

CONTROL DE LEGALIDAD A LOS ACTOS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD: ¿EXISTE UNA VÍA JURISDICCIONAL?*

JUAN ANTONIO FRANCO VADEZ**

Resumen: Ciertas medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el ámbito del combate al terrorismo han sido cuestionadas tanto por su posible carácter *ultra vires*, como por considerarse altamente deficientes en lo concerniente a la protección de los Derechos Humanos de los individuos a quienes afectan. Ante una Corte Internacional de Justicia que parece inadecuada para asumir un rol más enérgico como medio de control de legalidad a los actos del Consejo, los Estados Miembros de Naciones Unidas han asumido dicho papel a fin de garantizar la adecuada protección de sus ciudadanos. En este contexto, las acciones tomadas por los tribunales en el ámbito regional Europeo han servido como mecanismos de control de legalidad ante los excesos del Consejo. Sin embargo, conflictos de solapamiento entre los distintos ordenamientos normativos en juego previenen que dichas entidades realicen adecuadamente esta función.

Palabras Clave: Consejo de Seguridad, Derechos Humanos, Control de Legalidad, Corte Internacional de Justicia, Tribunales Europeos.

Abstract: Certain measures adopted by the United Nation´s Security Council in the field of combating terrorism have been questioned not only because of their possible *ultra vires* nature, but because they are considered as highly deficient with regards to the protection of Human Rights concerning the individuals whom they affect. Facing an International Court of Justice, which seems inadequate to assume a stronger role as a means of legality control of the Council´s acts, the Member States of the United Nations have assumed such a role in order to ensure an adequate protection of their citizens. Within this context, the actions taken by the courts at the European regional level have served as mechanisms of legality control to the excesses of the Council. However, conflicts concerning the overlapping of the normative orders involved prevent these entities from performing this function adequately.

Keywords: Security Council, Human Rights, Legality Control, International Court of Justice, European Tribunals.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: UN MECANISMO DE CONTROL DE LEGALIDAD AÚN POR DESARROLLARSE; 1. Revisión judicial al Consejo de Seguridad por parte de la Corte Internacional de Justicia: ¿una facultad oculta tras la subordinación?; 2. El caso *Lockerbie* y la posibilidad de revisión judicial

* Fecha de recepción: 28 de noviembre de 2013.

Fecha de aceptación: 12 de febrero de 2014.

** Doctorando en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Autónoma de Madrid.

al Consejo de Seguridad: más allá de la nulidad; III. LOS TRIBUNALES REGIONALES EN EL ÁMBITO EUROPEO: EN BUSCA DE UN BALANCE ENTRE MANTENER LA SEGURIDAD INTERNACIONAL Y EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS; 1. Un problema multidimensional: el solapamiento entre distintos órdenes normativos; 2. Entre *Kadi* y *Nada*: trazando el camino de la subordinación a la armonización; IV. CONCLUSIÓN; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de que la práctica del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CS) se divide en dos etapas una anterior al fin de la guerra fría y otra posterior a la conclusión de dicho conflicto ha sido ampliamente tratada hasta el grado de que pudiéramos calificarla de lugar común en la literatura. Sin embargo, como todos los lugares comunes, la repetición constante de esta idea hasta convertirse en una especie de fórmula tiene una lógica razón de ser. De tal manera, encontramos que los cambios sustanciales que han sufrido las resoluciones del CS nos obligan a seguir analizando la emisión y efectos de dichos instrumentos mediante los cuales el Órgano ha expandido su ámbito competencial, realizando funciones para las que dudosamente fue concebido y que han puesto en tela de juicio tanto la legitimidad como la legalidad de las que goza el Consejo para emitir este tipo de decisiones.

La profesora TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO ¹ califica a esta clase de resoluciones como de “difícil encaje en el Capítulo VII de la Carta [de la Organización de las Naciones Unidas]” (CNU). De acuerdo con la citada autora, el CS ha emitido toda una serie de resoluciones originales durante el periodo de hiperactividad o efervescencia en el que entró tras el fin de la guerra fría entre las que destacan aquellas con características legislativas – a saber, aquellas que han impuesto modelos de conducta obligatorios y generales para los Estados Miembros de Naciones Unidas (EMNU)–, y aquellas mediante las cuales el Consejo ha creado organismos subsidiarios. Concordamos con la profesora TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO cuando señala a la cuestionable legalidad de este tipo de acciones del CS, así como a la falta de control en su aplicación, como problemas que merecen la pena cuestionarnos acerca de la existencia de posibles controles de legalidad a los actos del Consejo.

Aunado a la problemática recién descrita, la proliferación de las denominadas “sanciones inteligentes” como corolario de la estrategia en el combate al terrorismo adoptada por el CS a raíz de la emisión de la resolución 1267 (1999)² y perpetuada mediante la emisión

¹ TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y Posibles Soluciones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2012, pp. 365-406.

² Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1267 (1999), de fecha 15 de octubre de 1999, disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1267%20\(1999\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1267%20(1999)).

de subsecuentes resoluciones³ ha generado diversas complicaciones, principalmente en materia de protección a los Derechos Humanos (DDHH) puesto que se considera que las medidas adoptadas por el CS adolecen de serias deficiencias en este ámbito. Al respecto, en calidad de Relator Especial para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en el Combate al Terrorismo, SCHEININ⁴ advirtió sobre el hecho de que dos de las piedras angulares en la arquitectura en la lucha contra el terrorismo de la ONU –las resoluciones 1267 (1999) y 1373 (2001)⁵ del CS– posean un carácter *ultra vires* plantea riesgos a la protección de los DDHH y al régimen jurídico internacional. Incluso, esta situación debilita la aceptabilidad y aceptación, y por tanto la legitimidad del marco jurídico de Naciones Unidas contra el terrorismo amenazando de esta forma la efectividad y eficiencia en el combate del mismo.

El régimen de sanciones creado a través de la resolución 1267 (1999) forma parte del acervo de medidas del CS denominado como “sanciones inteligentes”. BIANCHI⁶ indica que estas surgieron a raíz de la opinión de los Estados de que era necesario ejercer respuestas más rápidas y efectivas a las amenazas a la paz y seguridad internacional, y por ende; el Consejo había de adoptar resoluciones que al tiempo que maximizasen el potencial de lograr que el objeto de estas cumpliera, minimizasen los efectos negativos de las sanciones sobre la población civil. BIANCHI narra cómo el CS inicialmente adoptó medidas de alcance relativamente limitado como aquellas contenidas en las resoluciones 1267 (1999) y la 1333 (2000)⁷. Sin embargo, el Consejo fue progresivamente ensanchando el alcance de sus disposiciones, primero mediante la adopción de la resolución 1390 (2002)⁸, de naturaleza abierta y sin una conexión aparente a algún ámbito territorial, hasta llegar a la emisión de las resoluciones 1373 (2001) y 1540 (2004); impositivas de obligaciones de carácter general. Como destaca BIANCHI, la implementación de todas estas resoluciones, y por tanto su efectividad, depende de la transposición por parte de los Estados de las medidas en ellas contenidas a sus respectivos ordenamientos internos.

³ HUDSON, A., “Not a Great Asset: The UN Security Council’s Counter-Terrorism Regime: Violating Human Rights”, *Berkeley Journal of International Law*, Volume 5 Issue 2, 2007, p. 2010.

⁴ SCHEININ, M., “Statement by Martin Scheinin Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while countering Terrorism”, *65th Session of the General Assembly, Third Committee*, Item 69 (b,c), Nueva York, 2010, (A/65/258), p. 3, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Terrorism/statement_GA26.10.10.pdf.

⁵ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1373 (2001), de fecha 28 de septiembre de 2001, disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1373%20\(2001\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1373%20(2001)).

⁶ BIANCHI, A., “Assessing the effectiveness of the UN Security Council’s Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion”, *The European Journal of International Law*, Vol. 17 No. 5, 2007, pp. 881-884.

⁷ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1333 (2000), de fecha 19 de diciembre de 2000, disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1333%20\(2000\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1333%20(2000)).

⁸ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1390 (2002), de fecha 28 de enero de 2002, disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1390%20\(2002\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1390%20(2002)).

De tal manera, la implementación de algunas de las denominadas sanciones inteligentes ha acarreado complicaciones en los ordenamientos internos, en tanto que los procedimientos ideados por el CS para determinar la inclusión en la lista de personas presuntamente relacionadas con actividades terroristas padecen de serias deficiencias en materia de DDHH. Básicamente, se critica la discrecionalidad con que se invistió al Comité creado por la resolución 1267 (1999) para tales efectos. Pese que el régimen de sanciones establecido por la citada resolución ha sufrido ciertas modificaciones –que se generan a raíz de dichas críticas–, todavía no puede considerarse que sea plenamente respetuoso de los DDHH. Así, nos encontramos en que un ensanchamiento de lo que constituye el concepto de “amenaza a la paz” contenido en el artículo 39 de la CNU ha tenido como consecuencia no solo que el CS haya expandido considerablemente su campo de acción mediante el alargamiento de sus competencias, sino además, que los receptores finales de los efectos de sus acciones incluyan distintos actores internacionales a los que tradicionalmente constituían el foco de estos: los Estados.

Como señala el profesor DEL ARENAL⁹, la creciente interdependencia entre los actores internacionales actuales ha traído consigo cambios radicales en la forma en que se percibe y enfrenta el problema de la seguridad. De tal forma, nos parece justificable que ante la creciente complejidad de este asunto, el CS lleve a cabo acciones innovadoras que pudieran conducir a una mayor efectividad en la lucha contra el terrorismo, pero no a costa de sacrificar la protección a los DDHH ni las pautas de legalidad establecidas para dicho organismo dentro de la CNU. Así, encontramos igualmente justificable el que la propia Organización de las Naciones Unidas (ONU) sea participe de la creación y mejoramiento de vías de control de legalidad que modulen las acciones del CS y, que a falta de acción de las misma, sean los EMNU implementadores finales de las decisiones del Consejo quienes colaboren en el desarrollo de mecanismos que vigilen la legalidad de las acciones del CS. El presente trabajo pretende explorar la posibilidad de realizar si no un auténtico control judicial a las resoluciones del CS, si un control de legalidad indirecto por medio de organismos jurisdiccionales a éstas. Así, primeramente analizaremos esta eventualidad en el seno propio de la ONU, evaluando la idoneidad de que sea el máximo órgano judicial de la Organización, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) quien realice dicho control de legalidad. Posteriormente, examinaremos el creciente papel que han tenido los tribunales internacionales en el ámbito regional europeo como garantes de los DDHH ante los excesos competenciales del CS.

⁹ DEL ARENAL, C., “Mundialización, Creciente Interdependencia y Globalización en las Relaciones Internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, p. 213.

II. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: UN MECANISMO DE CONTROL DE LEGALIDAD AÚN POR DESARROLLARSE

1. Revisión judicial al Consejo de Seguridad por parte de la Corte Internacional de Justicia: ¿una facultad oculta tras la subordinación?

Sin duda, los vastos poderes de los que goza el CS en virtud del Capítulo VII justifican el intentar encontrar límites a los mismos y plantearse la posibilidad de su control. En este sentido, se ha manejado la idea de que sea la CIJ quien realice un control de legalidad sobre las acciones del CS. La CNU no contiene previsión ni prohibición alguna al respecto. Consecuentemente, han surgido opiniones que sustentan que el órgano judicial de la ONU puede en el ejercicio de su jurisdicción consultiva emitir juicios sobre la legalidad de los organismos principales de la Organización, incluyendo por supuesto al Consejo de Seguridad. Incluso, a raíz de asuntos como *Genocidio en Bosnia*¹⁰ y *Lockerbie*¹¹ se ha planteado la posibilidad de un control judicial indirecto por parte de la CIJ actuando bajo su jurisdicción contenciosa.

La idea de que la CIJ pudiera revisar las decisiones de los órganos principales de la ONU no es nueva. POZO SERRANO¹² advierte sobre como desde la Conferencia de San Francisco se planteó la posibilidad de que la CIJ pudiese realizar interpretaciones autoritarias de la CNU—que bien podrían ser revisiones judiciales a los actos del CS— pero se estimó que tal procedimiento iría en contra de la funcionalidad de la Organización. Empero, pese a la ausencia de previsión expresa sobre una interpretación autoritaria y vinculante de la Carta, la doctrina se ha empeñado en buscar un control de legalidad judicial de los actos de la Naciones Unidas principalmente porque cada órgano de la Organización es responsable de determinar su propia competencia.

Consecuentemente, hay quienes creen viable que la CIJ decida sobre la legalidad de los actos de los órganos de Naciones Unidas por la sencilla razón de que consideran que ya lo ha hecho en el pasado. En este sentido, REINISCH señala que la Corte no se abstuvo de pronunciarse sobre la legalidad del establecimiento del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, ni sobre la legalidad del mantenimiento de la paz por parte de la Organización, ni tampoco sobre la legalidad de las resoluciones del CS que terminaron con el

¹⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1996*, p. 601.

¹¹ *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998*.

¹² POZO SERRANO, P., “La Corte Internacional de Justicia y las Competencias del Consejo de Seguridad en el Ámbito del Mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacionales”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 1998, pp. 470-472.

mandato concedido a Sudáfrica sobre el Sudoeste Africano por la Sociedad de Naciones¹³. De acuerdo con el citado autor, aunque la CIJ evitó la confrontación al concluir que todos estos actos realizados por órganos políticos de la ONU se encontraban dentro de sus poderes –implícitos–, ésta, claramente afirmó su jurisdicción para conocer sobre tales asuntos¹⁴.

Pese a lo anterior, la propia CIJ ha descartado tener poderes de revisión judicial con respecto a las decisiones tomadas por los órganos de la ONU. Sin embargo, como suele suceder en cuestiones de especial sensibilidad política (por ejemplo, la posibilidad de revisar judicialmente las resoluciones del CS), la Corte no ha sido del todo clara al delimitar la cuestión:

“Undoubtedly, the Court does not possess powers of judicial review or appeal in respect of the decisions taken by the United Nations organs concerned. The question of the validity or conformity with the Charter of General Assembly resolution 2145 (XXI) or of related Security Council resolutions does not form the subject of the request for advisory opinion. However, in the exercise of its judicial function and since objections have been advanced the Court, in the course of its reasoning, will consider these objections before determining any legal consequences arising from those resolutions”¹⁵.

No obstante lo anterior, ORAKHELASHVILI¹⁶ señala dos razones por las que según su criterio la CIJ no suprimió la posibilidad de revisar judicialmente las decisiones de otros órganos principales de la ONU por medio del extracto de la Opinión Consultiva sobre *Namibia* arriba citado: primero, la Corte especificó que su actitud se basó en el alcance limitado de la opinión consultiva que le había solicitado la AGNU; y, segundo, como se indica en el pasaje aludido, la Corte ciertamente ha examinado algunas resoluciones a fin de solucionar las objeciones que se le presentan. El propio Orakhelashvili nos refiere a los

¹³ Véase REINISCH, A., “Should Judges Second-Guess the UN Security Council?”, *International Organizations Law Review*, 6, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 259: La CIJ se pronunció a favor de la legalidad del establecimiento de un tribunal administrativo de la ONU en *Effect of Awards of Compensation made by the U.N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th 1954: I.C.J. Reports 1954*, 47; como hizo igualmente con la noción de mantenimiento de la paz en *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C.J. Reports 1962*, 151; y, se pronunció también sobre la legalidad de las resoluciones del CS que terminaron con el mandato de la Sociedad de Naciones de Sudáfrica sobre el Sudoeste Africano *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, 16.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 45.

¹⁶ ORAKHELASHVILI, A., “The Acts of the Security Council: Meaning and Standards of Review”, *Max Planck Yearbook of the United Nations Law*, Vol. XI, 2007, p. 192.

dictámenes emitidos por la CIJ en el asunto de *Ciertos Gastos*¹⁷ y en el caso *Lockerbie* como ocasiones en que el máximo órgano jurisdiccional de Naciones Unidas pese a usar un lenguaje de presunción de validez sobre las resoluciones, no sugirió que éstas gozaran de validez absoluta y que por lo tanto fuesen inmunes a la revisión judicial. Estos ejemplos, ponen de manifiesto que es posible explorar la eventualidad de un posible control de legalidad ejercitado por la CIJ tanto en la práctica de su función consultiva, como cuando ésta actúa bajo su jurisdicción contenciosa.

De acuerdo con ANGEHR¹⁸ la revisión judicial de las acciones de los órganos principales de Naciones Unidas por parte de la CIJ a través del ejercicio de su jurisdicción consultiva no es solo posible, sino deseable. Posible en cuanto a que siendo que el artículo 92 de la CNU confiere a la CIJ el carácter de “órgano judicial principal” de la ONU ésta no está subordinada jerárquicamente al resto de los organismos que gozan de dicha posición. De tal forma, la CIJ puede, en cumplimiento de las responsabilidades que le confiere la CNU interpretar incidentalmente las resoluciones de los demás órganos principales. Para ANGEHR, lo anterior resultaría positivo ya que a diferencia del CS, órgano político por naturaleza, la Corte está obligada a tomar en cuenta al Derecho Internacional en sus determinaciones. Siendo que el Consejo puede realizar actos de aplicación y creación normativa, en la opinión de este comentarista, es un escenario deseable que la CIJ actuase en el ejercicio de sus funciones como un control de legalidad a dichos actos que pudieran llegar a omitir consideraciones relativas al debido proceso de las personas a quienes sus resoluciones finalmente afectan.

Además, tampoco hay disposición alguna en la CNU que prevenga al CS y a la CIJ conocer sobre una misma cuestión paralelamente. Como explica POZO SERRANO¹⁹ el Consejo, aunque no está obligado a ello, puede discrecionalmente elegir no conocer de un asunto pendiente de resolución ante la Corte. Mientras que, por el otro lado, la Corte no puede negarse a ejercitar su competencia una vez que ésta ha sido válidamente establecida de acuerdo con lo previsto en su propio estatuto. Asimismo, tampoco existe una limitante competencial como la que contempla el artículo 12 de la CNU que prohíbe a la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) hacer recomendación alguna sobre cualquier situación o controversia de la que se encuentre conociendo el Consejo en el ejercicio de sus funciones. De lo anterior se concluye, que aunque teóricamente la CIJ está facultada para revisar las resoluciones del CS, esto no constituiría un control judicial *per se*, sino más bien una revisión indirecta.

¹⁷ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C.J. Reports 1962.*

¹⁸ ANGEHR, M., *The International Court of Justice's Advisory Jurisdiction and the Review of Security Council and General Assembly Resolutions*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 103 No. 2, 2009, pp. 1021-1027.

¹⁹ POZO SERRANO, P., *op. cit.*, pp. 465-466.

Al respecto, la profesora TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO²⁰ precisa que la función consultiva de la CIJ no fue pensada como mecanismo de control judicial²¹. Debido a lo anterior es de esperarse que si se pretende utilizar en dicha capacidad su aplicación no resulte idónea. Entre las múltiples complicaciones que se pudieran presentar al intentarlo la puesta en marcha de la jurisdicción de la Corte sería la primera. En este sentido nos es difícil imaginar un escenario en que el CS solicite una opinión de la Corte si existe el peligro de que la legalidad de sus acciones sea cuestionada. Por su parte, la profesora califica de altamente improbable un supuesto en donde la AGNU sea quien plantee la cuestión, no obstante que puede hacerlo o incluso facultar a otros organismos para tales efectos²². Aunque pudieran ser los Estados quienes solicitasen la revisión indirecta de las resoluciones del Consejo mediante la activación de la jurisdicción contenciosa de la Corte, no podemos obviar la advertencia que en este sentido hace la citada autora al puntualizar que los fallos de la CIJ solo son vinculantes para las partes de la disputa y únicamente con respecto de las cuestiones planteadas en ésta.

Por su parte, CANIZZARO²³ considera que la CIJ puede revisar judicialmente las resoluciones del CS tanto en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa como en el de su función consultiva. Con respecto al primer supuesto explica que siendo que la CNU no contiene previsión expresa alguna sobre la revisión judicial, tendría que demostrarse —lo cual no se ha hecho— una prohibición implícita en dicho instrumento que impidiese a la Corte pronunciarse incidentalmente sobre el alcance, validez o efectividad de una resolución del CS si las partes en una disputa así lo hubiesen pedido o, si esto fuese necesario para resolver el conflicto. En cuanto a la función consultiva, CANIZZARO estima que el artículo 96 de la CNU permite a la CIJ pronunciarse sobre la legalidad de las resoluciones del CS si así se lo pidieran quienes para ellos estén facultados o incluso, pudiera hacerlo de oficio si fuese necesario para determinar alguna cuestión previa necesaria para resolver la cuestión principal que se le planteara. Con todo, el citado autor considera que la estructura de las relaciones internacionales provoca que disputas relacionadas con la legalidad de resoluciones del CS sean presentadas con escasa frecuencia ante la CIJ por parte de los Estados lo cual devenga ineficiente utilizarla como vía de acceso al control de legalidad de las acciones del Consejo. Aunado a lo anterior, el hecho de que los particulares no tengan acceso a la jurisdicción de la Corte hace que dicho organismo sea inapto para proteger los derechos de los individuos afectados por las resoluciones del Consejo.

²⁰ TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “El Control de Legalidad de las Decisiones del Consejo de Seguridad”, *Agenda Internacional*, Año XVII No. 28, 2010, pp. 118-123.

²¹ De acuerdo con el artículo 96.1 de la CNU: “La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.”

²² De acuerdo con el artículo 96.2 de la CNU: “Los otros órganos de Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.”

²³ CANIZZARO, E., “A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law”, *International Organizations Law Review*, 3, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2006, pp. 195-197.

Como puede concluirse en base a los ejemplos identificados por REINISCH²⁴ cuando la CIJ al brindar una opinión consultiva ha tenido que pronunciarse sobre la legalidad de actos de la AGNU o el CS, ha sido para refrendar la legalidad de los mismos. Similarmente, como veremos en breve, cuando se ha presentado oportunidad para que la CIJ examine las resoluciones del Consejo, ésta ha sido prudente y en última instancia por alguna u otra razón no ha tenido que pronunciarse al respecto. Por lo tanto subsiste la cuestión sobre cuáles serían las consecuencias de que esta declarase la ilegalidad de los actos de algún órgano principal de la ONU.

CHERNEVA²⁵ señala cómo aunado a los problemas de acceso a la jurisdicción y falta de vinculación jurídica de las sentencias de la CIJ para los órganos de la ONU, la revisión judicial por parte de este órgano es también socavada debido a que los efectos de una posible invalidación por parte de la Corte –lo cual es discutiblemente el propósito de una revisión judicial– son por el momento indeterminados. Primeramente, CHERNEVA señala que de acuerdo con la doctrina *ultra vires* que distingue entre la presunción de legalidad procedimental y sustantiva²⁶, solo en el último de estos casos la validez de un acto podría ser cuestionada. Preocupa además a la referida comentarista que las cuestiones relativas a si un acto sería nulo con efectos retroactivos o nulo a partir de la decisión de la Corte no pueden ser resueltas puesto que el derecho relativo a las consecuencias de la determinación de ilegalidad de los actos de las organizaciones internacionales se ha desarrollado escasamente.

En este sentido, cabe recordar lo arriba mencionado respecto a la combinación entre falta de oportunidad y prudencia de la CIJ que le han impedido pronunciarse al respecto de la legalidad de las decisiones del CS en asuntos contenciosos. En el caso relativo al *Genocidio en Bosnia*²⁷, Bosnia-Herzegovina solicitó medidas provisionales de la CIJ tendientes a detener los actos de genocidio por los cuales demandaba a la República Federal de Yugoslavia

²⁴ *Supra* nota 13.

²⁵ CHERNEVA, I., “The UN Security Council in the Lockerbie Case”, *Centro Studi Strategici Carlo de Cristoforsis*, 2012, pp. 1-34.

²⁶ Véase *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C.J. Reports 1962*, 168: “The primary place ascribed to international peace and security is natural, since the fulfilment of the other purposes will be dependent upon the attainment of that basic condition. These purposes are broad indeed, but neither they nor the powers conferred to effectuate them are unlimited. Save as they have entrusted the Organization with the attainment of these common ends, the Member States retain their freedom of action. But when the Organization takes action which warrants the assertion that it was appropriate for the fulfilment of one of the stated purposes of the United Nations, the presumption is that such action is not *ultra vires* the Organization. If it is agreed that the action in question is within the scope of the functions of the Organization but it is alleged that it has been initiated or carried out in a manner not in conformity with the division of functions among the several organs which the Charter prescribes, one moves to the internal plane, to the internal structure of the Organization. If the action was taken by the wrong organ, it was irregular as a matter of that internal structure, but this would not necessarily mean that the expense incurred was not an expense of the Organization. Both national and international law contemplate cases in which the body corporate or politic may be bound, as to third parties, by an *ultra vires* act of an agent.”

²⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1996*, p. 601.

(RFY). Al mismo tiempo, solicitó a la Corte que considerase el status legal y los efectos del embargo armamentista que le había sido impuesto mediante la resolución 713 (1991)²⁸ del CS. Particularmente, Bosnia-Herzegovina quería saber si el artículo 51 de la CNU le daba el derecho de acceso a medios, incluidas armas, y si aquellos Estados parte de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (en adelante Convención sobre Genocidio) –sobre la cual había basado su demanda– podían asistirle en dicho propósito. Dicho sea de otro modo, pedía clarificación sobre si sus derechos bajo la citada convención prevalecían sobre las obligaciones derivadas de la resolución 713 (1991)²⁹.

DE WET³⁰ explica que desde un punto de vista procedimental tal solicitud era problemática en el sentido de que las obligaciones que surgían de la resolución 713 (1991) afectaban la relación entre terceros partes de Convención sobre el Genocidio y Bosnia-Herzegovina. Además, considerar la petición de la demandante no era necesario para determinar si la RFY había incumplido con sus obligaciones bajo la Convención. Siendo que la disputa concernía únicamente a los dos Estados, surgió la cuestión de si la CIJ podía lidiar con las implicaciones de la resolución aludida en el contexto de medidas provisionales dirigidas a la RFY. La Corte denegó la petición bosnia en tanto que estimó que de acuerdo al artículo 41 de su Estatuto solo podía dictar medidas provisionales destinadas a proteger los derechos que pudieran ser sujetos a un juicio vinculante en la eventual etapa principal del proceso. Ante esta situación, finalmente Bosnia-Herzegovina optó por retirar el asunto sobre la legalidad del embargo armamentista de la disputa en 1994.

2. El caso *Lockerbie* y la posibilidad de revisión judicial al Consejo de Seguridad: más allá de la nulidad

Pese a lo que hemos reseñado en párrafos anteriores, hay quienes sostienen que no es imposible pensar en una situación en que la CIJ posea un muy limitado poder para una interpretación judicial indirecta de muy reducido alcance³¹. Tal supuesto pudo haberse dado hace relativamente poco tiempo en el caso *Lockerbie*. Aunque finalmente la disputa fue resuelta por medios diplomáticos, hay quienes consideran³² que al asumir la jurisdicción de un asunto en el que se cuestionó la autoridad del CS en virtud del Capítulo VII de la CNU, indirectamente la CIJ se rehusó a remover la posibilidad de una interpretación de los actos

²⁸ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 713 (1991), de fecha 25 de septiembre de 1991, disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/713%20\(1991\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/713%20(1991)).

²⁹ DE WET, E., *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, Portland Oregon, 2004, pp. 13-14.

³⁰ *Ibid.*, p. 14.

³¹ HOSSAIN, K., “Legality of the Security Council Action: Does the International Court of Justice Move to take up the Challenge of Judicial Review?”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 5 No. 17, 2009, p. 159.

³² MARTENCZUK, B., “The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from *Lockerbie*?”, *European Journal of International Law*, Vol. 10 No. 3, 1999, pp. 546-547.

del Consejo bajo estas previsiones dejando la puerta abierta ante una eventualidad de esta naturaleza.

Recordemos que el asunto *Lockerbie* se desencadena a raíz del bombardeo del vuelo Pan Am 103 que cayó sobre Lockerbie, Escocia. Con posterioridad, y sin fundamentarla en ninguna disposición de la CNU, el CS emitió la resolución 731 (1992)³³ mediante la cual exhortaba al gobierno Libio a cumplir con las peticiones de los Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña de entregar a dos de sus nacionales acusados de derribar el vuelo Pan Am 103. Meses después, el 3 de marzo, Libia demandó tanto a los Estados Unidos³⁴ como al Reino Unido³⁵ ante la CIJ por una disputa sobre la interpretación y aplicación de la Convención de Montreal para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil³⁶ (en adelante CMRAISAC) en donde pedía que se reconociera su cumplimiento cabal de dicha Convención, el incumplimiento de los demandados de la misma, y el cese de dicho incumplimiento. Con posterioridad a la presentación de la demanda libia, el CS emitió las resoluciones 748 (1992)³⁷ y 883 (1993)³⁸ a través de las cuales en virtud del Capítulo VII exigía que Libia diese cumplimiento a la resolución 731 (1992).

En base a lo anterior, era factible imaginar una confrontación entre la CIJ y el CS. Siendo que las obligaciones impuestas por las resoluciones del Consejo entraban en conflicto con los derechos que Libia alegaba gozar bajo la CMRAISAC – mismos que le permitían juzgar a sus nacionales bajo el principio *aut dedere aut judicare*– los demandantes objetaron la admisibilidad de la demanda libia en la etapa preliminar de la disputa argumentando que incluso cuando Libia gozase de los derechos que señalaba, las obligaciones impuestas por las resoluciones del CS los hubiesen suplantado. Por su parte, Libia alegó que su demanda se había hecho con anterioridad a las resoluciones 748 (1991) y 883 (1993) por lo que no podían ser tomadas en cuenta. Asimismo, siendo que la resolución 731 (1992) no tenía carácter vinculante al no haber sido adoptada bajo el Capítulo VII de la CNU ésta no podía ser considerada como un impedimento legal para que Libia presentase su demanda. Finalmente, la Corte resolvió lo siguiente:

³³ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 731 (1992), de fecha 21 de enero de 1992, disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/731%20\(1992\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/731%20(1992)).

³⁴ Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998, p. 6.

³⁵ Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998, p. 6.

³⁶ Siendo que el contenido de ambas sentencias es prácticamente idéntico, citaremos en adelante aquella respectiva a los Estados Unidos con el fin de obviar en repeticiones innecesarias.

³⁷ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 748 (1992), de fecha 31 de marzo de 1992, disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/748%20\(1992\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/748%20(1992)).

³⁸ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 883 (1993), de fecha 11 de noviembre de 1993, disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/883%20\(1993\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/883%20(1993)).

The date, 3 March 1992, on which Libya filed its Application, is in fact the only relevant date for determining the admissibility of the Application. Security Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993) cannot be taken into consideration in this regard, since they were adopted at a later date. As to Security Council resolution 731 (1992), adopted before the filing of the Application, it could not form a legal impediment to the admissibility of the latter because it was a mere recommendation without binding effect, as was recognized moreover by the United States. Consequently, Libya's Application cannot be held inadmissible on these grounds. In the light of the foregoing, the Court concludes that the objection to admissibility derived by the United States from Security Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993) must be rejected, and that Libya's Application is admissible³⁹.

Igualmente, los demandantes objetaron la admisibilidad de la demanda libia bajo la premisa de que la resoluciones, 748 (1992) y 883 (1993), aun siendo posteriores a la fecha de presentación de la demanda la habían dejado sin objeto. La CIJ no se ocupó de dicha cuestión sino que se limitó a reservar su resolución para el procedimiento sobre el fondo en virtud de que consideró que la objeción presentada por los demandantes no era una cuestión de carácter exclusivamente preliminar⁴⁰. Debido a que la disputa se resolvió por medios diplomáticos la Corte no tuvo necesidad de emitir juicio sobre la validez, aplicación o efectividad de las resoluciones del CS.

CHERNEVA⁴¹ critica a quienes consideran que la CIJ rehuyó el pronunciarse sobre la legalidad y validez de las resoluciones del CS en tanto que opina que hacerlo en la fase preliminar de la disputa hubiese sido intemperante. Más aún, según su criterio, al establecer su jurisdicción sobre el caso, la Corte dejó claro que no se subordinaría al Consejo. Si bien Cherneva considera difícil que eventualmente la CIJ hubiese declarado nula o inválida una decisión ya tomada por el CS, reconoce que en la sentencia que nos ocupa, la Corte no descartó la posibilidad de examinar las resoluciones del Consejo una vez que se iniciaran los procedimientos sobre el fondo. Así, coincidimos con la citada autora cuando señala que existen varias maneras de evaluar una revisión judicial, mismas que van más allá de una determinación –o no– de nulidad.

En relación con lo anterior, ÁLVAREZ⁴² considera que como en los sistemas domésticos, la "revisión judicial" por parte de la CIJ puede asumir diversas modalidades. Opina, que en un futuro próximo es probable que la Corte intente evitar tomar decisiones que directamente cuestionen los actos del CS y sus efectos. Sin embargo, en decisiones

³⁹ Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998, pp. 130-131.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 131-134.

⁴¹ CHERNEVA, *op. cit.*, pp. 23-26.

⁴² ÁLVAREZ, J., "Judging the Security Council", *The American Journal of International Law*, Vol. 9 No. 1, 1996, pp. 24-30.

ulteriores, aun y cuando estas nieguen jurisdicción o confirmen la legalidad de las acciones del Consejo, es probable que de ellas se desprendan opiniones separadas de los jueces de la CIJ que atraigan al CS a un diálogo continuo. Esto es a lo que ÁLVAREZ denomina un modo “expresivo” de revisión. De acuerdo con el citado autor, esto fue precisamente lo que sucedió en *Lockerbie* puesto que algunas de las opiniones separadas de los jueces constituyen señales al CS pidiéndole que internalice los límites que estos le sugieren con el fin de autoimponerse tales límites y, de tal suerte, prevenir futuros litigios.

Por nuestra parte nos parece interesante el modelo identificado por ÁLVAREZ y concordamos con él en que puede ser una vía efectiva para que a través del dialogo pueda limitarse al CS contando para esto con la participación del propio órgano. Asimismo, creemos que no hay que subestimar el posible impacto que puede tener una opinión consultiva de la CIJ pese su falta de carácter vinculante. Sin embargo, concluimos que la CIJ no puede ejercer una revisión judicial *per se* sobre las resoluciones del Consejo, y que, aunque en el futuro pudieran expandirse, por el momento las posibilidades que ejerce como mecanismo de control de legalidad a las acciones del órgano son limitadas.

Más aún, al no estar los individuos facultados para acceder a su jurisdicción, aquellas personas cuyos derechos se han visto vulnerados por la aplicación de las denominadas “sanciones inteligentes” carecen de protección en el ámbito de Naciones Unidas. Ante esta situación, dichos sujetos se han visto en la necesidad de buscar alivio en tribunales nacionales o regionales lo cual ha tenido como consecuencia que estas entidades hayan incursionado en la determinación si no de la validez, por lo menos de la aplicación y efectividad de las resoluciones del CS. En este sentido, pudiéramos explorar la posibilidad de que por medio de sus actividades, dichos organismos estén realizando una especie de control de legalidad indirecto a las acciones del Consejo.

III. LOS TRIBUNALES REGIONALES EN EL ÁMBITO EUROPEO: EN BUSCA DE UN BALANCE ENTRE MANTENER LA SEGURIDAD INTERNACIONAL Y EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS

1. Un problema multidimensional: el solapamiento entre distintos órdenes normativos

Para su efectiva ejecución, las resoluciones del CS dependen de los EMNU para ser implementadas y por ello pueden llegar a colisionar con los ordenamientos internos de estos al momento de ser transpuestas. Así, a raíz del controvertido régimen de sanciones contra presuntos terroristas implementado mediante la resolución 1267 (1999), se ha ido desarrollando jurisprudencia por parte de tribunales nacionales y regionales que puede describirse como una forma de oposición ante lo que se percibe como excesos competenciales del CS. Dichos excesos se caracterizan especialmente por violaciones a las garantías procesales,

específicamente el derecho a la tutela judicial efectiva. Consecuentemente, es posible identificar en la jurisprudencia de tribunales nacionales y regionales algunas sentencias cuyo contenido ha representado un desafío a las decisiones del CS al grado de haber reabierto el debate sobre una posible revisión judicial a las acciones de este. Asimismo, dichas resoluciones han contribuido a la solidificación de la tesis de que el CS está restringido en su accionar por los Derechos Humanos y las normas imperativas de Derecho Internacional.

Tales decisiones judiciales son un efecto de la expansión competencial del CS que ha provocado solapamientos entre distintos ordenamientos jurídicos. A raíz del régimen de sanciones creado mediante la resolución 1267 (1999), los EMNU a través de sus ordenamientos jurídicos han tenido que emprender una búsqueda para encontrar un balance entre el cumplimiento de sus obligaciones internacionales para con la ONU –que representan en este caso la salvaguarda de la paz y seguridad internacional–, y el respeto a los DDHH de acuerdo con sus sistemas domésticos. A través de la resolución 1267 (1999) se creó el Comité de Sanciones, órgano subsidiario del CS dotado con el poder de designar mediante una lista a aquellas personas físicas y jurídicas sospechosas de la realización de actividades terroristas y a su vez congelar sus fondos y otros recursos financieros.

En el contexto anterior, es quizá la jurisprudencia en el ámbito europeo la que ha tenido más impacto en la modificación del régimen de sanciones surgido a raíz de la resolución 1267 (1999). Asimismo es en este escenario en donde dadas las muy particulares características de esta organización regional han surgido probablemente las mayores complicaciones producto del estiramiento competencial del CS. Dado el carácter supranacional de la Unión Europea (UE), las resoluciones del CS pueden llegar a tener implementación directa una vez incorporadas al ordenamiento europeo mediante un reglamento. Esta situación, conjuntamente con la existencia de estándares comunes en materia de protección a los DDHH, ha producido lo que ya podemos considerar un amplio acervo jurisprudencial por parte de los tribunales de la UE que no siempre ha sido uniforme, pero en el que quizá podamos identificar una actitud tendente a encontrar un balance entre el mantenimiento de la seguridad internacional y la protección a DDHH.

Ante los crecientes y cambiantes desafíos que presenta la manutención de la seguridad internacional en un mundo globalizado e interdependiente, encontrar dicho balance requiere mucho más que buenas intenciones. Primeramente, debemos tomar en cuenta que el artículo 103 de la ONU concede primacía a las obligaciones contraídas por los EMNU en virtud de este instrumento sobre todas las demás adquiridas por vía de cualquier otro convenio internacional. Igualmente, debemos considerar la postura de que tanto las normas de *jus cogens* como los DDHH constituyen límites a esta primacía. Sin embargo, como es bien sabido algunos DDHH son derogables en situaciones de emergencia –como la que pudiera constituir una amenaza terrorista– y la cantidad de normas internacionales que pueden sin lugar a dudas ser consideradas como pertenecientes a la categoría de *jus cogens* es mínima. Debido a lo anterior, no ha sido una cuestión simple para las cortes de la UE el lidiar con los conflictos de aplicación suscitados por el choque entre el ordenamiento jurídico

internacional –debido a las obligaciones de los Estados europeos derivadas de la ONU– y el doméstico –el sistema de protección europeo de DDHH.

Esta complejidad en las relaciones internacionales de la UE fue abordada por Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con el caso *Bosphorus Airways c. Irlanda*⁴³ (*Bosphorus*) que se originó a raíz de la implementación a través de un reglamento comunitario de la resolución 820 (1993) del CS que decretaba un embargo sobre todos los buques, vehículos de carga, material rodante y aeronaves en que tuvieran intereses mayoritarios o de control personas o empresas de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro). En cumplimiento de la citada resolución, las autoridades irlandesas apresaron en Mayo de 1993 un avión que la compañía turca *Bosphorus Airways* había alquilado a la compañía aérea yugoslava *JAT* mientras este se encontraba en territorio irlandés para su mantenimiento. Tras la relajación del régimen de sanciones la aeronave fue devuelta a su propietario, *JAT*, y *Bosphorus Airways* perdió el alquiler que había pagado. Tras pasar por una serie de instancias irlandesas y comunitarias, el asunto llegó finalmente al TEDH en donde el demandante alegó que Irlanda había actuado contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y al Protocolo 1 que garantiza el derecho a la propiedad. Finalmente, el TEDH falló en 2005 en contra del demandante y los criterios utilizados para su decisión trascendieron en cuanto a que fijaron un estándar de valoración entre la cooperación internacional y el respeto a los DDHH⁴⁴.

La relevancia de la sentencia *Bosphorus* radica en que el TEDH intentó reconciliar la importancia que tiene en el ámbito de la cooperación internacional la UE, con el valor preponderante que tiene para esta organización el respeto a los DDHH. CANEDO ARRILLAGA y GORDILLO PÉREZ⁴⁵ destacan el que en virtud de la aplicabilidad directa existe la posibilidad de que las autoridades europeas incurran en vulneraciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en el CEDH que están bajo la jurisdicción de los Estados Miembros, por lo que en *Bosphorus* el TEDH recurrió a una fórmula para conciliar el respeto al convenio con el papel de la UE como instrumento de cooperación internacional, misma que los citados autores explican de la siguiente manera:

...[E]l Tribunal de Estrasburgo otorga una presunción de conformidad del Derecho comunitario para con el CEDH, presunción que podrá ser rebatida si se demuestra que el Derecho comunitario no ofrece una protección equivalente a la dispensada por el Convenio. Por «equivalente», el Tribunal entiende una protección «comparable», aunque no «idéntica», tanto en lo relativo a las garantías procedimentales,

⁴³ *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Aonim Sirketti c Irlanda (Bosphorus Airways)* (GC), No. 45036/98, TEDH 2005.

⁴⁴ ANTÓN GUARDIOLA, C., “TEDH. Sentencia de 30.06.05, *Bosphorus Airways* 45036/98 – Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, 2007, pp. 943-946.

⁴⁵ CANEDO ARRILLAGA, J., & GORDILLO PÉREZ, L., “Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la Espera de Lisboa”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, Núm. 39, 2008, Bilbao, p. 37.

como en lo que respecta a la configuración objetiva del derecho. Sólo cuando la protección de los derechos humanos pudiese considerarse «manifiestamente deficiente», los intereses de la cooperación internacional deben ceder ante el valor del Convenio como instrumento constitucional de orden público europeo en el campo de los derechos humanos⁴⁶.

El enfoque utilizado por el TEDH en *Bosphorus* pudiera considerarse como armonizador en cuanto a que intentó encontrar un balance entre dos valores aparentemente en conflicto. Mediante la referida resolución se resaltó el papel de la UE como sujeto cabal de Derecho Internacional a la vez que se señaló un estándar mínimo de protección a los DDHH. No obstante, ni el TEDH ni los tribunales comunitarios se han adherido por completo a este enfoque. Como podremos ver, al lidiar con resoluciones del CS en el ámbito del combate al terrorismo, los tribunales europeos han utilizado razonamientos divergentes entre sí. ISTREFI describe el carácter especial que adquiere la problemática descrita en el ámbito europeo al tiempo que identifica tres enfoques que las cortes europeas han utilizado al lidiar con ella:

While judicial bodies worldwide have been struggling to balance human rights and subordination to the UN supremacy, this has been particularly sensitive for European courts where protection of fundamental rights is of a paramount importance in the hierarchy of norms.

When placed between the UN obligations vested in art 103 and domestic fundamental rights, from the methodological point of view, European courts appear to have adopted three approaches, namely the ‘subordination’, ‘detachment’ and ‘harmonization’. Oscillation on this varied trinity of approaches, affects not only rights of the individuals concerned but also the legal (un)predictability and coherence of international law⁴⁷.

Entonces, mediante la oscilación que describe ISTREFI los distintos tribunales han utilizado diferentes tipos de razonamiento para llegar en ocasiones a resultados similares. ¿Tiene esto alguna relevancia? O por el contrario, ¿pudiéramos trasladar por analogía aquel principio matemático de “el orden de los factores no altera el producto”? La respuesta a estas preguntas es “sí” y “no” respectivamente. De las construcciones que utilicen los tribunales pueden darse resultados similares, más no idénticos, o incluso diametralmente distintos. Como correctamente señalaba ISTREFI, esto puede dar lugar a un déficit en cuanto la seguridad y certeza del ordenamiento jurídico comunitario que pondría sobre la mesa la cuestión de hasta qué punto son sacrificables los DDHH a fin de conservar la seguridad internacional.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 37-38.

⁴⁷ ISTREFI, K., “The Application of Article 103 of the United Nations Charter in the European Courts: the Quest for Regime Compatibility on Fundamental Rights”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 5 No. 2, 2012, p. 83.

De tal manera, en la sentencia de los casos *Behrami/Saramati*⁴⁸ el TEDH negó también la protección a los demandantes sin necesidad de llevar a cabo el *test* desarrollado en el caso *Bosphorus*. La demanda en el caso *Behrami* fue presentada por el padre de dos niños de origen albanés alegando una violación al artículo 2 del CEDH que consagra el derecho a la vida. Uno de los niños murió mientras que el otro sufrió severas lesiones y desfiguraciones por causa de bombas de racimo que no habían explotado en el área donde los niños jugaban. La Fuerza de Seguridad de Kosovo (FSK) tenía conocimiento de la presencia de las bombas. El caso *Saramati* involucró a un nacional kosovar de origen albanés que fue arrestado bajo sospecha de intento de homicidio y posesión de un arma por la policía de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK). Eventualmente los cargos fueron anulados por la Suprema Corte, y *Saramati* se quejó ante el TEDH de violación a los artículos 5 y 13 del CEDH relativos a los derechos de libertad, seguridad y un recurso efectivo⁴⁹.

En ambos casos se trataron asuntos que ejemplifican los problemas de solapamiento entre los distintos ordenamientos jurídicos: aplicabilidad extraterritorial de la CEDH, la jurisdicción del TEDH y la cuestión de a quién era atribuible la responsabilidad. No obstante, lo que nos interesa para efectos del presente trabajo es que el Tribunal se consideró incompetente para valorar las acciones de la FSK y la UNMIK respectivamente, cuya presencia había sido autorizada por la resolución 1244 (1999)⁵⁰ aunque sus acciones supuestamente habían vulnerado los DDHH de los demandantes. El Tribunal estimó que las acciones de los organismos referidos eran atribuibles a la ONU y siendo que la Organización actuaba en cumplimiento de su objetivo indispensable de preservar la seguridad internacional, las obligaciones que de esta provenían deberían de prevalecer sobre las obligaciones de DDHH en conflicto⁵¹.

Además de *Behrami/Saramati* el TEDH aplicó la misma línea de razonamiento en el caso *Berić y Otros*⁵² en donde debido a sus decisiones en cuanto a la atribución de la conducta, tampoco se vio en la necesidad de evaluar las posibles violaciones a DDHH⁵³. De tal forma el Tribunal afirmó su incompetencia no solo para revisar los actos y omisiones supuestamente atribuibles a la ONU, sino todo aquello cubierto por la resolución 1244 (1999) del CS en tanto que cubre los DDHH contemplados en la CEDH debido a la supremacía del

⁴⁸ *Behrami c. Francia, Saramati c. Francia, Alemania & Noruega, TEDH*, Aplicaciones. No. 71412 & 78166/01 (Mayo 2, 2007) (decisión sobre la admisibilidad).

⁴⁹ DE BÚRCA, G., "The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi", *Harvard International Law Journal*, Volume 51 Number 1, 2010, pp. 12-13.

⁵⁰ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1244 (1999), de fecha 10 de junio de 1999, disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1244%20\(1999\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1244%20(1999)).

⁵¹ DE SENA, P., & VITUCCI, M., "Critical Review of Jurisprudence: An Occasional Series, The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values", *The European Journal of International Law*, Vol. 20 No. 1, 2009, p. 194.

⁵² *Berić y Otros c. Bosnia y Herzegovina*, TEDH, aplicación no 36257/04, Decisión sobre Admisibilidad del 16 Octubre 2007.

⁵³ ISTREFI, K., *op. cit.*, p. 84.

ordenamiento jurídico de Naciones Unidas⁵⁴. Podemos apreciar como en una actitud que sugiere subordinación al régimen de la ONU, el Tribunal no hizo el intento de encontrar aquel balance buscado mediante la fórmula *Bosphorus* evidenciando de tal manera, que al momento de la sentencia estimó que el mantenimiento de la seguridad internacional era un valor que debía prevalecer frente a la protección a los DDHH.

No solamente el TEDH ha seguido esta línea de subordinación. En el ámbito comunitario el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (TPI) emitió la sentencia relativa al caso *Kadi*⁵⁵ cuyo razonamiento apunta también hacia la subordinación del ordenamiento doméstico a la CNU. El caso *Kadi* nos interesa no solo en cuanto a que los hechos del mismo se relacionan con la implementación del régimen de sanciones derivado de la resolución 1267 (1999), sino en cuanto a que el fallo emitido por el TPI fue revertido con posterioridad por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Mediante un razonamiento que encuadra dentro de la calificación de ISTREFI⁵⁶ en la categoría del desapego, el TJUE sorprendió a propios y extraños negando el carácter superior de las obligaciones derivadas de la CNU.

2. Entre *Kadi* y *Nada*: trazando el camino de la subordinación a la armonización

El caso *Kadi* es ya una referencia obligatoria al tratar el tema de la ejecución de sanciones por parte del CS. Yassin Abdullah Kadi, ciudadano de Arabia Saudita con intereses económicos en Europa, impugnó ante el TPI el reglamento 467/2001 del Consejo de la Unión Europea mediante el cual se había incluido su nombre en una lista de sospechosos relacionados con actividades terroristas. En virtud del referido reglamento, todos los fondos pertenecientes a las personas designadas por el Comité de Sanciones contra los talibanes de las Naciones Unidas deben de ser congelados. Kadi alegó que el reglamento aludido vulneraba derechos tutelados por el ordenamiento jurídico europeo tales como su derecho a la propiedad, a un juicio justo y a la tutela judicial efectiva en cuanto a que permitían al Consejo y a la Comisión Europea congelar e inmovilizar sus activos sin posibilitarle el ser oído por estas instituciones ni el acceso a un recurso judicial por medio del cual impugnar su inclusión en la lista⁵⁷.

Evidentemente, este caso presentó al TPI con el problema de determinar la relación entre el ordenamiento jurídico internacional –del cual derivan las obligaciones impuestas por las resoluciones del CS⁵⁸– y, el ordenamiento jurídico nacional o doméstico, en este caso el sistema de protección a los DDHH de la UE. En primer lugar, había que dilucidar

⁵⁴ DE SENA, P., & VITUCCI, M., *op. cit.*, p. 203.

⁵⁵ Caso T-315/01 *Yassin Abdullah Kadi c Consejo y Comisión* [2005] Rec. P. II-3649.

⁵⁶ *Supra* Nota 47.

⁵⁷ GALLO COBIÁN, V., *et. al.*, “Las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos. Relaciones Peligrosas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 2008, p. 179.

⁵⁸ Particularmente la 1267 (1999) y la 1333 (2000).

la cuestión de si las resoluciones del Consejo eran jurídicamente obligatorias para la UE al no ser esta Organización Internacional miembro de la ONU. Dicha cuestión fue resuelta por el TPI utilizando la teoría de la sustitución, mediante la cual se explicó que siendo que los Miembros de la UE le han delegado ciertas competencias a la comunidad, de la misma forma las correspondientes obligaciones deben de ser delegadas⁵⁹.

Una vez determinado lo anterior el TPI no tuvo reparos en encontrar que de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario y el artículo 103 de la CNU, las obligaciones derivadas para los Estados Miembros de la UE de dicho instrumento prevalecen sobre todas aquellas nacionales o internacionales, incluyendo las contenidas en el CEDH y los Tratados de la Comunidad Europea. Consecuentemente el Tribunal estimó que no podía justificarse una revisión por su parte de las resoluciones del CS, ni siquiera indirectamente, por encontrarse fuera de su ámbito jurisdiccional. Pese a lo anterior, el TPI se declaró competente para ejercer una revisión judicial indirecta de las resoluciones del CS en situaciones que involucrasen normas de *jus cogens*, en cuanto a que estas normas no derogables son superiores en el ordenamiento jurídico internacional. Con todo, el TPI encontró que los derechos involucrados en el caso no pertenecían a esta categoría de normas por lo que terminó desestimando el recurso del señor Kadi⁶⁰.

La sentencia del TPI fue apelada por el señor Kadi ante el TJUE⁶¹ el cual, difiriendo del enfoque monista del tribunal *a quo* se consideró competente para revisar en su totalidad la legalidad de las reglamentaciones impugnadas de la UE –adoptadas para implementar las resoluciones del CS– en cuanto a que el marco constitucional creado por los Tratados de la Unión Europea es completamente autónomo. En este sentido el TJUE consideró las normas Europeas como de aplicación primaria, equiparando a la CNU con cualquier otro tratado internacional subordinando su aplicación a la primacía de estas⁶².

De tal forma, utilizando un enfoque pluralista el TJUE anuló la reglamentación que implementaba las resoluciones del CS por considerar que no cumplían con los requisitos de debido proceso según los estándares de la UE. En ese aspecto, hay quien critica⁶³ la postura del Tribunal en lo referente a que se limitó a examinar la constitucionalidad de las medidas impuestas por la UE, dejando a un lado el análisis de las cuestiones pertinentes de Derecho Internacional, como la supremacía de las obligaciones derivadas de la CNU sobre cualquier otra. La crítica se centra en que el enfoque utilizado peca de aislacionista: mientras que el TJUE pudo haberse ocupado de las deficiencias en materia de DDHH de las que adolecían las resoluciones, argumentando incluso la defensa al derecho del debido proceso como

⁵⁹ HILPOLD, P., “EU Law and UN Law in Conflict: The Kadi Case”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 13, 2009, p. 160.

⁶⁰ DE BÚRCA, *op. cit.*, pp. 19-21.

⁶¹ *Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c Consejo y Comisión* (Sentencia [Gran Sala] [2008] Rec. P. II-6351).

⁶² ISTREFI, *op. cit.*, p. 86.

⁶³ DE BÚRCA, *op. cit.*, pp. 40-42.

derecho internacional consuetudinario prefirió adoptar una postura divergente de su más tradicional faceta como ente respetuoso del Derecho Internacional.

Para otros⁶⁴ el enfoque del Tribunal no debe considerarse como hostil hacia el Derecho Internacional, prueba de ello es que con posterioridad a la sentencia emitida por el TJUE el Consejo de Seguridad introdujo un fuerte mecanismo de revisión con respecto del sistema de sanciones que hemos venido comentando. Quienes elogian la sentencia del TJUE la consideran como una reacción adecuada ante una situación específica suscitada por la interacción de sistemas de niveles múltiples. En este sentido, la actitud del Tribunal les parece correcta puesto que ofreció un resguardo ante una insuficiencia en la protección a los DDHH incompatible con los estándares de la UE. Siguiendo esta línea, aun tomando en cuenta que el propio TJUE no consideró las resoluciones del CS en la emisión de su sentencia, pudiéramos decir que al revisar los instrumentos mediante los cuales estas se transpusieron al ordenamiento europeo, el Tribunal efectivamente llevó a cabo una revisión judicial *de facto*, si bien indirectamente, de las mismas.

Al tenor de lo anterior, HILPOLD⁶⁵ comenta que si bien a primera vista pudiera calificarse la actitud del TJUE como aislacionista no puede ignorarse que el sistema internacional está conformado por interacciones en distinto niveles de órganos políticos, administrativos y judiciales. Entonces, aquello que pudiera parecer un acto unilateral, tiene en realidad el objeto de hacer reaccionar a otros agentes internacionales con el fin de iniciar una disertación efectiva. HILPOLD considera que el caso *Kadi* está en línea con el *Principio Solange* desarrollado por la Corte Constitucional Alemana para ampliar la protección de los derechos fundamentales en la UE. Así, el TJUE consideró que el reglamento por medio del cual se hicieron efectivas las resoluciones del Consejo no estaba a la altura de las pautas de la UE en materia de DDHH. De acuerdo con el principio referido esto implica que si en un futuro se estableciese un sistema de control judicial efectivo a nivel de Naciones Unidas el Tribunal tendría que cesar el ejercicio de sus revisiones a las medidas de implementación de las resoluciones del CS.

Como se puntualizó en párrafos anteriores, con posterioridad al caso *Kadi* el CS introdujo una serie de mejoras en su régimen de sanciones contra los talibanes que tienden hacia una más amplia protección de los DDHH. En el 2008, el Órgano introdujo un resumen narrativo, mismo que acompaña a cada caso que se añade a la lista y reseñando las razones principales para esto. Asimismo, se introdujo la figura de un mediador independiente, cuya función es procesar las solicitudes de aquellos que piden ser removidos de la lista, aunque finalmente es el Comité de Sanciones quien decide⁶⁶. No obstante, cuando los activos del Sr. Kadi fueron congelados de nuevo mediante una nueva implementación por parte de la Comisión de la Unión Europea, el TPI modificó su razonamiento fallando a favor del

⁶⁴ KOKKOT, J., & SOBOTTA, C., “The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law-Finding Balance?”, *The European Journal of International Law*, Vol. 23 No. 4, 2012, pp. 1015-1018.

⁶⁵ HILPOLD, *op. cit.*, p. 179.

⁶⁶ KOKKOT, *op. cit.*, p. 1020.

primero argumentando que la “nueva” cobertura a los Derechos Humanos –que atendía a estas mejoras por parte del Consejo– era superficial y por tanto insuficiente. Actualmente Kadi ha sido borrado de la lista del CS debido a gestiones del mediador independiente⁶⁷, así como de la respectiva lista de la UE⁶⁸.

El caso *Kadi* pone de relieve ciertos aspectos importantes en relación con la posibilidad de ejercer un control de legalidad sobre los actos del CS. En primer lugar, aun cuando fue revertido por el TJUE; la primera sentencia pronunciada por el TPI planteó la posibilidad de una revisión judicial –aunque indirecta, externa y en el ámbito exclusivo del *jus cogens*– a las resoluciones del CS, un terreno que ni siquiera la CIJ se había animado a pisar. Más aún, nos parece que el fallo del TJUE influyó profundamente en que el CS reconsiderara su régimen de sanciones y lo volviera sustantivamente más garantista. Aunque la sentencia de este último Tribunal no constituyó *per se* una revisión a las acciones del Consejo si fue capaz de evidenciar la necesidad de encontrar un balance entre garantizar el combate a la amenaza terrorista y la protección de los DDHH. Más aún, incluso el fallo revertido del TPI continúa haciendo ecos en tanto que otros tribunales se han mostrado dispuestos a reconocer que las normas de *jus cogens* constituyen un límite concreto al cumplimiento de las resoluciones del CS.

Una de las consecuencias de la sentencia emitida por TJUE que salta a la vista es por supuesto el cambio paradigmático que tuvo que asumir el TPI, ya que con anterioridad al pronunciamiento del fallo referido este último tribunal había mantenido un razonamiento en la misma línea de subordinación que había utilizado en *Kadi* en los asuntos *Ayadi y Hassan*⁶⁹, también relativos al régimen de sanciones de la resolución 1267 (1999). No obstante, es destacable que en estos casos el que el TPI haya afirmado que los Estados Miembros de la UE están obligados a proteger diplomáticamente los derechos de los afectados ante la ONU. De acuerdo con SANTOS VARA⁷⁰ el razonamiento del TPI, en esta ocasión más preocupado por garantizar la protección a los DDHH –aunque todavía subordinado al régimen de la ONU– tuvo también su parte en ayudar a modificar el régimen de sanciones del CS. Así, con posterioridad a las sentencias el CS crea un punto focal al que los individuos y entidades incluidas en las listas negras elaboradas por los Comités de Sanciones pueden presentar directamente solicitudes de exclusión de las mismas y exige que los Estados justifiquen adecuadamente la propuesta de incluir a personas y entidades en la lista del Comité

⁶⁷ Department of Public Information, News and Media Division, Security Council Al-Qaida Sanctions Committee Deletes Entry of Yassin Abdullah Ezzedine Qadi from its List, 5 octubre 2012, Nueva York, SC/10785, disponible en <http://www.un.org/News/Press/docs/2012/sc10785.doc.htm>.

⁶⁸ LARIK, J., “Kadi De-Listed – A Cause for Celebration?”, *European Law Blog. News and Comments on EU Law*, 2012, recuperado el 1 de junio de 2013 de <http://europeanlawblog.eu/?p=1192>.

⁶⁹ *Chafiq Ayadi c. Consejo* (T-253/02, Rec. p. II-2139); de 12 de julio de 2006, *Faraj Hassan c. Consejo y Comisión* (T-49/04, Rec. p. II-52; de 18 de noviembre de 2005.

⁷⁰ SANTOS VARA, J., “El Control Judicial de la Ejecución de las Sanciones Antiterroristas del Consejo de Seguridad en la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 15, 2008, pp. 11-13.

1267. Sin embargo, como pone de manifiesto el citado autor, esto no es equiparable a que los afectados puedan recurrir a un tribunal independiente que juzgue su causa.

Como podemos ver, incluso antes de que el TJUE decidiera con respecto a *Kadi* el TPI reconoció implícitamente a través de las sentencias reseñadas en el párrafo anterior que tenía que incrementar su nivel de protección a los DDHH en el ámbito comunitario. Puede también interpretarse como un signo de lo anterior la sentencia de este órgano jurisdiccional respecto del caso *Organisation des Modjahedines du Peuple d'Iran*⁷¹ (OMPI). Esta entidad había sido incluida en una lista similar a la creada mediante el régimen de la resolución 1267 (1999). Sin embargo, en este caso no había sido el CS, sino el Consejo de la Unión Europea (CUE) el que había incluido a la OMPI en la lista al aplicar un reglamento instrumental a la implementación de la resolución 1373 (2001). Así, el TPI anuló el acto del CUE al considerar que se había vulnerado el derecho a una audiencia justa en tanto que el órgano no justificó adecuadamente la inclusión de la OMPI en la lista. ¿Por qué utilizar criterios distintos en casos similares? La resolución 1373 (2001) requería para su ejecución la promulgación de legislación doméstica. Siendo que para ser traspuesta, se requirió de la emisión de un reglamento por parte del Consejo de la Unión Europea (CUE) y de la posterior inclusión en la lista por parte de dicho organismo, el TPI se consideró competente para proteger los derechos de la demandante puesto que se trataban actos en donde la Comunidad ejercía sus propios poderes discrecionalmente. En otras palabras, el criterio decisivo fue que había sido el CUE y no el CS el que había enlistado a la OMPI⁷².

Así, las particulares características de la resolución 1373 (2001) finalmente inclinaron la balanza en favor de la protección de DDHH al permitir al TPI ejercer su jurisdicción. Con todo, el que una cuestión procedimental prevalezca sobre la cuestión de fondo –la salvaguarda de los DDHH– no puede estimarse como un incremento en el nivel de protección a los DDHH. Por el contrario, el que actos materialmente similares se juzguen de manera distinta atendiendo a su origen pone de manifiesto las complicaciones derivadas del ensanchamiento competencial del CS. Por otro lado, mientras que sí podemos considerar que con *Kadi* se dio un cambio significativo en cuanto a la forma en que los tribunales abordan los retos que manan de la implementación de las sanciones inteligentes del CS, no debemos olvidar que dicha decisión fue criticada por poner en entredicho la posición de la UE en el ámbito internacional.

Como se ha mencionado, pese a mejoras significativas en cuanto a la implementación de las sanciones inteligentes por parte del CS, las personas que se encuentran de pronto incluidas en alguna de las listas negras para el combate al terrorismo no cuentan con recursos efectivos para hacer frente a su situación. El ámbito de la ONU ofrece mecanismos que no pueden ser equiparados con un juicio justo y mientras que los tribunales nacionales

⁷¹ *Organización Mujahedin del Pueblo de Irán (OMPI) c. Consejo* (T-228/02, Rec. p. II-4665); de 11 de julio de 2007.

⁷² AUST, H., “Between Self-Assertion and Deference: European Courts and their Assessment of UN Security Council Resolutions”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 2008, pp. 67-69.

y regionales han hecho su parte por contribuir, las dificultades con las que se enfrentan no permiten la emergencia de una jurisprudencia unificada que brinde certeza para el futuro. Empero, aún nos queda por analizar un par de sentencias que encuadran dentro del enfoque armonizador, aquel que en la línea de *Bosphorus* procura la protección equitativa de los bienes tutelados jurídicamente “seguridad internacional” y “protección a los DDHH”. Así, estimamos que un vistazo a los casos *Al-Jedda*⁷³ y *Nada*⁷⁴ puede ofrecernos una perspectiva más completa de la situación.

El caso de *Al-Jedda* se ventiló en el TEDH ante la demanda presentada por el señor Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda quien ostentaba la doble nacionalidad iraquí/británica y que fue detenido en Iraq por fuerzas británicas bajo sospecha de haber cometido actividades relacionadas con el terrorismo desde octubre del 2004 hasta diciembre del 2007. Al-Jedda demandó al gobierno británico ante las instancias locales de aquel país y sus pretensiones fueron desestimadas en tres ocasiones. Finalmente, el demandante llevó el caso ante el TEDH argumentando que su detención por fuerzas británicas en Iraq era violatoria del artículo 5.1 del CEDH que garantiza el derecho a libertad y seguridad de las personas. Por su parte, el gobierno británico argumentó que la detención de Al-Jedda era atribuible a la ONU y que se justificaba en cuanto a que las resoluciones pertinentes al caso –en particular la 1546 (2004)⁷⁵– autorizaban a la fuerza multinacional presente en Iraq a utilizar “todas las medidas necesarias” para la manutención de la estabilidad y seguridad en aquel país. Así, el Reino Unido arguyó que sus obligaciones bajo la CEDH habían sido desplazadas por el régimen creado a partir la resolución 1546 (2004) en tanto que este goza de primacía en virtud de los artículos 25 y 103 de la CNU⁷⁶.

Aplicando el test del *control efectivo* y contrario a lo que había determinado en *Behrmi*, el TEDH determinó que los actos objeto del caso eran atribuibles al Reino Unido. En cuanto a la aplicación del artículo 103, el Tribunal estimó que de acuerdo con el lenguaje de la resolución 1546 (2004) no se desprendía ninguna obligación de realizar detenciones para salvaguardar la estabilidad y seguridad en Iraq. El TEDH determinó que a falta de un lenguaje preciso no podía presumirse que el CS estuviera imponiendo obligaciones que implicaran el incumplimiento de principios fundamentales de DDHH. Consecuentemente, el Tribunal falló la no aplicación del artículo 103 al caso concreto y por ende que el Reino Unido mediante la detención de Al-Jedda había incurrido en una violación del artículo 5.1 del CEDH⁷⁷. Si bien nos parece adecuado el razonamiento utilizado por el Tribunal, no

⁷³ *Al-Jedda c el Reino Unido [GS]* Aplicación No. 27021/08 (TEDH, 7 Julio 2011).

⁷⁴ *Nada c Suiza*, Aplicación No. 10593/08 (TEDH 12 Septiembre 2012).

⁷⁵ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1546 (2004), de fecha 8 de junio de 2004, disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1546%20\(2004\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1546%20(2004)).

⁷⁶ PEJIC, J., “The European Court of Human Rights’ Al-Jedda Judgment: The Oversight of International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, Volume 83 Number 883, 2011, pp. 837-840.

⁷⁷ HENDERSON, L., “With (Great) Power Comes (Great) Responsibility: A Move Toward Greater Responsibility for States Exercising Power Abroad”, *Merkourios Utrecht Journal of International and European Law*, Volume 28 Issue 74, p. 53.

podemos evitar al ponderarlo preguntarnos el sentido que hubiese tenido su decisión frente a un lenguaje más contundente del CS. El caso *Nada* que analizaremos a continuación y que nos regresa al ámbito de las sanciones inteligentes, quizá pueda arrojar un poco de luz sobre esta última cuestión.

El caso *Nada* es uno de los más recientes ejemplos de colisión entre el régimen sancionador contra el terrorismo de la ONU y las exigencias de protección a los Derechos Humanos nacionales y regionales. Youssef Nada es un ciudadano italiano de origen egipcio residente del enclave italiano de Campione en territorio suizo, cuyos bienes y movilidad se vieron afectados por su inclusión en una lista contenida en un decreto de transposición suizo instrumental de las resoluciones anti-terroristas del CS. El afectado interpuso una serie de recursos administrativos ante las autoridades de aquel país alegando violaciones a sus derechos fundamentales en la misma línea de *Kadi*. Finalmente, el asunto llegó a la Corte Federal Suiza⁷⁸, última instancia judicial en dicho Estado. La Corte Federal estimó que el artículo 103 de la CNU debe primar sobre cualquier otra obligación, sin embargo, reconoció como límite en la aplicación de las resoluciones del CS el respeto a las normas de *jus cogens*. Pese a este reconocimiento, el órgano judicial encontró que los derechos que defendía el Sr. Nada no entraban en la categoría de las normas imperativas⁷⁹.

El asunto *Nada* se desahogó ante el TEDH, el cual mediante un enfoque armonizador revirtió el fallo del máximo tribunal suizo. Sin negar la primacía de las obligaciones de la CNU sobre cualquier otras, el TEDH interpretó que la redacción de la resolución 1390 (2002), al utilizar las palabras “necesarios” y “apropiados” al referirse a los medios de implementación de las resoluciones, daba cierta latitud a los Estados Miembros en cuanto al modo de implementar las resoluciones del Consejo de Seguridad⁸⁰. Así mediante un construcción ingeniosa el Tribunal logró encontrar un balance entre la protección de la paz y seguridad internacional, sin embargo, al igual que en el asunto *Al-Jedda* dicho balance parece endeble puesto que bastaría un lenguaje preciso en resoluciones subsecuentes del CS para que en una situación similar, la protección de los DDHH tuviera que sacrificarse en aras de la seguridad internacional.

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, encontramos que a falta de un mecanismo instituido en el marco jurídico de la ONU que permita ejercer un control de legalidad sobre los actos del Consejo de Seguridad, así como a la escasa efectividad que ha demostrado poseer la CIJ en esta faceta, los EMNU han tenido que recurrir a los tribunales nacionales y supranacionales cercanos a

⁷⁸ *Nada, Youssef gegen SECO, Staatssekretariat für Wirtschaft* (14.11.2007). Sentencia de la Corte Federal Suiza (BG 133 II 450).

⁷⁹ MATUTIS, M., Las Sanciones del Consejo de Seguridad de la ONU y los Derechos Procesales: Análisis Jurídico de la Sentencia Youssef Nada c. Suiza, *Agenda Internacional*, Año XVIII No. 29, 2011, pp. 393-404.

⁸⁰ ISTREFI, *op. cit.*, p. 90.

su jurisdicción para contrarrestar los efectos perniciosos de las resoluciones extensivas del CS. Si bien en el presente trabajo nos hemos limitado a reseñar algunas decisiones importantes exclusivas al ámbito regional europeo, podemos afirmar en base al análisis realizado que la actividad de los tribunales europeos ha conseguido efectivamente limitar las acciones del Consejo. Pese a que no podemos ignorar que las sentencias de dichos organismos no vinculan al CS y que por ende, no puede hablarse propiamente de un control de legalidad a las decisiones del órgano, entendemos que por ahora el control que estas entidades han realizado sobre la aplicación y efectividad de las sanciones impuestas por el CS constituye la vía más efectiva de hacer frente a los excesos competenciales de dicho organismo. Tomando en cuenta los cambios significativos en la aplicación de los regímenes sancionadores del CS y haciendo eco del concepto de revisión judicial “expresiva” acuñada por ÁLVAREZ, destacamos la importancia del papel que han jugado los tribunales regionales europeos al contribuir a encontrar –pero sobre todo– a hacer respetar, los elusivos límites a las acciones del CS.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, J., “Judging the Security Council”, *The American Journal of International Law*, Vol. 9 No. 1, 1996.
- ANGEHR, M., The International Court of Justice’s Advisory Jurisdiction and the Review of Security Council and General Assembly Resolutions, *Northwestern University Law Review*, Vol. 103 No. 2, 2009.
- ANTÓN GUARDIOLA, C., “TEDH. Sentencia de 30.06.05, Bosphorus Airways 45036/98 – Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, 2007.
- DELARENAL, C., “Mundialización, Creciente Interdependencia y Globalización en las Relaciones Internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009.
- AUST, H., “Between Self-Assertion and Deference: European Courts and their Assessment of UN Security Council Resolutions”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 2008.
- BIANCHI, A., “Assessing the effectiveness of the UN Security Council’s Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion”, *The European Journal of International Law*, Vol. 17 No. 5, 2007.
- DE BÚRCA, G., “The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi”, *Harvard International Law Journal*, Volume 51 Number 1, 2010.

- CANEDO ARRILLAGA, J., & GORDILLO PÉREZ, L., “Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la Espera de Lisboa”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, Núm. 39, 2008, Bilbao.
- CANIZZARO, E., “A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law”, *International Organizations Law Review*, 3, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2006.
- CHERNEVA, I., “The UN Security Council in the Lockerbie Case”, *Centro Studi Strategici Carlo de Cristoforsis*, 2012.
- GALLO COBIÁN, V., *et. al.*, “Las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos. Relaciones Peligrosas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 2008.
- HENDERSON, L., “With (Great) Power Comes (Great) Responsibility: A Move Toward Greater Responsibility for States Exercising Power Abroad”, *Merkourios Utrecht Journal of International and European Law*, Volume 28 Issue 74.
- HILPOLD, P., “EU Law and UN Law in Conflict: The Kadi Case”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 13, 2009.
- HOSSAIN, K., “Legality of the Security Council Action: Does the International Court of Justice Move to take up the Challenge of Judicial Review?”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 5 No. 17, 2009.
- HUDSON, A., “Not a Great Asset: The UN Security Council’s Counter-Terrorism Regime: Violating Human Rights”, *Berkeley Journal of International Law*, Volume 5 Issue 2, 2007.
- ISTREFI, K., “The Application of Article 103 of the United Nations Charter in the European Courts: the Quest for Regime Compatibility on Fundamental Rights”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 5 No. 2, 2012.
- KOKKOT, J., & SOBOTTA, C., “The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law- Finding Balance?”, *The European Journal of International Law*, Vol. 23 No. 4, 2012.
- LARIK, J., “Kadi De-Listed – A Cause for Celebration?”, *European Law Blog. News and Comments on EU Law*, 2012.
- MARTENCZUK, B., “The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?”, *European Journal of International Law*, Vol. 10 No. 3, 1999.

- MATUTIS, M., “Las Sanciones del Consejo de Seguridad de la ONU y los Derechos Procesales: Análisis Jurídico de la Sentencia Youseff Nada c. Suiza”, *Agenda Internacional*, Año XVIII No. 29, 2011.
- ORAKHELASHVILI, A., “The Acts of the Security Council: Meaning and Standards of Review”, *Max Planck Yearbook of the United Nations Law*, Vol. XI, 2007.
- PEJIC, J., “The European Court of Human Rights’ Al-Jedda Judgment: The Oversight of International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, Volume 83 Number 883, 2011.
- POZO SERRANO, P., “La Corte Internacional de Justicia y las Competencias del Consejo de Seguridad en el Ámbito del Mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacionales”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 1998.
- REINISCH, A., “Should Judges Second-Guess the UN Security Council?”, *International Organizations Law Review*, 6, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- SANTOS VARA, J., “El Control Judicial de la Ejecución de las Sanciones Antiterroristas del Consejo de Seguridad en la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 15, 2008.
- SCHEININ, M., “Statement by Martin Scheinin Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while countering Terrorism”, *65th Session of the General Assembly, Third Committee*, Item 69 (b,c), Nueva York, 2010, (A/65/258).
- DE SENA, P., & VITUCCI, M., “Critical Review of Jurisprudence: An Occasional Series, The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values”, *The European Journal of International Law*, Vol. 20 No. 1, 2009.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “El Control de Legalidad de las Decisiones del Consejo de Seguridad”, *Agenda Internacional*, Año XVII No. 28, 2010.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y Posibles Soluciones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2012.
- DE WET, E., *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, Portland Oregon, 2004.

