, Ap. n° 34553/97

TEDH, *Eckle c. Alemania*, sentencia de 15 de julio de 1982, Ap. n° 8130/78

TEDH, *Éditions Périscope c. Francia*, sentencia de 22 de marzo de 1992, Ap. n° 11760/85

TEDH, *Edwards c. Reino Unido*, sentencia de 16 de diciembre de 1992, Ap. n° 13071/87

TEDH, *Engel c. Países Bajos*, sentencia de 8 de junio de 1976, Ap. n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72

TEDH, *Englert c. Alemania*, sentencia de 25 de agosto de 1987, Ap. n° 10282/83

TEDH, *Findlay c. Reino Unido*, sentencia de 25 de febrero de 1997, Ap. n° 22107/93

TEDH, *Fitt c. Reino Unido (GS)*, sentencia de 16 de febrero de 2000, Ap. n° 27777/96

TEDH, *Fogarty c. Reino Unido*, sentencia de 21 de noviembre de 2001, Ap. n° 37112/97

TEDH, *Franz Fischer c. Austria*, sentencia de 29 de mayo de 2001, Ap. n° 37950/97

TEDH, *Fredin c. Suecia (n° 2)*, sentencia de 23 de febrero de 1994, Ap. n° 18928/91

TEDH, *Galic c. Países Bajos*, decisión de inadmisibilidad de 9 de junio de 2009, Ap. n° 22617/07

TEDH, *García Ruiz v. Spain, (GS)*, sentencia de 21 de enero de 1999, Ap. n° 30544/96

TEDH, *Gasparini c. Italia y Bélgica*, decisión de inadmisibilidad de 12 de mayo de 2009, Ap. n° 10750/03

TEDH, *Geerings c. Países Bajos*, sentencia de 1 de marzo de 2007, Ap. n° 30810/03

TEDH, *Golder c. Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1975, Ap. n° 4451/70

TEDH, *Grayson y Barnham c. Reino Unido*, sentencia de 23 de septiembre de 2008, Aps. nos. 19955/05 y 15085/06

TEDH, *Haarvig c. Noruega*, decisión de admisibilidad de 11 de diciembre de 2007, Ap. n° 11187/05

TEDH, *Hauschildt c. Dinamarca*, sentencia de 24 de mayo de 1989, Ap. n° 10486/83

TEDH, *Hautschild c. Dinamarca*, sentencia de 24 de mayo de 1989, Ap. n° 10486/83

TEDH, *Helmers c. Suecia*, sentencia de 29 de octubre de 1991, Ap. n° 11826/85

TEDH, *Helmers c. Suecia*, sentencia de 29 de octubre de 1991, Ap. n° 11826/85

TEDH, *Huber Morel c. Francia*, 6 de junio de 2000, Ap. n° 34130/96

TEDH, *Incal c. Turquía*, sentencia de 9 de junio de 1998, Ap. n° 22678/93

TEDH, *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, Ap. n° 5310/71

TEDH, *Isayeva c. Rusia (GS)*, 24 de febrero de 2005, Ap. n° 57950/00

TEDH, *Jasper c. Reino Unido (GS)*, sentencia de 16 de febrero de 2000, Ap. n° 27052/95

TEDH, *Kalogeropoulos et al. c. Grecia y Alemania*, decisión de inadmisibilidad de 3 de marzo de 2005, Ap. n° 59021/00

TEDH, *Kalogeropoulou y otros c. Grecia y Alemania*, decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2002, Ap. n° 59021/00

TEDH, *Kamasinski v. Austria*, sentencia de 19 de diciembre de 1989, Ap. n° 9783/82

TEDH, *Klass y otros c. Alemania*, sentencia de 6 de septiembre de 1978, Ap. n° 5029/71

TEDH, *Kmetty c. Hungría*, de 16 de diciembre de 2003, Ap. n° 57967/00

TEDH, *König c. Alemania*, sentencia de 28 de junio de 1978, Ap. n° 6232/73

TEDH, *Kostovsky c. Países Bajos*, sentencia de 20 de noviembre de 1989, Ap. n° 11454/85

TEDH, *Kremzow c. Austria*, sentencia de 21 de septiembre de 1993, Ap. n° 12350/86

TEDH, *Kudla c. Polonia (GS)*, sentencia de 26 de octubre de 2000, Ap. n° 30210/96

TEDH, *Kyprianou c. Chipre (GS)*, sentencia de 15 de diciembre de 2005, Ap. n° 73797/01

TEDH, *Lavents c. Letonia*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Ap. N° 58442/00

TEDH, *Lawless c. Irlanda (n° 3)*, sentencia de 1 de julio de 1961, Ap. n° 332/57

TEDH, *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica*, sentencia de 23 de junio de 1981, Aps. nos. 6878/75 y 7238/75

TEDH, *Loizidou c. Turquía (GS)*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, Ap. n° 15318/89

TEDH, *López Cifuentes c. España*, decisión de inadmisibilidad de 7 de julio de 2009, Ap. n° 18754/06

TEDH, *Lutz c. Alemania*, sentencia de 25 de agosto de 1987, Ap. n° 9912/82

TEDH, *Manoilescu y Dobrescu c. Rumanía y Rusia*, de 3 de marzo de 2005, Ap. n° 59021/00

TEDH, *Marcello Viola c. Italia*, sentencia de 5 de octubre de 2006, Ap. n° 45106/04

TEDH, *Martínez Sala c. España*, 2 de noviembre de 2004, Ap. n° 58438/00

TEDH, *Matthews c. Reino Unido*, sentencia de 18 de febrero de 1999, Ap. n° 24833/94

TEDH, *McElhinney c. Irlanda*, sentencia de 21 de noviembre de 2001, Ap. n° 31253/96

TEDH, *Mehmet Emin Yüksel c. Turquía*, sentencia de 20 de julio de 2004, Ap. n° 40154/98

TEDH, *Micallef c. Malta (GS)*, sentencia de 15 de octubre de 2009, Ap. n° 17056/06

TEDH, *Micallef c. Malta (GS)*, sentencia de 15 de octubre de 2009, Ap. n° 17056/06

TEDH, *Minelli c. Suiza*, sentencia de 25 de marzo de 1983, Ap. n° 8660/79

TEDH, *Moreira de Azevedo c. Portugal*, sentencia de 23 de octubre de 1990, Ap. n° 11296/84;

TEDH, *Naletilic c. Croacia*, decisión de inadmisibilidad de 4 de mayo de 2000, Ap. n° 51891/99

TEDH, *Öcalan c. Turquía (GC)*, sentencia de 12 de mayo de 2005, Ap. n° 46221/99

TEDH, *Öztürk c. Alemania*, sentencia de 21 de febrero de 1984, Ap. n° 8544/79

TEDH, *Pélissier et al c. Francia*, sentencia de 25 de marzo de 1999, Ap. n° 25444/94

TEDH, *Pérez c. Francia*, sentencia de 12 de febrero de 2004, Ap. n° 47287/99

TEDH, *Phillips c. Reino Unido*, sentencia de 5 de julio de 1991, Ap. n° 41087/98

TEDH, *Piersack c. Bélgica*, sentencia de 1 de octubre de 1982, Ap. n° 8692/79

TEDH, *Raimondo c. Italia*, sentencia de 22 de febrero de 1994, Ap. n° 12954/87

TEDH, *Rambus Inc c. Alemania*, decisión de inadmisibilidad de 16 de junio de 2009, Ap. n° 40382/04

TEDH, *Ribitsch c. Austria*, sentencia de 4 de diciembre de 1995, Ap. n° 18896/91

TEDH, *Ringeisen c. Austria*, Sentencia de 16 de julio de 1971, Ap. n° 2614/65

TEDH, *Rowe y Davis c. Reino Unido (GC)*, sentencia de 16 de febrero de 2000, Ap. n° 28901/95

TEDH, *Ruiz Torija c. España*, sentencia de 9 de diciembre de 1994, Ap. n° 18390/91

TEDH, *Saadi c. Italia (GS)*, sentencia de 28 de febrero de 2008, Ap. n° 37201/06

TEDH, *Sadak et al c. Turquía*, sentencia de 17 de julio de 2001, Aps. Nos. 29900/96, 29901/96, 29902/96 and 29903/96

TEDH, *Sander c. Reino Unido*, sentencia de 25 de febrero de 2000, Ap. n° 34129/96

TEDH, *Saunders c. Reino Unido (GC)*, sentencia de 17 de diciembre de 1992, Ap. n° 19187/91

TEDH, *Segi y otros c. 15 Estados miembros de la UE*, decisión de inadmisibilidad de 23 de mayo de 2002, Aps. n° 6422/02 y 9916/02

TEDH, *Sejdovic c. Italia*, sentencia de 1 de marzo de 2006, Ap. n° 56581/00

TEDH, *Sevtap Veznedaroglu c Turquía*, de 25 septiembre de 1997, Ap. n° 23178/94

TEDH, *Société d'établissements Biret et Cie S.A. y Société Biret International*, decisión de inadmisibilidad de 9 de diciembre de 2008, Ap. n° 13762/04

TEDH, *Soering c. Reino Unido*, sentencia de 7 de julio de 1989, Ap. n° 14038/88

TEDH, *Sramek c. Austria*, sentencia de 22 de octubre de 1984, Ap. n° 8790/79

TEDH, *Stanford c. Reino Unido*, sentencia de 23 de febrero de 1994, Ap. n° 16757/90

TEDH, *Tinnelly and Sons. Lted. y otros y McElduff y otros c. Reino Unido*, sentencia de 10 de julio de 1998, App. nos. 62/1997/846/1052–1053

TEDH, *Tomasi c. Francia*, sentencia de 27 de agosto de 1992, Ap. n° 12850/87

TEDH, *Unterpentinger c. Austria*, sentencia de 24 de noviembre de 1986, Ap. n° 9120/80

TEDH, *Van Mechelen c. Países Bajos*, sentencia de 18 de marzo de 1997, Aps. nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 y 22056/93

TEDH, *Vilen c. Finlandia*, sentencia de 17 de febrero de 2009, Ap. n° 22635/04

TEDH, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, sentencia de 30 de octubre de 1991, Aps. nos. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87

TEDH, *Waite y Kennedy c. Alemania (GS)*, sentencia de 18 de febrero de 1999, Ap. n° 26083/94

TEDH, *Waite y Kennedy c. Alemania (GS)*, sentencia de 18 de febrero de 1999, Ap. n° 26083/94

TEDH, *Welch c. Reino Unido*, sentencia de 9 de febrero de 1995, Ap. n° 17440/90

TEDH, *Zlinsat, Spol S. RO c. Bulgaria*, sentencia de 15 de junio de 2006, Ap. n° 57785/00

4.10. Comisión Europea de Derechos Humanos

CionEDH, *Ofter y Hopfinger c. Austria*, 23 de noviembre de 1962, Aps. ns. 524/59 y 617/59, *Yearbook* n° 6, p. 680

CionEDH, *Dinamarca, Noruega, Suecia, y Países Bajos c. Grecia*, decisión de 5 de noviembre de 1969, *Yearbook* XII, p. 153

CionEDH, *E. Tête c. Francia*, decisión de inadmisibilidad de 9 de diciembre de 1987, Ap. n° 11123/84, *D. R.*, vol. 54, 59

CionEDH, *M. & Co. c. RFA*, decisión de inadmisibilidad de 9 de febrero de 1990, Ap. n° 13258/87, *Ybook of the ECHR*, p. 46 y ss.

4.11. Corte Interamericana de Derechos Humanos

a) *Función consultiva*

CrIDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 convención americana sobre derechos humanos)*, OC-8/87, 30 de enero de 1987

CrIDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC-10/89, 14 de julio de 1989

CrIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, OC-16/99, 1 de octubre de 1999

CrIDH, *La condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18/03, 17 de septiembre de 2003

b) *Función contenciosa*¹⁹⁰¹

CrIDH, *Apitz Barberá y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n° 182

CrIDH, *Bamaca Velásques c. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2001 (fondo), Serie C, n° 70

CrIDH, *Cantoral BenaVid.s c. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000 (fondo), Serie C n° 88

CrIDH, *Cantos c. Argentina*, sentencia de 28 de noviembre de 2002 (fondo), Serie C n° 97

CrIDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano c. Perú)*, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C n° 71

CrIDH, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C n° 170

CrIDH, *Goiburú et al c. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C n° 153

CrIDH, *Ivcher Bronstein c. Perú*, sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C n° 74

CrIDH, *La Cantuta c. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C n° 162

CrIDH, *Las Palmeras c. Colombia*, sentencia de 6 de diciembre de 2001 (fondo), Serie C. n° 90

CrIDH, *Lori Berenson Mejía* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C n° 119

CrIDH, *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006 (fondo, reparaciones y costas), Serie C n° 140

¹⁹⁰¹ Presentadas por orden alfabético

CrIDH, *Ricardo Baena y otros c. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas) Serie C n° 72.

CrIDH, *Ricardo Canese c. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C n° 111

CrIDH, *Tibi c. Ecuador* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C n° 114

CrIDH, *Tristán Donoso c. Panamá*, sentencia de 27 de enero de 2009 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)

CrIDH, *Velásquez Rodríguez vs Honduras* (Indemnización compensatoria), sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C n° 4

CrIDH, *Yatama c. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005 (Fondo y reparaciones), Serie C n° 127

4.12. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CionIDH: *Abella c. Argentina* (asunto de la Tablada), n° 11.137, de 30 de octubre de 1997, n° 55/97

CionIDH: *Martín de Mejía c. Perú*, n° 10.970 (fondo), de 1 de marzo de 1996, Informe n° 5/96

CionIDH: *Andrews c. Estados Unidos*, n° 11.139, de 6 de diciembre de 1996, (fondo), n° 57/96

CionIDH: *Guy Malari c. Haití* (fondo), n° 11335, 27 de diciembre de 2002, Informe n° 78/02

CionIDH: *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, 7 de septiembre de 2007, Doc. OEA/Ser.L/V/II.129

CionIDH: *Informe sobre terrorismo y derechos humanos* 22 de octubre de 2002, Doc. OEA/Ser.L/V/II.116

4.13. Comisión Africana de Derechos Humanos

CionAfrDH, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés c. Chad*, 11 de octubre de 1998, Com. n° 74/92, 8° Rep., p. 30

CionAfrDH, *Constitutional Rights Project et al. c. Nigeria*, 5 de noviembre de 1999, Com. n° 140/94 et al, 13° Rep, p. 31

4.14. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)¹⁹⁰²

TJCE, *Aalborg Portland AS y otros c. Comisión*, sentencia de 7 de enero de 2004, C-204/2000P, C-205/2000P, C-211/2000P, C-213/2000P, C-217/2000P y C-219/2000

¹⁹⁰² Sentencias presentadas por orden alfabético

TJCE, *Alemania c. Consejo*, sentencia de 10 de marzo de 1998, C-122/95

TJCE, *Anklagemyndigheden c. Poulsen y Diva Navigation Corp*, sentencia de 24 de noviembre de 1992, C-286/90, Rec., 1992-9 pp. I-6048 y ss

TJCE, *Ayadi c. Consejo*, sentencia de 12 de julio de 2006, T-253/02

TJCE, *Baustahlgewebe GmbH c. Comisión*, sentencia de 17 diciembre 1998, C-185/95

TJCE, *Bosphorus*, sentencia de 30 de julio de 1996 C-84/95, Rec. 1996, I-3953

TJCE, *Burgoa*, sentencia de 14 de octubre de 1980, 812/79, Rec. (Selección) 1980, III-919 y ss.

TJCE, *Comisión c. Austria*, sentencia de 3 de marzo de 2009, C-205/06

TJCE, *Comisión c. Consejo*, sentencia de 12 de diciembre de 2002, C-281/01

TJCE, *Comisión c. Finlandia*, sentencia de 19 de noviembre de 2009, C-118/07

TJCE, *Comisión c. Grecia*, sentencia de 19 de marzo de 1995, C-120/94, Rec 1995-6 p. I-1535

TJCE, *Comisión c. Irlanda (asunto de la Fábrica de Mox)*, sentencia de 30 de mayo de 2006, C-459/03

TJCE, *Comisión c. Jégo-Quéré*, sentencia de 1 de abril de 2004, C-263/02

TJCE, *Comisión c. Suecia*, sentencia de 3 de marzo de 2009, C-249/06

TJCE, *Dictamen 1/00*, 18 de abril de 2002

TJCE, *Dictamen 1/91*, 14 de diciembre de 1991, Rec. 1991-10, I-6079

TJCE, *Ebony Maritime c. Prefetto della Provincia di Brindisi*, sentencia de 27 de febrero de 1997, C-177/95, Rec. p I-1111

TJCE, *Eliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossoppikou v. Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirious Kouvelas y Nicolaos Avdellas y otros (ERT)*, sentencia de 18 de junio de 1991, C-260/89, Rec. p. I-2925.

TJCE, *Eyckeler & Malt AG c. Comisión*, sentencia de 19 de febrero de 1998, T-42/96

TJCE, *Fiskano AB c. Comisión*, sentencia de 29 de junio de 1994, C-135/92, Rec. p. I-2885

TJCE, *Francia c. Comisión*, sentencia de 9 de agosto de 1994, C-327/91, Rec. 1994, p. I-03641

TJCE, *Gerda Möllendorf y Christine Möllendorf-Niehuus*, sentencia de 11 de octubre de 2007, C-117/06

TJCE, *Gerhard Köbler c. Austria*, sentencia de 30 de septiembre de 2003, C-224/01

TJCE, *Gestoras pro Amnistía c. Consejo*, 27 de febrero de 2007, C-354/04P

TJCE, *Granaria BV v Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten*, sentencia de 13 de febrero de 1979, 101/78, Rec. (Selección) 1979-I, p. 333

TJCE, *Hassan c. Consejo y Comisión*, sentencia de 12 de julio de 2006, T-49/04

TJCE, *Hauptzollamt Mainz y C.A. Kupferberg & Cie KG a. A.; Mainz*, sentencia de 26 de octubre de 1982, 104/81, Rec. (Selección) 1982, II-1097

TJCE, *Hauptzollamt München-Mitte c. Technische Universität München*, sentencia de 21 de noviembre de 1991, C-269/90, Rec. 1991, p. I-5469

TJCE, *Hoechst c. Comisión*, sentencia de 14 de febrero de 1990, 46/87 y 227/88, Rec. p. 2859

TJCE, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, sentencia de 24 mayo de 1977, Rec. 1977 (Selección), p. 243

TJCE, *International Fruit Company*, sentencia de 12 de diciembre de 1972, 21-24/72, Rec. (Selección) 1972, pp. 223 y ss.

TJCE, *Intertanko y otros c. Secretary of State for Transport*, sentencia de 3 de junio de 2008, C-308/06

TJCE, *Irène Bogiatzi c. otros*, sentencia de 22 de octubre de 2009, C-301/08

TJCE, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, sentencia de 15 de mayo de 1986, 222/84, Rec. 1986 p.1651

TJCE, *Leon van Straaten*, sentencia de 28 de septiembre de 2006, C-150/05

TJCE, *Partido Ecologista Les Verts c. Parlamento Europeo*, sentencia de 23 de abril de 1986, 294/83, Rec. p. 1339

TJCE, *PKK y KNK c. Consejo*, sentencia de 18 de enero de 2007, C-229/05

TJCE, *Portugal c. Consejo*, sentencia de 23 de noviembre de 1999, C-149/96

TJCE, *Procedimiento penal c. Francesco Gasparini y otros*, sentencia de 28 de septiembre de 2006, C-467/04

TJCE, *Procedimiento penal c. Jürgen Kretzinger*, sentencia de 18 de julio de 2007, C-288/05

TJCE, *Procedimiento penal contra Filomeno Mario Miraglia*, sentencia de 10 de marzo de 2005, C-469/03

TJCE, *Procedimientos entre Walt Wilhelm y otros y Bundeskartellamt Berlin*, sentencia de 13 de febrero de 1969, 14/68, Rec. (Selección) 1967-1969, pp. 291 y ss.

TJCE, *Procedimientos penales contra Berlusconi y otros*, 3 de mayo de 2005, C-387/02, C-391/02 y C-403/02

TJCE, *Racke GmbH & Co y Hauptzollamt Mainz*, sentencia de 16 de junio de 1998, C-162/96, Rec. I-3655

TJCE, *Regina c. Kent Kirk*, 10 de julio de 1984, 63/83, Rec. p. 2689

TJCE, *Segi y otros c. Consejo*, sentencia de 27 de febrero de 2007, C-355/04P

TJCE, *Sisión c. Consejo*, sentencia de 1 de febrero de 2007, C-266/05P

TJCE, *The Queen v Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and others*, 13 de noviembre de 1990, C-331/88, Rec. p. I-4023

TJCE, *Transocean Marine Paint c. Comisión*, sentencia de 23 de octubre de 1974, 17/74, Rec. (selección) 1974, pp. 425 y ss.

TJCE, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, sentencia de 25 de julio de 2002, C-50/00 P

TJCE, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, sentencia de 25 de julio de 2002, C-50/00 P

TJCE, *Van Esbroeck*, sentencia de 9 de marzo de 2006, C-436/04

TJCE, *Van Gend en Loos (NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming) v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, ECR 00303

TJCE, *Van Parys*, sentencia de 1 de marzo de 2005, C-377/02

TJCE, *Wachauf*, sentencia de 13 de julio de 1989, 5/88, Rec. p. 2609

TJCE, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat Foundation c. Consejo (Kadi II)*, sentencia de 3 de septiembre de 2008, C-402/05P

TJUE, *Dictamen 1/09*, 8 de marzo de 2011

TJUE, *Procedimientos entre Bundesrepublik Deutschland y B y D*, sentencia de 9 de noviembre de 2010, C-57/09 y C-101/09

TJUE, *Procedimientos penales contra E y F*, sentencia de 29 de junio de 2010, C-550/09

TJUE, *The Queen (ex parte M y otras) c. Her Majesty's Treasury*, sentencia de 29 de abril de 2010, C-340/08

4.15. Tribunal General de la Unión Europea (antiguo Tribunal de Primera Instancia)¹⁹⁰³

TPI, *Air Inter SA c. Comisión*, sentencia de 19 de junio de 1997, T-260/94

TPI, *Al-Jubail Fertilizer Company y otros c. Consejo*, sentencia de 27 de junio de 1991, C-49/88, Rec. 1991-6, p. I-3187

TPI, *Chafiq Ayadi c. Consejo*, de 12 de julio de 2006, T-253/02

TPI, *Common Market Fertilizers SA c. Comisión*, sentencia de 27 de septiembre de 2005, T-134/03 y T-135/03

TPI, *El Morabit c. Consejo*, sentencia de 2 de septiembre de 2009, T-37/07 y T-323/07

TPI, *Faraj Hassan c. Consejo y Comisión*, T-49/04

TPI, *France-Aviation c. Comisión*, sentencia de 9 de noviembre de 1995, T-346/94, Rec. p. II-2841

¹⁹⁰³ Sentencias presentadas por orden alfabético

TPI, *Interporc Im- und Export GmbH contra Comisión*, sentencia de 6 de febrero de 1998, T-124/96

TPI, *Invest Import und Export GmbH y otros c. Comisión*, auto de 2 de agosto de 2000, T-189/00

TPI, *Jégo-Quééré*, fecha T-177/01, Rec. p. II-2365.

TPI, *Jégo-Quééré*, T-177/01, FECHA, Rec. P. II-2365

TPI, *Lisrestal-Organizaçáo Gestão de Restaurantes Colectivos, Ld^a y otros c. Comisión*, sentencia de 6 de diciembre de 1994, T-450/93

TPI, *Mehibas Dortselaan BV c. Comisión*, sentencia de 18 de febrero de 2000, T-290/97

TPI, *Oleificio Borelli c. Comisión*, sentencia de 3 de diciembre de 1992, C-97/91, Rec. 1992, p. I-6330 y ss.

TPI, *OMPI c. Consejo (I)*, sentencia de 12 de diciembre de 2006, T-228/02

TPI, *OMPI c. Consejo (II)*, sentencia de 23 de octubre de 2008, T-256/07

TPI, *OMPI c. Consejo (III)*, sentencia de 4 de diciembre de 2008, T-284/08

TPI, *Opel Austria GmbH c. Consejo*, sentencia de 22 de enero de 1997, T-115/94, Rec. II-43 y ss.

TPI, *Othman c. Consejo y Comisión*, sentencia de 11 de junio de 2009, T-318/01

TPI, *Postbank c. Comisión*, sentencia de 18 de septiembre de 1996, T-353/94, Rec. p. II-00921

TPI, *Sisión c. Consejo (I)*, sentencia de 26 de abril de 2005, T-110/03, T-150/03 y T-405/03

TPI, *Sisión c. Consejo (II)*, sentencia de 11 de julio de 2007, T-47/03

TPI, *Sytraval c. Comisión*, sentencia 28 de septiembre de 1995, T-95/94, Rec. p. II-2651

TPI, *Tokai Carbón c. Comisión*, sentencia de 29 de abril de 2004, T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-245/01, T-246/01, T-251/01 y T-252/01

TPI, *Yusuf c. Consejo*, sentencia de 21 de septiembre de 2005, T-306/01

TPI, *Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, T-315/01

TG, *Kadi c. Comisión (Kadi III)*, sentencia de 30 de septiembre de 2010, T-85/09

TG, *Stichsting Al-Aqsa (II)*, sentencia de 9 de septiembre de 2010, T-348/07

TG, *Tay Za c. Consejo*, de 19 de mayo de 2010, T-181/08

5. JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES NACIONALES

5.1. Alemania

Tribunal Federal Administrativo, *Fiscal de las Fuerzas Armadas Federales c. Pfaff (Oficial de las Fuerzas Armadas*, sentencia de 21 de julio de 2005, BVerwG 2 WD 12.04, § p. 4.1.4.1.3. *in fine*. Disponible en *ORIL*, Ref. ILDC 483 DE2005, <http://www.oxfordlawreports.com/>

5.2. Canadá

Tribunal de Apelaciones de Ontario, *Bouzari et al v Iran*, Appeal decision, 30 de junio de 2004, 71 OR (3d) 675

Corte Federal de Canadá, *Abousfian Abdelrazik c. Minister of FF.AA. and General Attorney of Canada*, 4 de junio de 2009, 2009 FC 580

5.3. Croacia

Tribunal Constitucional, *Janko Bobetko*, decisión de 12 de noviembre de 2002

5.4. Francia

Corte de Casación, *Sassi et autres*, Pourvoi No 03-84652, *Bulletin Criminel* 2005 n° 1, 4 de enero de 2005

5.5. Israel

Corte Suprema, *Public Committee against torture et al c. Government of Israel et al.*, sentencia de 14 de diciembre de 2006, HCJ 769/02

5.6. Italia

Corte Suprema de Casación, Sala de lo Penal I, sentencia de 11 de octubre de 2006-17 de enero de 2007, n. 1072

5.7. Irlanda

High Court, *Edward Horgan y An Taoiseach y otros*, application for declaratory relief, (2003 No 3739P); (2003) 2 IR 468; (2003) IEHC 64. Disponible en *ORIL*, <http://www.oxfordlawreports.com/>, Ref. ILDC 486 (IE 2003)

5.8. España

STC 224/2007, de 22 de octubre de 2007

STC 34/2008, de 25 de febrero de 2008

STC 52/2008, de 14 de abril de 2008

STC 107/2008, de 22 de septiembre de 2008

STC 23/2008, de 20 octubre de 2008

5.9. Estados Unidos

Tribunal Supremo, *Re Yamashita*, de 4 de febrero de 1946, 327 U.S. 1 (1946)

United States Court of Appeals, Second Circuit, No. 191, *Dolly M. E. Filartiga and Joel Filartiga v. Americo Norberto Peña-Irala*, Docket 79-6090, 30 de junio de 1980

Tribunal Supremo, *Hamdan v. Rumsfeld*, sentencia de 29 de junio de 2006, 126 S. Ct. 2749 (2006)

Tribunal Supremo, *José Ernesto Medellín c. Texas*, 25 de marzo de 2008, N° 06-984

Tribunal Supremo, *Holder c. Humanitarian Law Project*, sentencia de 21 de junio 2010, No. 08–1498

5.10. Países Bajos

Tribunal de Distrito de la Haya, *Milošević c. Países Bajos*, sentencia de 31 de agosto de 2001, *KG No 258*. Disponible en *ORIL*, caso n° ILDC 396 (NL 2001)

5.11. Reino Unido

Cámara de los Lores, *A (FC) and others (FC) (Appellants) c. Secretary of State for the Home Department (Respondent); X (FC) and another (FC) (Appellants) c. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, sentencia de 16 de diciembre de 2004, [2004] UKHL 56

Cámara de los Lores, *(Secretary of State for the Home Department (Respondent) c. MB (FC) (Appellant)*, sentencia de 31 de octubre de 2007, [2007] UKHL 46

Cámara de los Lores, *R (on the application of Al-Jedda) v Secretary of State for Defence*, sentencia de 12 de diciembre de 2007, [2007] UKHL 58

Corte Suprema, *Her Majesty's Treasury (Respondent) v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC) (Appellants) Her Majesty's Treasury (Respondent) v Mohammed al-Ghabra (FC) (Appellant) R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) v Her Majesty's Treasury (Appellant)*, sentencia de 27 de enero de 2010, [2010] UKSC 2

5.12. Turquía

Consejo de Estado, *Kadi v Prime Ministry and Ministry of Foreign Affairs of Turkey*, Appeal judgment, E 2006/2824, K 2007/115; ILDC 311 (TR 2007); <http://www.oxfordlawreports.com/>

5.13. Suiza

Tribunal Federal, *X Office Fédéral de Police*, sentencia de 28 de abril de 1997, BGE 123 II 175, 28

Tribunal Federal, *Rukundo c. Bureau Fédéral de Justice*, sentencia de 3 de septiembre de 2001, N° 1ª.129/2001 y 1ª 130/2001. Disponible en *ORIL*, <http://www.oxfordlawreports.com/>

Tribunal Federal, *Nada gegen Seco, Staatssekretariat für Wirtschaft, sowie Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartment*, sentencia de 14 de noviembre de 2007, BGE 133 II 450

6. NACIONES UNIDAS

6.1. Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

a) Resoluciones

S/RES/202 (1965), de 6 de mayo de 1965

S/RES/237 (1967), de 14 de julio de 1967

S/RES/245 (1968), de 25 de enero de 1968

S/RES/269 (1969), de 12 de agosto de 1969

S/RES/311 (1972), de 4 de febrero de 1972

S/RES/361 (1974), de 30 de agosto de 1974

S/RES/512 (1982), de 19 de junio de 1982

S/RES/513 (1982), de 4 de julio de 1982

S/RES/515 (1982), de 29 de julio de 1982

S/RES/516 (1982), de 1 de agosto de 1982

S/RES/540 (1983), de 31 de octubre de 1983

S/RES/605 (1987), de 22 de diciembre de 1987

S/RES/661(1990), de 6 de agosto 1990

S/RES/713 (1991), de 25 de septiembre de 1991

S/RES/724 (1991); de 27 de noviembre de 1991

S/RES/731 (1992), de 21 de enero de 1992.

S/RES/748 (1992), de 31 de marzo de 1992

S/RES/751 (1992), de 24 de abril de 1992

S/RES/757 (1992), de 30 de mayo de 1992

S/RES/787 (1992), de 16 de noviembre de 1992

S/RES/820 (1993), de 17 de abril de 1993

S/RES/883 (1993), de 11 de noviembre de 1993
S/RES/1019 (1995), de 9 de noviembre de 1995
S/RES/1044 (1996), de 31 de enero de 1996
S/RES/1054 (1996), de 26 de abril de 1996
S/RES/1160 (1998), de 31 de marzo de 1998
S/RES/1189 (1998), de 13 de agosto de 1998
S/RES/1193 (1998), de 28 de agosto de 1998
S/RES/1234 (1999), de 9 de abril de 1999
S/RES/1261 (1999), de 25 de agosto de 1999
S/RES/1265 (1999), de 17 de septiembre de 1999
S/RES/1269 (1999), de 19 octubre de 1999
S/RES/1279 (1999), de 30 de noviembre de 1999
S/RES/1314 (2000), de 11 de agosto de 2000
S/RES/1325 (2000), de 31 de octubre de 2000
S/RES/1363 (2001), de 30 de julio de 2001
S/RES/1368 (2001), de 12 septiembre de 2001
S/RES/1377 (2001), de 12 de noviembre de 2001
S/RES/1379 (2001), de 20 de noviembre de 2001
S/RES/1390 (2002), de 16 de junio de 2002
S/RES/1409 (2002), de 14 de mayo de 2002
S/RES/1452 (2002), de 20 de diciembre de 2002
S/RES/1455 (2003), de 17 de enero de 2003
S/RES/1456 (2003), de 20 de enero de 2003
S/RES/1493 (2003), de 28 de julio de 2003
S/RES/1518 (2003), de 24 de noviembre de 2003
S/RES/1521 (2003), de 22 diciembre de 2003
S/RES/1526 (2004), de 30 de enero de 2004
S/RES/1532 (2004), de 12 de marzo de 2004
S/RES/1533 (2004), de 12 de marzo de 2004

S/RES/1535 (2004), de 26 de marzo de 2004
S/RES/1539 (2004), de 22 de abril de 2004
S/RES/1566 (2004), de 8 de octubre de 2004
S/RES/1572 (2004), de 15 de noviembre de 2004
S/RES/1591 (2004), de 29 de marzo de 2005
S/RES/1617 (2005), de 29 de julio de 2005
S/RES/1624 (2005), de 14 de septiembre de 2005
S/RES/1636 (2005), de 31 de octubre de 2005
S/RES/1653 (2006), de 27 de enero de 2006
S/RES/1674 (2006), de 28 de abril de 2006
S/RES/1718 (2006), de 14 de octubre de 2006
S/RES/1735 (2006), de 22 de diciembre de 2006
S/RES/1737 (2006), de 23 de diciembre de 2006
S/RES/1807 (2008), de 31 de marzo de 2008
S/RES/1816 (2008), de 2 de junio de 2008
S/RES/1820 (2008), de 19 de junio de 2008
S/RES/1822 (2008), de 30 de junio de 2008
S/RES/1874 (2009) de 12 de junio de 2009
S/RES/1888 (2009), de 30 de septiembre de 2009
S/RES/1894 (2009), de 11 de noviembre de 2009
S/RES/1897 (2009), de 30 de noviembre de 2009
S/RES/1904 (2009), de 17 de diciembre de 2009
S/RES/1916 (2010), de 19 de marzo de 2010
S/RES/1918 (2010), de 27 de abril de 2010
S/RES/1928 (2010), de 7 de junio de 2010
S/RES/1950 (2010), de 23 de noviembre de 2010
S/RES/1963 (2010), 20 de diciembre de 2010
S/RES/1970 (2011), de 26 de febrero de 2011
S/RES/1973 (2011), de 17 de marzo de 2011

b) Informes del Equipo de Vigilancia

- 1º Informe del Equipo de Vigilancia de 25 de agosto de 2004, S/2004/679
- 2º Informe del Equipo de Vigilancia de 15 de febrero de 2005, S/2005/83
- 3º Informe del Equipo de Vigilancia de 9 de septiembre de 2005, S/2005/572
- 4º Informe del Equipo de Vigilancia de 10 de marzo de 2006, S/2006/154
- 5º Informe del Equipo de Vigilancia de 20 de septiembre de 2006, S/2006/750
- 6º informe del Equipo de Vigilancia de 8 de marzo de 2007, S/2007/132
- 7º Informe del Equipo de Vigilancia de 29 de noviembre de 2007, S/2007/667
- 8º Informe del Equipo de Vigilancia de 14 de mayo de 2008, S/2008/324
- 9º Informe del Equipo de Vigilancia de 13 de mayo de 2009, S/2009/245
- 10º Informe del Equipo de Vigilancia de 2 de octubre de 2009, S/2009/502

c) Oficina de la Ombudsman

- 1º Informe de la Oficina de la *Ombudsman*, 24 de enero de 2011, S/2011/29

d) Otros documentos del Comité de Sanciones Al-Qaeda/Talibanes

Experiencias de los Estados miembros en la aplicación de las sanciones contra Al-Qaida y los Talibanes de 28 de junio de 2007, disponible en la página web del Comité

Non-paper on the implementation of paragraph 23 of Resolution 1483 (2003), pg. 1, disponible en <http://www.un.org/sc/committees/1518/pdf/Non-paper.pdf>, consultado el 4 de abril de 2008

Tabla de áreas de cooperación de los tres grupos de expertos de los Comités del Consejo de Seguridad establecidos en virtud de las resoluciones 1267 (1999), 1373 (2001) y 1540 (2004), de 11 de noviembre de 2010, disponible en <http://www.un.org/spanish/sc/committees/1267/usefulpapers.shtml>

e) Otros

- Doc. S/PV.3312, 11 de noviembre de 1993
- Doc. S/PV.4251/Corr.1, 19 de diciembre de 2000
- Doc. S/2002/541, 13 de mayo de 2002
- Doc. S/2002/1043, de 19 de septiembre de 2002
- Doc. S/2002/1423, 26 de diciembre de 2002

Doc. S/AC.37/2003/(1455)/3, 15 de abril de 2003

Doc. S/AC.37/2003/(1455)/49, 11 de junio de 2003

Doc. S/2004/281, 2 de septiembre de 2003

Doc. S/AC.37/2003/(1455)/77, 20 de octubre de 2003

Doc. S/2004/1037, 31 de diciembre de 2004

Doc. SCA/2/06(8), 23 de abril de 2006

Doc. S/PV.5474, 22 de junio de 2006; y S/PV.5474(Resumption 1), de 22 de junio de 2006

Doc. S/PV.5599, 19 de diciembre de 2006

Doc. S/2006/1046, 20 de diciembre de 2006

Doc. S/PV.5609, de 22 de diciembre de 2006

Doc. SC/9170, 14 de noviembre de 2007

Doc. SC/9296, 10 de abril de 2008

Doc. S/PV.5928, de 30 de junio de 2008

Doc. S/PV.6247, de 17 de diciembre de 2009

Doc. S/PV.6310, de 6 de mayo de 2010

Doc. S/AC.37/2010/OC.55, de 21 de mayo de 2010

Doc. S/2010/282, de 4 de junio de 2010

6.2. Asamblea General de las Naciones Unidas

Resolución 51/242, de 15 de septiembre de 1996

Resolución 43/I de 11 de diciembre de 1946

Resolución 377(A) V de la AGNU, de 3 de noviembre de 1950

Resolución 2625(XXV), de 24 de octubre de 1970, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*,

Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, 14 de diciembre de 1974, *Definición de la agresión*

Resolución 43/173 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988, *Conjunto de principios de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*

Resolución 59/565 de la Asamblea General, 2 de diciembre de 2004, *Informe del Grupo de Alto Nivel para las Amenazas, los Desafíos y el Cambio*

Resoluciones 40/32 y 40/146, de 29 de noviembre y 13 de diciembre de 1985, *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*

Resolución 60/1, de 24 de octubre de 2005

Informe del Secretario General, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, de 3 de agosto de 2004, S/2004/616

6.3. Secretario General de las Naciones Unidas

Le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. Historique et analyse (Mémoire du Secrétaire général), A/CN.4/5, 3 marzo 1949

Circular del Secretario General sobre el respeto del derecho humanitario por las Operaciones de Mantenimiento de la Paz (UN Doc. ST/SGB/1999/13, 6 de agosto de 1999).

6.4. Repertorio de la Práctica Seguida por los órganos de las Naciones Unidas

Repertorio de la Práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas (1945-1954), Vol. V., pp. 327 y ss.

Suplemento n° 1 (1954-1955), Vol. 2, pp. 445 y ss.

Suplemento n° 2 (1955-1959), Vol. 3, pp. 593 y ss.

Suplemento n° 3 (1959-1966), Vol. 4, pp. 181 y ss.

Suplemento n° 4 (1966-1969), Vol. 2, pp. 387 y ss.

Suplemento n° 5 (1970-1978), Vol. 5, pp. 181 y ss.

Suplemento n° 6 (1979-1984), vol. 6, pp. 169 y ss.

Suplemento n° 7 (1985-1988), Vol. 6, pp. 181 y ss.

Suplemento n° 8, (1989-1994), Vol. 6

Suplemento n° 9 (1995-1999), Vol. 6

6.6. Trabajos preparatorios de la Carta de las Naciones Unidas

UNCIO, Vol. XIX, Vol. 1, WD 441 CO/205

UNCIO, Vol. XIII, Com. IV/2, Doc. 933 IV/2/42 (2)

6.7. **Antigua Comisión de Derechos Humanos y Consejo de Derechos Humanos**

Doc. E/CN.4/188 de 16 de mayo de 1949

Doc. E/CN.4/319, de 13 de junio de 1949

Doc. E/CN.4/sub.2/1982/15, NICOLE QUESTIAUX (Relatora Especial), *Estudio de las consecuencias que para los derechos humanos tienen los recientes acontecimientos relacionados con las situaciones llamadas de estado de sitio o de excepción*, 27 de Julio de 1982

Doc. E/CN.4/1984/4, *Siracusa Principles of the limitation and derogación provision in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 28 de septiembre de 1984

Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/25, *Informe final sobre la independencia de la judicatura y la protección de los abogados en ejercicio*, de 30 de julio de 1992

Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/24, de 3 de junio de 1994

Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/26, de 13 de junio de 1994

Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/24 de 3 de junio de 1994, *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos. El derecho a un juicio imparcial: reconocimiento actual y medidas necesarias para su consolidación. Informe final preparado por el Sr. Stanislav Chernichenko y el Sr. William Treat*

Doc. E/CN.4/2006/58, de 13 de enero de 2006, EMMANUEL DECAUX (Relator Especial), *La administración de justicia por los tribunales militares*

Doc. A/HRC/13/L.20, de 19 de marzo de 2010

Doc. A/HRC/RES/13/26, de 15 de abril de 2010

6.8. Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo

Segundo Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, 16 de agosto de 2006, Doc. A/61/267

Cuarto Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin (monográfico sobre las garantías judiciales), 6 de agosto de 2008, Doc. A/63/223

Sexto Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin (sobre el respeto de los derechos humanos por las Naciones Unidas) A/65/258, de 6 de agosto de 2010

Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo, 22 de diciembre de 2010, Doc. A/HRC/16/5

6.9. Comisión de Derecho Internacional

a) Derecho de los Tratados

Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados: texto aprobado por la Comisión el 18 y el 19 de julio de 1966, (con comentarios) A/CN.190, p. 271, ACDI, 1966, Vol. II

Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales (con comentarios), Resol. A/37/10, ACDI, 1982, Vol. 2(II)

b) Responsabilidad internacional del Estado

Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, texto aprobado por la CDI en su 53ª período de sesiones, disponible con comentarios en la Doc. A/56/10 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Informe de la AG sobre su 56º Período de Sesiones, Suplemento nº 10, 2001, pp. 10 y ss.).

Doc. A/CN.4/152, App. I, ACDI, 1963, Vol. II

Doc. A/C.6/38/SR.36

Doc. A/CN.4/SER.A/1979/Add.1 (Part 2), ACDI, 1979, Vol. II, Part II

Doc. A/CN.4/318 y Add.1 a 3, ACDI, Vol. I, 1979

Doc. A/CN.4/L.291, ACDI, Vol. I, 1979

Doc. A/CN.4/L.292; ACDI, Vol. I, 1979

Doc. A/CN.4/L.293, ACDI, Vol. I, 1979

Primer Informe del Relator Especial GARCÍA-AMADOR, Doc. A/CN.4/96, ACDI, Vol. II, 1956

Sexto Informe del Relator Especial GARCÍA-AMADOR, A/CN.4/134 and Add.1, ACDI, 1961, Vol. II

Segundo Informe del Relator Especial AGO, A/CN.4/233, 20 de abril de 1970, ACDI, 1970, Vol. II

Tercer Informe del Relator Especial AGO, Doc. A/CN.4/246y Add.1 a 3, 5 de marzo, 7 de abril, 28 de abril y de 18 de mayo de 1971, ACDI, 1971, Vol. II

Octavo Informe del Relator Especial ROBERTO AGO, Doc. A/CN.4/318 y Adds. 1-3, ACDI, 1979, Vol. II (1)

Cuarto Informe del Relator Especial RIPHAGEN, A/CN.4/366 y Add., ACDI, 1983, Vol. II(1)

Sexto Informe del Relator Especial RIPHAGEN, Doc. A/CN.4/389 y Add.1, ACDI, 1985, vol. II(1)

Tercer Informe del Relator Especial ARANGIO-RUIZ, Doc. A/CN.4/440 y Add.1, ACDI, 1991, Vol. II(1)

Cuarto Informe del Relator Especial ARANGIO-RUIZ, Doc. A/CN.4/444 y Add.1-3, ACDI, 1992, vol. II(1)

Séptimo Informe del Relator Especial ARANGIO-RUIZ, Doc. A/CN.4/469 Add 1, ACDI, 1995, vol. II(1)

c) Responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales

Sexto Informe del Relator Especial GAJA, Doc. A/CN.4/597

Séptimo Informe del Relator Especial GAJA, Doc. A/CN.4/610

CDI, *Proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales*, texto aprobado en Primera Lectura por la CDI, disponible en Doc. A/64/10, de (Informe de la AG de su 64º período de sesiones, Suplemento nº 10, 2009), pp. 15 y ss.

d) Crímenes contra la paz y la seguridad internacionales

Primer Informe del Relator Especial THIAM, Doc. A/CN.4/364, *ACDI*, 1983, Vol. II(I)

e) Fragmentación del Derecho Internacional

Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, 13 de abril de 2006, A/CN.4/L.682

f) Reservas a los Tratados

Segundo Informe del Relator Especial PELLET, 21 de mayo de 1996, Doc. A/CN.4/477 y Add. 1

g) Los efectos de los conflictos armados sobre los tratados

Segundo Informe del Relator Especial BROWNLIE, 16 de junio de 2006, A/CN.4/570

CDI, *Proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados sobre los tratados : Textos de los proyectos de artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6 [5 bis], 7 [5], 8, 9 [8 bis], 10 [8 ter], 11 [8 quater], 12 [9], 13 [10], 14 [11], 15, 16 [12], 17 [13] y 18 [14]*, aprobado en primera lectura por la CDI, 31 de julio de 2008, A/CN.4/L.727/Rev.1 y A/CN.4/L.727/Rev.1/Add.1, de 31 de julio de 2008

6.10. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

ACNUR: *UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who otherwise need International Protection and the Content of the Protection granted*, January 2005

ACNUR: *Declaración del ACNUR sobre el artículo 1F de la Convención de 1951*, julio de 2009, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7124>

ACNUR: *Note on the burden and standard of proof in refugee claims*, 16 December 1998

7. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA

CICR-Institut International de droit humanitaire de San Remo: *Droit international humanitaire et autres régimes juridiques: interaction dans les situations de violence*, XXVIIème table ronde sur les problèmes actuels du droit international humanitaire, Nov. 1993; disponible en www.icrc.org/.../Interplay_other_regimes_Nov_2003_fre.pdf

8. CONSEJO DE EUROPA

ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA: *Commission des questions juridiques et des droits de l'homme. Listes noires du Conseil de sécurité des Nations Unies* (Rapporteur Dick Marty) As/Jur (2007) 14, 19 de marzo de 2007, pp. 5 y ss.

CONSEJO DE EUROPA: *Líneas directrices sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo*, 2003 y 2005, disponibles en http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Guidelines.asp.

9. UNIÓN EUROPEA

9.1. Consejo de la UE

Doc. 11679/07, 9 de julio de 2007 (13.07) (OR. en), actualizado en Doc. 8666/1/08 REV 1, 24 de abril de 2008 (28.04) (OR. en).

Docs. 7697/07, de 3 de abril de 2007; y 11054/07, de 22 de junio de 2007

Doc. 11693/02 RESTRAINT UE, de 3 de septiembre de 2002, desclasificado el 18 de julio de 2007 en Doc. 11693/1/02 REV

Doc. 15114/05, *Orientaciones sobre la aplicación y evaluación de las medidas restrictivas (sanciones) en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE*, 2 de diciembre de 2005 (9.12) (OR. en)

Doc. 10826/1/07 REV 1, de 28 de junio de 2007

Decisión del COREPER de 7 de diciembre de 2001, Anexo I al Documento 11693/02 RESTREINT UE, de 3 de septiembre de 2002, desclasificado el 18 de Julio de 2007

Doc. 6691/05 RESTREINT UE, de 28 de febrero de 2005

Doc. 5603/2004, *Establecimiento de una formación «Sanciones» del Grupo de Consejeros de Relaciones Exteriores (RELEX/Sanciones)* de 22 de enero de 2004

Doc. 12620/02, Asile 54, 23 octubre 2002.

9.2. Comisión Europea

Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales, COM(2005) 696 final, 23.12.2005

9.3. Parlamento Europeo

Current challenges regarding respect of human rights in the fight against terrorism, presentado por RÓISÍN PILLAY para la Dirección General de Políticas Exteriores de la UE del Parlamento Europeo, EXPO/B/DROI/2009/27, PE 410.208, 2010, April 2010

Evaluación de las sanciones comunitarias previstas en el ámbito de los derechos humanos, P6_TA(2008)0405, DO 2009/C 295 E/15

10. OTRAS INSTITUCIONES INTERNACIONALES

10.1. Comisión de Venecia

Avis sur la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence, 4 de abril de 2006, Avis n° 359 / 2005, CDL-AD(2006)015

10.2. Institut de Droit International

IDI, « Responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers », (ponente STRISOWER), *AnnuaireIDI*, Vol. 33, t. III, 1927

IDI, « Le régime de représailles en temps de paix » (ponente POLITIS), *AnnuaireIDI*, Vol. 38, 1934

IDI, “The legal consequences of Member States of the non-fulfilment by International Organizations of their obligations toward third parties” (ponente HIGGINS), *AnnuaireIDI*, Vol. 66-II, 1996

10.3. International Law Association

« Accountability of international organisations », *Final Report Conference Berlin 2004*, p. 19, disponible en <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/9>

10.4. Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

GAFI-FATF: Interpretative Note to Special Recommendation II: *Criminalising the financing of terrorism and associated money laundering*, 2 de Julio de 2004, disponible en http://www.fatf-gafi.org/document/53/0,3343,en_32250379_32236947_34261877_1_1_1_1,00.html#INSRIII, consultado el 3 de febrero de 2008

10.5. Cámara Internacional de Comercio

The fining policy of the European Commission in competition cases, Document No. 225/659– 2 July 2009, disponible en

[http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC_The%20fining%20policy%20in%20the%20EU%202002-07-09_Final\(2\).pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC_The%20fining%20policy%20in%20the%20EU%202002-07-09_Final(2).pdf), visitado por última vez el 4 de abril de 2011

10.6. INTERPOL

INTERPOL: Resolución de la Asamblea General de la Interpol AG-2005-RES-05 de 22 de septiembre de 2005

11. ARTÍCULOS Y NOTAS DE PRENSA

NATIONAL COMMISSION ON TERRORISTS ATTACKS UPON THE UNITED STATES: *Monograph on terrorist financing*, 2004, pg. 20, http://www.9-11commission.gov/staff_statements/911_TerrFin_Monograph.pdf, consultado el 15 de diciembre de 2007

NN.UU.: “Security Council Committee concerning Afghanistan designates funds, financial resources of taliban”, Nota de prensa de 13 de abril de 2000, SC/6844

The New York Times: “A nation challenged: 5 Months After Sanctions Against Somali Company, Scant Proof of Qaeda Ties”, 16 de diciembre de 2007

The New York Times: “A terrorist goes free”, 21 de abril de 2007,

El País: “EE.UU. deja en libertad al anticastrista Posada Carriles”, 20 de abril de 2007

MANGAS MARTÍN, A.: “Doble estándar con dictadores corruptos”, *El Mundo*, 11 de febrero de 2011, p. 26

INTERPOL: “INTERPOL publica las primeras difusiones sobre presuntos terroristas que figuran en la lista de sanciones de la ONU” de 6 de diciembre de 2005, disponible en la <http://www.interpol.int/public/ICPO/PressReleases/PR2005/PR200549Es.asp>

12. ENTREVISTAS PERSONALES

Entrevista a DICK MARTY, Berna, 27 de mayo de 2010

Entrevista a LORETTA NAPOLEONI, El Escorial, 14 de julio de 2009

13. OTROS

AMNISTÍA INTERNACIONAL (EU Office): *Human rights dissolving at the borders? Counterterrorism and EU criminal law*, http://www.amnesty.eu/static/documents/2005/counterterrorism_report_final.pdf

Directrices sobre la función de los fiscales, Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente Celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990

EUROPEAN COUNCIL OF REFUGEES AND EXILES (ECRE): *Information Note on the Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004*, IN1/10/2004/ext/CN, octubre de 2004

EUROPEAN COUNCIL OF REFUGEES AND EXILES (ECRE): *Position on exclusion from refugee status*, March 2004, PP1/03/2004/Ext/CA, §§ 10 et 64, disponible en *IJRL*, Vol. 16, n° 2, pp. 257 et ss

EUROPEAN COUNCIL OF REFUGEES AND EXILES (ECRE): *The impact of the EU qualification Directive on International Protection*, October 2008, disponible en http://www.ecre.org/files/ECRE_QD_study_full.pdf

Paris Minimum Standards on Human Rights norms in a State of Emergency, Report of the Sixty-first Conference (1984), Asociación Jurídica Internacional

Principios básicos sobre la función de los abogados, Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990

WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES: *Targeted financial sanctions. A manual for design and implementation. Contribution from the Interlaken process*, disponible en <http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00620/00639/00641/index.html?lang=en>

WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES: *Strengthening targeted sanctions through clear and clear procedures*, [http://www.watsoninstitute.org/pub/Strengthening Targeted Sanctions.pdf](http://www.watsoninstitute.org/pub/Strengthening_Targeted_Sanctions.pdf)

WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES: *Addressing challenges to targeted sanctions. An update of the 'Watson report'*, http://www.watsoninstitute.org/pub/2009_10_targeted_sanctions.pdf

ANEXO I: Tablas

Tabla I: listado de garantías del debido proceso¹⁹⁰⁴

	PIDCP	CEDH	CADH	DIH – garantías mínimas	
				CAI (PA I)	CANI (PA II)
Publicidad del procedimiento	Art. 14(1)	Art. 6(1)	Art. 8(5)	Art. 75(4)(i)	-
Derecho a ser juzgado en un plazo razonable/sin dilaciones indebidas	Art. 14(3)(c)	Art. 6(1)	Art. 8(1)	-	-
Presunción de inocencia	Art. 14(2)	Art. 6(2)	Art. 8(2)	Art. 75(4)(d)	Art. 6(2)(d)
Derecho a ser informado de la acusación en un tiempo mínimo	Art. 14(3)(a)	Art. 6(3)(a)	Art. 8(2)(b)	Art. 75(4)(a)	Art. 6(2)(a)
Disponer del tiempo adecuado y facilidades para la defensa	Art. 14(3)(b)	Art. 6(3)(b)	Art. 8(2)(c)	Art. 75(4)(a)	Art. 6(2)(a)
Derecho a la defensa personal o con abogado de elección propia	Art. 14(3)(d)	Art. 6(3)(c)	Art. 8(2)(d)	-	-
Derecho a estar presente en el procedimiento	Art. 14(3)(d)	J	J?	Art. 75(4)(e)	Art. 6(2)(e)
Derecho a un abogado de oficio	Art. 14(3)(d)	Art. 8(2)(c)	Art. 8(2)(d)	-	-
Derecho a presentar e interrogar testigos	Art. 14(3)(e)	Art. 6(3)(d)	Art. 8(2)(f)	Art. 75(4)(g)	-
Asistencia gratuita de un intérprete	Art. 14(3)(f)	Art. 6(3)(e)	Art. 8(2)(a)	-	-
Derecho a no declarar contra uno mismo ni declararse culpable	Art. 14(3)(g)	J	Art. 8(2)(g); Art. 8(3)	Art. 75(4)(f)	Art. 6(2)(f)
Derecho de apelación	Art. 14(5)	Art. 2 P n° 7	Art. 8(2)(h)	Art. 75(4)(j)	Art. 6(3)
Obligación de motivar las decisiones	J	J	J	-	-
Indemnización por condena errónea	Art. 14(6)	Art. 3 P n° 7	Art. 10	-	-
<i>Nullum crimen sine lege</i>	Art. 15(1)	Art. 7(1)	Art. 9	Art. 75(4)(c)	Art. 6(2)(c)
Prohibición de penas colectivas	-	-	-	Art. 75(4)(b)	Art. 6(2)(b)
<i>Ne bis in idem</i>	Art. 14(7)	Art. 4 P n° 7	Art. 8(4)	Art. 75(4)(h)	-

¹⁹⁰⁴ J: reconocido por la vía jurisprudencial. Con más detalle sobre el contenido, *Vid.* Cap. IV, § II.1.

Tabla II: decisiones del TEDH sobre la ejecución de medidas *in rem*¹⁹⁰⁵

	Tipo de medida y duración	Propósito “oficial”	Naturaleza de la infracción	Autoridad que decidió	Posibilidad de revisión judicial efectiva	¿Aplicabilidad de garantías penales?
Phillips	Confiscación de <i>todos</i> los bienes (definitiva)	Asegurativo	Penal	Judicial (penal)	Sí	No
Öztürk	Multa de escasa cuantía (definitiva)	Preventivo de otros delitos	Administrativa	Administrativa	Sí	Sí, garantías penales
Agosi	Confiscación de bienes del delito (definitiva)	Asegurativo	Administrativa (previa infracción penal)	Administrativa	No	No
Air Canada	Confiscación (provisional) + multa	Asegurativo	Administrativa (previa infracción penal)	Administrativa	No	No
Dogmoch	Congelación de bienes (indefinida)	Asegurativo	Penal	Judicial	No	No
Zlinsat, Spol S. RO	Ruptura de contrato + desahucio (definitiva)	Preventivo de otros delitos	Administrativa	Administrativa	No	No, sólo civiles
Dassa Foundation al	Congelación de fondos (indefinida)	Asegurativo	Administrativa	Judicial	Sí	No

¹⁹⁰⁵ No se incluye la sentencia *Öztürk*, no relativa a medidas *in rem* pero sí a la aplicabilidad de las garantías del proceso penal.

