

**EL IMPACTO DE LAS MEDIDAS ANTITERRORISTAS EN EL
ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS**
**Un análisis de la aplicación de las sanciones inteligentes bajo
la óptica de la protección del derecho a la tutela judicial
efectiva**

**THE IMPACT OF ANTITERRORIST MEASURES IN THE FIELD OF HUMAN
RIGHTS**
**An analysis of the application of smart sanctions from the perspective of
protecting the right to effective judicial protection**

Bianca Leticia de Oliveira Tosta*

RESUMEN: El trabajo aborda las sanciones inteligentes aplicadas por el Consejo de Seguridad de la ONU en la lucha contra el terrorismo y tiene como objetivo analizar el impacto de aquellas en el ámbito de los derechos humanos, con énfasis en el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que suscita complejas divergencias, cuyo análisis implica examen de cómo ocurre la articulación entre el Consejo de Seguridad de la ONU y los Estados demandados por éste en la aplicación de las dichas medidas, así como cuáles son los parámetros de vinculación y limitación de estos.

ABSTRACT: *The work addresses the smart sanctions applied by the UN Security Council in the fight against terrorism and aims to analyze the impact of those in the field of human rights, with emphasis on the right to effective judicial protection, which raises complex divergences, whose analysis implies an examination of how the articulation between the UN Security Council and the States demanded by it in the application of these measures takes place, as well as the parameters of linkage and limitation of these.*

PALABRAS CLAVE: terrorismo, sanciones inteligentes, derechos humanos, tutela judicial efectiva.

KEYWORDS: *terrorism, smart sanctions, human rights, effective judicial protection.*

Fecha de recepción: 07/03/2019

Fecha de aceptación: 11/09/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5138>

* Estudiante de Máster en Derecho y Ciencias Jurídico-Internacionales en la Universidad de Lisboa. E-mail: biancatosta@campus.ul.pt

1.- INTRODUCCIÓN

El terrorismo es un fenómeno transnacional que provoca impactos de alcance global, razón por la cual representa uno de los desafíos más complejos a nivel mundial, principalmente en lo que se refiere a las consecuencias desencadenadas en el ámbito de los derechos humanos, de las cuales resulta la necesidad no sólo de reforzar, sino también de repensar las medidas aplicadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al cual incumbe el poder de combatir aquel, lo que exige la aplicación de estrategias de alcance internacional y la articulación entre diferentes esferas normativas y sistémicas.

En ese contexto, se dará relevancia al impacto de las medidas antiterroristas a los derechos individuales de los sospechosos, contra los cuales, en respuesta a las amenazas y al miedo generado por los ataques, se desarrolló la teoría del derecho penal del enemigo, que prevé una situación de excepción y emergencia, de la cual resulta limitación de las garantías procesales y de defensa, lo que puede provocar violaciones de derechos fundamentales.

Así, el cuestionamiento que se pretende desarrollar es en el sentido de considerar si debido a la necesidad de respuesta al terrorismo y bajo el fundamento de proteger los derechos humanos amenazados por este, es posible violar los propios derechos que se pretende defender, lo que será analizado desde el punto de vista de la aplicación de las sanciones inteligentes, lo que implicará, por lo tanto, un examen de la efectividad de estas bajo la óptica humanitaria.

Para desarrollar esta cuestión es necesario primero comprender cuáles son los parámetros de vinculación y limitación de la acción del Consejo de Seguridad de la ONU, así como de los Estados, en la aplicación de las medidas restrictivas. En ese contexto, se analizará si las normas de *Jus cogens*, más específicamente las normas de derechos humanos, pueden representar obstáculo para la aplicación de las sanciones y a base de qué fundamentos eso se produce.

Una vez demostrada la posibilidad de vinculación, se realizará un análisis para identificar cuáles son los derechos humanos impactados por la problemática tratada, en el marco de los cuales se dará énfasis al derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo examen será relacionado con las garantías procesales y de defensa en el marco de la aplicación de las sanciones inteligentes, a fin de averiguar si ha tenido una evolución de las resoluciones del Consejo de Seguridad en esta materia, así como cuáles son las principales divergencias y desafíos suscitados.

2.- LA ACTUACIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL Y EL IMPACTO EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1.- Parámetros de actuación del Consejo de Seguridad y el fundamento normativo de las sanciones inteligentes

Inicialmente es necesario aclarar que las atribuciones del Consejo de Seguridad de la ONU constan en el artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas y tienen como objetivo el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional. Así, el artículo 24, número 2, establece que los poderes específicos concedidos para el cumplimiento de las atribuciones están previstos en los capítulos V, VI, VII y XII de la Carta de las Naciones Unidas, de modo que, con base en el capítulo VII, el Consejo de Seguridad puede adoptar medidas coercitivas con el objetivo de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, entre las cuales se pueden encuadrar las sanciones inteligentes.

Las sanciones inteligentes son medidas restrictivas, de carácter preventivo, aprobadas con el objetivo de combatir el terrorismo internacional mediante la aplicación de restricciones individualizadas, que tienen la finalidad de mejorar la eficacia de las medidas antiterroristas y atenuar los daños causados en la represión del terrorismo, principalmente en el ámbito de los derechos humanos¹, por lo que el Consejo de Seguridad de la ONU, en el ejercicio de sus funciones, ha concentrado su poder sancionador en la aplicación de estas restricciones, cuyas principales modalidades son: congelación de bienes, integración de los nombres de los sospechosos en listas consolidadas y restricciones a la libertad.²

Las medidas restrictivas mencionadas fueron previstas inicialmente por la resolución 1.267 de 1999 del Consejo de Seguridad de la ONU, que determinó la congelación de fondos y otros activos financieros o recursos económicos, el impedimento de entrada y tránsito de los individuos listados (prohibiciones de viajes) y el embargo de armas.

En seguida, fue aprobada la resolución 1.333 de 2000, que reguló la inscripción de los nombres de los sospechosos en listas consolidadas y determinó la necesidad de articulación entre los mecanismos internacionales, regionales y nacionales en la

¹ Aunque en proporciones menores e individualizadas las sanciones inteligentes implican restricciones a los derechos humanos, como el derecho a la propiedad, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho al honor y a la libertad de viajar, así como a los derechos relacionados con las garantías procesales y de defensa, que serán objeto de análisis en profundidad en ese trabajo, por lo que, para que sean consideradas debidas, es necesario que sean aplicadas a la luz de la proporcionalidad, del contrario originarán violaciones de los dichos derechos. En ese sentido: SANTOS VARA, Juan. "El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, 2009, pp. 91-120, p. 109.

² M. CRAVEN, "Humanitarianism and the question for smart sanctions", *European Journal of International Law*, núm. 13, 2002, pp. 43-61, p.44.

determinación y ejecución de las medidas previstas en la resolución 1.267.³

Posteriormente se han desarrollado las resoluciones 1.371 y 1.373 de 2001, con el objetivo de fortalecer la posibilidad de captación de fondos, congelación de bienes y otros activos financieros de personas sospechosas de implicación, directa o indirecta, con actividades terroristas. Para eso, las resoluciones incentivaron los Estados Miembros a firmar convenios y protocolos internacionales sobre el terrorismo y a fortalecer los mecanismos de intercambio internacional en el ámbito de la cooperación policial.

Sin embargo, pese a la relevancia de la actuación del Consejo de Seguridad de la ONU, así como la autonomía y la discrecionalidad de éste, la aplicación de las dichas sanciones depende de los Estados y éstos están obligados a cumplir las decisiones del Consejo, de conformidad con los artículos 25, 41 y 103 de la Carta, que prevén, respectivamente, que los Estados deben ejecutar las decisiones del Consejo de Seguridad, que el Consejo de Seguridad decidirá sobre las medidas que tomará para ejecutar sus decisiones y que, en caso de conflicto, las obligaciones presentes en la Carta deben prevalecer sobre las previstas en otros documentos internacionales.

Ocurre que la Carta no establece límites claros para la actuación del Consejo en lo que se refiere a las medidas aplicadas a la luz del artículo 41, lo que implica una amplia discrecionalidad en la materia, de modo que la única previsión hecha sintéticamente en el artículo 24, número 2, es que no se puede actuar de forma contraria a los objetivos y principios de las Naciones Unidas, entre los cuales está el *estímulo de respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos*, previstos en el artículo 1 del mismo dispositivo.

Así, la cuestión que se suscita consiste en comprender si los Estados están realmente obligados a cumplir las medidas determinadas, incluso cuando éstas infrinjan derechos humanos, lo que implica un análisis sobre los patrones que vinculan la actuación de aquellos, así como del Consejo de Seguridad.

2.2.- Parámetros de vinculación del CS

2.2.1.- *Jus Cogens* y el dominio de los derechos humanos

A la luz de las evoluciones normativas, jurisprudenciales y doctrinarias asistidas, principalmente en el ámbito europeo, es posible considerar sobrepasado el entendimiento que defiende que la importancia de las medidas de lucha contra el terrorismo y la necesidad de resguardar la seguridad y la paz internacionales

³ L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al-Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?", *Revista española de derecho internacional*, núm. 58, 2006, pp. 737-770, pp. 743 y ss.

justificarían la competencia del Consejo de Seguridad para adoptar medidas coercitivas independientemente de la observación de límites a las restricciones de los derechos humanos⁴.

Sin embargo, este entendimiento se fundamenta en el argumento de que la Organización de las Naciones Unidas posee naturaleza de organización internacional y no de Estado, razón por la cual no estaría vinculada directamente a los Tratados de derecho internacional, en el marco de los cuales están previstas las normas de derechos humanos.

En respuesta a este argumento, es necesario considerar al principio que la ONU está vinculada al derecho internacional consuetudinario, lo que, en lo que se refiere a la temática en análisis, ha sido reforzado por la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que admitió expresamente la sujeción de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU a las normas de *Jus cogens*⁵, entre las cuales están las normas de derechos humanos.⁶

Además, la vinculación del Consejo de Seguridad de la ONU a las normas de derechos humanos también se ve reforzada en la medida en que la ONU propaga la protección de dichos derechos en diversos dispositivos de la Carta⁷, así como en documentos adoptados a partir de resoluciones, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, con base en el principio de la buena fe, no se puede admitir que la actuación del Consejo sea contraria a la propia acción o comportamiento, de modo que sería incongruente que la ONU no cumpliera las normas que ella misma se propone proteger.⁸

⁴ Entre los que sustentan esa teoría: G. OOSTHUIZEN "Playing the Devil's Advocate: the United Nations Security Council is unbound by Law", *Leiden Journal of International Law*, núm. 12, 1999, p. 549. Entre los que admiten la vinculación del Consejo de Seguridad a los derechos humanos y, por lo tanto, defienden la posibilidad de restricción justificada por la proporcionalidad, Cfr. L. M., HINOJOSA MARTÍNEZ, "Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al-Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?...?", Cit., p. 750.

⁵ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, de 14 de julio de 1997, IT-94-I, caso *Tadic*.

⁶ Sobre la caracterización de las normas de derechos humanos como normas de *Jus cogens* Cfr. K. PARKER, "Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights", *Hastings International and Comparative Law Review*, núm.2, 1989, pp. 441-442. Sobre la limitación del Consejo de Seguridad de la ONU a las normas de derecho internacional y al *jus cogens* Vid. L. I. GORDILLO PÉREZ, "Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del Consejo de Seguridad de la ONU", *Estudios Constitucionales*, núm. 10, 2012, pp. 201-244, pp. 218-222.

⁷ El deber de promover los derechos humanos consta en los artículos: 1, 2, 3, 13 (núm. 1, letra b), 55, 56, 62 (núm. 2), 68,73, y 76 de la Carta, y también integra diversos documentos que fueron adoptados por la ONU, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

⁸ L. I. GORDILLO PÉREZ, "Hacia una progresiva constitucionalización...", Cit., pp. 214-218.

2.2.2.- Derecho a la tutela judicial efectiva

Aunque la Organización de las Naciones Unidas esté vinculada al cumplimiento de las normas de derechos humanos y propague la protección de éstos en diversos dispositivos⁹, como se ha demostrado, no hay determinación expresa de cuáles son ellos, lo que exige examen interpretativo de los demás documentos internacionales vinculantes, a fin de identificar cuáles son estos derechos y cuáles de ellos son relevantes para la problemática en análisis, entre los cuales se dará énfasis al derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 14 del PIDCP.¹⁰

De esa forma, es necesario inicialmente comprender lo que puede ser entendido como "tutela judicial efectiva", para que sea posible analizar si ésta está siendo cumplida por el Consejo de Seguridad en la aplicación de las sanciones inteligentes y en qué términos se exigirá ese cumplimiento, lo que implica considerar qué garantías debe ofrecer el procedimiento que implementa las medidas restrictivas.

En ese sentido, es posible decir que, aunque el derecho a la tutela judicial efectiva sea autónomo, tiene relación con otros derechos, como el derecho a ser informado, una vez que los sospechosos *no podrán defenderse eficazmente ante un tribunal, ni éste último podrá ejercer adecuadamente su función de control, si no se les ha proporcionado una información precisa y completa de las causas por las que se adoptó el acto.*¹¹

Además, también es posible hablar sobre el derecho de audiencia y el derecho a un recurso efectivo, teniendo en cuenta que no será posible una tutela efectiva si no se garante el contradictorio y la amplia defensa¹², de modo que si alguno de estos o el derecho a ser

⁹ En lo que se refiere a la propagación de la protección de los derechos humanos por la ONU en el ámbito de las medidas antiterroristas, es posible mencionar la resolución 1.452 del Consejo de Seguridad de la ONU, que representa un marco significativo desde el punto de vista humanitario, una vez que determinó límites para congelación, excluyendo de éste los valores cuya destinación sería para alimentos, medicamentos, alquiler y gastos procesales. La resolución 1.624, a su vez, planteó una peculiaridad en este contexto al determinar expresamente por primera vez que deberían respetarse las normas del Derecho internacional de los derechos humanos en la aplicación de las medidas restrictivas ejecutadas. En refuerzo a esta resolución se aprueba posteriormente la resolución 1.989, que establece que la lucha contra el terrorismo debe respetar plenamente el Derecho Internacional, teniendo especialmente en cuenta los derechos humanos.

¹⁰ En el ámbito europeo el derecho a la tutela judicial efectiva está previsto en el artículo 6 del CEDH y en los artículos 47 y 48 de la CDFUE.

¹¹ L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ; C. PÉREZ BERNÁRDEZ, "El derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho Europeo y las sanciones contra Al Qaeda", *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo: en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, vol 2. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. pp. 1569-1603, p. 1.571.

¹² En ese contexto es necesario establecer la diferencia entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un recurso efectivo, previsto en el artículo 2, número 3, letra a del PIDCP y en el artículo 13 del CEDH, lo cual se refiere al acceso a los

informado no se cumplen, podrá haber una violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, es posible admitir, en circunstancias excepcionales, que el Consejo de Seguridad establezca sanciones contra individuos a través de un procedimiento restrictivo del derecho previsto en el artículo 14 del PIDCP, de acuerdo con los poderes que la Carta le otorga, si considera que ello es imprescindible para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales¹³, lo que, sin embargo, debe estar de acuerdo con los requisitos exigidos por el principio de proporcionalidad, de lo contrario, en lugar de las restricciones podrá ocurrir violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva.

En ese contexto, la Corte Internacional de Justicia, el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconocen la posibilidad de limitaciones de los derechos de defensa por razones de seguridad, interés general y eficacia de las sanciones, lo que puede impactar por ejemplo la forma cómo se realizarán las audiencias, la divulgación de las pruebas de cargo y las modalidades de acceder a los autos, solo siendo admisible eso si estrictamente necesario y al mismo tiempo si se establecen medidas compensatorias de las garantías del artículo 14 del PIDCP.¹⁴

Sin embargo, es posible considerar que, aunque haya previsión expresa de la protección del derecho a la tutela judicial efectiva y sea reconocida la necesidad de proporcionalidad en las restricciones promovidas en esto, se instauran divergencias en lo que se refiere a la protección de este derecho en el marco de las sanciones inteligentes.

3.- ANÁLISIS DE LA "EVOLUCIÓN" NORMATIVA DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU

3.1.- Los procedimientos de aplicación y exclusión de las sanciones

En este capítulo se abordarán algunas resoluciones que disponen sobre las sanciones inteligentes, a fin de averiguar si es posible hablar de una "evolución" normativa de aquellas, a la luz de las garantías procesales y de defensa y de la protección de los derechos humanos, con el objetivo de analizar si el Consejo de Seguridad ha adoptado posición compatible con la protección del

Tribunales, a través de una instancia, que puede tener naturaleza administrativa o jurisdiccional, ante la que se pueda reclamar de manera efectiva cuando se hayan lesionado derechos fundamentales. L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ; C. PÉREZ BERNÁRDEZ, "El derecho a la tutela judicial efectiva" ..., Cit., p. 1673 y ss.

¹³ HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. "Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al-Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?" ..., Cit., p. 761.

¹⁴ A. TINOCO PASTRANA, "La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal", *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 36, 2016, pp. 439-463.

derecho a la tutela judicial efectiva en la determinación de las medidas, así como si éstas son eficaces.

Para eso, es necesario analizar los procedimientos de aplicación y exclusión de las sanciones, en el ámbito de los cuales se observará que existen incoherencias, como la ausencia del debido proceso legal anterior a la lista y la ineficacia de los mecanismos de defensa posteriores a ella, lo que implica violaciones de los derechos humanos de las personas visadas.¹⁵

En lo que se refiere al procedimiento de aplicación de las sanciones inteligentes, primeramente, es necesario considerar que el Consejo de Seguridad no establece padrones de cumplimiento que deben ser observados por los Estados, lo que implica discrecionalidad en el cumplimiento de aquellas.

Sin embargo, como se ha demostrado, la aplicación de las medidas está vinculada al cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, de lo cual se extrae que el procedimiento debe abarcar los derechos a ser informado de la inscripción en los listados, a tener acceso a los elementos que motivaron la inclusión en la lista, al debido proceso legal, al contradictorio y al recurso efectivo ante un órgano independiente.

En lo que se refiere al derecho a ser notificado de la inscripción, es necesario considerar que las primeras resoluciones que se destinaron a reglamentar las medidas restrictivas no preveían la posibilidad de notificación, ni previa, ni tampoco posterior, de modo que el sospechoso sólo venía a saber del bloqueo de sus bienes después de intentar realizar algún procedimiento.

Actualmente existe la posibilidad de notificación, la cual, sin embargo, ocurre sólo después de la inclusión del nombre en la Lista Consolidada, lo que limita los derechos al contradictorio y a la amplia defensa de los sospechosos, que quedan impedidos de presentar impugnación a la sanción antes de que ella empiece surtir efectos.

En lo que se refiere a los motivos que fundamentaron la aplicación de las medidas restrictivas, es posible considerar la Resolución 1.822 como marco para el reconocimiento de la necesidad de claridad en la información sobre las sanciones, teniendo en cuenta que estableció la obligatoriedad de la inscripción ser acompañada de una descripción detallada de los fundamentos que integran el nombre en la lista.

Sin embargo, aún prevalece la regla de la confidencialidad de la información de los procedimientos de inclusión y retirada, lo que hace que los procedimientos continúen siendo subjetivos y arbitrarios, una vez que *ningún mecanismo garantiza que el interesado disponga de suficientes elementos de información para gozar de una defensa*

¹⁵ F. VACAS FERNÁNDEZ, *El terrorismo como crimen internacional: definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Tirant Blanch, Valencia, 2011, pp. 120.

*eficaz (ni siquiera que conozca la identidad del Estado que solicitó su inclusión en la lista del Comité de Sanciones).*¹⁶

En este contexto, conviene aclarar que la dificultad de acceso a las informaciones no ocurre solamente en la relación entre el individuo afectado y los mecanismos responsables por hacerlo, sino también a nivel institucional, en la medida en que el propio órgano administrativo, *Ombudsman*, que analiza las solicitudes de exclusión de las sanciones, tiene dificultades para obtener información suficiente ante los Estados¹⁷, que disponen de amplia discrecionalidad en esta materia y pueden decidir qué información se divulgará, inexistiendo medios legales de obligarlos a suministrar más informaciones.

Sin embargo, la notificación de integración en la lista y la información de los fundamentos que la motivaron, son esenciales para promover la protección del derecho a la tutela judicial efectiva y para promover la conducción adecuada del caso concreto, de modo que el rechazo en el suministro de los datos implica perjuicios a la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, así como a la credibilidad y efectividad del mecanismo de la ONU.

En lo que se refiere al derecho al debido proceso legal, el Consejo de Seguridad intenta esquivarse de su observancia, en la medida en que niega el carácter criminal de las sanciones inteligentes¹⁸, sin embargo, los resultados de las medidas no convergen con ese entendimiento, una vez que los efectos restrictivos de aquellas se han extendido en el tiempo y limitado severamente el ejercicio de las garantías procesales de los sospechosos.

Así, es posible considerar que, *en tales circunstancias, la actuación del Consejo de Seguridad se torna claramente ilegítima, e incluso, probablemente ilegal, ya que el paso del tiempo puede convertir una medida cautelar en una sanción penal, con lo que existirían sólidos argumentos para hablar de la violación de una norma de Jus cogens.*¹⁹

En ese contexto se instala uno de los más graves y complejos problemas en el ámbito de las medidas estudiadas, que consiste en la

¹⁶ L. I. GORDILLO PÉREZ, "Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del Consejo de Seguridad de la ONU"..., Cit., p. 225.

¹⁷ En ese sentido conviene citar un informe enviado al Consejo de Seguridad, en el que el *Ombudsman* relata las limitaciones para su actuación, entre las cuales destaca la dificultad de obtención de las informaciones. UN SECURITY COUNCIL. *Fourth report of the Ombudsperson to the Security Council*, de 30 de julio de 2012. Disponible en: <https://www.un.org/sc/suborg/en/ombudsperson/reports>. Acceso 14.11.2018.

¹⁸ M. L. DUARTE, "O Tribunal de Justiça da União Europeia e o controlo indireto das decisões do Conselho de Segurança. Sobre critérios relevantes de conciliação prática entre a luta contra o terrorismo internacional e a proteção dos direitos fundamentais", in *THEMIS: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano 13, núm. 24/25, 2013, pp. 49-76, p. 57.

¹⁹ L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?"..., Cit., p. 761.

inexistencia de un plazo límite para la duración de las sanciones, sin embargo, hay que considerar que las medidas previstas en el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas no se han pensado con el objetivo de reforzar los poderes y la discrecionalidad del Consejo de Seguridad, sino de servir como instrumentos para el logro de objetivos, lo que implica considerar que, si los motivos que las desencadenan desaparecen o si el objetivo es alcanzado, las medidas deben ser revocadas porque han perdido su base legal.

Sin embargo, las sanciones todavía tienen carácter temporal indeterminado, de modo que el procedimiento de exclusión puede tardar años, extendiendo en el tiempo los efectos restrictivos²⁰, lo que implica grave inadecuación al sistema de protección de las libertades fundamentales y derechos humanos de los sospechosos.

En ese sentido converge el Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas que trata de la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo²¹ y que prevé que el carácter temporal indeterminado de las sanciones implica impactos que amenazan sobrepasar los límites de las finalidades establecidas por las Naciones Unidas, mostrándose, por lo tanto, desproporcional, lo que implica graves violaciones de los derechos humanos, lo que corrobora con el entendimiento manifiesto en el *Watson Report*, según el cual la naturaleza temporal abierta de las sanciones de las Naciones Unidas ha generado serios efectos punitivos sobre los acusados.²²

Así, es posible considerar que *esa prolongación en el tiempo de las sanciones podrá implicar en prejuicios a la autoridad del Consejo de Seguridad, y de ello pueden derivarse grietas importantes para la solidez del cuestionado sistema de seguridad colectiva de Naciones*

²⁰ En ese contexto, conviene citar el caso *Nabil Sayadi y Patricia Vinck*, en el que estos fueron insertados en la lista de sospechosos terroristas, por lo que recurrieron al Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, que en 2005 condenó a Bélgica a someter la solicitud al Comité de Sanciones, el cual declaró haber cumplido inmediatamente la decisión, enviando la solicitud en el mismo año, sin embargo, los nombres fueron mantenidos por otros cuatro años después de la condenación, retirándolos sólo en 2009. En total, los nombres quedaron inscritos seis años después de la primera inscripción, lo que acarreó diversos prejuicios a los acusados, como la dimisión de empleo, la imposibilidad de recibir ayudas de desempleo, imposibilidad de aceptar nuevas propuestas de empleo debido a la imposibilidad de viajar, entre otras. Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, *Nabil Sayadi y Patricia Vinck v. Estado belga*, proc. no. 1.472 / 2006, la sentencia de 11 de febrero de 2005.

²¹ UN. *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, A/HRC/8/13, 2008. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=14160. Acceso 10.11.2018.

²² WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES. *Report Due Process and targeted sanctions: an update of the "Watson Report"*, diciembre de 2012. Disponible en: https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/43690/WatsonReportUpdate12_12.pdf?sequence=1. Acceso 18.11.2018.

*Unidas*²³, por lo que es necesario que el carácter atemporal de las sanciones sea repensado y cambiado, bajo la pena de implicar graves violaciones de los derechos humanos y la pérdida de la credibilidad de la actuación del Consejo de Seguridad en esa materia.

3.2.- Las garantías procesales y de defensa

En lo que se refiere a las garantías procesales y de defensa en el marco de la aplicación de las sanciones inteligentes, es posible considerar que anteriormente eran aún más limitadas, una vez que las medidas restrictivas aplicadas sólo podrían ser impugnadas por medio de protección diplomática, con la representación del individuo por su Estado, el cual muchas veces era el responsable por la indicación para la lista, lo que dotaba el procedimiento de discrecionalidad, implicando en la violación del principio del debido proceso legal.²⁴

En este contexto fue necesaria la elaboración de mecanismos de defensa, sobre todo después de la respuesta de los Tribunales en la aplicación de las sanciones inteligentes, con énfasis para el Tribunal de Justicia de La Unión Europea²⁵.

Así, se ha formulado la resolución 1.730 de 2006, que estableció un procedimiento para la contestación de las sanciones aplicadas por el Consejo de Seguridad, por medio de la figura del *focal point* al cual incumbe la misión de recibir y analizar las solicitudes de recurso contra las medidas restrictivas, como por ejemplo los pedidos de supresión de los nombres de los individuos y entidades afectadas por las listas, lo que tuvo relevancia en el marco de las garantías procesales y de defensa, una vez que hasta entonces no se permitía a los visados por las sanciones entrar en contacto con las Naciones Unidas en el marco del procedimiento existente.

Sin embargo, no es posible considerar dicha resolución como una gran evolución bajo la perspectiva de las garantías procesales y recursales en el marco de las medidas aplicadas por el Consejo, teniendo en cuenta que la función del *focal point* es muy limitada y

²³ L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?"..., Cit. 761.

²⁴ F. VACAS FERNÁNDEZ, *El terrorismo como crimen internacional: definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas...*, Cit., p. 121.

²⁵ En este contexto es necesario reconocer que la Unión Europea, a través del control jurisdiccional indirecto, del diálogo jurisprudencial y de su externalización de las políticas internas en el ámbito de los derechos fundamentales, ha influido en la evolución normativa de las resoluciones del Consejo de Seguridad y en la reforma del sistema de la ONU de aplicación de las sanciones inteligentes, contribuido así para un movimiento de reconocimiento y refuerzo de la protección de los derechos humanos. Con eso, viene el desafío de conciliar el sistema de derecho internacional y el sistema regional europeo, así como de mantener la coherencia entre las políticas y acciones de estos. En ese sentido: L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ; C. PÉREZ BERNÁNDEZ, "El derecho a la tutela judicial efectiva"..., Cit., pp. 1580-1581.

está restringida al recibimiento de las solicitudes de recurso y a su transferencia a las comisiones de sanciones, de modo que no tiene el poder de decidir sobre la retirada de los nombres, siendo sus recomendaciones meramente facultativas.²⁶

A raíz de estas enmiendas se aprueba la resolución 1.904 de 2009, que estableció la figura del *office of the Ombudsperson*, al cual se le encargó la función de análisis de las solicitudes de supresión de las listas. En ese contexto, es necesario aclarar que el *focal point* sigue siendo competente para conocer las solicitudes referentes a los demás sistemas de sanciones.

Sin embargo, la función del *office of the Ombudsperson* encuentra limitaciones materiales extensas, teniendo en cuenta que, en caso de aplicación equivocada de sanciones, por la similitud de los nombres, por ejemplo, aunque reconocido el error, continúan sin posibilidad de exclusión de las listas, ya que ese caso no contempla las competencias previstas para el proveedor. Además, las recomendaciones de este mecanismo también tienen carácter meramente facultativo.

Así, es posible considerar que aunque estos mecanismos tengan importancia para la evolución de las resoluciones sobre la materia, tienen los poderes limitados, tanto para tener acceso a todos los tipos de información necesaria para el caso, como para decidir de forma definitiva sobre la permanencia o exclusión de los nombres, de modo que las recomendaciones formuladas por ellos no vinculan el Comité de Sanciones, el cual puede decidir de manera contraria a aquellas, por motivos de naturaleza confidencial, lo que no puede ser objeto de impugnación, lo que no permite que estos instrumentos sean suficientes para recurrir de las decisiones del Consejo, es decir que no se garantiza una tutela judicial efectiva a los individuos afectados por las sanciones, en la medida en que las intervenciones de aquellos son regidas por un procedimiento de naturaleza política y recorte intergubernamental.²⁷

En ese contexto, sin embargo, es posible hablar sobre la resolución 2.083, que pide a los Estados miembros y a las organizaciones que orienten las personas o entidades, que estén considerando la posibilidad de impugnación o que ya hayan iniciado el procedimiento para impugnar su decisión en la lista ante los tribunales nacionales o regionales, a presentar las solicitudes de exclusión de la lista relativa a las sanciones a la oficina del proveedor, lo que, teniendo en cuenta el carácter recomendatorio y no obligatorio, no resuelve el problema de la descentralización del mecanismo de apreciación de los recursos.

²⁶ En ese sentido: L. I. GORDILLO PÉREZ, "Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del Consejo de Seguridad de la ONU"... , Cit., p. 224.

²⁷ J. SANTOS VARA, "El control judicial...", Cit., p. 106.

Por lo tanto, es posible concluir que, aunque se han introducido mejoras desde el punto de vista de las garantías procesales y de defensa de los visados, sigue sin existir el derecho a recurrir ante un órgano independiente e imparcial, de modo que el procedimiento de supresión de las listas sigue contando con la discrecionalidad y subjetividad del Comité de Sanciones.

Así, es posible concluir, a la luz del entendimiento del Tribunal General de la UE, en el caso *Kadi*²⁸, que “*la creación del focal point y del Ombudsman no puede asimilarse al establecimiento de un recurso jurisdiccional efectivo contra las decisiones del Comité de Sanciones*”, de modo que la ausencia de un recurso efectivo refuerza la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Así, es posible concluir que para que sea posible hablar de un recurso efectivo, es necesaria la figura de un mecanismo cuyas

²⁸ Kadi, residente en Arabia Saudita, y Al Barakaat International Foundation, con sede en Suecia, tuvieron sus nombres incluidos en las listas consolidadas, por lo que impugnaron ante el Tribunal General la legalidad de los actos aplicables, bajo la alegación de violación del derecho a la defensa, del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la propiedad. En primero momento el Juez del Tribunal General se declaró competente para “fiscalizar de forma incidental la legalidad de las resoluciones determinadas por el Consejo de Seguridad, a la luz del *Jus cogens*, entendido como un orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho internacional incluyendo las instancias de las Naciones Unidas, que no es posible derogar”. Sin embargo, consideró que en el caso concreto dichas normas no habían sido violadas, una vez que las sanciones no tenían carácter penal, lo que dispensaría la escucha de los acusados, es decir que el derecho a la tutela judicial efectiva no había sido violado, por lo que no defirió los recursos, alegando que “las decisiones contenidas en la resolución del Consejo de Seguridad deben prevalecer sobre cualquier otra obligación del derecho interno o del Derecho internacional de base convencional, incluido el CEDH.” Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, Yassin Abdullah Kadi v. Consejo de la Unión Europea y otros, asunto T-315/01, de 21 de septiembre de 2005. Sin embargo, de manera divergente del Tribunal General, el Tribunal de Justicia de la UE dio razón a los demandantes y decretó la anulación de la sentencia anterior, considerando que el juez de la UE era incompetente para supervisar la legalidad de las resoluciones, teniendo competencia sólo para supervisar la legalidad del acto comunitario que las aplica. Así, consideró que había tenido lugar la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, una vez que el sospechoso no había podido defenderse satisfactoriamente ante la jurisdicción europea de las pruebas presentadas contra él por la falta de información sobre ellas mismas. Además, consideró que “las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden violar los principios constitucionales del Tratado CE, entre los que figura el principio según el cual todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales, constituyendo este respeto un requisito de su legalidad”, por lo que asumió un control indirecto o incidental de las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. V. Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, Yassin Abdullah Kadi v. Consejo de la Unión Europea y otros, asunto T 85/09, de 30 de septiembre de 2010. Así, el caso *Kadi* representó un marco para el Derecho Internacional Público en el ámbito de la aplicación de las sanciones inteligentes y de la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, aborda críticas que cuestionan si es posible hablar de una fragmentación de estas órdenes o si sería posible algún diálogo y cooperación entre ellas para reforzar la eficacia de la protección de los derechos fundamentales.

decisiones y jurisdicción tengan carácter obligatorio y no solo facultativo, lo que no se pasa en el sistema actual. De esta forma, se realizará análisis acerca de las consecuencias de la ausencia de este mecanismo, a fin de que sean elaboradas propuestas de actuación compatibles con los problemas identificados.

3.3.- La inexistencia de un órgano jurisdiccional a nivel de las Naciones Unidas para juzgar los recursos contra las sanciones inteligentes

Como se ha demostrado, en los procedimientos de aplicación y exclusión de las sanciones inteligentes, no se respetan debidamente las garantías de defensa de los sospechosos, ya que estos no tienen derecho de acceso a un Tribunal a nivel de las Naciones Unidas.²⁹ Sin embargo, no se puede admitir violaciones de los derechos humanos en razón de eso, lo que exige una articulación entre las esferas nacionales, regionales e internacionales en la aplicación de las medidas de restricción, a fin de que sea garantizado, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Esa articulación es objeto de desafíos, teniendo en cuenta la vinculación de los Estados al cumplimiento de las sanciones³⁰, como se ha demostrado, sin embargo, aquella podrá ser rechazada cuando exista la posibilidad de violar normas de derechos humanos, lo que exige análisis sobre cuáles son los criterios a aplicar en ese contexto, entre los cuales será dada relevancia al principio de proporcionalidad.

En ese contexto es posible considerar que además de la posibilidad de interponer recurso contra las Naciones Unidas, en la figura del Consejo de Seguridad y del Comité de sanciones, más específicamente de sus mecanismos (como el punto focal y el gabinete del proveedor), dotados de discrecionalidad como ya se ha demostrado, también podrá ser presentado recurso a una jurisdicción nacional o regional, siendo suficiente que la aplicación de la medida restrictiva ha violado los derechos a los que tanto el Consejo, como los Estados miembros y las comunidades regionales (como la UE) están vinculados, lo que implicará un control jurisdiccional indirecto, por vía incidental por los Tribunales de los Estados de las decisiones del Consejo de Seguridad, a fin de garantizar la protección del

²⁹ M. L. DUARTE, "O Tribunal de Justiça da União Europeia...", *Cit.*, p. 55.

³⁰ En este contexto cabe mencionar la jurisprudencia del TEDH en el caso *Nada*, en el que el sospechoso tuvo su libertad restringida por el gobierno de Suiza en la aplicación de las sanciones inteligentes, por lo que se presentó la solicitud de supresión de la lista ante la Corte Federal, que consideró que el artículo 103 de la ONU debe primar sobre cualquier otra obligación. El entendimiento, sin embargo, fue rechazado por la sentencia del TEDH, que consideró que el gobierno suizo no podía utilizar la Carta para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales. En lo que se refiere a la protección de los derechos humanos, el TEDH concluyó que hubo violación del derecho a la vida privada y familiar y del derecho a un recurso efectivo, previstos en el CEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Nada v. Suiza*, procedimiento n.º 10593/08, de 12 de septiembre de 2012.

derecho a la tutela judicial efectiva, lo que, sin embargo, implica analizar de qué manera se llevará a cabo ese control.

Sin embargo, a la luz de la opinión del Abogado General, Poiares Maduro, en el caso Kadi, es posible concluir que *“si en el ámbito de las sanciones inteligentes el derecho a la tutela judicial efectiva estuviera garantizado por medio de un tribunal independiente, la Comunidad podría estar eximida de la obligación de garantizar el control judicial de las medidas de ejecución que se aplican en el marco del ordenamiento comunitario.”*

De esta forma, es posible reforzar el entendimiento que considera la necesidad de creación de un mecanismo vinculante a nivel de las Naciones Unidas para juzgamiento de los recursos. Mientras eso no se hace, es necesario analizar cómo se opera la aplicación de las medidas en los Tribunales, así como de qué manera se formaliza la articulación entre éstos y el sistema internacional de determinación de sanciones, con el fin de analizar la existencia de cooperación entre aquellos y la coherencia entre las medidas aplicadas por ellos.

4.- LA ARTICULACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES INTELIGENTES Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

4.1.- El control jurisdiccional indirecto, por vía incidental, de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU

La ausencia de un mecanismo jurisdiccional a nivel de las Naciones Unidas para examinar las solicitudes de recurso contra las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el ámbito de las sanciones inteligentes y también para declarar la nulidad de éstas, no puede hacer con que la actuación del Consejo en la aplicación de esas medidas sea insustituible de control, lo que justifica la posibilidad de un control jurisdiccional indirecto, por vía incidental, que puede ser accionado por los interesados ante los Tribunales, nacionales, regionales e internacionales.

Así, el examen que se propone realizar en ese capítulo se refiere a la articulación entre el Consejo de Seguridad de la ONU y dichos Tribunales en el contexto objeto de análisis, en el cual tiene relevancia la actuación de la Corte Internacional de Justicia, a la cual puede ser atribuida competencia para cuestionar la validez de las resoluciones del Consejo de Seguridad, lo que puede implicar en la declaración de contrariedad de la medida de éste con la Carta y con las normas de *Jus cogens*, de la cual podrá resultar la no aplicación de las resoluciones, lo que, sin embargo, abarca complejidades.

En este sentido, es posible considerar que, aunque la Carta no prevea expresamente la competencia de la Corte Internacional de Justicia para controlar la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad, así como no exista ninguna jurisprudencia en la que la

Corte lo haya realizado efectivamente, ya se ha manifestado sobre la materia y asumido la competencia para eso, siendo posible identificar algunos dictámenes en ese sentido, tanto en el ámbito consultivo, como en el ámbito contencioso.³¹

En lo que se refiere al control incidental indirecto de los Tribunales Nacionales o Regionales, más específicamente los europeos, es necesario tener en cuenta la autonomía de estos y los límites de la atribución de competencia en ese contexto, lo que implica analizar si es lícito a aquellos asumir la responsabilidad por el control jurisdiccional de las medidas restrictivas, así como de qué manera debe ocurrir ese control.

En este sentido, es posible afirmar que la autonomía de los jueces europeos no comporta una fiscalización jurisdiccional integral, o sea, aquellos no tienen competencia para fiscalizar la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad, sino sólo para evaluar la legalidad del acto europeo que aplica dichas sanciones³², es decir, el objeto del control es el acto que aplica un acuerdo internacional, que debe realizarse sobre la base de la adecuación formal y material, de la coherencia interna y de la proporcionalidad, así como a la luz las normas superiores del Derecho internacional incluidas en el *jus cogens*.³³

En ese sentido, en lo que se refiere a las medidas restrictivas aplicadas por la Unión Europea en el marco de las sanciones inteligentes, es necesario considerar que además de respetar el derecho internacional/ derechos humanos, el juez comunitario, debe respetar el propio derecho de la UE y los derechos fundamentales que consagra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en las Constituciones de los Estados miembros, de modo que el respeto de los derechos humanos constituye un requisito de legalidad de los actos comunitarios y esto implica que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con estos derechos.

Así, teniendo en cuenta que la Unión Europea está vinculada a textos normativos distintos y que muchas veces se oponen, es necesario considerar cómo debe resolverse un eventual conflicto internormativo que comprende por un lado el deber de cumplir las determinaciones y ejecutar los actos del Consejo de Seguridad y, por otro, además de una obligación interna de garantizar la seguridad,

³¹ J. A. FRANCO VALDEZ, "Control de legalidad de los actos del Consejo de Seguridad: ¿existe una vía jurisdiccional?", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 29, 2014, pp. 117-143, p. 121.

³² E. LÓPEZ-JACOISTE, "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales: algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi", p. 809. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/32.pdf>

³³ R. MOURÃO, Rodrigo. "As medidas restritivas aplicadas pela União Europeia no combate ao terrorismo", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, nº. 4, 2015, pp. 1.492- 1.591.

que abarca la represión y prevención de la financiación de grupos terroristas, la obligación de garantizar la protección de los derechos fundamentales, lo que implica considerar cuáles son los criterios para determinar la prevalencia y de qué manera se articulan en el ámbito europeo.

En ese sentido es posible considerar los criterios de prevalencia deben orientarse por el principio de proporcionalidad y que debe ser mantenida la coherencia de los mecanismos de la Unión Europea en esa materia, a fin de garantizar una fundamentación racional y objetiva de las decisiones. Además, para que la actuación de la UE sea efectiva es necesario reforzar la cooperación entre los sistemas nacionales, regionales e internacionales, a fin de garantizar una mayor protección de los derechos fundamentales.

4.2.- La competencia entre los sistemas y la aplicación del método Solange

Como se ha demostrado, la problemática de la aplicación de sanciones implica la interacción entre los sistemas internacionales, regionales y nacionales, lo que exige cooperación entre éstos para una mayor protección de los derechos humanos.

En este sentido, hay que considerar la posibilidad de aplicación del método del Solange, que tuvo su origen en una decisión del Tribunal Constitucional alemán en el caso *Internationale Handelsgesellschaft*, en el que se negó aceptar la supremacía absoluta del Derecho de la Unión Europea sobre el derecho constitucional alemán, hasta que la Unión Europea no garantizase una protección equiparada o mayor a los derechos fundamentales que la ofrecida por el Derecho constitucional alemán.³⁴

Este método se aplicó en otras jurisprudencias en el ámbito europeo, entre las que figura el caso *Bosphorus*³⁵, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que una eventual violación del CEDH podría justificarse siempre que la UE defendiera por sí misma los derechos fundamentales de una forma al menos equivalente a la garantizada por el CEDH, lo que se reconoció en el caso analizado.

³⁴ Tribunal Constitucional Alemán caso *Solange I*, proceso BVerfGE 37, 271, de 29 de mayo de 1974.

³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bosphorus Airways v. Irlanda* proceso n.º 45036/98, de 30 de junio de 2005. En relación a la doctrina Bosphorus, Vid. F. JIMÉNEZ GARCIA, "Tutela judicial efectiva, pilares intergubernamentales de la Unión Europea y Naciones Unidas o viceversa. El periplo comunitario marcado por los asuntos Yusuf/Kadi, Ayadi/Hassan, Modjahedines del pueblo de Irán y Segi/gestoras", en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2009, pp. 411-464, pp. 426 y 427.

Este enfoque tuvo importancia específica en el marco de la aplicación de las sanciones inteligentes en el ámbito europeo³⁶, sobre todo en el caso *Kadi*, en que se consagró el entendimiento de que mientras las Naciones Unidas no determinan un mecanismo de examen judicial independiente que garanta la conformidad de las decisiones del Consejo de Seguridad con los derechos humanos, los Tribunales de la UE podrán supervisar las medidas de aplicación de dichas decisiones adoptadas por las instituciones europeas a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en su ordenamiento jurídico interno.

Así, teniendo en cuenta las divergencias presentadas en el desarrollo de este trabajo, se refuerza la necesidad de aplicar dicho método, y, además, la necesidad que ese sea comprendido en dos niveles diferentes: procesal y sustantivo.

El punto de vista procesal consiste en el análisis de los mecanismos procesales de defensa de los derechos fundamentales, que tendrían que estar disponibles en el ordenamiento jurídico internacional, en condiciones superiores a las establecidas en el plano interno. El punto de vista sustantivo, a su vez, consiste en análisis de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales disponibles en un determinado sistema jurídico, los cuales deberían considerarse suficientes.

Así, es posible considerar que, aunque los mecanismos procesales de protección de derechos fundamentales disponibles en un determinado sistema jurídico se consideren suficientes, otro Tribunal puede reclamarse competente por considerar que, en el plano sustantivo, el nivel de protección de determinados derechos fundamentales no es equivalente.

Así, en el ámbito de la problemática en análisis, es posible concluir que los mecanismos de las Naciones Unidas no garantizan la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, como se ha demostrado, por lo tanto, como forma de amenizar los perjuicios que pueden resultar del sistema actual de aplicación de las sanciones y de la protección procesal y recursal insuficiente de este, debe aplicarse el método mencionado, ya que, a partir de él, es posible aplicar las normas internas a fin de garantizar mayor respeto a los derechos fundamentales, y, consecuentemente, mayor protección de las garantías de defensa.

4.3.- Los conflictos internormativos suscitados en la aplicación de las sanciones inteligentes bajo la óptica de la proporcionalidad

En la aplicación de las sanciones inteligentes, en razón de la interacción normativa entre diferentes ordenamientos, es posible la

³⁶ J. SANTOS VARA, "El control judicial...", *Cit.*, p. 103.

incidencia de conflictos internormativos, que tienden a contraponer el derecho a la seguridad y derechos individuales, de los cuales ha resultado tendencia, en razón del refuerzo de las medidas antiterroristas, de prevalencia del primero en detrimento de los segundos, lo que no siempre se hace de conformidad con el principio de proporcionalidad.

En este sentido es necesario considerar que no existen reglas claras para solucionar dichos conflictos³⁷, por el contrario, teniendo en cuenta que la doctrina y las autoridades judiciales han sostenido posiciones divergentes relacionadas con esta cuestión, por lo que es necesario que se establezcan criterios objetivos, a fin de orientar la actuación jurisdiccional en ese contexto, para garantizar una protección más efectiva de los derechos fundamentales.

En lo que se refiere al principio de proporcionalidad, es posible admitir la composición de tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La adecuación consiste en un examen absoluto, que busca establecer relación fáctica entre el medio y el fin, de modo que el primero debe ser apto para la consecución del segundo.

La necesidad presupone un examen esencialmente comparativo, que consiste en elegir, entre dos medios adecuados para promover el resultado, aquel que sea menos nocivo y que tenga mayor efectividad, por lo tanto, el medio es necesario cuando no existe otro igualmente eficaz y capaz de generar limitación menos intensa al derecho fundamental.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, a su vez, representa un criterio formal y de control, que realiza análisis de la naturaleza de los principios frente a las posibilidades jurídicas existentes, permitiendo establecer un procedimiento comparativo entre las ventajas de la realización de un principio en detrimento de la limitación de otro principio, a partir del cual se determina la prevalencia.³⁸

Así, aplicando este principio a la problemática específica de las sanciones inteligentes, es posible extraer el subprincipio de la adecuación del artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, que prevé la posibilidad de aplicar las medidas restrictivas (medio) para promover los objetivos de seguridad y paz internacionales (fin), que figuran en el artículo 24, 2 de la Carta.

En cuanto al principio de la necesidad, es posible considerar que la propia naturaleza de las sanciones, que son selectivas y limitadas, conduce a mecanismos que importan menores daños posible y

³⁷ Aunque el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas represente un esfuerzo por establecer un parámetro para resolver los conflictos normativos que pueden surgir en ese contexto, como ya se ha demostrado, aquel puede ser rechazado cuando se trate de normas de derechos humanos, razón por la cual no es posible que se extraigan criterios objetivos de resolución de los conflictos.

³⁸ L. CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires Ed., 2009, p. 165.

resultados más efectivos. En este sentido se convierte el punto 6 de los principios básicos sobre el uso de las sanciones del Consejo³⁹, que prevé que las sanciones deben impactar de la manera más efectiva posible lo que desea alcanzar, así como reducir al máximo posible efectos humanitarios adversos o consecuencias no intencionales para personas no afectadas.

Por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto puede extraerse de la posibilidad de flexibilidad de las medidas restrictivas, que no deben aplicarse de manera genérica y absoluta, teniendo en cuenta las circunstancias y necesidades del caso concreto.⁴⁰

En ese contexto, es posible hablar sobre el caso *Yusuf y Al Barakaat*⁴¹, en el cual éstos tuvieron los bienes congelados y los nombres integrados en listas consolidadas, por lo que recurrieron al Tribunal de Justicia de la Unión Europea solicitando la anulación de las medidas adoptadas, lo cual, sin embargo, consideró que las medidas eran "conformes al principio de la proporcionalidad, que exige que las sanciones no superen los límites de lo que es apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa comunitaria que las instaure."

La argumentación, sin embargo, a pesar de abarcar los subprincipios de la adecuación y de la necesidad, no extrae juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, de la ponderación propiamente dicha, no presentando las razones de prevalencia de un principio (seguridad pública), sobre otros (derecho a la propiedad, derecho a la libertad, derecho a la tutela judicial efectiva).

Sin embargo, a partir de esta y de los demás análisis jurisprudenciales realizados en el desarrollo del trabajo, es posible concluir que los Tribunales han mencionado el principio de la proporcionalidad, sin embargo, no fundamentan bien las causas de invocación y no hablan debidamente sobre los subprincipios cubiertos por aquél, siendo, por lo tanto, el principio de la proporcionalidad, en general, usado de forma genérica y vacía.

Así, para que las decisiones sean más justas y proporcionadas, es necesario que el principio de proporcionalidad se aplique de forma expresa, con mención de todos sus elementos, a fin de establecer parámetros más objetivos y racionales de motivación de las decisiones, que deben contener razones concretas de la prevalencia de determinado principio sobre el otro, teniendo en cuenta las circunstancias de los casos concretos, de modo a exigir una carga argumentativa obligatoria al legislador y al juzgador para demostrar

³⁹ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Basic Principles on the Use of Restrictive Measures (Sanctions)*, de 07 de junio de 2004. Disponible en: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2010198%202004%20REV%201>. Acceso 05.12.2018.

⁴⁰ R. MOURÃO, "As medidas restritivas aplicadas..." Cit., pp. 1.528-1.529.

⁴¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de septiembre de 2005, *Ahmed Ali Yusuf e Outros v. Consejo de la Unión Europea y Otros*, proceso T- 306/2001.

que se trata de una restricción legítima y no de una injusta violación del derecho fundamental, a fin de contribuir así para mitigar los aspectos objeto de divergencias que se instalan en el ámbito de la aplicación de las sanciones inteligentes, de manera a evitar violaciones de los derechos humanos.

5.- CONCLUSIONES

Aunque se ha producido una "evolución" de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU en el marco de las sanciones inteligentes, a partir de la cual, con fundamentos en la protección de los derechos humanos, se han introducido límites a las restricciones promovidas, así como mecanismos administrativos de recurso, con el fin de alargar las garantías procesales y de defensa de los sospechosos, dicha evolución se muestra insuficiente, una que vez que los procesos de aplicación y revisión de las sanciones siguen siendo subjetivos y descentralizados, lo que provoca arbitrariedades y violaciones de los derechos humanos.

En ese contexto, es posible concluir que el derecho a la tutela judicial efectiva no se cumple de manera adecuada por el Consejo de Seguridad en la determinación de las sanciones inteligentes, principalmente en razón del carácter descentralizado de las medidas, lo que refuerza la necesidad de elaboración de un órgano imparcial e independiente a nivel de las Naciones Unidas para examinar las solicitudes de revisión, no es necesario que sea jurisdiccional, sin embargo, es necesario que las decisiones sean obligatorias, lo que no pasa actualmente, una vez que aunque existen mecanismos administrativos de examen de las solicitudes, como el *focal point* y el *Ombudsperson*, estos tienen una actuación muy limitada y sus recomendaciones no son vinculantes.

Como esto no está hecho todavía, es posible que los Tribunales hagan control incidental de la aplicación de las sanciones, con fundamento en el *jus cogens* y en los derechos humanos, del cual puede incidir el rechazo de las medidas restrictivas, lo que, sin embargo, implica la necesidad de cooperación entre los sistemas internacionales y regionales de la ejecución de las sanciones inteligentes y de la defensa de los derechos humanos, para establecer los estándares internacionales de protección de estos y para que sean creados diálogos coherentes en la aplicación de las medidas.

En este sentido, deben aplicarse mecanismos procesales y jurisdiccionales, entre los que se destaca el método *Solange*, que consiste en la posibilidad de rechazar la aplicación de las sanciones en las hipótesis en las que éstas violen normas internas de derechos fundamentales.

Además, debe aplicarse el principio de la proporcionalidad, como mecanismo de racionalización de las decisiones y de motivación de las restricciones realizadas, a fin de garantizar una mayor

efectividad y coherencia en la ejecución de las sanciones inteligentes y en la protección de los derechos procesales y recursales, así como para evitar arbitrariedades, que culminen en violaciones de los derechos humanos, con el fin de promover así el equilibrio entre las medidas contraterrorismo y la protección de estos derechos.

Sin embargo, hay que considerar que la descentralización de las decisiones, que pese a los esfuerzos para mantener la coherencia entre los niveles de protección, puede culminar en la pérdida de la credibilidad de la actuación del Consejo de Seguridad, en la medida en que pone en duda el carácter jurídico de la propia ONU, la obligatoriedad de su ordenamiento y la seguridad jurídica internacional, por lo que se refuerza la necesidad de creación de un mecanismo específico para hacer el control y para analizar los recursos.

6.- BIBLIOGRAFÍA

L. CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires Ed., 2009.

M. CRAVEN, "Humanitarianism and the question for smart sanctions", *European Journal of International Law*, núm. 13, 2002, pp. 43-61.

M. L. DUARTE, "O Tribunal de Justiça da União Europeia e o controlo indireto das decisões do Conselho de Segurança. Sobre critérios relevantes de conciliação prática entre a luta contra o terrorismo internacional e a proteção dos direitos fundamentais", in *THEMIS: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano 13, nº. s 24/25, 2013, pp. 49-76.

J. A. FRANCO VALDEZ, "Control de legalidad de los actos del Consejo de Seguridad: ¿existe una vía jurisdiccional?", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 29, 2014, pp. 117-143.

L. I. GORDILLO PÉREZ, "Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del Consejo de Seguridad de la ONU", *Estudios Constitucionales*, núm. 10, 2012, pp. 201-244.

L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al- Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?", *Revista española de derecho internacional*, núm. 58, 2006, pp. 737-770.

L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ; C. PÉREZ BERNÁRDEZ, "El derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho Europeo y las sanciones contra Al Qaeda" *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo: en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. Vol 2. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. pp. 1569-1603.

F. JIMÉNEZ GARCIA, "Tutela judicial efectiva, pilares intergubernamentales de la Unión Europea y Naciones Unidas o viceversa. El periplo comunitario marcado por los asuntos Yusuf/Kadi, Ayadi/Hassan, Modjahedines del pueblo de Irán y Segi/gestoras", en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2009, pp. 411-464.

E. LÓPEZ-JACOISTE, "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales: algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi". Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/32.pdf>. Acceso 14.12.2018.

R. MOURÃO, Rodrigo. "As medidas restritivas aplicadas pela União Europeia no combate ao terrorismo", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, nº. 4, 2015, pp. 1.492- 1.591.

G. OOSTHUZEN "Playing the Devil's Advocate: the United Nations Security Council is unbound by Law", *Leiden Journal of International law*, núm. 12, 1999, p. 549.

K. PARKER, "Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights", *Hastings International and Comparative Law Review*, núm.2, 1989, pp. 441-442.

SANTOS VARA, Juan. "El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 32, 2009, pp. 91-120.

A. TINOCO PASTRANA, "La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal", *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 36, 2016, pp. 439-463.

F. VACAS FERNÁNDEZ, *El terrorismo como crimen internacional: definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Tirant to Blanch, Valencia, 2011, pp. 120.

JURISPRUDENCIAS

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, de 14 de julio de 1997, IT-94-I, caso *Tadic*.

Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, *Nabil Sayadi y Patricia Vinck v. Estado belga*, proc. no. 1.472 / 2006, la sentencia de 11 de febrero de 2005.

Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, Yassin Abdullah Kadi v. Consejo de la Unión Europea y otros, asunto T-315/01, de 21 de septiembre de 2005.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Nada v. Suiza, procedimiento nº. 10593/08, de 12 de septiembre de 2012.

Tribunal General de la Unión Europea, Yassin Abdullah Kadi v. Consejo de la Unión Europea y otros, asunto T 85/09, de 30 de septiembre de 2010.

Tribunal Constitucional Alemán *caso Solange I*, proceso BVerfGE 37, 271, de 29 de mayo de 1974.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bosphorus Airways v. Irlanda* proceso nº. 45036/98, de 30 de Junio de 2005.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de septiembre de 2005, *Ahmed Ali Yusuf e Otros v. Consejo de la Unión Europea y Otros*, proceso T- 306/2001.

OTRAS REFERENCIAS

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Basic Principles on the Use of Restrictive Measures (Sanctions)*, de 07 de junio de 2004. Disponible en: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2010198%202004%20REV%201>. Acceso 05.12.2018.

UN SECURITY COUNCIL. *Fourth report of the Ombudsperson to the Security Council*, de 30 de julio de 2012. Disponible en: <https://www.un.org/sc/suborg/en/ombudsperson/reports>. Acceso 14.11.2018.

UN. *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, A/HRC/8/13, 2008. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=14160. Acceso 10.11.2018.

WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES. *Report Due Process and targeted sanctions: an update of the "Watson Report"*, diciembre de 2012. Disponible en: https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/43690/WatsonReportUpdate12_12.pdf?sequence=1. Acceso 18.11.2018.