

SANCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS Y GARANTÍAS JUDICIALES

Disertación entre las medidas antiterroristas y los derechos humanos.

“Paradójico es pensar en medidas por la paz y la seguridad internacional que no tomen en cuenta los derechos humanos”

Por Juan Jaime González Varas

2014

Resumen: el presente trabajo realiza conforme a la metodología de la disertación un análisis sobre dos aspectos que en ocasiones parecen irreconciliables: los mecanismos antiterroristas desarrollados para el mantenimiento de la seguridad internacional, y el respeto irrestricto a las garantías judiciales como medidas de protección internacional de los derechos humanos. Tal parece que en el balance de los claroscuros, la dogmática garantista no es ajena a la necesidad de tomar medidas frente a actos atroces de organización política criminal como lo son los actos terroristas; sin embargo, la labor de mantenimiento de la paz llevada a cabo por el Consejo de Seguridad parece –tradicionalmente- legitimarse bajo un estandarte sino inamovible por lo menos reticente, que evita en “pro de la eficacia” el cuidado de ciertas garantías judiciales fundamentales. Aún así, el desarrollo de las medidas y sanciones aplicadas por el Consejo de Seguridad y su evolución hasta la actualidad, desde aquellas omnicomprensivas hasta las llamadas *sanciones inteligentes* así como la adopción de figuras institucionales como la Ombudsman, parecen esbozar tintes humanitarios en su construcción, e inclinarse ante una postura más abierta de permeabilidad de ciertas garantías a los derechos humanos en el discurso cada vez más insostenible de absoluta seguridad internacional.

SUMARIO: (I) SANCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD: EL ESTANDARTE RETICENTE POR LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONAL: (A) El asta: La seguridad y la paz internacionales; **(B)** La tela: Las Sanciones del Consejo de Seguridad entre el margen discrecional para la prevención y la arbitrariedad de una punición. **(II) GARANTÍAS JUDICIALES EN DERECHO INTERNACIONAL: EL VIENTO INISTENTE SOBRE EL ESTANDARTE DEL CONSEJO DE SEGURIDAD: (A)** La fuerza del viento: Insuspendibilidad, inderogabilidad e intangibilidad de una garantía de humanidad convencional y consuetudinaria; **(B)** La dirección del viento: Insostenibilidad de un argumento del Consejo de Seguridad.

PALABRAS CLAVE: Seguridad internacional, medidas antiterroristas, sanciones antiterroristas, garantías judiciales, derechos humanos, listas negras antiterroristas, límites al Consejo de Seguridad.

SANCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS Y GARANTÍAS JUDICIALES.

Paradójico es pensar en medidas por la paz y la seguridad internacional sin derechos humanos, paradójico es para otros pensar en seguridad internacional con derechos humanos. Entre el *sin* y el *con*, esto es, entre las posibilidades y tensiones, mantener la seguridad internacional a través del desarrollo e implementación de medidas antiterroristas y respetar las garantías judiciales de los implicados conforme a las obligaciones del sistema de protección internacional de los derechos humanos puede no resultar una tarea sencilla. Dos tesis se anteponen y entremezclan. Para algunos resulta necesario elegir entre el negro y el blanco, entre seguridad y derechos humanos, entre seguridad y libertad¹, mientras para otros parece necesario un sano y justo equilibrio entre la seguridad y derechos humanos².

Surge así ante ello, una avalancha de conceptos que necesitan ser esclarecidos: ¿Qué es la seguridad internacional, el terrorismo y las medidas para su mantenimiento? ¿Cuál es la finalidad de las *sanciones* internacionales relacionadas con los actos terroristas? y ¿a qué

¹ Véase por ejemplo Oberleitner, G. quien señala en el Informe de Trabajo para el Centre for the Study of Human Rights de 11 de febrero de 2003, London Centre of Economic and Political Science, lo siguiente: "We have to choose between security and human rights (...) Two different sets of lenguaje are being spoken, the lenguaje of human rights and the lenguaje of security, growing apart more and more each day".

² Mary Roninson (antigua alta comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos) señaló que : "I do not oppose counter-terrorism action of sort, rather I fear that the exception is about to become a rule. States must live up to their dual obligation to provide security and guarantee human rights. There is no dichotomy between these two concepts". Cita extraída de Tulliu, S. y Schmalberger, T. *Coming to Terms with Security: A Lexicon for Arms Control, Disarmament and Confidence-Building*, United Nations, Institute for Disarmament Research, Ginebra, United Nations Publications, 2003, pág. 8.

nos referimos con garantías judiciales? Así como las relaciones de coordinación y contraposición que guardan tales conceptos. Una breve aproximación a la definición de tales conceptos y a su desarrollo histórico, nos permitirá de alguna forma limitar también el objeto del presente trabajo.

Los poderes de actuación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas son delegados, limitados y no arbitrarios, en la medida en que su discrecionalidad está reglada a través de los capítulos VI a VIII de la Carta de Naciones Unidas; y en ese sentido –de conformidad con el preámbulo de la Carta- se obliga al adoptar las medidas para asegurar la paz y seguridad internacionales a tomar en cuenta las normas del derecho internacional general de los derechos humanos y el *ius cogens*³. No obstante tal afirmación a secas, aunque aparentemente lógica deductiva puede ser tachada de falaz sin una correcta fundamentación técnica jurídica.

Así, en el ejercicio de tales atribuciones, En la resolución 1267 (1999) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CS ó CSNU) – en la cual se condena el uso de territorio afgano por brindar refugio y adiestramiento a terroristas- se menciona que la represión del terrorismo internacional es fundamental para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Al respecto, no hay una definición unívoca del concepto de *terrorismo*⁴ pero los intentos por su desarrollo han repercutido en la percepción (por no decir evolución) de las finalidades de la seguridad internacional. Por el contrario, existe un amplio debate doctrinal por lo que no será objeto del presente trabajo resolver el problema definitorio; no obstante ello, es posible abstraer de conformidad con la doctrina mayoritaria⁵ los elementos que lo componen. Un elemento estructural que define los delitos de terrorismo al cometerse en el marco de una organización armada; y un elemento teleológico que lo puntualiza como un

³ Tomuschat, CH, *International Law as the Constitution of Mankind, International Law on the eve of the twenty-first Century: Views from the International Law Commission*, 1997, pp. 37-50; y otros autores citados por López-Jacoiste, Eugenia en *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sic) y la Defensa de los Derechos Fundamentales: Algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi* disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/32.pdf>. Pág. 793.

⁴ Rodríguez De las Heras Ballell, Lucas, *Protección Internacional de los derechos humanos y medidas antiterroristas*, Tirant Lo Blanch, México, 2012. Pág. 46. El autor refiere que “Ya en 1988, Alex P. Schmid y Albert J. Jongman distinguían un total de 109 definiciones distintas del término terrorismo (...) y que (...) hoy en día esta cifra ha sido ampliamente superada”.

⁵ Gómez Marín Víctor, *Notas para un concepto funcional de terrorismo* en Terrorismo y Estado de Derecho, José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo (Directores), Iustel, 2010. Pág. 30. Véase también el desarrollo doctrinal para una aproximación al concepto de terrorismo desarrollado por Rodríguez de las Heras, Óp. Cit. Págs. 53-58.

fenómeno orientado a la persecución de un fin o resultado político atemorizando a la población. De la conjunción de tales elementos se desarrolla una definición *genérica* como la realización de actos de *violencia política organizada*.

Por su parte, respecto de las obligaciones internacionales de los Estados frente a los crímenes de terrorismo tampoco hay un consenso único, y es que ello depende en gran medida del instrumento jurídico que lo regula (sea este universal o regional); del carácter de las obligaciones –generales o particulares- que se establecen (dependiendo de si el instrumento trata una perspectiva global o específica del problema del terrorismo); y también, de la naturaleza de cada una de las obligaciones (prevención o represión de los crímenes de terrorismo)⁶.

En realidad, el Derecho internacional comenzó a preocuparse del terrorismo como fenómeno jurídico a partir del siglo XX⁷, y su desarrollo ha evolucionado rápidamente en el siglo XXI a partir del ataque a las Torres Gemelas en Nueva York que provocó una reacción rápida de los organismos internacionales; por ejemplo, a través de la resolución 1373 del CSNU que creó un nuevo organismo subsidiario, el Comité Contra el Terrorismo (CCT).

Anteriormente, existía ya una discusión iniciada a mediados de los años noventa respecto de la legalidad de los efectos de las sanciones impuestas contra Irak⁸, donde la aplicación de sanciones comprensivas preocupó a los ámbitos políticos y académicos debido a las consecuencias que las medidas adoptadas con fundamento en graves violaciones del Derecho Internacional por el régimen de Saddam Hussein tuvieron sobre la población civil. Al respecto, el CS aceptó que las sanciones comprensivas terminaban siendo ineficaces o contraproducentes, y recondujo su política antiterrorista precisando las sanciones económicas respecto de personas y grupos concretos de forma selectiva, a lo que se le ha denominado *sanciones selectivas o inteligentes*⁹ (en contraposición con las sanciones comprensivas antes referidas). Tales sanciones inteligentes se caracterizan por la

⁶ Rodríguez De las Heras, *ibíd.* Págs. 66-94.

⁷ Hormazábal Malarée, Hernan, *El terrorismo en el derecho internacional* en Terrorismo y Estado de Derecho, José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo (Directores), Lustel, 2010. A decir del autor considera como hechos de trascendencia internacional que podrían ser considerados como actos terroristas los siguientes: El asesinato del heredero al trono del imperio Austro-Húngaro en Sarajevo (1914); el asesinato en Marsella del rey Alejandro de Yugoslavia (1934); el asesinato de atletas israelíes (1988); el derribe del avión Boeing 747 sobre Lockerbie.

⁸ Andrés Sáenz de Santa María, Paz, *Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad*, en *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salceso, vol. I Córdoba, Sevilla, Málaga, 2005, pp. 155-176. Tales sanciones fueron aplicadas con fundamento en la resolución S/RES/661 de 6 de agosto de 1990.

⁹ Véase por ejemplo: Andrés Sáenz, *óp. Cit.*

inexistencia de vínculo alguno entre ellas y el territorio o régimen gobernante de un país tercero¹⁰.

Es precisamente a partir de los atentados del 11 de Septiembre de 2001 que el CSNU sugirió que la eficacia en la lucha contra la financiación del terrorismo del Al-Qaeda y los Talibanes requería del reforzamiento del mecanismo denominado de *listas negras antiterroristas*¹¹. Tales listas consistían en una relación de nombres sobre los cuales los Estados miembros se constreñían a congelar los activos de los individuos y entidades en ellas incluidos y evitar su salida del territorio nacional de manera indefinida y sin garantía procedimental alguna para los afectados.

Los precedentes antes mencionados, respecto de las medidas de congelación de fondos, el embargo de armas y las prohibiciones para efectuar viajes han sido matizados en posteriores resoluciones del CSNU¹². Lo que aquí es importante resaltar, es que tal parece que el matiz responde a razones *humanitarias* o de *proporcionalidad de la medida*, de presión social o del inicio de lo que puede ser un insostenible discurso de una seguridad internacional de carácter prioritario y absoluto por encima de ciertas garantías judiciales.

Así surge otro concepto que es importante reseñar a efectos del desarrollo. Se utilizará la expresión “garantías judiciales” procurando evitar polémicas conceptuales sobre su significado y equivalencia respecto de diversas nociones como *fair trail* o *tutela judicial*

¹⁰ Ya desde la resolución 1267 (1999) el Consejo imponía a los Estados “que congelen los fondos y otros recursos financieros, incluidos los fondos producidos o generados por bienes de propiedad de los talibanes bajo su control directo o indirecto, o de cualquier empresa de propiedad de los talibanes o bajo su control.

¹¹ Se utiliza el término *reforzar* el mecanismo de listas negras porque tal mecanismo surgió a partir de la resolución S/RES/1267 de 15 de octubre de 1999 y la S/RES/1333 de 19 de diciembre de 2000 ambas previas a los atentados referidos; pero a partir de la resolución S/RE/1390 de 16 de enero de 2002 se amplió la incorporación de nombres en la lista. La resolución 1267 (2001) impuso las primeras sanciones inteligentes contra el régimen Talibán, y consistía en medidas relacionadas con la restricción de vuelos de cualquier aeronave propiedad de los Talibanes y bloqueo de fondos y otros recursos financieros. Se precisa que se sanciona al régimen Talibán y no Al-Qaeda o a Osama Bin Laden; es decir, a un territorio determinado y un término claro.

¹² Véase por ejemplo el párrafo 1 de la resolución 1452 (2002) que dispone que los Estados pueden conceder por razones humanitarias un cierto número de excepciones a la congelación de fondos y recursos económicos impuesta por las Resoluciones 1267 (1999) y 1390 (2002), siempre que el Comité de Sanciones lo apruebe caso a caso. Posteriormente en su resolución 1822 (2008) el CS retoma las exenciones antes mencionadas. Por su parte, en cuanto a la congelación de fondos, el apartado 2, letra b) de la Resolución 1452 (2002) atribuye a los Estados la facultad de permitir que en las cuentas congeladas se ingresen pagos correspondientes a contratos, acuerdos u obligaciones anteriores a la fecha en que esas cuentas hayan quedado sujetas a las disposiciones de las resoluciones 1267 (1999), 1333 (2000) o (1390 (2002).

efectiva; así se referirá en un sentido suficientemente amplio tal como lo dispone el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que en el texto original en español abarca tanto el derecho de acceso a los tribunales como el conjunto de garantías del proceso frente a ellos.

Conforme lo hasta aquí expuesto, se aprecia que los problemas jurídicos que se pueden desprender de un sistema de *listas negras* como el referido son muy amplios, pero para efectos del presente trabajo enfatizaré un punto característico que es precisamente los espacios de posibilidades de coordinación y tensión por contraposición de las medidas del Consejo de Seguridad para salvaguardar la paz internacional y el respeto a las garantías judiciales. El interés de la humilde aportación de este escrito, radica justamente en exhibir las posibilidades técnico jurídico para su compatibilidad, y además, la necesidad de esbozar

Las sentencias Kadi son un ejemplo de expresión de lo que constituyen ese tipo de medidas referidas anteriormente y que plantean precisamente el problema de solucionar los casos en que una normativa supranacional que vela por la seguridad internacional colisiona con los derechos fundamentales de otro ordenamiento nacional o supranacional¹³.

Se vislumbra así en la actualidad, el campo fértil para un debate, determinar si los requerimientos para la eficacia en la lucha contra la financiación del terrorismo internacional como eje central para el mantenimiento de la seguridad internacional aceptan la incorporación de ciertos límites; o si la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo puede afectar la protección sustantiva del derecho a las garantías judiciales; así el Consejo de Seguridad navega con un estandarte reticente a la permeabilidad de las garantías judiciales con la justificación de mantener la paz y la seguridad internacionales **(I)**; que apenas se mueve con el viento insistente de la necesidad de la introducción de garantías de los derechos humanos **(II)**.

¹³ Nieto Martín, Adán, *Kadi y sus consecuencias para el Derecho penal del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el Derecho penal de la Unión Europea*, en Terrorismo y Estado de Derecho, José Ramón Serrano-Piedecabras, *Ibid.* Pág. 557 y ss. Al respecto se precisa que no será objeto del presente trabajo abundar sobre los problemas de jerarquía normativa y relación de sistemas jurídicos; esto es, entre la normativa del sistema de Naciones Unidas y el de la Comunidad Europea; se trae a colación la cita únicamente para efectos de evidenciar la tensión existente entre las medidas antiterroristas y las garantías judiciales.

I. SANCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD: EL ESTANDARTE RETICENTE POR LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONAL.

El CSNU y sus órganos subsidiarios han enfatizado en múltiples ocasiones la naturaleza preventiva de las sanciones inteligentes y con ello la falta de garantías procedimentales. Dicho en otras palabras, los mecanismos mencionados gozan de un carácter aparentemente provisional (con revisiones periódicas de las entradas en la lista), aunado a que los fondos y recursos económicos se congelan pero no se embargan, y se ingresa a la lista en calidad de sospechoso y no de condenado.

Así, para el CS el objetivo no es hacer frente a infracciones pasadas, sino de manera más precisa, evitar el desarrollo de actividades terroristas futuras, por lo que la sanción parece resultar catalogable como preventiva. El estandarte que sostiene el CS se apoya en el asta – como finalidad- de mantener la para la paz y la seguridad internacional ante la amenaza del terrorismo **(A)** y las sanciones como medida para su erradicación respecto de las cuales vale la pena realizar algunas presiones sobre la teoría de la sanción y la naturaleza de las mismas **(B)**.

A. El asta del estandarte: La seguridad y la paz internacionales.

El hilo conductor de la función desempeñada por las Naciones Unidas y particularmente el Consejo de Seguridad a quien le corresponde la responsabilidad primordial conforme lo reseñado es la seguridad y la paz internacionales. Así, se vislumbran algunos de los propósitos primordiales vinculados al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, como fomentar las relaciones de amistad entre las naciones; cooperar para la solución de problemas internacionales y el desarrollo de los derechos humanos¹⁴.

Por su parte, el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas prohíbe a los Estados cometer ciertos actos considerados como terrorismo internacional en tanto que proscriben la obligación de no amenazar la paz y la seguridad internacionales. Como se aprecia, se vincula claramente el concepto de terrorismo de manera genérica y no como acto concreto a un supuesto de amenaza latente de paz y seguridad.

¹⁴ Página oficial de Naciones Unidas. Sobre el Consejo de Seguridad disponible en <http://www.un.org/es/sc/about/>.

Al respecto se precisa que tal circunstancia se ha llevado como estandarte que ha cumplido una función no sólo informadora y prescriptiva como parámetro de actuación de las medidas adoptadas; sino en muchos casos como justificación de las mismas: el asta. Dicho así, no es que las garantías judiciales se hayan negado expresamente, sino que se han dejado a un lado so pena de privilegiar un discurso –por demás político y legitimador- en pro de la seguridad y la paz internacional.

Pero el argumento justificador de paz y seguridad no es suficiente sin instrumentos que aseguren su permanencia, así junto al asta encontramos la tela del estandarte del CS, esto es, las sanciones que se han establecido para cumplir con tal objetivo.

B. La tela del estandarte: Las Sanciones del Consejo de Seguridad entre el margen discrecional para la prevención y la arbitrariedad de una punición.

La resolución 1368 del CS, identificada como una respuesta a los atentados del 11-S, determinó que tales actos *al igual que todo acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales*¹⁵. Aunado a ello, la resolución 1535 (2004) por virtud de la cual se creó la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo calificó al terrorismo *en todas sus formas y manifestaciones como una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad*¹⁶. Así, el propio CS considera que una de sus principales manifestaciones la han constituido siempre Al-Qaida y otras personas, grupos, sociedades y entidades asociados con ella¹⁷.

Las resoluciones 1267 y 1333 no mencionan en términos claros el contenido de una conducta proscrita, sino que refiere el ámbito de aplicación *ratio personae* de la sanción (Usama Bin Laden y las personas y entidades con él asociados indicados por el Comité, incluidos los de la organización Al Qaida). De ello se concluye que al definir el *ámbito de aplicación ratione personae, al mismo tiempo ha definido las conductas proscritas*. Así, si hay una represión no únicamente de actos terroristas sino de toda manifestación del actuar criminal de un grupo identificado sin la necesidad de probar razonablemente una sospecha

¹⁵ Resolución 1373, preámbulo, p. 3.

¹⁶ Resolución S/RES/1456 (2003) de 20 de enero de 2003.

¹⁷ Resolución S/RES/1989 (2012), preámbulo, *in fine*.

sobre la posibilidad de participar en la comisión de un acto terrorista, se pone en duda el carácter preventivo de la comisión de futuros actos. Queda, en efecto, exhibida la relación que existe entre la aplicación de la medida (por ejemplo la congelación de fondos) y el vínculo con la organización.

Aunado a lo anterior se aprecia un elemento de naturaleza temporal que cuestiona el efecto preventivo de la sanción del CSNU. Esto es, mientras más se prolonguen en el tiempo los efectos de la medida, más se pone en duda la finalidad preventiva del órgano que la impone; y mientras más lejano en el pasado se encuentre el comportamiento terrorista, más represiva es la congelación de fondos al atenuarse la finalidad preventiva de actos terroristas futuros¹⁸ (una especie desproporcionalidad de la medida adoptada).

Si esto es así, es posible apreciar una perspectiva diversa a la sostenida por el CSNU, en tanto las medidas decretadas por dicho órgano pueden ser consideradas como punitivas. Lo que ocurre es un desglose entre el objetivo de la sanción (admitido por el CSNU) y las finalidades mediatas que suponen la punición del violador de la norma. En otras palabras, el CSNU ha determinado –por lo menos fáctica y contextualmente- cuando menos las siguientes finalidades desde una perspectiva amplia: una preventiva¹⁹ (evitar futuros actos terroristas) y una represiva (pertenencia a organizaciones terroristas).

Así, la tela del estandarte importa las propias deficiencias del asta que la sostiene. La justificación de paz y seguridad internacional; y la reiteración de una naturaleza *aparentemente preventiva* parecen suponer que resulta innecesario volcar la vista al desarrollo de las garantías judiciales, pero cuando la misma naturaleza es puesta en duda, la finalidad no parece ser razón suficiente para pasar de un ámbito discrecional –aceptable- a estándares de arbitrariedad, por lo que resulta necesario hablar del viento insistente sobre el estandarte del CS: las garantías judiciales.

¹⁸ Tal argumento fue esgrimido por el Sr. Kadi ante el Tribunal General de la Unión Europea en el asunto Kadi (III).

¹⁹Respecto de los fines preventivos antes referidos, por el momento, no se entrará a detalle sobre la discusión aparentemente paradójica de la expresión “sanción preventiva”. Ello con independencia de la precisión Kelseniana a la sanción como *acto de coerción que un orden jurídico prevé a título de prevención o de represión de una conducta determinada, juzgada por ello*, de tal forma que si no se ha incurrido en la conducta prohibida no se podría hablar de sanción en stricto sensu. En ese sentido se excluirán por el momento posiciones contrarias de un sector relevante de la doctrina que rechaza la existencia de sanciones preventivas.

II. GARANTÍAS JUDICIALES EN DERECHO INTERNACIONAL: EL VIENTO INISTENTE SOBRE EL ESTANDARTE DEL CONSEJO DE SEGURIDAD.

Doctrinalmente se ha asumido que el Derecho Internacional de los derechos humanos cuenta con cierta debilidad técnica²⁰; así cuando referimos la estandarización de las garantías judiciales encontramos una especie de *derecho blando* respecto del cual generalmente –con algunas excepciones regionales²¹- no se ha otorgado un estatus de derecho no sujeto a suspensión a nivel convencional (a diferencia de algunas otras garantías como la prohibición de la tortura, la esclavitud y el derecho a la vida). Pero su importancia puede trascender a los mecanismos antiterroristas como sanciones del CS en la medida en que definamos su fuerza en función de su de su inderogabilidad e insuspendibilidad (A) y las vinculemos con la insostenibilidad del discurso de legitimación de paz y seguridad en los procedimientos de sanción establecidos por el CS (B).

A. La fuerza del viento: Insuspendibilidad, inderogabilidad e intangibilidad de una garantía de humanidad convencional y consuetudinaria.

La amplitud de un tema como el de las garantías judiciales impide hacer extensivo los extremos del mismo en un trabajo como este. Desde de la Declaración Universal de derechos humanos, ha sido una constante convencional la inclusión en mayor o menor medida de alguna referencia a las garantías judiciales de las personas²². Y no sólo el reconocimiento de las garantías judiciales se agota en la enumeración de ciertas normas convencionales sino que existe una abundante cantidad de fuentes que apuntan a la existencia de una *opinio juris* generalizada, por una situación de síntesis conceptual por el momento se privilegiará el desarrollo convencional.

Es importante mencionar que las garantías judiciales contienen una serie de subderechos susceptibles de ser analizados mediante un *unpacking* de las mismas de donde deriva todo

²⁰ Véase al respecto: Well, prosper, *Towards relative normativity in international law?*, AJIL, Vol. 77, 1983, pp. 415 y ss.

²¹ Véase posteriormente la referencia a las mismas en el ámbito de la Convención Americana.

²² Entre ellos, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos, y los artículos 7 y 26 de la Carta Africana de los derechos del hombre y los pueblos, y por supuesto el artículo 8.1 de la Convención Americana (por mencionar algunos instrumentos regionales).

un sistema de protección de la dignidad de las personas que en un determinado momento presuman la violación de un derecho concreto por parte de los poderes públicos pero que a su vez refieren a aspectos referibles dentro de universos más grandes (y más indeterminados) como el acceso a la justicia, la tutela judicial o el habeas corpus.

Así, sin entrar a detalle sobre el contenido sustantivo, se aprecia como rasgo esencial la existencia de un proceso en el que el acusado, demandante o demandado pueda defender y sostener sus argumentos, en un contexto de igualdad, ante un tribunal independiente e imparcial²³.

Por su parte, la propiedad de interdependencia²⁴ en las garantías judiciales respecto de los derechos humanos sustantivos -en el caso- se estima juega un papel importante; si bien la operatividad de ellas no depende de la previa violación a un derecho humano (como generalmente se reconoce por ejemplo respecto del habeas corpus o del derecho a un recurso judicial efectivo), el derecho *sustantivo* involucrado en relación con la masa de garantías judiciales que lo protegen si guarda una relación directa con la calificación de ellas respecto de su fuerza protectora y el carácter suspensorio (derogable)²⁵.

Conforme lo anterior, si el derecho involucrado resulta *insuspendible* (o *inderogable por incluirse en la enumeración de aquellos que califican como tal en algún texto internacional*), la intensidad de los requerimientos de la garantía judicial será mayor. Así

²³ Como se reseñó en la precisión terminológica al inicio del presente trabajo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es uno de los tratados internacionales que reconoce de manera más amplia este derecho en su artículo 8.1 en el cual establece que: “ Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable , por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Al respecto, tal artículo se invoca de manera conjunta con el 25 del mismo ordenamiento para determinar el derecho de acceso a la justicia.

²⁴ Se presupone las propiedades de indivisibilidad, interdependencia y universalidad predicable a los derechos humanos, en este caso respecto de las garantías judiciales sin por el momento entrar a una discusión sobre ellas.

²⁵ Si bien me inclino por el término suspensión y no por el de derogación por una razón de conceptos jurídicos fundamentales; cabe hacer una precisión conceptual: En los sistemas universal, europeo y americano se prevé la posibilidad de adaptar el alcance de las obligaciones de los Estados en ciertas situaciones donde no es posible salvaguardar todos los derechos (véase por ejemplo el artículo 4 del PIDCP, el 15 del CEDH o el 27 de la CADH). Mientras el PIDCP y la CADH utilizan el término *suspensión*, la CEDH utiliza el de *derogación*.

por ejemplo, si el derecho es *no prioritario*²⁶ (*por ser suspendible o derogable*) las garantías judiciales podrán ser derogadas o suspendidas con ciertas condiciones (criterio de aplicación *ratione materiae*). En el caso del sistema regional de la Convención Americana es claro que las garantías judiciales (y de manera lato sensu el acceso a la justicia) son derechos absolutos que no admiten suspensión alguna pues los considera una norma imperativa de Derecho Internacional²⁷.

Pero aún con la precisión anterior, parece existir una coincidencia, cual especie de abstracción valorativa, sobre el carácter de inderogabilidad e insusceptibilidad de las garantías judiciales. Inclusive *corpus iuris*²⁸ ha adoptado de manera general una serie de condiciones para la suspensión de garantías, entre ellos, una proclamación oficial, la gravedad y excepcionalidad, la limitación de medidas suspensivas y la inderogabilidad ciertos derechos. Y en ese sentido destaca –entre otros precedentes- por ejemplo la sentencia del TEDH en el asunto A y otros c. Reino Unido donde respecto del planteamiento hecho ante el tribunal sobre la necesidad de *suspender (derogar)* ante el inminente riesgo de una situación de emergencia causada por el terrorismo internacional de Al-Qaeda se resolvió rechazar el criterio de excepcionalidad y temporalidad de la amenaza reconocido por el Comité de Derechos Humanos.

Finalmente se precisa que la circunstancia de *suspensión* es esencialmente distinta del de *limitación* el cual puede aparecer en circunstancias ordinarias el ejercicio de un derecho. Tal parece ser la postura no del todo clara del Sistema Universal contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en sus Interpretaciones oficiales²⁹. Pero aún dentro de las limitaciones hay aspectos comunes sobre su procedencia, respecto de la publicidad en los procedimientos o el acceso a un tribunal (inmunidades), pero no generalmente respecto de situaciones propiamente procedimentales.

²⁶ Se utiliza la expresión no prioritaria tratando de cuidar alguna interpretación en términos de jerarquía entre unos y otros derechos lo cual no se pretende. Por ello se excluye alguna referencia a *derechos menores, generaciones de derechos, o menos o más importantes*. Personalmente encuentro dificultades en encontrar una expresión precisa y certera que evite una relación de jerarquía entre unos y otros derechos.

²⁷ CrIDH, Goiburú y otros Vs. Uruguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006.

²⁸ Véase por ejemplo la OG número 29 sobre *Estados de excepción y suspensión de derechos* elaborada por el Comité de Derechos Humanos del PIDCP en agosto de 2011 o la Opinión Consultiva de la CrIDH sobre *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*.

²⁹ CDH, Observación General No. 32, Párrafo 6: 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 (...).

Así, cabe mencionar conforme lo anteriormente narrado la controvertida y cuestionada sentencia Kadi (I.2005) del antiguo TPI en la cual por lo menos no se presentaron problemas para asimilar que el derecho de acceso a los tribunales es un derecho que pertenece al núcleo de las normas de *ius cogens* protectoras del orden público internacional (con todo y los problemas técnicos jurídicos que conllevó la argumentación entre los sistemas jurídicos y la aplicación de normas). Por su parte también se menciona que respecto de una de las listas autónomas de la Unión, la sentencia Kadi (II.2008) fue la primera ocasión en la que la jurisdicción de la Unión Europea puso en tela de jicio una de las listas elaborada directamente por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a pesar inclusive de la primacía de la Carta contenida en su artículo 103.

Pero la fuerza del viento no tendría sentido sin hablar de la dirección que lleva, y es que lo importante del contraste entre la seguridad internacional y las garantías judiciales es precisamente la permeabilidad que tienen en la evolución de las medidas (sanciones) adoptadas por el Consejo de Seguridad.

B. La dirección del viento: Insostenibilidad de un argumento del Consejo de Seguridad.

Conforme lo hasta aquí expuesto se puede plantear que hay una cierta primacía y límites externos (fuera de la Carta) a los poderes del CS. El problema principal parece ser la delimitación de los límites –valga la redundancia- y la operatividad de las garantías judiciales como límite a las sanciones económicas del CS pues pareciera que el artículo 42 de la Carta remite sólo al respeto de los propósitos de alguno de los objetivos de ella, adquiriendo gran relevancia el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales como misión fundamental. Así también el artículo 1.3 realiza una referencia al desarrollo y estímulo de respeto a los derechos humanos, concibiéndolos así más como un ideal que como un parámetro concreto de actuación³⁰ Aún así como comenzamos el presente trabajo, resulta paradójico pensar en la existencia de medidas (sin límite ni control alguno) que no tomen en cuenta los derechos humanos, no sólo como un imperativo moral sino como un problema jurídico latente

³⁰ Koskeniemi, Marti, *The pólice in the temple, order, justice an the UN: a dialectical vier*, EJIL, Vol. 6, no., 1, 1995, pp. 12-13.

Respecto de las garantías judiciales, encontramos límites codificados en diversos tratados previamente reseñados de tal suerte que es posible pensar en un núcleo fundamental oponible al Consejo de Seguridad ya sea a través de una interpretación del artículo 1.3 de la Carta o como norma imperativa que no admite suspensión en ninguna circunstancia. La primera nos arroja como conclusión que al ser la Carta un instrumento dinámico (*viviente*) que considera como fin de fines el mantenimiento de la paz u la seguridad internacionales debe adecuarse a la realidad de las prerrogativas del CS sin que ello justifique cualquier tipo de medida. La segunda impide su *suspensión* por virtud de la voluntad Estatal aún bajo la *responsabilidad* encargada por parte del CS.

Dentro del debate que se desprende del artículo 103 sobre la Supremacía de la Carta, y en ese sentido de las obligaciones derivadas del ejercicio de los poderes del CSNU con fundamento en el capítulo VII; se estima es posible sostener que cuenta con un límite clara respecto de las normas de carácter imperativo, esto es así, porque por definición una norma de *ius cogens* limita la voluntad de los sujetos de Derecho Internacional sin excepción alguna aunque la primacía sobre el resto de fuentes del Derecho se presuma a favor de la Carta.

Hay algunos avances respecto de la permeabilidad en las medidas adoptadas por el CS. El Dr. Nicolás Michel, cuando estuvo en funciones de Vicesecretario General para asuntos jurídicos se dirigió al CS planteando ciertos indicadores que permitirían la congruencia entre las sanciones adoptadas y los principios de las cartas³¹; entre ellos, el derecho a ser informado sobre los motivos por los que se acusa, el derecho a presentar por escrito alegaciones pertinentes con asistencia legal, el derecho a un mecanismo independiente e imparcial para la solución de las sanciones inteligentes y la revisión periódica de las listas. Otro avance relevante es creación de la Oficina de la Ombudsman al interior del entonces Comité Al-Quaeda/Talibanes³².

Lo que se quiere evidenciar con ello es que el eco de la opinión pública, en el desarrollo jurídico, la academia y otros sectores de las consecuencias de las medidas tomadas por el Consejo de Seguridad se ha hecho hasta cierto grado insostenible. La situación de que el Consejo de Seguridad determine que una situación es una amenaza para la paz u la seguridad internacionales no puede interpretarse de modo alguno como una especie de suspensión implícita del régimen convencional de protección de derechos humanos. Así el discurso legitimador del estandarte de paz y seguridad se ve cada vez más agitado por el

³¹ S/PV.5474, de 22 de junio de 2006, pp. 3-4.

³² Situación incluso referida en la sentencia Kadi (III).

viento insistente de la permeabilidad de los derechos humanos en la construcción de medidas y sanciones que se apeguen –en la medida de lo posible y con limitaciones jurídicamente justificadas- a dichos estándares.