

Activismo judicial en la evolución del Derecho Internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional

Francisco Jiménez García

1. La dimensión jurídica de la actual comunidad internacional y el activismo judicial como test de su efectividad y coherencia

La expresión «activismo judicial» en Derecho internacional no presenta necesariamente las connotaciones ni las dimensiones suscitadas en el ámbito nacional en cuanto poder de los jueces frente al poder legislativo,¹ sino que con ella se pretende hacer referencia al papel que desempeña los jueces y tribunales en la aplicación efectiva de los principios estructurales o constitucionales consagrados en el ordenamiento normativo internacional, aun cuando tal aplicación no esté exenta de controversia y tensión. No se trata tanto de una dialéctica entre poderes, pues como es sabido en Derecho internacional no se puede hablar estrictamente de un poder legislativo y de un poder judicial en cuanto órganos superiores a los destinatarios de este ordenamiento. Es preferible hablar de un proceso de creación normativa que no concluye con la adopción o cristalización de la norma en cuestión, sino con el test del análisis de sus consecuencias. En este sentido, con la expresión activismo judicial se pretende analizar hasta qué punto el juez internacional deduce consecuencias jurídicas de los principios y normas declaradas en el ordenamiento como estructurales y de ahí inferir su coherencia.² Se trata de la complementariedad necesaria o la interrelación

¹ Sobre esta cuestión véase ZAPATERO, V. *El arte de legislar*. Cizur Menor: Thomson/Aranzadi, 2009, pp. 349-372.

² Como se destaca en el *Curso de Derecho Internacional Público* de los profesores Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, Luis L. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA (Madrid: Thomson/Civitas, 2008, pp. 105-107), «en cuanto ordenamiento jurídico, el derecho internacional público constituye un conjunto organizado de principios y normas. Aquellos expresan ciertos valores jurídicos fundamentales

dialéctica entre la norma y el juez en la resolución del dilema de la coherencia del ordenamiento internacional como sistema jurídico. Como ha afirmado el profesor Sánchez Rodríguez,

«el examen analítico de la jurisprudencia nos enfrenta al reto formidable e irrenunciable de explicar los mecanismos y metodologías a través de los cuales los enunciados necesariamente abstractos de las fórmulas normativas, así como la consideración teórica de los diversos intereses que se hallan en conflicto en el momento de su formulación, se concretan y solucionan controversialmente en la vida práctica, en la puesta en movimiento, en la dinámica de tales principios y normas. La interrelación dialéctica existente entre la formación y la aplicación normativas».³

También es verdad que el activismo judicial ha sido asociado a la fragmentación del Derecho internacional como consecuencia de la proliferación de tribunales internacionales de carácter sectorial y la inexistencia de un poder judicial supremo o constitucional que pudiera actuar como órgano de casación de las decisiones judiciales adoptadas por los tribunales sectoriales.⁴ Pero en este caso el factor determinante no es el pretendido activismo judicial, sino las características del nuevo orden internacional que se caracteriza, paradójicamente, por un reglamentarismo que hace que la norma internacional se proyecte no solo respecto de los Estados, sino directamente sobre la esfera de los derechos y obligaciones de los individuos sin que a la vez se articulen mecanismos generales de control judicial de tal actividad normativa, correspondiendo tal función a los tribunales internacionales sectoriales que controlan la legalidad del régimen jurídico singular afectado. Desde la perspectiva nacional se ha destacado que el resultado de la creciente internacionalización sin control de la

que informan el sistema jurídico en su totalidad o en un determinado sector del mismo. Las normas, en cambio, contienen la prescripción de un comportamiento, una conducta que se exige, prohíbe o se permite a sus destinatarios. Ahora bien, la coherencia interna del ordenamiento determina que entre principios y normas exista una relación sustantiva». Los principios estructurales serían aquellos que expresan los valores jurídicos básicos que inspiran el ordenamiento internacional en un determinado momento de su evolución histórica, entre los que cabría citar los previstos en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas así como los relativos a la promoción y respeto de los derechos humanos, al derecho al desarrollo y a la protección del medio ambiente. «Estos principios poseen una doble función en el actual ordenamiento internacional. De un lado, por expresar valores generalmente aceptados por la comunidad internacional en su conjunto, informan las distintas estructuras jurídicas que hoy integran el derecho internacional [...] .Y en ellos se encuentra, por tanto, el núcleo de las normas de *ius cogens* del ordenamiento internacional [...]. De otro lado, constituyen verdaderos principios de organización de la sociedad de Estados, por ser indispensables para la existencia de unas relaciones pacíficas y de cooperación en dicho grupo social. Y por tanto, constituyen un límite importante al relativismo del derecho internacional».

³ Véase su «Prólogo» a la obra colectiva *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional. Análisis crítico a la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., FJ. QUEL LÓPEZ, A. G. MARTÍN LÓPEZ (eds.). Bilbao: Universidad del País Vasco, 2010, p. 18.

⁴ Sobre esta cuestión véase SIMMA, B. «Universality of international law from perspective of a practitioner». *EJIL* 2009-2, pp. 265-297; HIGGINS, R. «A Babel of judicial voices? Ruminations from the Bench». *ICLQ*, 2006-4, pp. 791-804.

creación de normas no puede ser otro que el debilitamiento del hilo capital que une al ciudadano con las normas y que es la fuente de la que nace su legitimidad.⁵ Desde el Derecho internacional se ha planteado el debate acerca de la aplicación de los principios del estado de derecho al propio sistema internacional, en particular con motivo de la potestad sancionadora antiterrorista del Consejo de Seguridad.⁶ Si bien es verdad que tal situación puede plantear problemas al universalismo y la unidad del Derecho internacional, sin embargo tal activismo judicial —incluido el nacional—⁷ coadyuvan a evitar anquilosamientos jurídicos que impiden comprender la nueva realidad existente y deslegitiman un sistema jurídico incapaz de articular los avances que declara normativamente con las decisiones prácticas que adopta.

En realidad se trata del clásico debate en torno al fundamento voluntarista u objetivista del Derecho internacional. Para algunos autores, como P. Weil,⁸ el concepto de orden público internacional es en sí mismo incompatible con la estructura de la sociedad internacional en la que no existe una entidad superior a los Estados. El Derecho internacional presenta, según este autor, una doble crisis de normatividad derivada de elementos no voluntaristas. Por un lado cuantitativa, por la inflación de la juridicidad internacional debida a la acumulación del no-derecho o pre-derecho (*soft-law* y sus variantes), por otro lado, de carácter cualitativo fruto de la aparición de una «normatividad reforzada» (*ius cogens* y obligaciones *erga omnes*) que suponen un alto riesgo por sus dificultades de identificación y por el efecto desestabilizador que provoca en las estructuras de coexistencia y cooperación del actual sistema jurídico internacional. Para el profesor francés, esta práctica cercana al derecho («*near-law*») es reflejo del desarrollo de la sociedad internacional pero no constituye derecho,⁹

⁵ Cfr. Zapatero, ob. cit., p. 30.

⁶ Informe del Secretario General, «Fortalecimiento y coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho», UN. Doc. A/63/226 de 6 de agosto de 2008. Sobre el estado de derecho en Derecho internacional véase *L'Etat de Droit en Droit International*, Colloque de Bruxelles, Pedone, Paris, 2009; CHESTERMAN, S. «An International Rule of Law?». *New York University School of Law*, April 11, 2008, Papers 70 <<http://lsr.nellco.org/nyu/plltwp/papers/70>>. Respecto a la aplicación de este principio a los respectivos Comités de sanciones del Consejo de Seguridad, véase JIMÉNEZ GARCÍA, F. «Tutela judicial efectiva, Pilares intergubernamentales de la Unión Europea y Naciones Unidas o viceversa». En A. Cuerda Riezu y F. Jiménez García (Dirs.). *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*. Madrid: Tecnos, 2009, pp. 411-463; HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*. Madrid: Tecnos, 2008.

⁷ Cabría destacar en este sentido, la jurisprudencia española generada en torno al asunto *Scilingo* (véase JIMÉNEZ GARCÍA, F. «El fin de la impunidad ante los crímenes internacionales». *Tiempo de Paz*, N° 93 2009, pp. 70-78). Sobre esta cuestión véase Benvenisti, E. «Reclaiming Democracy: the strategic uses of foreign and international law by national Courts». *AJIL* 2008-2, pp. 241-274.

⁸ Cfr. su Curso General de La Haya, «Le Droit International en quête de son identité», *RCADI* 1992-VI, t. 237.

⁹ «Le *near law* peut ressembler au droit, il peut précéder le droit ou préfigurer le droit; il n'est pas du droit...l'accumulation de non-droit ou de pré-droit ne suffit à elle seule à créer du droit», véase *ibid.* p. 243.

al igual que el *ius cogens* aparece como una doctrina necesaria pero imposible por su falta de identificación y de adaptación a la realidad jurídica internacional, sería simplemente un arma de disuasión, el arma nuclear del Derecho internacional, la caja vacía indispensable que nunca hay que llenar.¹⁰ Por el contrario, para otros autores, la concepción objetivista no niega el papel fundamental de la voluntad de los Estados en la positivación de las normas jurídicas internacionales, lo que sucede es que la razón de ser del Derecho trasciende la voluntad unilateral del Estado. En este sentido, el profesor Carrillo Salcedo hace converger el relativismo del Derecho internacional, pues, los Estados existen *per se* y *de facto* sin que pueda estimarse que la soberanía es una delegación del Derecho Internacional, con las limitaciones que le impone el Derecho internacional contemporáneo, en particular, como consecuencia de la influencia de las organizaciones internacionales en la estructura del sistema jurídico internacional y la afirmación progresiva de nociones jurídicas como comunidad internacional, *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*.¹¹ En definitiva, se trata de observar cómo se resuelve la tensión entre la protección de los intereses colectivos reconocidos por el Derecho internacional a la comunidad internacional en su conjunto y los intereses individuales de los sujetos primigenios de este ordenamiento.¹²

2. El reconocimiento del *ius cogens* internacional por la Corte Internacional de Justicia: ¿el inicio de una nueva tendencia o inmovilismo con aportaciones simbólicas?

A pesar de que el término de *ius cogens* (normas imperativas de Derecho internacional general) fue asumido por los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados y de que en la Sentencia de 1970 sobre el asunto de la *Barcelona Traction Light & Power* se declarara por parte de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) la existencia de obligaciones *erga omnes*, respecto de

¹⁰ Cfr. *ibíd.* pp. 227-312. El símil de la caja vacía hace referencia a la reflexión de G. Abi-Saab acerca de que «even as an empty box, *ius cogens* is necessary, because if you do not have the box, you cannot put anything in it», *Change and Stability in International Law Making*. CASSESE, A. y J. WEILER (Dir.), Berlin, 1988, p. 96. Respecto a las obligaciones *erga omnes* llega a la misma conclusión, constituye una teoría imprescindible e irresistible para la promoción de valores morales y solidarios que responde a una necesidad del mundo internacional de hoy; pero de otro lado, su defensa resulta imposible desde el punto de vista de las actuales estructuras del Derecho internacional, pues «quels que soient ses attraits, la théorie de l'obligation erga omnes exige une maîtrise et une élaboration qui jusqu'à présent font défaut». *Ibid.*, pp. 290-291.

¹¹ Cfr. CARRILLO SALCEDO, J. A. «Droit International et Souveraineté des Etats». *RCADI*, 1996, t. 257. Del mismo autor, «El fundamento del Derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico». *REDI* 1998-1, pp. 30-31.

¹² Sobre esta cuestión véase VILLALPANDO, S. «The legal dimension of international community: how community interests are protected in international law». *EJIL* 2010-2, pp. 387-419.

las cuales todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección,¹³ este mismo Tribunal obstinadamente ha evitado este término hasta la Sentencia de 3 de febrero de 2006 dictada en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (nueva demanda:2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda)*.¹⁴ Hasta entonces había preferido las perífrasis relativas a los «principios intransgredibles de Derecho internacional consuetudinario» y a las «obligaciones *erga omnes*» declaradas en las opiniones consultivas sobre la *Legalidad del uso o la amenaza de armas nucleares*¹⁵ y las *Consecuencias jurídicas de la construcción del Muro de Israel en territorio palestino ocupado*,¹⁶ así como en los contenciosos relativos a *Timor Oriental*¹⁷ y la *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio*.¹⁸ Es más, en el asunto consultivo del *Muro en territorio palestino ocupado*, la CIJ asumió las consecuencias propias de la violación de este tipo de normas –positivadas en el artículo 41 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos–¹⁹, aun cuando en la práctica sus conclusiones hayan quedado en nada.²⁰ En concreto la Corte declaró que

Todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores. Asimismo tienen la obligación de no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación creada por tal construcción. Incumbe también a todos los Estados, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, velar por que se ponga fin a cualquier impedimento, resultante de la construcción del muro, para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación. Además, todos los Estados partes en el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949, tienen la obligación, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, de hacer que Israel respete el derecho internacional humanitario incorporado en dicho Convenio.

Por último, la Corte opina que las Naciones Unidas, y en especial la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, deberían considerar qué medidas adicionales son necesarias

¹³ Cfr. *ICJ Reports* 1970, p. 32, párr. 33.

¹⁴ Cfr. *ICJ Reports* 2006, pp. 32 y 53, párrs. 64 y 123.

¹⁵ Cfr. *ICJ Reports* 1996 (I), p. 257, párr. 79.

¹⁶ Cfr. *ICJ Reports* 2004, p. 199, párrs. 155 y 157.

¹⁷ Cfr. *ICJ Reports* 1995, p. 102, párr. 29.

¹⁸ Cfr. *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio (Bosnia- Herzegovina c. Yugoslavia)*, *Excepciones preliminares*, *C.I.J. Recueil* 1996 (II), p. 616, párr. 31.

¹⁹ Texto aprobado por la CDI en su 53º período de sesiones, *Documentos oficiales de la Asamblea General*, 56 período de sesiones, *Suplemento nº 10 (A/56/10)*, pp. 10-405. En su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas tomó nota de este texto.

²⁰ Como reacción más destacada véase la Resolución ES-10/17 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 15 de diciembre de 2006.

para poner fin a la situación ilegal resultante de la construcción del muro y el régimen conexo, teniendo debidamente en cuenta la presente Opinión Consultiva.²¹

El principal órgano judicial de las Naciones Unidas ha asumido, pues, el término *ius cogens* tiempo después de que ya fuera reconocido por otros tribunales internacionales. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia había invocado en 1998, en el asunto *Furundzija*, el carácter de *ius cogens* de la norma que prohíbe la tortura para fundamentar asimismo la aplicación del principio de justicia universal en la persecución y sanción de tal crimen.²² Esta decisión tuvo especial incidencia en el asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, resuelto el 21 de noviembre de 2001 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el que de forma incongruente se concluyó, por un lado, que si bien la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens* que ostenta dentro de la jerarquía normativa internacional, convencional y consuetudinaria, el rango más elevado; sin embargo, se afirmaba por otro lado, que esta posición solo sirve para los procesos penales y no para los procesos civiles por daños y perjuicios ocasionados en el extranjero.²³ Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) declaraba en su opinión consultiva de 17 de septiembre de 2003 sobre la *Condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados*, que el principio de igualdad y no discriminación había ingresado en el dominio del *ius cogens*,²⁴ conclusión que era reiterada dos años después en el asunto de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* precisando que

[...] en cumplimiento de dichas obligaciones, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, así como a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.²⁵

²¹ Párrs. 159 y 160 de la Opinión Consultiva.

²² Cfr. TPY *Fiscal c. Furundzija*, Sentencia de 10 de diciembre de 1998m IT-95-17/1 párrs. 153-156.

²³ Cfr. TEDH asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, Sentencia de 21 de noviembre de 2001, párr. 61. En materia de inmunidades destaca también la Sentencia de 14 de febrero de 2002 de la CIJ en el asunto de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* que mantiene también una interpretación restrictiva en cuanto a los límites de las inmunidades soberanas respecto a los crímenes internacionales. Sobre esta cuestión véase ESPÓSITO MASSICCI, C. *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 2007; JIMÉNEZ GARCÍA, F. «Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad ¿Una encrucijada dualista para el Derecho Internacional?». *ADI* 2002, pp. 63-124.

²⁴ CorteIDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

²⁵ CorteIDH, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 134, párr. 178.

No obstante, el avance aludido por parte de la Corte Internacional de La Haya en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (2006)*, se limita al hecho histórico de la invocación expresa del término *ius cogens*, pues el Tribunal se enroca en su clásica proclama relativa a la distinción entre la oponibilidad *erga omnes* de una norma y el carácter facultativo de la jurisdicción internacional, declarada en el asunto *Timor Oriental*, para no deducir consecuencias jurídicas de la existencia de una norma imperativa que en teoría conlleva la nulidad de pleno derecho de los actos que la contravenga. En este caso, el Estado demandante, la República del Congo, había argumentado que la reserva ruandesa al artículo IX de la Convención contra el genocidio, que reconocía la jurisdicción de la CIJ, resultaba nula, pues tal exclusión suponía la *consagración de la impunidad* de los Estados autores de tal crimen, cuando precisamente el objeto y fin de tal Convención es su erradicación, propósito al que se han comprometido todos los Estados Parte en virtud del artículo I. Se invoca además que la Convención contra el crimen del genocidio, en virtud de la propia jurisprudencia de este Tribunal, constituye una ley general de obligado cumplimiento para todos los Estados de la Comunidad internacional, incluida Ruanda, en la medida en que contiene normas de *ius cogens* y que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 53 y 64 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, declarativos de dicha noción, ha de entenderse como nulo de pleno derecho todo acto convencional contrario a esta categoría de normas. Por tal razón, la reserva ruandesa a dicha cláusula de arreglo judicial sería nula y carecería de todo efecto jurídico. Sin embargo la Corte de La Haya, volviendo la vista atrás a su jurisprudencia sobre la materia (Opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención contra el crimen del genocidio de 1951*²⁶ y su Sentencia sobre las excepciones preliminares dictada en el asunto de la *Aplicación de la convención contra el crimen del genocidio, Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia*²⁷), afirma que no cabe duda de que los principios sustantivos de la Convención contra el genocidio constituyen principios que obligan a todos los Estados al margen de todo vínculo convencional. Los derechos y obligaciones consagrados por la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes* integrantes de normas imperativas de *ius cogens*.²⁸ No obstante y sin desviar su mirada del pasado, insiste en que tales reconocimientos no alteran su jurisprudencia sentada en 1995 en el asunto *Timor Oriental*²⁹ en virtud de la cual la oponibilidad *erga omnes* de una norma y la regla del consentimiento a la jurisdicción del Tribunal son dos cuestiones totalmente diferentes, sin

²⁶ *CIJ Recueil 1951*, p. 23.

²⁷ *CIJ Recueil 1996*, p. 616, párr. 31.

²⁸ Cfr. *CIJ Recueil 2006*, p. 32, párr. 64.

²⁹ *Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, *CIJ Recueil 1995*, p. 102, párr. 29, decisión recordada en su Providencia de 10 de julio de 2002 sobre medidas provisionales en el propio asunto de las *Actividades armadas en territorio del Congo (RDC c. Ruanda)*, *CIJ Recueil 2002*, p. 241, párr. 57.

que por lo tanto la libertad reservista de los Estados se haya visto modificada ni un ápice por la calificación de *ius cogens* de la norma convencional reservada. Para el Tribunal, la evolución del Derecho internacional acerca del genocidio, en particular el artículo 120 del Estatuto de la Corte Penal Internacional que prohíbe las reservas al mismo, no ha modificado su doctrina general declarada en la Opinión consultiva de 1951 acerca de que las reservas a la competencia de la Corte Internacional de Justicia, prevista en el artículo IX, no resultan contrarias o incompatibles con el objeto y fin del tratado en la medida en que no afectan a las obligaciones sustantivas que derivan de esta Convención en relación con la prevención y sanción del crimen de genocidio.³⁰ En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal respecto a la reserva a la cláusula compromisoria de la Convención contra la discriminación racial al afirmar que el hecho de que una controversia se relacione con la inobservancia de una norma imperativa del Derecho internacional general no es fundamento suficiente para demostrar la competencia de la Corte al respecto, y que no existe ninguna norma imperativa que obligue a los Estados a aceptar dicha competencia para resolver controversias relativas a la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.³¹

El carácter *self-restraint* mostrado por esta decisión contó con la crítica de la Opinión particular conjunta de los jueces Higgins, Kooijmans, Elabary, Owada y Simma que estimaron que el principio consensualista aplicado por la Corte en su fallo no podía tener un alcance absoluto, subrayando que podría haber situaciones en que una reserva a una cláusula relativa al arreglo de controversias pudiera ser contraria al objeto y fin de un tratado, todo dependía de las circunstancias del caso. Requieren a tal efecto del Tribunal una interpretación más sutil de la Opinión consultiva de 1951 en la que se introdujera la evolución acaecida desde entonces en el Derecho internacional como consecuencia de la multiplicación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos así como de la existencia de ciertas instancias judiciales y determinados órganos de control de estos tratados. De forma acertada recuerdan que en 1951 no existía como tal un corpus jurídico sobre derechos humanos hasta tal punto que la Convención contra el genocidio constituía prácticamente el único tratado internacional sobre la materia. Por ello resulta difícilmente concebible que en 2006 se pueda mantener los mismos criterios interpretativos que en 1951. La opinión conjunta de estos jueces se aparta expresamente del régimen interestatal de *laissez-faire* en materia de reservas proclamado en la Opinión consultiva de 1951, rechazando por irrealizable que, ante

³⁰ Cfr. *CIJ Recueil* 2006, p. 32, párrs. 66-67.

³¹ Cfr. *ibíd.*, p. 35, párr. 78.

la plétora de reservas formuladas a los tratados de derechos humanos, se pueda seguir manteniendo el esquema bilateral de aceptación/objección, que en la mayoría de los casos obedece a consideraciones políticas, para apreciar la validez de las reservas formalizadas.³² Además, destacan el papel de los órganos judiciales y de los mecanismos convencionales de control de los tratados sobre derechos humanos que han limitado sustancialmente la libertad de los Estados en cuanto a la formulación de reservas a la competencia de los mismos. A tal efecto se hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias *Belilos* de 1988; *Loizidou* de 1995), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opiniones consultivas sobre el *Efecto de las reservas a la entrada en vigor de la Convención americana* de 1982 y sobre las *Restricciones a la pena de muerte* 1983); así como la doctrina sentada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el asunto *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tobago* de 1999 y, principalmente, en su Observación General N° 24 de 2 de noviembre de 1994 en la que convergen las anteriores decisiones. Como es sabido, en tal Comentario General del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se estimó que las reservas destinadas a excluir los mecanismos de garantía y control establecidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, elementos básicos de la concepción del Pacto que están destinados a garantizar el disfrute de los derechos, resultaban incompatibles con el objeto y fin del tratado.³³ Por estas razones y en virtud de la especial responsabilidad de los Estados en la ejecución de la Convención contra el genocidio, uno de los más graves crímenes conocidos, los jueces que suscriben la citada Opinión particular estimaron que no resultaba tan evidente que las reservas al artículo IX de la Convención contra el genocidio no fueran incompatibles con el objeto y fin del tratado, por lo que el Tribunal debería haber reconsiderado su jurisprudencia. Para estos jueces, resulta especialmente grave que a principios del siglo XXI los Estados puedan seguir eligiendo si son o no juzgados por delitos de genocidio.³⁴

Más contundente se muestra la Opinión disidente del juez Koroma. Además de incidir sobre el carácter normativo de la Convención contra el crimen del genocidio ajena a las consideraciones de reciprocidad, declara que su artículo IX constituye un elemento crucial para alcanzar el objetivo y fin previstos en la misma puesto que es la única disposición de la Convención que permite la determinación del grado de

³² Cfr. párrs. 10-11 de la opinión conjunta. A estos efectos recuerdan que a la Convención del genocidio se ha presentado 28 reservas que han suscitado la objeción de 18 Estados; 54 reservas se han presentado a la Convención contra la discriminación racial que ha generado 26 objeciones; 75 reservas a la Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer con 18 Estados objetantes.

³³ Cfr. apartado 11 de la Observación General N° 24.

³⁴ Acerca de la Opinión conjunta de los cinco jueces, véanse los comentarios de la Sentencia efectuados por WECKEL, Ph. y G. AREOU en la *RGDIP* 2006-2, pp. 491-492 y LATTY, F. *AFDI*, 2005, pp. 211-212.

responsabilidad de los Estados en la comisión de un crimen de genocidio (en cuya perpetración es difícil de imaginar la no intervención del aparato estatal), pues el resto de sus disposiciones se refieren a la responsabilidad penal de los individuos implicados. Para el juez de Sierra Leona, tal conclusión resulta conforme con lo establecido en la Directriz 3.1.13 del décimo Informe del Relator especial sobre las reservas a los tratados que dispone que las reservas a una disposición convencional relativa al arreglo de controversias o al control de la aplicación de un tratado será incompatible con el objeto y fin del tratado si tal disposición constituye la razón de ser del tratado.³⁵ Denegar esta función a la Corte no solo le impide resolver las controversias resultantes de su aplicación e interpretación, sino principalmente las relativas a su ejecución así como deducir, en su caso, la responsabilidad de los Estados por actos de genocidio.

Que el artículo IX de la Convención es una disposición nuclear para la determinación de la responsabilidad estatal por actos de genocidio, ha resultado posteriormente confirmada por la propia Corte Internacional de Justicia en su Sentencia de 26 de febrero de 2007 en el asunto de la *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del crimen del genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia)*, en la que tal disposición convencional ha constituido el fundamento jurídico de base para que el Tribunal se pronunciase sobre la participación de Serbia en el genocidio de *Srebrenica*, precisando que tal Convención no sólo prevé la responsabilidad penal individual sino también la estatal.³⁶ Esta situación de mero reconocimiento formal de las normas imperativas ha provocado que alguno de los jueces del Tribunal, el juez Kooijmans, haya mantenido en el plano doctrinal que la Corte Internacional de Justicia debe superar tal inmovilismo judicial, estéril y asfixiante, y que, sin caer en un activismo judicial destructivo, apueste por un método integrador e incidental de las disposiciones normativas –proactivo en palabras del juez– que permita al Tribunal avanzar de conformidad con los nuevos desarrollos del Derecho internacional.³⁷

³⁵ Cfr. párr. 11 de la Opinión disidente y párr. 99 del Informe, AG. Doc. A/CN.4/558/Add.1, p. 31.

³⁶ *CIJ Reports* 2007, párrs. 167-169.

³⁷ P. KOOIJMANS asume que «I am certainly not in favour of judicial activism which may turn into a destructive trap. But neither am I in favour of a form of judicial restraint closes windows which need to be opened and thus becomes barren. Earlier I used the word 'proactive'. In one of my dictionaries I found the following meaning of that term: 'having orientation to the future, anticipating problems and taking affirmative steps to deal positively with them rather than reacting after a situation has already occurred'. «The ICJ in the 21st Century, judicial restraint, judicial activism, or proactive judicial policy». *ICQL* 2007-4, p. 753.

3. Constitucionalismo sustantivo frente al constitucionalismo institucional

El asunto *Kadi*³⁸ ha generado un controvertido pero necesario debate³⁹ en la era del reglamentarismo del Consejo de Seguridad sin que las estructuras de garantías de los derechos fundamentales, como parte integrante del estado de derecho, se hayan alterado en el ordenamiento internacional. El Derecho internacional se había caracterizado –y se sigue caracterizando en términos generales– por ser un ordenamiento esencialmente de cooperación, correspondiendo a los ordenamientos nacionales el desarrollo y la ejecución de la normativa internacional así como las garantías pertinentes para que tal normativa resultase conforme con los principios constitucionales del ordenamiento nacional sin cuestionar la primacía del Derecho internacional. No obstante, este planteamiento se ha visto profundamente alterado mediante la adopción de resoluciones por parte del Consejo de Seguridad que proyectan su normatividad no exclusivamente sobre los Estados sino directamente sobre el patrimonio jurídico (derechos, obligaciones y libertades) de los ciudadanos. A tal efecto surge la cuestión si determinados principios esenciales del estado de derecho (como los relativos al derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva)⁴⁰ como parte integrante del

³⁸ Aunque nos vamos a centrar en el asunto *Kadi*, se ha de precisar que este no es más que uno de los asuntos llevados ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sobre esta materia. Véanse también los asuntos *Yusuf/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, asunto T-306/01, Sentencia de 21 de septiembre de 2005; *Chafiq Ayadi c. Consejo*, Sentencia de 12 de julio de 2006, asunto T-253/02; *Hassan c. Consejo y Comisión*, asunto T-49/04, Sentencia de 12 de julio de 2006; *Organización de los Modjahedines del Pueblo de Irán c. Consejo* Asunto T-228/02, Sentencia del TPI (Sala Segunda), de 12 de diciembre de 2006.

³⁹ Sobre este asunto véase: DE WET, E. «The role of European Courts in the development of a hierarchy of norms within international law: evidence of Constitutionalisation». *European Constitutional Law Review*, 2009-2, pp. 284-306; ZIEGLER, K. S. «Strengthening the rule of law, but fragmenting international law: the *Kadi* decision of the ECJ from the perspective of human rights». *HRLR* 2009-2, pp. 288-305; DE SENA, P. y M. Ch. VITUCCI. «The European Courts and the Security Council: between *dédoublement fonctionnel* and *balancing of values*». *EJIL* 2009-1, pp.193-228 así como el debate suscitado en torno a este artículo por parte de DE BÚRCA, G. y A. NOLLKAEMPER en *EJIL* 2009-3, pp. 853-862 y 862-887 respectivamente; SIMMA, B. «Universality of international law from perspective of a practitioner». *EJIL* 2009-2, pp. 265-297, en particular, pp. 292-296; JIMÉNEZ GARCÍA, F. «Tutela judicial efectiva, Pilares intergubernamentales de la Unión Europea y Naciones Unidas o viceversa», l. cit.; SANTOS VARA, J. «El control de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?». *RDCE*, N° 32, 2009, pp. 91-120; BORE EVENO, V. «Le contrôle juridictionnel des résolutions du Conseil de Sécurité: vers un constitutionnalisme international?». *RGDIP* 2006-4, pp. 827-860.

⁴⁰ Conforme a la Observación General N° 32 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos relativo a los derechos de defensa y tutela judicial efectiva, «el artículo 14 establece garantías que los Estados Partes deben respetar, independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno. Si bien los Estados Partes deben informar sobre la interpretación que dan a estas garantías en sus respectivos ordenamientos jurídicos, el Comité observa que el contenido esencial de las garantías del Pacto no puede dejarse exclusivamente a la discreción del derecho interno». Además se recuerda que «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

ius cogens conforman un orden constitucional de carácter internacional que vertebra e integra los sistemas jurídicos. En tal sentido y dada la naturaleza facultativa y el alcance limitado del sistema jurisdiccional internacional, no debería existir ningún problema en que tribunales sectoriales o regionales –incluso los nacionales desde el planteamiento del desdoblamiento funcional– controlaran dicha legalidad internacional con efectos jurídicos limitados en sus respectivos ordenamientos (aunque con una potencialidad jurídica superior), al margen de las consecuencias prácticas que esto pudiera suscitar y de la activación de los mecanismos internacionales oportunos para subsanar tales contradicciones o deficiencias (incluida la solicitud por parte del Consejo de Seguridad de una opinión consultiva a la CIJ sobre esta materia). No se ha de olvidar, en este sentido, que el propio Consejo de Seguridad ha reafirmado que la lucha antiterrorista ha de ser conforme con la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho internacional. Igualmente, ha subrayado que los Estados deben asegurarse de que cualquier medida adoptada para luchar contra el terrorismo se ha de ajustar a las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho internacional y que deben adoptar dichas medidas de conformidad con ese derecho, en particular, con el Derecho internacional relativo a los derechos humanos, el derecho relativo a los refugiados y el derecho humanitario.⁴¹

El origen del asunto *Kadi* proviene de la interacción entre las resoluciones dictadas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y aplicadas por el Comité de Sanciones 1267 creado al efecto, que imponen distintas sanciones económicas y financieras contra el régimen afgano de los talibanes y Usama bin Laden, así como contra las personas y entidades asociadas, incluyendo empresas, que se encontraran bajo su control directo o indirecto,⁴² y las medidas de ejecución adoptadas por la Unión Europea (UE) concretadas en distintas posiciones comunes aprobadas en el ámbito exclusivo de su Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)⁴³ que devinieron en reglamentos adoptados por el Con-

derogatorias que soslayan la protección de derechos que no son susceptibles de suspensión. Cfr. CCPR/C/GC/32 de 23 de agosto de 2007.

⁴¹ Cfr. párrafo 2 de la Resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad que impone a los Estados la obligación de prohibir por ley la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo.

⁴² Resoluciones 1267 (1999), 1333 (2000), 1390 (2002), 1452 (2003), en relación con las competencias ejecutivas del Comité de Sanciones, creado al efecto por el Consejo de Seguridad mediante la Resolución 1267 (1999), en la identificación y elaboración de las personas y entidades sancionadas, quien además, en virtud de la resolución 1452 (2003), aprueba las excepciones a la congelación de fondos y de recursos económicos que por razones humanitarias podían conceder los Estados. Este régimen de sanciones fue modificado por las Resoluciones 1526 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006), 1822 (2008) y 1904 (2009) de modo que ahora las sanciones abarcan a las personas asociadas dondequiera que se encuentren. Junto a este Comité, operan otros dos, el Comité contra el Terrorismo y el Comité 1540.

⁴³ Posiciones comunes 1999/727/PESC, 2001/154/PESC, 2002/402/PESC y 2003/140/PESC.

sejo y la Comisión sobre la base jurídica de los artículos 60 y 301 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)⁴⁴ Según los demandantes, la aplicación de tal normativa vulneraba directamente su derecho de defensa y tutela, pues la imposición de tales sanciones se había realizado en virtud de un procedimiento totalmente confidencial, sin que se les informara de las razones que las motivaron, ni se les comunicara las pruebas ni circunstancias invocadas en su contra, negándoseles toda oportunidad de defensa. Su inscripción en la lista del anexo I del Reglamento impugnado se debía únicamente al hecho de que figuraban en la lista que el Comité de Sanciones elaboró a partir de la información recibida de los Estados y de las organizaciones internacionales o regionales. Por estas razones alegan que, a su juicio, las resoluciones del Consejo de Seguridad no son directamente aplicables, sino que deben ser objeto de transposición al derecho interno de conformidad con las disposiciones constitucionales pertinentes así como con arreglo a los principios fundamentales del Derecho.⁴⁵

Por su parte, el Consejo de la UE reconocía en sus alegatos que, cuando la Comunidad decide adoptar medidas unilaterales de coerción económica y financiera por iniciativa propia, el control jurisdiccional debe extenderse al examen de las pruebas utilizadas contra las personas sancionadas. En cambio, según el Reino Unido y el Consejo, cuando la Comunidad actúa sin ejercitar potestad discrecional alguna, basándose en una decisión adoptada por un órgano al que la comunidad internacional ha atribuido considerables facultades a fin de preservar la paz y seguridad internacionales, un control jurisdiccional completo entrañaría el riesgo de socavar el sistema de la ONU establecido en 1945, podría perjudicar gravemente a las relaciones internacionales de la Comunidad y de los Estados Miembros y entraría en conflicto con la obligación de la Comunidad de respetar el Derecho internacional. El Consejo arguyó que, en el presente asunto, el control jurisdiccional del juez comunitario no podía ir más allá del que existe en los Estados miembros en lo que respecta a la recepción, en su ordenamiento jurídico interno, de las decisiones adoptadas por los órganos de la comunidad internacional con el objetivo de preservar la paz y la seguridad internacionales. A este respecto, el Consejo invocó que, en varios Estados Miembros, los actos de aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad son calificados de «actos de gobierno» y escapan por completo a la competencia del juez. En otros Estados Miembros, a su juicio, la amplitud de dicho control jurisdiccional está muy limitada.⁴⁶

⁴⁴ Reglamentos del Consejo: 337/2000, 467/2001, 881/2002, 561/2003 y Reglamentos de la Comisión, 2199/2001, 1580/2002 y 866/2003.

⁴⁵ Cfr. apartados 137-152 de la Sentencia *Kadi*.

⁴⁶ Cfr. *ibíd.*, apartados 154-164 y párr. 225 de la Sentencia dictada en el asunto *Yusuf*.

Una vez afirmado que la UE se encuentra vinculada por las obligaciones dimanantes de Naciones Unidas y por las del Consejo de Seguridad, no directamente,⁴⁷ sino en virtud de que «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»,⁴⁸ el Tribunal de Primera Instancia (TPI) asume que en este caso las instituciones actuaron en ejercicio de una competencia reglada de modo que no disponían de ningún margen de apreciación autónomo. En particular, no podían ni modificar directamente el contenido de las resoluciones de que se trata ni establecer un mecanismo que pudiera provocar tal modificación. Por otra parte, rechaza que pueda ejercerse un control jurisdiccional sobre tales actos, pues cualquier control de la legalidad interna del Reglamento impugnado efectuado por el Tribunal, en particular desde el punto de vista de las disposiciones o principios generales del Derecho comunitario relativos a la protección de los derechos fundamentales, exigiría por tanto un examen, de modo incidental, de la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad que impusieron las sanciones. De esta forma el Tribunal de Justicia da marchamo judicial a la producción en cascada de actos políticos o de gobierno que no dejan margen alguno al control jurisdiccional, en el ámbito de las Naciones Unidas porque no existen mecanismos jurisdiccionales con tal competencia, en los ámbitos internos de aplicación, como es el caso de la UE, porque se trata de actuaciones regladas que los órganos judiciales no pueden revisar ni articular mecanismos que promuevan tal revisión. La determinación y calificación política de que una situación constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales ejercida por el Consejo de Seguridad en el ámbito del Capítulo VII de la Carta supone la creación de un «espacio político de actuación inmune a cualquier control jurisdiccional en defensa de los derechos fundamentales» ejercida por los tribunales nacionales o comunitarios. Las previsiones de los artículos 25, 48 y 103 de la Carta de las Naciones Unidas y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados avalan, según el TPI, tal afirmación. Para el Tribunal «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

⁴⁷ Cfr. párrs. 93-203 del asunto *Kadi*.

⁴⁸ Véase *ibíd.*, párr. 204.

de una resolución del Consejo de Seguridad *ni a su eficacia en el territorio de la Comunidad*.⁴⁹

Tal constatación, contraria a la propia esencia de la UE y de su ordenamiento jurídico así como a la jurisprudencia del TEDH, obliga al Tribunal de Primera Instancia a acudir a la noción paliativa del *ius cogens* (orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna⁵⁰) para justificar su posición, abriendo a tal efecto una sedicente posibilidad de control en el caso de que tal actuación onusiana constituyera una violación grave de las obligaciones derivadas de las normas imperativas del Derecho internacional público, tal y como se desprende de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Solo en el hipotético caso de que la tutela judicial efectiva constituyera una norma superior del Derecho internacional integrante del *ius cogens*, esto es, un principio inviolable del Derecho internacional consuetudinario en términos de la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares*, entonces el control jurisdiccional incidental ejercido por el TPI en virtud del recurso de anulación podría extenderse a los actos impugnados.⁵¹ Así pues, el TPI se reconoce con competencia universal para enjuiciar la legalidad internacional de las sanciones decretadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aunque previamente se había declarado incompetente para enjuiciar los efectos territoriales en la Comunidad Europea de las propias disposiciones comunitarias dictadas en ejecución de las resoluciones del Consejo de Seguridad, ni siquiera para articular mecanismos comunitarios que pudieran provocar su revisión.

No obstante, esta posibilidad no supone ningún avance en el razonamiento jurídico del Tribunal, sino que se erige en una premeditada válvula de escape sin consecuencia alguna, pues sobre la base de que el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva no constituyen, según el Tribunal, un derecho absoluto –sin entrar en un mayor análisis sobre las consecuencias de la derogación absoluta de tal derecho en un ordenamiento que pivota sobre el mismo–, finalmente se reitera la incuestionable autoridad política del Consejo de Seguridad y el nulo margen de actuación tanto para las instancias políticas comunitarias, esto es el Consejo como la Comisión, como para la propia instancia judicial de la Unión Europea. Es más y en una pirueta de difícil comprensión por parte de un órgano judicial, la ausencia de este control

⁴⁹ Véase *ibíd.*, párrs. 214-224.

⁵⁰ Véase *ibíd.*, párr. 226.

⁵¹ Apartado 231.

jurisdiccional es suplida, según el TPI, por la existencia de controles políticos de carácter discrecional.⁵²

La falta de conocimiento de los hechos y las pruebas sobre la vinculación terrorista de los afectados se proyecta sobre la fase jurisdiccional y sobre el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, situación que es justificada por el TPI mediante el reconocimiento de una nueva regla de *ius cogens*: la inmunidad de jurisdicción absoluta de los actos del Consejo de Seguridad cuando actúa en el marco del Capítulo VII, así como de la normativa regional de aplicación.⁵³ Conforme al tenor literal de la Sentencia,

Dicha limitación se justifica tanto por la naturaleza de las decisiones que el Consejo de Seguridad se ve obligado a adoptar en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas como por el objetivo legítimo que se persigue. En las circunstancias del presente asunto, el interés de los demandantes en que el fondo del litigio sea examinado por un tribunal no tiene entidad suficiente para prevalecer sobre 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

⁵² La única posibilidad que acierta a proponer el TPI es la puesta en marcha de un sistema particular de protección diplomática que trasciende al previsto en el Derecho internacional en vigor en cuanto viene determinado por el principio de jurisdicción, en lugar del principio de nacionalidad, y porque se entabla directamente ante un órgano político como es el Comité de Sanciones, aun cuando sea sobre un procedimiento bilateral entre Estados. Tal situación es la descrita en las Directrices del Comité de Sanciones, aprobadas por el 7 de noviembre y enmendadas el 10 de abril de 2003, así como la Resolución 1526 (2004), por las cuales se prevé la posibilidad de que un requirente (persona, grupo, empresa o entidad incluida en las lista consolidada del Comité de Sanciones) pueda pedir al Gobierno de su país de residencia o nacionalidad para que solicite una revisión del caso. Para tal efecto, se regula un procedimiento bilateral y discrecional entre el Gobierno requerido y el Gobierno o Gobiernos que propusieron originalmente la designación (el Gobierno o gobiernos proponentes) para reexaminar el mantenimiento o exclusión de la lista ante el Comité quien decide por consenso y, en caso de no hallarse este, el asunto se remitirá al Consejo de Seguridad quien decidirá en última instancia. Este procedimiento ha sido revisado el 12 de febrero de 2007 en virtud de las Resoluciones 1730 (2006) y 1735 (2006) del Consejo de Seguridad que destacan el carácter preventivo de estas medidas «que no se basan en criterios penales establecidos en el derecho interno», inciden en la necesidad de justificar la propuesta de inclusión en la lista, además de recordar el deber de los Estados de informar por escrito, en la medida de lo posible, a las personas y entidades incluidas en la Lista Consolidada sobre las medidas adoptadas, y mejoran el mecanismo de exclusión de la lista previendo la posibilidad de que el particular afectado pueda presentar directamente una solicitud de revisión del caso ante el punto focal, siendo éste el que tramite la solicitud sin que suponga reconocer la intervención directa del particular ante las instancias sancionadoras. Cfr. 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. Directrices del Comité para el desempeño de su labor (Aprobadas el 7 de noviembre de 2002, y modificadas el 10 de abril de 2003, el 21 de diciembre de 2005, el 29 de noviembre de 2006 y el 12 de febrero de 2007. Conforme a la Resolución 1730 (2006) del Consejo de Seguridad, un Estado puede decidir como norma general que sus nacionales o residentes presenten sus solicitudes directamente al punto focal. A tal efecto, el Estado hará una declaración dirigida al Presidente del Comité que se publicará en su sitio web. Por el momento, Francia, mediante carta de 30 de abril de 2007, ha formulado tal declaración. Las Directrices así como las Resoluciones del Consejo de Seguridad y demás documentación pertinente relativa a este Comité de Sanciones, incluyendo información sobre el punto focal, puede consultarse en la siguiente dirección: <<http://www.un.org/spanish/sc/committees/1267/index.shtml>>.

⁵³ Cfr. párrs. 287-288.

de la Carta de las Naciones Unidas. A este respecto, procede atribuir especial importancia al hecho de que las resoluciones que el Consejo de Seguridad ha ido aprobando sucesivamente no sólo no han establecido unas medidas de duración ilimitada o indeterminada, sino que han previsto siempre un mecanismo para revisar la oportunidad de mantener tales medidas tras un período de tiempo de 12 o 18 meses como máximo.⁵⁴

Y se concluye que tal déficit de control jurisdiccional queda salvaguardado por el control político ejercido por el Comité de Sanciones:

Por último, el Tribunal de Primera Instancia considera que, al no existir un tribunal internacional competente para controlar la legalidad de los actos del Consejo de Seguridad, la creación de un órgano tal como el Comité de Sanciones y la posibilidad, prevista en la normativa, de dirigirse a él en todo momento para obtener la revisión de cualquier caso individual, mediante un mecanismo formalizado en el que participan tanto «el Gobierno requerido» como «el Gobierno proponente» constituyen otra vía razonable para proteger adecuadamente los derechos fundamentales de los demandantes, tal como son reconocidos por el *ius cogens*.⁵⁵

No obstante, tales conclusiones favorables a la indefensión absoluta fueron revisadas por la Gran Sala del TJCE en su Sentencia de 3 de septiembre de 2008⁵⁶. Tal y como había mantenido el Abogado General, Sr. Poiares Maduro en sus conclusiones,⁵⁷ la Gran Sala niega la existencia de la *pretendida inmunidad de los actos comunitarios ejecutivos de las resoluciones del Consejo de Seguridad*, lo que lleva al Tribunal a declarar la nulidad del Reglamento por vulneración de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva y, de forma colateral, el derecho de propiedad.⁵⁸ Conforme a las conclusiones del Tribunal, con arreglo a las competencias que les confiere el Tratado, los tribunales comunitarios deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario –constitutivos a su vez del «bloque de legalidad constitucional» de la UE–, control que también se extiende a los actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como el Reglamento controvertido.⁵⁹ Eso sí, el Tribunal de Luxemburgo declara que no le corresponde controlar la legalidad de las

⁵⁴ Véase *ibíd.*, apartado 289.

⁵⁵ *Ibid.*, apartado 290.

⁵⁶ Véase TJCE, Sentencia de 3 de septiembre de 2008, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P. En el mismo sentido la Sentencia de 3 de diciembre de 2009 dictada en el caso *Hassan c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-399/06 P y 403/06 P.

⁵⁷ Conclusiones presentadas respectivamente el 16 de enero y 23 de enero de 2008 respecto a los asuntos C-402/05 P y C-415/05 P.

⁵⁸ Véanse apartados 278-330.

⁵⁹ Véase apartado 326.

resoluciones aprobadas por otros órganos internacionales, como es el caso del Consejo de Seguridad, ni siquiera limitando su control al examen de la compatibilidad de tales resoluciones con el *ius cogens*.⁶⁰

Así pues, podemos afirmar que finalmente el TJCE reconoció que la UE, como comunidad de derecho, no puede aceptar ciegamente el «constitucionalismo puramente formal o extrínseco derivado de la institución de las Naciones Unidas» en virtud de sus artículos 25, 48 y 103 de su Carta sin un análisis de fondo de la norma que se ha de aplicar de acuerdo con los principios que conforman su «bloque de legalidad», lo que implica la exigencia de un control de constitucionalidad sustantivo o intrínseco. Ello no supone el reconocimiento de un poder de derogación internacional de la disposición onusiana cuestionada, pues carece de tal competencia, sino que sus efectos se limitan al ámbito normativo de la UE poniendo en atención del propio Consejo de Seguridad y de los Estados miembros (no se ha de olvidar que Francia y el Reino Unido son miembros permanentes del Consejo de Seguridad) las dificultades ínsitas en la normativa adoptada para que sean subsanadas. Tal «activismo judicial» ya ha tenido sus consecuencias en el ámbito sancionador de las Naciones Unidas. Así las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1822 (2008) y 1904 (2009), relativas a la amenaza a la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas, toman nota de los problemas jurídicos y de otra índole surgidos como consecuencia de las medidas de aplicación adoptadas por los Estados miembros en ejecución de las resoluciones contra el terrorismo internacional así como de las mejoras que se han introducido en los procedimientos del Comité antiterrorista en cuestión y la calidad de la Lista consolidada.⁶¹ En concreto, la Resolución 1904 (2009) reafirma no solo que todos los Estados miembros han de tomar todas las medidas necesarias posibles, de conformidad con su legislación y prácticas nacionales, para notificar e informar oportunamente a la persona o entidad que se proponga incluir en la Lista y adjuntar a esa notificación el resumen de los motivos para la inclusión, sino que prevé la instauración de una Oficina del Ombudsman donde se podrán remitir solicitudes de exclusión de la Lista consolidada sustituyendo en tal labor a los puntos focales establecidos mediante la Resolución 1730 (2006). A tal efecto, se regula un procedimiento contradictorio entre, por una parte, el peticionario y el Ombudsman que se hace cargo de su causa, y de otra, los Estados y los órganos competentes de Naciones Unidas: Equipo de Vigilancia y el Comité antiterrorista.⁶²

⁶⁰ Cfr. párr. 287.

⁶¹ Véase Directrices del Comité 1267 para la realización de su labor aprobadas el 7 de noviembre de 2002 con las modificaciones introducidas el 12 de febrero de 2007 y el 9 de diciembre de 2008 <http://www.un.org/spanish/sc/committees/1267/1267_guidelines_sp.shtml>.

⁶² Cfr. párrs. 19-21 de la Resolución así como su Anexo II.

4. Los Tribunales como garantes y responsables de la efectividad del Derecho Internacional. La persecución positiva de los crímenes internacionales y el control de convencionalidad

El actual Derecho internacional ha consagrado como uno de sus principios estructurales el fin de la impunidad entendida ésta, tal y como se declara en el Acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala de 12 de diciembre de 2006,⁶³ como la inexistencia de hecho o de derecho de responsabilidad penal, administrativa, disciplinaria o civil para los responsables que atentan gravemente contra los derechos humanos, eludiendo la investigación o la condena; todo lo cual conduce al debilitamiento del estado de derecho, impidiendo al Estado con su deber de garantizar a los ciudadanos afectados la protección de su vida, integridad física y el pleno acceso a la justicia, con la consecuente pérdida de la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas del país. Tal principio se concibe además como uno de los presupuestos necesarios para alcanzar un verdadero estado de derecho internacional donde prime el imperio de las leyes frente al imperio de los Estados, garantice la generalidad de los derechos por él declarados así como la efectividad de su control y respeto mediante instancias jurisdiccionales,⁶⁴ ya sean internacionales o nacionales en virtud de distintos criterios de atribución de competencia, asumiendo en el ámbito penal internacional el principio de complementariedad declarado en el Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional.

Por otra parte, el principio normativo del fin de la impunidad ante los crímenes internacionales ha adquirido una dimensión que va más allá de la garantía de la existencia de un recurso judicial efectivo (piedra angular, no obstante). En estos momentos tal derecho se concibe de una forma holística que comprende la búsqueda de la verdad y la obtención de una adecuada reparación tanto individual como de carácter social o colectivo. Tal concepción es la que preconizan los «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones», anexos a la Resolución 60/147 aprobada sin necesidad de votación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 2005. Por otro lado, mientras que el fin de la impunidad y el deber de todo Estado de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes internacionales se declaran en los Preámbulos

⁶³ Acerca de este acuerdo y el mandato de esta Comisión véase: <<http://cicig.org/index.php?page=mandato>>.

⁶⁴ Cfr. CHESTERMAN, S. «An International Rule of Law?». *New York University School of Law*, April 11, 2008, Papers 70 <<http://lsr.nellco.org/nyu/plltwp/papers/70>>.

de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada el 20 de diciembre de 2006, y del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, la decisión de 13 de mayo de 2008 adoptada por la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en el asunto *Fiscal c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, reconoció como derechos de las víctimas de los crímenes de la competencia de la Corte, *el derecho a la verdad y el derecho a la justicia* tal y como han sido interpretados por la CorteIDH y, en menor medida, por el TEDH⁶⁵ y de conformidad con la doctrina sentada sobre esta cuestión por la denominada justicia transicional.⁶⁶ Asimismo y en consecuencia, se afirma de manera contundente que el conjunto de derechos procesales de las víctimas no debe ser determinado de manera casuística sino mediante una aproximación sistemática. En tal sentido, la jueza Silvia Steiner concluye que a la hora de concretar el estatuto procesal de la víctima en el procedimiento ante la Corte, incluso en la fase preliminar, se ha de tener en cuenta su legítimo interés en la determinación veraz de los hechos, la identificación de los responsables de tales crímenes y la declaración de su responsabilidad como elementos integrantes de su derecho a la verdad. Además en el reconocimiento del derecho a la justicia, ha de presidir el objetivo de poner fin a la impunidad mediante el establecimiento judicial de las circunstancias en las cuales se consumaron las violaciones, la declaración de responsabilidad de los perpetradores de tales crímenes y la seguridad de que se impondrán sanciones de conformidad con la gravedad de los crímenes por los que hayan sido condenados.⁶⁷

La consagración de este principio, sin embargo, se ha encontrado con importantes obstáculos en distintos ámbitos, desde las reglas de las inmunidades jurisdiccionales penales de los representantes internacionales de los Estados (asuntos *Yerodia*, *Al-Adsani* ...), hasta las legislaciones nacionales relativas a las amnistías, indultos, prescripción o al principio de irretroactividad. No obstante, en el reconocimiento paulatino del principio del fin de la impunidad como principio estructural del Derecho internacional también cabe destacar el activismo de ciertos tribunales internacionales. En primer lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la *Masacre de Mapiripán v. Colombia* reiteraba que:

⁶⁵ Se cita la siguiente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Bàmaca-Velasquez c. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, n° 70, párr. 201, *Barrios Altos c. Perú*, Sentencia de 14 de marzo 2001, Series C, n° 75, par. 48, *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, n° 134, párr. 297; *Almohacid-Arellano y otros c. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, n° 154, párrs. 148 y ss. Respecto al TEDH, se cita el asunto *Hugh Jordan c. Reino Unido*, Sentencia de 4 de mayo de 2001, Demanda No. 24746/1994, [2001] ECHR 327, párr. 93.

⁶⁶ Sobre este tema, véase J. Chinchón Álvarez, *Derecho Internacional y Transiciones a la Democracia y la Paz*. Madrid: Ediciones Parthenon, 2007.

⁶⁷ Cfr. ICC-01/04-01/07, pars. 31-51 <<http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-07-474-ENG.pdf>>.

[...] ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. En particular, son inaceptables las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos –como las del presente caso, ejecuciones y desapariciones. El Tribunal reitera que la obligación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse.⁶⁸

El principio de irretroactividad de las leyes penales es un principio general del Derecho internacional consustancial al principio de legalidad penal. Tanto el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas como los respectivos artículos 7 y 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo declaran. Según las disposiciones internacionales citadas, nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de su comisión no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional, precisando que tal derecho no impide el juicio ni la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos conforme a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. Esto es, que a la hora de concretar el alcance de este principio no sólo se ha de tener en cuenta la legalidad nacional sino también la legalidad internacional (incluida la consuetudinaria así como la derivada de los principios generales), por lo que estrictamente hablando la aplicación de la ley penal posterior a hechos anteriores que estaban condenados internacionalmente no supone una aplicación retroactiva de la ley penal nacional sino su aplicación retrospectiva en atención al cumplimiento de las obligaciones internacionales existentes para el Estado y para los individuos desde el momento en que se pueda afirmar la existencia de responsabilidad penal internacional sobre el crimen en cuestión. Como ha destacado el profesor Antonio Remiro Brotóns, «no hay razón alguna para hacer a los criminales beneficiarios de la morosidad de los legisladores estatales una vez que los tipos ya establecidos en el orden internacional son recibidos –miméticamente o por equivalencia– por los ordenamientos internos».⁶⁹

⁶⁸ Sentencia *Corte IDH*, de 15 de septiembre de 2005, Serie C. n° 134, párr. 304. En el mismo sentido y con especial referencia al artículo 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, Sentencia de 26 de septiembre en el asunto *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, *Corte IDH Serie C n° 154* y Sentencia de 29 de noviembre de 2006 en el asunto *La Cantuta c. Perú*, *Corte IDH Serie C n° 162*.

⁶⁹ Véase REMIRO BROTONS, A. *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1999, p. 60.

Así pues no resultan contrarios al principio de legalidad penal internacional aquellos procesos judiciales abiertos contra actuaciones delictivas que si bien en el momento de su comisión no estaban tipificadas en el código penal en vigor sin embargo eran consideradas criminales conforme al Derecho internacional, convencional o consuetudinario, vigente en ese momento y tales conductas fueron posteriormente incorporadas al respectivo código penal de aplicación por parte del tribunal enjuiciador. Por su parte, la Audiencia Nacional española mantuvo en su sentencia de 19 de abril de 2005 sobre el asunto *Scilingo* que debe negarse

[...] el argumento de que el legislador español, al introducir dicho precepto penal (el crimen de lesa humanidad en el artículo 607 bis CP) se estaba limitando a permitir en el ordenamiento español, pero sólo de cara al futuro y para el ámbito interno español, la persecución de este tipo de crímenes, a modo de dar formal cumplimiento a la exigencia derivada del principio de complementariedad del Estatuto de la Corte Penal Internacional o de la obligación de cooperar con dicho Tribunal, dejando sin previsión en derecho interno la norma penal internacional que ya desde hace décadas castigaba ese tipo de conductas. *Ello significaría negar cualquier clase de internacionalidad a esta clase de delitos lo que representa una absoluta contradicción, además de no ajustarse siquiera a la ubicación sistemática dada a estos delitos.*⁷⁰

Las anteriores conclusiones no son meras aseveraciones o desiderata doctrinales, sino que cuentan con un importante soporte jurisprudencial. Además de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya indicadas, se ha de destacar la doctrina más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha declarado la conformidad con el principio de legalidad penal internacional del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de las legislaciones nacionales, así como de la jurisprudencia de ellas derivadas, que reconocen efectos retroactivos (o retrospectivos) a los crímenes contra la humanidad tipificados en sus respectivos códigos penales. Doctrina que viene a completar los desarrollos jurisprudenciales dictados en 1997 sobre el asunto *Touvier c. Francia* y en 2001 acerca de los asuntos *Papon c. Francia* y *Streletz, Kesskest y Krentz c. Alemania*.⁷¹ En los asuntos *Kolk y Kislyiy c. Estonia*, resuelto por el TEDH mediante decisión de admisibilidad dictada el 17 de enero de 2006 y *Kononov c. Letonia*, resuelto mediante sentencia del 24 de julio de 2008, se reconoce por parte del Tribunal de Estrasburgo que no resultan contrarias al artículo 7 del Convenio las decisiones judiciales nacionales que habían concluido que los crímenes contra la humanidad tipificados por el Estatuto Militar Internacional de Nuremberg en 1945, los Principios de dicho Tribunal declarados en 1950 por la Asamblea General de las Naciones Unidas e incluso en

⁷⁰ Cfr. Fundamento Jurídico 1.4.3 de la sentencia.

⁷¹ Las decisiones citadas pueden consultarse en la siguiente dirección: <http://www.echr.coe.int/echr>

la Convención de la Haya de 1907, que reproduce casi literalmente el texto de la Convención de la Haya de 1989 y que asume la Cláusula Martens, son perseguibles independientemente de la fecha en que fueron cometidos y ello a pesar de que en el momento en que se produjeron los hechos impugnados no estuvieran tipificados como tales crímenes en los códigos penales entonces vigentes, sino que fueron códigos posteriores (de 1994 y 1993 respectivamente) los que introdujeron con efectos retroactivos y sin posibilidad de prescripción la persecución penal de tales crímenes. Es más, el TEDH salva las exigencias del principio de legalidad de las penas al mostrar su conformidad con el hecho de que la condena de los demandantes y la pena que les habían sido impuestas tienen su base jurídica en los respectivos códigos penales de la década de 1990.

Con anterioridad en el asunto *Jorgic c. Alemania*, el Tribunal de Estrasburgo había declarado compatible con los derechos a la libertad y seguridad (artículo 5) y a un proceso equitativo (artículo 6) la aplicación del principio de justicia universal en relación con la persecución del crimen del genocidio de conformidad con las previsiones de la Convención de 1948 sobre la prevención y sanción del crimen en cuestión. Para el TEDH, del artículo I de esta Convención deriva para las partes contratantes la obligación *erga omnes* de prevenir y sancionar el genocidio cuya prohibición forma parte del *ius cogens* internacional.⁷² Por su parte, en la sentencia en casación dictada el 17 de mayo de 2010 por la Gran Sala del TEDH sobre el asunto *Kononov*, se reitera que la garantía que consagra el artículo 7, elemento esencial de la preeminencia del derecho, ocupa un lugar primordial en el sistema de protección de la Convención, tal y como lo constata el hecho de que dicha disposición no pueda ser objeto de suspensión en caso de guerra o de otro peligro público. En cuanto a su contenido, recuerda que la previsión de legalidad penal hace referencia tanto a la existencia de una norma, escrita o no escrita, así como a los principios de accesibilidad y previsibilidad de tales disposiciones penales. A tal efecto insiste respecto al principio de previsibilidad que este comprende la interpretación judicial, pues está sólidamente establecido en la tradición jurídica de ciertos Estados Partes que la jurisprudencia, como fuente del derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal.⁷³ En cuanto a los crímenes de guerra por los que fue el demandante condenado, acaecidos en 1944, se declara que tales crímenes habían sido codificados en las Reglas de la Haya de 1907, en las que se incluye la Cláusula Martens, además de en los Convenios de Ginebra de 1949 y en los Principios de Nuremberg. Es más, la prohibición de tales crímenes había sido declarada

⁷² TEDH, asunto *Jorgic c. Alemania*, sentencia de 12 de julio de 2007, párr. 68.

⁷³ Cfr. párr. 185 de la Sentencia *Kononov* (2010).

por la jurisprudencia internacional como parte integrante de las «consideraciones elementales de la humanidad» así como de los «principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario».⁷⁴

Por su parte el Tribunal Supremo español con ocasión del reiteradamente citado asunto *Scilingo* ha elaborado una interesante doctrina conforme a la cual se sancionan los hechos imputados de conformidad con los delitos tipificados en el momento de su comisión en los respectivos códigos penales de los Estados involucrados, salvando así los problemas de retroactividad, pero advirtiendo que tales conductas delictivas resultaban asimismo en ese momento sancionadas internacionalmente como crímenes contra la humanidad y que tal sanción era no solo plenamente conocida por los Estados implicados sino también por los autores de tales de crímenes, conjurando así los problemas relativos a la prescripción de los delitos o a la aplicación del principio de justicia universal. Se trata de la *contextualización de delitos nacionales en categorías de crímenes sancionados por el ordenamiento internacional, incluyendo el derecho consuetudinario*. Para el Tribunal Supremo, las referencias a estas conductas en el Derecho internacional penal con anterioridad a los hechos enjuiciados han sido generalmente previas a su constatación en normas de derecho interno. Desde la primera aparición escrita, en 1907 (Cláusula Martens), la evolución normativa ha permitido la consolidación internacional de un *elemento de contexto* identificable, añadido al hecho individual, que permite atribuir mayor cantidad de injusto a conductas que ya previamente eran constitutivas de delito. Las consecuencias de su apreciación se concretan en el reconocimiento de esa extraordinaria gravedad desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos, y en la aceptación internacional de la necesidad de proceder a su persecución y castigo, haciendo efectivo un impulso internacional que supere las dificultades derivadas de su propia naturaleza.⁷⁵

En atención a estos desarrollos jurisprudenciales y de forma complementaria a ellos, habría que destacar dos doctrinas fundamentales reconocidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En primer lugar, la relativa a las obligaciones positivas derivadas de las convenciones suscritas y del principio de diligencia debida que permiten declarar la responsabilidad del Estado por actuaciones delictivas cometidas por los particulares. En segundo lugar, la referente al control de la convencionalidad internacional por parte de los jueces nacionales de su derecho interno. Estas doctrinas jurisprudenciales han supuesto un importante avance respecto a la responsabilidad en el ámbito de la protección de los derechos humanos. Respecto a la teoría de la

⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 215.

⁷⁵ Cfr. Fundamento Jurídico 6.3 de la sentencia.

obligaciones positivas, se altera la estructura vertical del Derecho internacional de los derechos humanos (*individuo v. Estado*) introduciendo la dimensión horizontal (*individuo v. individuo*) que potencia la efectividad y plenitud de los derechos reconocidos por los Estados en los convenios internacionales que suscriben. A tal efecto, en el caso *Campo Algodonero v. México*, con importante referencia al acervo jurisprudencial del TEDH sobre la materia, se ha reconocido la responsabilidad del Estado por su falta de actuación respecto al asunto de los crímenes de mujeres de Ciudad Juárez. El Tribunal ha constatado en este caso que

Las irregularidades en el manejo de evidencias, la alegada fabricación de culpables, el retraso en las investigaciones, la falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desarrollaron las ejecuciones de las tres víctimas y la inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave, vulneran el derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido. Además, denota un incumplimiento estatal de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas. Todo ello permite concluir que en el presente caso existe impunidad y que las medidas de derecho interno adoptadas han sido insuficientes para enfrentar las graves violaciones de derechos humanos ocurridas. El Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una investigación con debida diligencia. Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir.⁷⁶

Ahora bien, y conforme a su propia jurisprudencia, la Corte interamericana deja claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquel no es automáticamente

⁷⁶ Véase CorteIDH, caso *González y otras («Campo Algodonero») v. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, n° 205, párr. 388.

atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.⁷⁷

En lo que respecta a la doctrina del control de convencionalidad, con ella se mueve el foco de la responsabilidad desde el Gobierno, principal valedor del cumplimiento de las obligaciones internacionales, hacía el poder judicial al que, en cuanto órgano del Estado, le corresponde un papel primordial y definitivo en el reconocimiento y garantía de los derechos asumidos por el ordenamiento internacional con independencia del sistema monista o dualista que impere en su ordenamiento nacional. Con este fin, el Tribunal de San José de Costa Rica ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un «control de convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁷⁸

No resulta ajena a esta doctrina cierta jurisprudencia nacional relativa a la persecución de los crímenes internacionales. A este respecto se puede destacar la Sentencia de la Corte Suprema de Perú en el asunto del ex presidente *Alberto Fujimori* de 7 de abril de 2009⁷⁹ en la que se incide sobre el valor interpretativo de la jurisprudencia de la Corte IDH,⁸⁰ la virtualidad del derecho consuetudinario en la calificación de los actos criminales que justifica su perseguibilidad internacional, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo,⁸¹ declarando la nulidad de toda

⁷⁷ Cfr. *ibíd.*, párr. 280.

⁷⁸ Cfr. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 *CorteIDH Serie C n° 154*, párrs. 123 a 125 y caso *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, *CorteIDH Serie C n° 162*, párrs. 173-189; Caso *Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 78; asunto *Radilla Pacheco vs. México*, *Corte IDH Serie C n° 209* Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339

⁷⁹ La sentencia puede consultarse en la siguiente dirección: <<http://www.derechos.org/nizkor/peru/doc/fujimori.pdf>>.

⁸⁰ Cfr. párr. 107.1.

⁸¹ Cfr. párrs.710 y ss.

norma de amnistía que pudiera amparar la impunidad de los mismos.⁸² Asimismo, la Sentencia de la Corte Suprema argentina dictada el 13 de julio de 2007 en el asunto *Mazzeo, Julio Lilo y otros* que, reiterando su jurisprudencia anterior contraría las leyes de amnistía (*Arancibia Clavel y Simon*), declara la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de crímenes internacionales, pues dicho acto de gobierno conllevaría de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad.⁸³ En España destacan la Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005 de 26 de septiembre en el denominado asunto del *genocidio maya* en Guatemala, en la que se reconocía el carácter absoluto y pleno del principio de justicia universal tal y como entonces lo reconocía el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (actualmente reformada y tal principio limitado), así como la Sentencia del Tribunal Supremo en el mencionado asunto *Scilingo* dictada en casación el 2 de septiembre de 2007.⁸⁴ Según esta sentencia, los principios contenidos en el Derecho internacional penal deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten naturaleza de *ius cogens*. Consiguientemente, tanto las normas de Derecho penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas teleológicamente en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los derechos humanos conforme al contexto jurídico internacional existente en el momento de la comisión de la conducta criminal.⁸⁵

5. Conclusiones

Los asuntos analizados nos permiten apreciar la relevancia que el «activismo judicial» presenta actualmente en el panorama del Derecho internacional. No se trata de interpretaciones *contra legem* o *apologéticas* que pretendan movilizar la normativa internacional en la consecución de ciertos valores o principios meramente auspiciados por el ordenamiento internacional, sino de interpretaciones ajustadas a la normativa internacional vigente tendentes a la consecución de un equilibrio equitativo entre los intereses en presencia salvando la coherencia y la unidad del Derecho internacional. Si bien este ordenamiento se encuentra arraigado en principios

⁸² Cfr. párrs. 621 y ss.

⁸³ Cfr. párr. 29 de la Sentencia. La jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina puede consultarse en <<http://www.csjn.gov.ar/>>.

⁸⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 798/2007 de 1 de octubre de 2007.

⁸⁵ Cfr. Fundamento Jurídico 6.3 de la sentencia.

estructurales de corte clásico incuestionables (soberanía, relativismo jurídico...), no puede obviar los progresos alcanzados en otros ámbitos que han de resultar necesariamente compatibles con los esquemas jurídicos anteriores. Se trata de significativos avances que quizá nos permitan hablar de la existencia de un incipiente orden público internacional concretado, en este caso, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos.