

NÚMERO 43

2021

ISSN: 1575-720-X

RJUAM

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE MADRID



FACULTAD DE DERECHO



Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 43

2021-I

Director: D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)

Subdirectora: Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM).

Secretaria académica: Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)

Secretaria económica: D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)

Responsables de difusión y medios digitales: Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM) y D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)

Consejo de redacción:

- D. Javier Antón Merino (Ciencia política - Universidad de Burgos)
- Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho constitucional - UAM)
- Dña. Isué Bargas (Derecho civil - Universidad Sergio Arboleda)
- D. Gonzalo Javier Basso (Derecho penal - UAM)
- D. Carlos Cabrera (Derecho financiero y tributario - UAM)
- D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)
- Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario).
- D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)
- D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM).
- Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)
- Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
- D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)
- Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
- D. José Antonio García Sáez (Filosofía del Derecho - Universitat de València)
- Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)
- D. Pedro Luis López Herraiz (Universidad de Salamanca)
- D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
- Dña. Mariona Llobet Anglí (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
- D. Jose María Martín Faba (Derecho civil - UAM)
- Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM).
- D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)
- Dña. Marta Pantaleón Prieto (Derecho penal - UAM)
- Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universitat Bonn)
- D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia política - UAM)
- D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)
- D. Leopoldo Puente Rodríguez (Derecho penal - UAM)
- D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)
- D. Salvador Ruiz Pino (Derecho romano - Universidad Pontificia de Comillas)
- Dña. Laura Sanjurjo (Derecho procesal - UAM)

Consejo asesor:

- D. Juan Damián Moreno (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
- Dña. Sussane Gratius (Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
- Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
- Dña. Mercedes Pérez Manzano (Directora del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
- D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho Internacional Público - UAM)
- D. Antonio Fernández de Buján (Catedrático de Derecho Romano - UAM)
- D. José Luis Guerrero Becar (Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson

ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:



Fundación General
de la Universidad
Autónoma de Madrid

The logo for Dykinson, S. L. features the company name in a highly decorative, cursive script font.

Portada: Marta Conde Diéguez
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

e-mail: revista.juridica@uam.es

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 43 (2021-I)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43>.

ARTÍCULOS

- Ariana GUEVARA GÓMEZ «Diferencias de género en la tolerancia al pago de sobornos: un análisis de mecanismos causales»9
- Carlos CASTELLS SOMOZA «El alto precio de no advertir al consumidor de las excepciones al derecho de desistimiento»41
- Irene TAPIA HERRERO «Una mirada crítica hacia el derecho de desistimiento en los contratos de consumo y perspectivas de futuro»59
- Dolores MORENO ROBLES «Maternidad subrogada en España: un análisis a partir de la práctica registral y jurisprudencial» 79
- Felipe OYARZÚN VARGAS «Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español»..... 119
- Joaquín N. CAPRARULO «Federalismo multiétnico en Etiopía y su mecanismo constitucional de secesión: ¿un modelo para España y el caso de Cataluña?»..... 149
- Gemma LLIGADAS GONZÁLEZ «La fragmentación legal internacional como desafío al Estado de Derecho y la coordinación inter-judicial como salvaguarda jurídica»..... 169
- Raquel BORGES BLÁZQUEZ «La construcción de una Europa más igualitaria desde la protección de las víctimas de violencia de género»..... 189

RECENSIONES

- Jesús MARTÍN MUÑOZ: Recensión de la obra de GARCÍA SEDANO, T. «La detección, identificación y protección de las víctimas de trata de seres humanos», Madrid (BdeF), 2020, 155 pp.219
- Gabriel A. GARCÍA BENITO: Recensión de la obra de MARTÍNEZ PÉREZ, F. «Posesión, dominio y registro constitución de la propiedad contemporánea en España (1861-1944)», Madrid (Dykinson), 2020, 286 pp.....223
- Carlos FERNÁNDEZ-ESPINAR MUÑOZ: Recensión de la obra de VELASCO CABALLERO, F., «Administraciones públicas y derechos administrativos», Madrid (Marcial Pons), 2020, 212 pp.....229

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES.....234

LA FRAGMENTACIÓN LEGAL INTERNACIONAL COMO DESAFÍO AL ESTADO DE DERECHO Y LA COORDINACIÓN INTER-JUDICIAL COMO SALVAGUARDA JURÍDICA *

INTERNATIONAL LEGAL FRAGMENTATION AS A CHALLENGE TO THE RULE OF LAW PRINCIPLE AND INTER-JUDICIAL COORDINATION AS A REMEDY

GEMMA LLIGADAS GONZÁLEZ**

Resumen: A medida que la indeterminación y fragmentación legal se extienden por el ordenamiento internacional, los gobiernos encuentran más oportunidades para expandir su margen de discrecionalidad y esquivar el control de legalidad del poder judicial. La consecuencia de este desequilibrio entre poderes es la afectación de las premisas del Estado de Derecho y, a la postre, la desprotección de los ciudadanos. Sin embargo, la llamada coordinación inter-judicial puede mejorar la posición jurídica del ciudadano tanto en el estado como en el orden internacional, puesto que recupera y avanza el principio de separación de poderes, el imperio de la ley y la protección de los derechos fundamentales (y humanos) en el ordenamiento nacional e internacional, respectivamente.

Palabras clave: Fragmentación legal internacional, separación de poderes, coordinación inter-judicial, contrato social, derechos fundamentales.

Abstract: The expansion of fragmentation and indeterminacy in the international legal order provides governments with more opportunities to enlarge their margin of discretion and avoid judicial review. As a consequence of this unbalance of power, the basic tenets of the modern liberal state are affected and, in turn, citizens are left unprotected. However, the so-called inter-judicial coordination manages to improve the legal standing of citizens, both at the national and international level, since it recovers and advances the separation of powers, the rule of law and the protection of fundamental (and human) rights within both the national and international legal systems, respectively.

Keywords: Legal international fragmentation, separation of powers, inter-judicial coordination, social contract, fundamental rights.

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43.007>

Fecha de recepción: 12 de enero de 2021.

Fecha de aceptación: 23 de febrero de 2021.

** Profesora Asociada de la Universidad Ramón Llull, Colaboradora Académica de la Facultad de Derecho de ESADE, doctoranda en Relaciones Internacionales por la Universidad de Oxford.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: FRAGMENTACIÓN E INDETERMINACIÓN LEGAL; II. EL DESAFÍO FILOSÓFICO: LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO; 1. Expansión de la discrecionalidad ejecutiva del gobierno y constricción del control de legalidad judicial; 2. Implicaciones jurídico-filosóficas para el Estado de Derecho; III. EL REMEDIO JURÍDICO: COORDINACIÓN INTER-JUDICIAL; 1. Coordinación inter-judicial construida sobre la consustancialidad entre Derecho internacional y Derecho constitucional; 2. Implicaciones jurídico-filosóficas para el Estado de Derecho y para el ordenamiento internacional; IV. CONCLUSIÓN; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: FRAGMENTACIÓN E INDETERMINACIÓN LEGAL

Es profusa la literatura jurídica¹ que ha analizado la falta de los presupuestos iuspositivistas del Derecho como sistema² en el orden legal internacional: la amalgama de normas que lo compone padece los defectos de la ausencia de un sistema de fuentes unívoco que lo dote de unidad, coherencia y plenitud. En otras palabras, el ordenamiento jurídico internacional está *fragmentado*, puesto que la autoridad para crear, interpretar y aplicar las normas jurídicas está descentralizada en una pluralidad de agentes que actúan sin jerarquías ni competencias bien demarcadas y sin necesaria observancia de su respectiva actividad.

El Derecho internacional se fragmenta tanto en su creación como en su aplicación, y ello está íntimamente relacionado con la indeterminación jurídica imprimida por la mutua pugna de los estados en el diseño de un entramado normativo que, a la vez, proteja sus intereses y les deje margen de maniobra respecto de las obligaciones internacionales que

¹ Debido a la fragmentación de la ley internacional, los teóricos del derecho de mediados del siglo XX optaron bien por negar su carácter jurídico, bien por mantener que se hallaba en una fase de desarrollo primitivo llamada a madurar. Kelsen, por ejemplo, expresaría esta presunción de evolución al decir que se trataba de un derecho primitivo y descentralizado (KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, 1ª ed., New York (Routledge), 2017, pp. 338-340). Probablemente porque los ideales de unidad, coherencia y plenitud aparecen como proclamas iuspositivistas del ordenamiento jurídico doméstico tras superar la fragmentación normativa previa, entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, los teóricos del derecho asumieron que el Derecho internacional acabaría evolucionando en la misma dirección una vez superadas las tensiones políticas de la Guerra Fría. Sin embargo, tal como señalan Koskenniemi y Leino, la llegada de la globalización tan solo sustituyó la polarización Este-Oeste de la segunda postguerra mundial por un mosaico de tensiones políticas que no hizo sino incrementar el ambiente de competición global del que nace la fragmentación del Derecho internacional (véase KOSKENNIEMI, M. y LEINO, P., «Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 3., 2002, p. 559). Así, la doctrina legal acabó por asumir el carácter estructural de la fragmentación internacional, y del pesimismo filosófico mantenido hasta la década de 1980 (véase, por ejemplo: WEIL, P., «Towards Relative Normativity in International Law?», *American Journal of International Law*, vol. 77, núm. 3, 1983, pp. 413-442.) se pasa a una visión mucho más práctica y positiva del fenómeno: la de ser la respuesta legal a un mercado global de necesidades cambiantes (tómese como ejemplo, CHARNEY, J. I., «The Implications of Expanding International Dispute Settlement Systems: The 1982 Convention on the Law of the Sea», *American Journal of International Law*, vol. 90, núm. 1, 1996, pp. 69-75).

² Tómese como referencia la lectura kelseniana del ordenamiento jurídico realizada por Bobbio (véase BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, 1.ª ed., Madrid (Debate), 1993, pp. 202-213).

genera. La ausencia de jerarquía normativa combinada con esta indeterminación jurídica hace posible que los estados seleccionen el marco legal internacional de su conveniencia (práctica conocida con el nombre de *forum shopping*), para después proceder a resignificarlo, bien al objeto de ahondar en la fragmentación³, bien con el fin de dominar las relaciones interestatales y cumplir su agenda política⁴. Sin embargo, existe otra finalidad (mucho menos conocida) con la que los gobiernos instrumentalizan la fragmentación e indeterminación del ordenamiento internacional: expandir su margen de discrecionalidad en detrimento del control judicial nacional. Esta sobredimensión del poder ejecutivo erosiona el equilibrio de poderes que debe regir el Estado de Derecho y, a su vez, acaba por debilitar la posición de los ciudadanos, como titulares originarios del poder soberano dentro del contrato social del que nace el estado. Afortunadamente, los tribunales nacionales parecen haber encontrado una tabla de salvación ante los desafíos nacidos del nuevo marco global en el que deben operar: la coordinación inter-judicial, que permitirá desfragmentar el orden internacional y restituir a los ciudadanos en las garantías propias del Estado de Derecho.

Este artículo trazará, por un lado, la relación causal entre la indeterminación y fragmentación legal internacional y la afectación de la posición jurídica del ciudadano y, por el otro, el camino inverso desde la coordinación inter-judicial hasta la transformación del ordenamiento internacional y la salvaguarda del Estado de Derecho. Se trata de un trabajo que explora la interacción entre el estrato internacional y el ordenamiento nacional y analiza los desafíos y oportunidades que el nuevo orden global plantea al Estado de Derecho: tanto la fragmentación del derecho internacional como la coordinación inter-judicial son fenómenos de naturaleza internacional cuyos efectos alcanzan también el orden interno de los estados (de manera negativa y positiva respectivamente). Por lo tanto, el objetivo último de este proyecto interdisciplinar es dibujar la conexión entre el estudio puramente jurídico de estos fenómenos (poniendo el acento en el Derecho constitucional comparado y el Derecho internacional público) y el examen de sus inevitables consecuencias jurídico-filosóficas (desde la óptica de la teoría del derecho y el modelo de estado), con el fin de comprender mejor, no solo la aparición de estos fenómenos en el ámbito internacional, sino también sus últimas consecuencias sobre el modelo de estado nacional.

³ KOSKENNIEMI, M., «The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics», *Modern Law Review*, vol. 70, núm. 1, 2007, p. 10.

⁴ BENVENISTI, E., & DOWNS, G. W., *Between Fragmentation and Democracy: The Role of National and International Courts*, Cambridge (Cambridge University Press), 2017, pp. 19-23. Una explicación más omnicompreensiva acerca de cómo los estados instrumentalizan políticamente la ley internacional para el dominio de las relaciones internacionales puede encontrarse en: KRISCH, N., «International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order», *European Journal of International Law*, vol. 16, núm. 3, 2005, pp. 369-371.

II. EL DESAFÍO FILOSÓFICO: LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO

1. Expansión de la discrecionalidad ejecutiva del gobierno y constricción del control de legalidad judicial

Existe una estrategia de ampliación de la discrecionalidad gubernativa que pasa por canalizar las políticas del estado a través del orden internacional, donde la indeterminación jurídica y la fragmentación de la ley internacional pueden ser explotadas en su beneficio político, para luego insertarlas en el orden doméstico investidas de inmunidad. En primer lugar, de una suerte de *inmunidad en origen* ya que, tal y como apunta Reinisch⁵, no existe control de legalidad sobre las resoluciones y normas producidas por las organizaciones y demás instituciones internacionales. Por un lado, en tanto que entes jurídicos independientes sin una nacionalidad específica, su actividad queda virtualmente fuera de la jurisdicción de cualquier tribunal doméstico. Por el otro lado, tampoco el orden internacional (amedrentado por la constante amenaza del *forum shopping*) ha conseguido desarrollar mecanismos de control propios: los gobiernos nacionales se muestran especialmente rehaceos a la creación de tribunales internacionales u otros entes con facultades de enjuiciamiento internacional, y cuando acceden a ello perfilan cuidadosamente los límites de su jurisdicción y poderes sancionadores⁶.

Tampoco cuando esas políticas generadas en el complaciente y fragmentado orden internacional descienden al nivel doméstico son necesariamente filtradas por el tamiz judicial de la legalidad doméstica. Si los tribunales son llamados a ejercer su función de control sobre la trasposición, integración o aplicación de normas y resoluciones internacionales, con frecuencia la acción judicial queda neutralizada bajo el pretexto de que el poder ejecutivo es quién ostenta la *auctoritas* en materia de asuntos exteriores para dilucidar el mejor modo de proceder a la inserción de una obligación internacional en el ordenamiento doméstico⁷. Esta *inmunidad de aplicación* aumenta cuanto mayor es la vinculación competencial del poder ejecutivo a la materia en cuestión.

Ejemplo paradigmático de ello es la respuesta judicial frente a las *sanciones dirigidas*⁸ que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (en adelante CSNU) ha impuesto sobre

⁵ REINISCH, A., *International Organizations Before National Courts*, New York (Cambridge University Press), 2000, pp. 37-69, 99-168.

⁶ BENVENISTI, E., & DOWNS, G. W., *Between Fragmentation and Democracy; The Role of National and International Courts*, cit., p. 18.

⁷ Este tipo de posicionamiento se conoce como «non-justiciability doctrine» (Reino Unido), «acte de gouvernement doctrine» (Francia), «justizfreie Hoheitsakte» (Alemania) o «political questions doctrine» (Estados Unidos). REINISCH, A., *International Organizations Before National Courts*, cit., pp. 92-99.

⁸ La denominación anglosajona habitual de estas sanciones es *targeted sanctions* o *smart sanctions*. Se denominan de este modo porque, a diferencia de la primera generación de sanciones del CSNU, que buscaban limitar los recursos de los países infractores de la ley, paz y seguridad internacional, estas sanciones van específicamente dirigidas a los individuos responsables de la infracción. Para una descripción más detallada de

sujetos que, a su juicio, han atentado contra la seguridad internacional desde 1990. Estas sanciones se imponen a través de un procedimiento profundamente opaco, en el que el acusado no tiene constancia ni de los cargos ni de las evidencias en su contra⁹. Esta falta de información impide que el acusado pueda ejercer su derecho a la defensa durante el proceso sancionador y su derecho al recurso judicial posteriormente, todo lo cual colisiona contra el derecho a la tutela judicial efectiva.

Ante las dificultades de obtener el amparo de sus derechos en el ámbito internacional¹⁰, los destinatarios de estas *sanciones dirigidas* han optado por presentar sus reclamaciones ante los tribunales nacionales. Sin embargo, los tribunales nacionales tradicionalmente tendían a descartar su propia competencia para controlar el origen y la aplicación de estas sanciones al considerar que se encontraban ante un silogismo normativo inexorable: en cuanto a su origen, la decisión del gobierno se basa en una obligación internacional (la de sancionar a los ciudadanos que el CSNU haya identificado como colaboradores del terrorismo internacional) que resulta ineludible por la vinculación del estado a la organización internacional de la que procede (a la luz de los artículos 2(4), 24, 25, 39 y 103 de la Carta

las características de estas sanciones, véase, en general: WILLIS, G. L., «Security Council Targeted Sanctions, Due Process and the 1267 Ombudsperson», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 42, núm. 3, 2011, pp. 678-679.

⁹ Sobre la opacidad de los procedimientos de sanción («listing») y absolución («de-listing») del CSNU, véase WILLIS, G. L., «Security Council Targeted Sanctions, Due Process and the 1267 Ombudsperson», cit., pp. 682-688.

¹⁰ El derecho a la tutela judicial efectiva no solo es un derecho fundamental en muchos estados, sino un derecho humano reconocido en diversos cuerpos legales internacionales: por ejemplo, en los artículos 2(3) y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado el 16 de diciembre de 1966, vigente desde el 23 de marzo de 1967) 999 UNTS 171 (conocido por sus siglas en inglés como ICCPR). Sin embargo, la única consecuencia internacional que puede derivar de la infracción de este o el resto de los derechos humanos consignados en este texto legal, es la elaboración de un informe por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Creado en la parte IV del ICCPR. Pese a no generar sanciones más contundentes, el mecanismo de coerción que presenta el ICCPR es de los más sofisticados en materia de protección internacional de derechos humanos, puesto que se activa no solo a través de denuncias interestatales, sino que también admite las comunicaciones individuales de las víctimas (procedimiento desarrollado en el Protocolo Primero del ICCPR). El hecho de que el ICCPR sea un sistema normativo abierto a las quejas individuales lo convierte en un honroso pero insuficiente sistema de protección internacional de derechos humanos, no solo por la naturaleza de sus sanciones, sino también por lo excepcional de esa facultad de ejercicio individual en un ordenamiento, el internacional, que atribuye la condición de sujeto de derecho a los estados y no a las personas, por norma general. Ciertamente es que las personas individuales sí tienen derecho de acceso a algunos tribunales regionales de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante), pero esto sucede en aquellos sistemas que gozan de un especial grado de integración normativa con los sistemas domésticos (cosa que equivale a un menor grado de fragmentación legal). Todo ello, permite clasificar estos sistemas regionales especialmente integrados más cerca del ámbito doméstico que del internacional a nivel funcional, aunque desde un punto de vista institucional se trata de sistemas y tribunales supranacionales (de hecho, recientemente el propio TEDH ha reivindicado esta equiparación en las sentencias de los casos conjuntos *C - 402/05 P y C - 415/05 P, Yassin Abdullah Kadi and Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] ECR I-06351 (en adelante, *Kadi I*)). Por lo tanto, el orden internacional (frente al doméstico y salvo las excepciones regionales ya mencionadas) ofrece pocas opciones de protección internacional efectiva a los derechos humanos y fundamentales de las personas.

de la ONU)¹¹; y en lo referente a su aplicación, en tanto que el poder ejecutivo es el titular doméstico indiscutible en materia de asuntos exteriores y de seguridad nacional, la implementación elegida por el gobierno quedaba siempre amparada bajo la discrecionalidad propia de la acción ejecutiva en materia de su competencia¹².

Sin embargo, detrás de este aparentemente intachable razonamiento legal se encuentra una realidad política que los tribunales no pueden apreciar debido a su naturaleza estrictamente jurídica: estas medidas son el resultado de un proyecto político articulado sobre la indeterminación legal que emana de la lista genérica y abierta de medidas que el CSNU puede tomar¹³. Las *sanciones dirigidas* son el resultado de una larga búsqueda académica (auspiciada por distintos estados) de sanciones humanitariamente más responsables y efectivas en la lucha contra el terrorismo internacional¹⁴. Sin duda las innovaciones obtenidas acabaron permeando la práctica del CSNU, pero nunca se han traducido en una disposición normativa que ponga negro sobre blanco los límites legales de su actuación. Por supuesto, la ausencia de un precepto específico (y, por lo tanto, la existencia de una laguna legal nacida de la indeterminación jurídica) permite que el CSNU (y los estados que canalizan su agenda política a través de este organismo) mantengan su actividad sancionadora en la mayor de las opacidades. En definitiva, las *sanciones dirigidas* son el fruto de una coordinación gubernamental internacional que ha hecho lo posible por mantener la creación de estas poderosas obligaciones internacionales en la mayor de las oscuridades y fuera del alcance de los tribunales nacionales o de cualquier otro mecanismo de revisión.

¹¹ En primer lugar, la ONU se constituye como autoridad internacional última en materia de protección de la paz y la seguridad (tal y como se desprende de la lectura combinada de los artículos 2(4), 24 y 39 de la Carta de las Naciones Unidas (adoptada el 26 de junio de 1945, en vigor desde el 24 de Octubre de 1945) 892 UNTS 119) porque, al ingresar los estados le ceden su poder para llevar a cabo acciones de amenaza o fuerza contra otros estados y queda específicamente depositado en manos del CSNU, quién determinará qué conductas constituyen una amenaza o vulneración de la paz y la seguridad internacional y tomará las medidas necesarias para restaurar la situación. En segundo lugar, de acuerdo con el artículo 103 del mismo texto, los Estados miembros de la ONU aceptan que las obligaciones contraídas en virtud de la mentada Carta prevalecen sobre cualquier otra obligación internacional. En tercer lugar, el artículo 25 de la Carta de la ONU reza que «[l]os Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta».

¹² Benvenisti ha documentado sobradamente el blindaje que la competencia ejecutiva en materia de seguridad nacional ha brindado (tradicionalmente) a las políticas y decisiones del gobierno tomadas dentro de este campo. En este sentido, véase, en general: BENVENISTI, E. «National Courts and the “War on Terrorism”», en BIANCHI A., *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford/Portland, OR. (Hart Publishing), 2004.

¹³ Artículos 41 y 42 Carta de la ONU.

¹⁴ Suiza inició este proceso de investigación en el llamado *Proceso de Interlaken* y la académica estadounidense (concretamente, el Watson Institute for International Studies de Brown University) recogió el testigo en el diseño de estas sanciones: en 2001 sintetizó sus conclusiones en un primer borrador que fue luego enmendado por el *Manual Bonn-Berlin*, a cargo del gobierno alemán. Entre 2003 y 2004 el *Proceso de Estocolmo*, bajo el auspicio del gobierno sueco, reúne a políticos, politólogos y juristas de muy diversas procedencias y nacionalidades para convertir el proyecto en global.

Enlazando con la línea de razonamiento jurídico-filosófica de este artículo, todo lo anterior no sería un problema si no fuera porque, con independencia de sus posibles virtudes como política antiterrorista, lo cierto es que las *sanciones dirigidas* chocan con los requisitos de la tutela judicial efectiva (piedra angular del sistema de protección de los derechos fundamentales del Estado de Derecho) y, pese a ello, los tribunales nacionales han permitido que descendan al ámbito nacional protegidas por su condición internacional y el beneplácito de quién debe encargarse de su aplicación (el gobierno), declinando así su función de control.

2. Implicaciones jurídico-filosóficas para el Estado de Derecho

Por lo tanto, esta combinación de coordinación gubernamental internacional (de la que en el caso de las sanciones dirigidas nace una obligación internacional) y competencia ejecutiva consigue que los tribunales (ajenos al trasfondo político de la fragmentada e indeterminada ley internacional) validen, de facto, una expansión de la discrecionalidad de los ejecutivos nacionales. Además, en un mundo cada vez más interconectado y global, los estados recurren cada vez más a la arena internacional para canalizar sus necesidades regulatorias¹⁵, por lo que la cantidad de materias en las que se da esta sobredimensión ejecutiva crece exponencialmente. A mayor abundamiento, pese al incremento de la regulación internacional, no todos los ámbitos reciben la misma atención por parte de los legisladores internacionales. Según Stewart¹⁶, la fortaleza de la ley internacional presenta un patrón desigual en sus distintas ramas: la regulación global destinada a promover el comercio, la inversión y la productividad cuenta con un grado de obligatoriedad y cantidad de mecanismos coercitivos mucho mayor que la de los regímenes relativos a intereses sociales y medioambientales. Debido a ello, mientras el catálogo de obligaciones que penden sobre los ciudadanos se amplía con nuevas incorporaciones de origen internacional que parecen ineludibles, la protección jurídica de sus derechos fundamentales no se extiende con la misma firmeza. Esta no es cuestión baladí: a causa de esta irregularidad en el tejido legal internacional, los tribunales tienden a inclinarse por la limitación de los derechos de los ciudadanos porque en su habitual ponderación de razonamientos legales encuentran más argumentos para ello.

Se trata de una suerte de efecto dominó, desde la instrumentalización política de la indeterminación y de la fragmentación legal internacional hasta la constricción de derechos de los ciudadanos, que ha quedado perfectamente ejemplificado en el caso de las *sanciones dirigidas*: el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva perdía sistemáticamente la contienda judicial porque en el ordenamiento internacional tiene menos peso que la

¹⁵ STEWART, R., «Remedying Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation, and Responsiveness», *American Journal of International Law*, vol. 108, núm. 2, 2014, p. 214.

¹⁶ STEWART, R., «Remedying Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation, and Responsiveness», *cit.*, p. 213.

protección de la seguridad internacional, de manera que el derecho fundamental no puede competir frente a la fortaleza de una obligación internacional en materia de antiterrorismo.

Por lo tanto, gracias a la indeterminación y fragmentación legal, la discrecionalidad ejecutiva aumenta a expensas de la reducción del control de legalidad de los tribunales y la protección constitucional de los derechos fundamentales se diluye en las disfuncionalidades sistémicas del estrato legal internacional. El resultado de todo ello, desde el punto de vista jurídico-filosófico, es la afectación de todas las premisas esenciales del moderno Estado de Derecho: el equilibrio de poderes necesario para realizar el ideal de control mutuo que deriva del principio de separación de poderes desaparece, y con ello la garantía del imperio de la ley y la protección de los derechos establecidos en ella¹⁷.

El Estado de Derecho se articula alrededor del consentimiento de los ciudadanos, puesto que la soberanía del estado no es sino una cesión de poder de los individuos a cambio de la protección estatal de su libertad y derechos. Desde esta perspectiva, el estado existe por y para el ciudadano y, en consecuencia (tal y como Locke establece en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*¹⁸), la ley es el instrumento de organización social y protección de los individuos dentro del pacto social del que nace la legitimación del estado. Por ello, ni el principio montesquiano que debe garantizar la limitación de los poderes públicos y su sujeción a la ley en un Estado de Derecho, ni los principios kelsenianos (unidad, plenitud y coherencia) que deben garantizar la funcionalidad de su sistema legal son caprichosos. Estos principios son imprescindibles para mantener al ciudadano en el centro de poder del estado: no solo en el plano teórico como fuente de legitimidad de la ley y del estado, sino también, a nivel práctico, como el titular de derechos que puede activar los mecanismos de control del estado en defensa de sus intereses.

En definitiva, el gran problema jurídico-filosófico de la fragmentación legal internacional no es que el orden internacional carezca de estos principios, sino que su ausencia a nivel internacional acaba por erosionar también su existencia en el ordenamiento nacional¹⁹. Así, la posición política y la protección jurídica de los ciudadanos se degrada dentro de un contrato social que pierde paulatinamente su condición de Estado de Derecho debido al

¹⁷ Tómese como referencia para este planteamiento el concepto de Estado de Derecho en su concepción normativa amplia, que incluye como requisitos, no solo el imperio de la ley y el principio de separación de poderes, sino también un contenido de derechos mínimo. En este sentido, véase: PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., & DE ASÍS ROIG, A. E., *Curso de teoría del derecho*, Madrid (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales), 2000, p. 118.

¹⁸ Véase, en general, la edición castellana de Carlos Mellizo: LOCKE, J. & MELLIZO, C., *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid (Alianza Editorial), 1990.

¹⁹ Benvenisti y Downs esbozan esta idea, aunque no desde la perspectiva filosófico-jurídica del presente artículo, sino desde una óptica político-democrática en relación con sus efectos sobre la toma de decisiones del electorado nacional y el ejercicio de su poder democrático (este último puede ser, a pesar de las distintas perspectivas, un punto de conexión con la reflexión que este artículo articula acerca del estado como contrato social). Véase: BENVENISTI, E., & DOWNS, G. W. «Democratizing Courts: How National and International Courts Promote Democracy in an Era of Global Governance», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 46, núm. 3, 2014, p. 749.

impacto de la fragmentación legal internacional. El poder cedido al estado se traspasa ahora al orden global sin recibir la contraprestación en derechos que corresponde al contrato social, puesto que del fragmentado ordenamiento internacional descienden políticas que, en líneas generales, tienden a ser gravosas para los derechos de los ciudadanos sin que puedan estos activar los mecanismos de control jurídico habituales.

Asumiendo que la globalización y las transformaciones políticas que ha producido son permanentes, la solución jurídica a nuestro problema filosófico pasaría por reforzar el peso de los derechos de los ciudadanos en el ordenamiento internacional. El presente artículo sostiene que este objetivo se puede alcanzar a través de la coordinación inter-judicial, ya que este fenómeno permite reducir la indeterminación y fragmentación de la ley internacional en favor de la protección de los derechos fundamentales.

III. EL REMEDIO JURÍDICO: COORDINACIÓN INTER-JUDICIAL

1. Coordinación inter-judicial construida sobre la consustancialidad entre Derecho internacional y Derecho constitucional

Numerosos autores²⁰ han estudiado el fenómeno del diálogo judicial: en esencia, se trata del intercambio de opiniones interpretativas sobre preceptos internacionales entre tribunales de distintas jurisdicciones (no necesariamente relacionadas), a la luz de sus propias doctrinas constitucionales. Sin embargo, se ha prestado menos atención a los casos en que dicho diálogo ha fructificado en un acuerdo hermenéutico internacional que no solo unifica las distintas interpretaciones domésticas de la ley internacional, sino que también acerca las lecturas constitucionales de los respectivos ordenamientos domésticos²¹. Esta coordinación inter-judicial comporta un sofisticado ejercicio de Derecho internacional y Derecho constitucional comparado que permite a los tribunales recuperar su fuerza institucional frente a las políticas ejecutivas de origen internacional a las que nos referíamos en el apartado anterior.

²⁰ Tómese como referencia: MÜLLER, A. (Ed.), *Judicial Dialogue and Human Rights*, Cambridge (Cambridge University Press), 2018; MCCRUDDEN, C. «A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, núm. 20, 2000, pp. 499-532; FERRARESE, M. R. «When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism», *Global Jurist*, vol. 1, núm. 9, 2009, pp. 1-31; SLAUGHTER, A.-M. «A Typology of Transjudicial Communication», *University of Richmond Law Review*, vol.1, núm. 29, 1994-1995, pp. 99-139; BOBEK, M., *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford (Oxford University Press), 2013; y ROBERTS, A., «Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 1, núm. 60, 2011, pp. 57-93.

²¹ En concreto, este fenómeno ha sido identificado recientemente por Benvenisti y Downs. Sin embargo, su trabajo estudia la fragmentación internacional y la coordinación inter-judicial desde el punto de vista de su relación y efectos sobre la democracia, en el que el enfoque principal es de tipo político y no jurídico-filosófico. Véase BENVENISTI, E., & DOWNS, G. W., *Between Fragmentation and Democracy: The Role of National and International Courts*, cit., pp. 105-110.

Este fenómeno resulta evidente, por ejemplo, en el ámbito de la protección medioambiental, en el que, una vez más, los estados instrumentalizan la indeterminación de la ley internacional para moldear el ordenamiento nacional y sortear los mecanismos de control domésticos: en este caso, los estados con mayores déficits medioambientales (interesados en evitar obligaciones internacionales cuyo cumplimiento resultaría comparativamente más costoso para ellos que para otros estados) muestran un alto grado de coordinación al objeto de revestir de indeterminación los acuerdos internacionales en la materia, para luego argumentar su carencia de efectos vinculantes (en su calidad de experto en asuntos exteriores) y, a la postre, perpetuar la ausencia de regulación nacional en el campo. La carencia de ley nacional y la debilidad normativa de los acuerdos internacionales solían atar de manos a los tribunales nacionales en asuntos medioambientales, pero a partir de la década de 1990 los tribunales abandonaron su actitud de resignación para reclamar su voz a través de la coordinación inter-judicial.

Liderados por la Corte Suprema de la República de la India, múltiples tribunales nacionales de distintos países asentaron una (entonces) novedosa interpretación del derecho fundamental a la vida que incluye, dentro de su contenido natural, el derecho a disfrutar de un medioambiente adecuado para el desarrollo personal, de manera que las obligaciones estatales en relación con la protección medioambiental existen pese a la ausencia de regulación específica en la materia²². Si bien el derecho a la vida es uno de los derechos fundamentales más esenciales e indudablemente reconocidos de la mayoría de los ordenamientos legales nacionales, esta moderna interpretación no gozaba necesariamente del mismo aplomo jurídico, de manera que, en ausencia de un apoyo normativo claro, los tribunales recurrieron a la doctrina de sus homólogos en otras jurisdicciones nacionales para defender su implantación. Se trata de un sofisticado ejercicio de Derecho constitucional comparado ejecutado, no solo sobre el hecho de que todos estos tribunales cuentan con el mismo derecho dentro de su correspondiente ordenamiento jurídico, sino también sobre la asunción de que dichos preceptos están materialmente conectados al tener el mismo contenido natural, pese a pertenecer a ordenamientos legales formalmente independientes.

Para reforzar su argumento constitucional a favor de la protección jurídica medioambiental, los tribunales también apelan a una reinterpretación de la fuerza jurídica de las normas internacionales en la materia. Así, cuando la Corte Suprema India se refirió a la Declaración de la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 como la Carta Magna del medio ambiente y, en consecuencia, importó de ella conceptos

²² La emblemática sentencia que cristalizó esta interpretación es «A.P. Pollution Control Bd. (II) v. Nayuda, [2000] INCS 679, [2001] 2 S.C.C. 62 (Indian Sup. Ct.)», aunque para ello se apoya en pronunciamientos previos de tribunales de Filipinas, Colombia, Sudáfrica y el TEDH. Esta doctrina fue reproducida con entusiasmo por los tribunales de otros países en similar situación de desarrollo como Pakistán (véase la sentencia *Zia v. WAPDA*, (1994) PLD (SC) 693), Bangladesh (véase la sentencia *Farooque v. Gov't of Bangladesh*, 17 B.L.D. (A.D.) 1 (1997) (App. Div. 1996)) o Sri Lanka (véase la sentencia *Bulankulama v. Sec'y, Ministry of Indus. Dev.*, [2000] LKSC 18). Así pues, todos estos tribunales participaron de la coordinación inter-judicial que estableció y diseminó esta interpretación.

clave para la protección legal del medio ambiente, como el principio de «*quien contamina paga*» o el «*principio de precaución*»²³, otorgó a dicha Declaración y al resto de elementos la fuerza vinculante del ordenamiento nacional al que se incorporaron.

Gracias a la repetición de este creativo ejercicio de Derecho constitucional comparado y Derecho internacional combinado, los numerosos tribunales que han intervenido en esta interpretación coordinada de los ordenamientos nacionales e internacionales han generado nuevos argumentos con los que revisar y controlar la actividad ejecutiva. En definitiva, podemos afirmar que se trata de un movimiento de coordinación judicial que aparece allí donde es necesario para contrarrestar el impacto de la coordinación gubernamental internacional en el esquema de poderes estatal. Así, recuperando el ejemplo de las *sanciones dirigidas*, el mismo tipo de coalición se formó, entre tribunales nacionales e internacionales²⁴, en defensa del derecho a la tutela judicial efectiva, compartiendo interpretaciones constitucionales transfronterizas y resignificando la fuerza y alcance de la ley internacional común.

Desde un punto de vista jurídico-técnico, en mi opinión esta coordinación inter-judicial se articula sobre la base de lo que Tzanakopoulos denomina *normas consustanciales*: normas que, pese a pertenecer formalmente a ordenamientos legales distintos e incluso independientes, comparten la misma substancia y, por lo tanto, son la misma norma a nivel material²⁵. Esta coincidencia en substancia se puede dar, no solo entre normas de distintos ordenamientos nacionales, sino también entre normas nacionales e internacionales. Los derechos humanos (como el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho a la vida) son un caso paradigmático de normas consustanciales, ya que son derechos internacionales fuera de las fronteras nacionales y derechos fundamentales dentro de ellas en distintos ordenamientos legales a la vez.

La esencia compartida de las normas centrales de sus respectivos ordenamientos es lo que permite a los tribunales de distintos sistemas jurídicos importar planteamientos generados por los tribunales de otros sistemas independientes sin tener que salvar el obstáculo de su ajenidad al ordenamiento jurídico propio: partiendo de la consustancialidad de ciertas normas como los derechos humanos, no se trata de jurisprudencia extranjera elaborada sobre normas externas al ordenamiento nacional, sino de argumentos aplicables a materias contempladas y reguladas en el ordenamiento jurídico propio.

Así, la coordinación inter-judicial reduce la distancia material entre ordenamientos constitucionales e internacionales, por lo que su relevancia traspassa el plano jurídico-técnico

²³ A.P. Pollution Control Bd. (II) v. Nayudu, *supra* nota 22.

²⁴ Benvenisti y Downs documentan la evolución de los tribunales nacionales de la pasividad al activismo en contra de las sanciones dirigidas y fechan este cambio de tendencia en los años posteriores al ataque terrorista del 11-S (BENVENISTI, E., & DOWNS, G. W., *Between Fragmentation and Democracy; The Role of National and International Courts*, cit., pp. 106 y 107, 125).

²⁵ TZANAKOPOULOS, A., «Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, núm. 1, 2011, p. 143.

y nos aboca a la reflexión jurídico-filosófica sobre sus efectos tanto en el modelo de estado nacional como en el ordenamiento internacional.

2. Implicaciones jurídico-filosóficas para el Estado de Derecho y para el ordenamiento internacional

Si atendemos a los dos casos mencionados (protección medioambiental y *sanciones dirigidas*), la observación más evidente es que, a través de su coordinación, los tribunales efectivamente consiguen generar los apoyos normativos que necesitan para controlar la acción gubernamental y la legalidad de su margen de discrecionalidad. Sin embargo, la verdadera explicación de cómo la coordinación inter-judicial consigue reforzar los mecanismos de control del Estado de Derecho se encuentra en la transformación que el fenómeno produce en el sistema de fuentes del derecho internacional: cuando los tribunales nacionales imponen de manera coordinada la misma interpretación de una determinada norma sobre sus respectivos gobiernos y les obligan a modificar sus políticas de acuerdo con ella, podemos entender que se convierten en una fuente de costumbre internacional²⁶. El elemento fáctico que toda costumbre internacional requiere vendría proporcionado por el repetido cumplimiento que los estados deben dar a las resoluciones de sus tribunales nacionales, mientras que la *opinio iuris* detrás de tal comportamiento se encontraría en dichas sentencias, dado que los tribunales nacionales son órganos del estado.

Así, cuando múltiples tribunales impidieron que sus respectivos gobiernos ejecutaran las *sanciones dirigidas* sobre sus ciudadanos²⁷, no solo reforzaron la necesidad de cumplir con los requisitos de la tutela judicial efectiva dentro de las fronteras de su estado, sino que la repetición y cumplimiento de esa exigencia jurídica en diversos estados la elevó a contenido natural del derecho a nivel internacional, solidificando con ello la fortaleza de la obligación internacional de respetar el derecho a la tutela judicial efectiva²⁸. En última instancia, la coordinación inter-judicial consigue reforzar los mecanismos de control del Estado de Derecho ante los desafíos regulatorios del ordenamiento internacional porque resuelve su indeterminación (de la que estos desafíos nacen) en favor del fortalecimiento del tejido internacional más endeble: con la coordinación de su labor interpretativa, los

²⁶ Methymaki y Tzanakopoulos exploran esta idea, pero no la conectan con el fenómeno de la coordinación inter-judicial que, a nuestro parecer, es imprescindible con relación a la creación de costumbre internacional por parte de los tribunales nacionales. Véase: METHYMAKI, E., & TZANAKOPOULOS, A., «Another Brick in the Wall -- Reflexivity of the Sources and the Enforcement of International Law: Domestic Courts as Sources and Enforcers» en *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford (Oxford University Press), 2017, p. 826.

²⁷ Para una relación más detallada de los tribunales implicados en este movimiento de coordinación y de sus exigencias legales, véase: WILLIS, G. L., «Security Council Targeted Sanctions, Due Process and the 1267 Ombudsperson», cit., pp. 689-694.

²⁸ WILLIS, G. L., «Security Council Targeted Sanctions, Due Process and the 1267 Ombudsperson», cit., pp. 730-736.

tribunales refuerzan y sedimentan los derechos y obligaciones internacionales relativos a los intereses de los ciudadanos. De este modo, gracias a la coordinación inter-judicial, el derecho a la tutela judicial efectiva consigue prevalecer sobre la seguridad internacional porque en su lado de la balanza judicial se multiplican los argumentos, derechos y obligaciones nacionales e internacionales.

Por lo tanto, gracias a la coordinación inter-judicial, los tribunales pueden reducir la fragmentación del ordenamiento internacional (y, con ello, poner coto a la expansión de la discrecionalidad gubernativa) tanto en su función tradicional de aplicadores del derecho (al estandarizar a nivel transfronterizo la interpretación de normas pertenecientes a ordenamientos formalmente independientes) como en su recién adquirido rol como creadores de derecho internacional (puesto que su actividad coordinada produce, a la postre, costumbre internacional)²⁹. Los tribunales nacionales no solo pueden importar principios internacionales y revestirlos de fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico nacional, sino que gracias a la coordinación inter-judicial pueden devolverlos al ordenamiento internacional convertidos en normas internacionales de indudable fuerza jurídica. Podemos considerar, por tanto, que los tribunales pueden sobrepasar el discutido papel subsidiario que el apartado d) del artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la ONU³⁰ les atribuiría como creadores del derecho, para encuadrar su actividad dentro del apartado b) del mismo artículo (referente a la costumbre internacional), como fuente primaria.

En consecuencia, la coordinación inter-judicial expande la capacidad reguladora de los tribunales en el ordenamiento internacional, cuya desfragmentación no solo afecta a la discrecionalidad ejecutiva de los gobiernos nacionales, sino que, de hecho, incluso puede acotar la actuación de las organizaciones internacionales, a juzgar por las modificaciones del procedimiento de imposición de sanciones dirigidas del CSNU introducidas

²⁹ Methymaki y Tzanakopoulos denominan «reflexivity» al doble rol de los tribunales nacionales como intérpretes y aplicadores del derecho y sostienen que, gracias a ello, todos los tribunales nacionales se convierten en fuente del derecho internacional al ser actores imprescindibles en el proceso de concreción de su contenido (véase, en general: METHYMAKI, E., & TZANAKOPOULOS, A., «Another Brick in the Wall - Reflexivity of the Sources and the Enforcement of International Law: Domestic Courts as Sources and Enforcers», cit., pp. 812-832). Sin embargo, esta capacidad «reflexiva» de los tribunales nacionales no podrá desplegarse allí donde la ya mentada coordinación gubernamental a nivel internacional consiga paralizar su función de control sobre la discrecionalidad ejecutiva y, por lo tanto, será necesaria la coordinación inter-judicial.

³⁰ Pese a la controversia doctrinal acerca de las fuentes del derecho internacional, existe cierto consenso en la aceptación de este artículo como la enumeración formal de los tipos de fuentes con que cuenta el ordenamiento internacional. Sin embargo, la formulación genérica e indeterminada de este precepto también ha sido objeto de un profuso debate jurídico, siendo especialmente controvertida la cuestión de si en la mención de la jurisprudencia internacional como fuente subsidiaria (junto con la doctrina legal) se incluyen, o no, las resoluciones de los tribunales nacionales. Véase, en general: FITZMAURICE, M., «The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: The Journey from the Past to the Present» en BESSON, S., & D'ASPREMONT, J., *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford (Oxford University Press), 2017, pp. 812-832.

a raíz de las exigencias judiciales transnacionales³¹. A pesar de la enconada resistencia de los estados miembros del CSNU a revelar ningún detalle relativo a la elaboración de las listas de sancionados (proceso conocido con el nombre de «listing process»)³², el CSNU acometió una serie de sorprendentes reformas a partir del 2006: se estableció el llamado «Focal Point for De-listing» en 2006³³ al objeto de ofrecer un mecanismo de revisión a las personas y entidades sancionadas; en 2008 se empezó a incluir menciones públicas sobre los motivos de las sanciones (llamadas «Summary Narratives»); y se estableció la Oficina del Ombudsperson en 2009³⁴, específicamente encargada de la revisión de las sanciones del régimen establecido por la resolución 1904 en relación a Al-Qaeda (puesto que se trata del régimen con el mayor número de sanciones). A pesar de que la decisión final en relación con la imposición de la sanción o la remoción de esta («de-listing process») sigue en manos del CSNU y de los Comités Especializados encargados de la elaboración de las listas, ambos mecanismos de revisión han ido ganando atribuciones progresivamente³⁵ con el fin de aumentar la transparencia y garantías del proceso sancionador.

Estas insólitas transformaciones en el seno de una poderosa organización internacional no obedecen ni a la voluntad del CSNU (siempre celoso de su actividad política) ni a la actual evolución de las relaciones internacionales (que, según la doctrina más cualificada, tienden hacia un mayor grado de informalidad en busca de opacidad³⁶) sino a las exigencias coordinadas de un grupo de tribunales europeos³⁷. De acuerdo con Benvenisti y Downs, «mientras que los poderes ejecutivos y legislativos de las democracias contemporáneas han tolerado sin demora las políticas antiterroristas de la era post-9/11 por lo general, los tribunales nacionales de esos mismos estados han terminado por mostrarse contrariamente

³¹ WILLIS, G. L., «Security Council Targeted Sanctions, Due Process and the 1267 Ombudsperson», cit., pp. 689-694.

³² VLAD, I. L. «Targeted Sanctions, Judicial Antagonism or Legal Dialogue», *Challenges of the Knowledge Society*, vol. 4, núm. 1, 2014, pp. 421-425.

³³ Véase la Resolución del CSNU S/RES/1730(2006).

³⁴ Véase la Resolución del CSNU S/RES/1904(2009).

³⁵ En relación al «Focal Point for De-listing», véase las Resoluciones del CSNU S/RES/2253(2015) y S/RES/2255(2015). En relación a la Oficina del Ombudsperson, véase las Resoluciones del CSNU S/RES/1989(2011); S/RES/2083(2012); S/RES/2161(2014); S/RES/2253(2015) y S/RES/2368(2017).

³⁶ Véase, por ejemplo, en general: SLAUGHTER, A.-M., *A New World Order*, Princeton (Princeton University Press), 2004.

³⁷ Johnstone, por ejemplo, ha identificado el patrón cronológico entre la implementación de los sucesivos cambios referentes a las sanciones dirigidas y una serie de icónicas resoluciones judiciales en defensa del derecho a la tutela judicial efectiva (véase, en general, JOHNSTONE, I. «Legislation and Adjudication in the UN Security Council: Bringing Down the Deliberative Deficit», *The American Journal of International Law*, vol. 102, núm. 2, 2008, pp. 275-308). Sin embargo, han sido Benvenisti y Downs quienes han señalado que la coincidencia temporal de dichas resoluciones constituye un ejemplo de coordinación inter-judicial que parece ir más allá del simple diálogo judicial (véase BENVENISTI, E., & DOWNS, G. W., *Between Fragmentation and Democracy: The Role of National and International Courts*, cit., pp. 123-130).

firμες en su decisión de revisar y controlar dichas medidas debido a la creciente percepción de que su imposición carece de toda salvaguarda judicial»³⁸.

La oleada de rechazo judicial europea hacia las *sanciones dirigidas* amenazó con inundar el resto del mundo tan pronto como alcanzó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante)³⁹ y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante)⁴⁰, de manera que las ya mentadas reformas no son sino el intento del CSNU de proteger la eficacia de sus *sanciones dirigidas*. En síntesis, el CSNU ha incrementado su nivel de transparencia y las opciones de recurso a medida que los tribunales europeos, en su empeño por defender la tutela judicial efectiva, perseveraban en su rechazo de las sanciones dirigidas y extremaban sus exigencias respecto a ellas.

En otras palabras, aunque inicialmente fueron presa de la presión ejercida por las políticas internacionales elaboradas por gobiernos y organizaciones internacionales, finalmente los tribunales nacionales e internacionales europeos encontraron en la coordinación inter-judicial la herramienta para acotar tanto la discrecionalidad ejecutiva como la virtual inmunidad de las organizaciones internacionales. Al fin y al cabo, los tribunales europeos desafiaron reiteradamente la autoridad del CSNU (una poderosa organización internacional inmune a su jurisdicción) y ganaron la pugna, pese a celebrarse en el terreno competencial más adverso para ellos (seguridad nacional y asuntos exteriores), gracias a la coordinación de sus resoluciones.

Por lo tanto, se puede afirmar con rotundidad que la coordinación inter-judicial consiguió un hecho sin precedentes: desfragmentar el ordenamiento internacional para obligar a organizaciones internacionales y gobiernos nacionales a respetar los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos.

³⁸ La cita es una traducción propia de la cita original que puede encontrarse en BENVENISTI, E., & DOWNS, G. W., *Between Fragmentation and Democracy: The Role of National and International Courts*. cit., pp. 157-158: «While it has generally been the case in the post-9/11 era that both executive and legislative branches in democracies have tolerated counter-terrorism-related measures without demur, the [national courts] in several countries have resolved to review such measures [because of] a growing perception that they lack proper procedural safeguards and judicial remedies».

³⁹ Benvenisti y Downs señalan el caso Kadi I (resoluciones conjuntas C - 402/05 P & C - 415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] ECR I-06351) como la cúspide el movimiento de coordinación inter-judicial en contra de las *sanciones dirigidas*. Véase: BENVENISTI, E., & DOWNS, G. W., *Between Fragmentation and Democracy: The Role of National and International Courts*, cit., pp. 156.

⁴⁰ En este sentido, además de Kadi I, Vlad añade a la lista de casos relevantes los siguientes: «Kadi II» (resoluciones conjuntas C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *European Commission and Others v. Yassin Abdullah Kadi*, OJ [2011]C72/9; «Nada» (*Nada v. Switzerland (Application no. 10593/08)*, *Judgement of 12 September 2012*) y «Al-Dulimi» (*Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland (Application no. 5809/08)*, *Judgement of 26 November 2013*). Mientras que Kadi I y II son casos resueltos por el TJUE, Nada y Al-Dulimi son resoluciones procedentes del TEDH. Véase: VLAD, I. L., «Targeted Sanctions, Judicial Antagonism or Legal Dialogue», cit., pp. 431-432.

En definitiva, mediante la coordinación inter-judicial, los tribunales recuperan el equilibrio de poderes del Estado de Derecho, en el que ellos garantizan la sujeción de los otros poderes al imperio de la ley y aseguran el imperio de la ley en favor de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pero además de garantizar la subsistencia del Estado de Derecho, la actuación coordinada de los tribunales se revela como una herramienta jurídica capaz de controlar la acción política internacional de las organizaciones internacionales y sus estados miembros. De esta manera se abre, por primera vez, una vía de acceso en la que los ciudadanos pueden usar su posición jurídica dentro del estado para exigir la protección de sus derechos en un orden internacional que, hasta el momento, les ha considerado más como objetos que como sujetos de derechos.

IV. CONCLUSIÓN

La coordinación inter-judicial convierte a los tribunales en reguladores internacionales al poder sedimentar el contenido de la ley internacional con base en una interpretación coordinada de normas consustanciales, que se convierte en Derecho consuetudinario internacional. La gran virtud jurídica de esta práctica es que necesariamente tiende a propiciar la coherencia, plenitud y unidad tanto del ordenamiento internacional como del nacional, puesto que ensalza la conexión material entre normas que formalmente pertenecen a distintos ordenamientos y armoniza su contenido.

Consecuentemente, esta conexión material beneficia a todos los ordenamientos jurídicos involucrados en la coordinación inter-judicial: el ordenamiento nacional y sus tribunales traspasan su indudable fuerza coercitiva al orden internacional, y el ordenamiento internacional amplía el abanico de argumentos con que los tribunales nacionales pueden hacer frente a las presiones de la política global. Así, los derechos humanos se fortalecen en el ordenamiento internacional gracias a su conexión material con los derechos fundamentales del orden doméstico, que resultan ser las piezas centrales de sus respectivos ordenamientos nacionales. De igual manera, los derechos fundamentales se enriquecen gracias a la proyección internacional de los derechos humanos. De este modo, las disfuncionalidades entre ordenamiento internacional y nacional desaparecen.

Así las cosas, la armonización y fortalecimiento normativo que se desprende del proceder coordinado de los tribunales puede disipar la indeterminación jurídica y fragmentación legal que rodea a los derechos humanos y al ordenamiento internacional en general y, con ello, limitar la instrumentalización política que de ellas quieran hacer los gobiernos. Frente a la fortaleza que la rama ejecutiva adquiere a través de la coordinación internacional gubernamental, los tribunales de sus correspondientes países han empezado a recurrir a la coordinación inter-judicial, no para eliminar el margen de acción política de sus gobiernos, sino para poder ejercer su tradicional función de control sobre ellos dentro del nuevo contexto de política global. Por lo tanto, si bien la coordinación inter-judicial es fruto de este empeño judicial por defender el Estado de Derecho dentro de las fronteras nacionales,

es indudable que el alcance de este fenómeno traspasa este límite territorial y consigue que la influencia de los tribunales penetre en las capas del ordenamiento internacional más alejadas de su jurisdicción, como las políticas antiterroristas elaboradas en el seno de una organización internacional.

Todo ello nos conduce, finalmente, a afirmar que la relevancia de la coordinación inter-judicial como fenómeno jurídico va mucho más allá de su innegable sofisticación técnica, puesto que los cambios que produce en el tejido legal internacional tienen un profundo calado filosófico en el modelo de estado. En un mundo en el que los estados traspasan su poder regulador al orden global, los ciudadanos no solo deben ser el centro jurídico del Estado de Derecho, sino que también deben poder exigir de ese orden global la protección equivalente al poder recibido. Esta exigencia filosófica puede canalizarse a través de las posibilidades de defensa jurídica que les ofrecen los tribunales nacionales de un Estado de Derecho protegido por la coordinación inter-judicial.

En definitiva, la coordinación inter-judicial no solo funciona, desde el punto de vista jurídico-filosófico, como salvaguarda del Estado de Derecho dentro de las fronteras nacionales, sino que su naturaleza y efectos transfronterizos adelantan e impulsan el asentamiento de los principios de separación de poderes, el imperio de la ley y la protección de los derechos de los ciudadanos a nivel internacional.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BENVENISTI, E. *National Courts and the «War on Terrorism»*, en BIANCHI A., *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford/Portland, OR. (Hart Publishing), 2004.
- BENVENISTI, E., & DOWNS, G. W., *Between Fragmentation and Democracy: The Role of National and International Courts*, Cambridge (Cambridge University Press), 2017.
- BENVENISTI, E., & DOWNS, G. W. «Democratizing Courts: How National and International Courts Promote Democracy in an Era of Global Governance», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 46, núm. 3, 2014, pp.741-792.
- BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, Madrid (Debate), 1993.
- BOBEK, M. *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford (Oxford University Press), 2013.
- CHARNEY, J. I., «The Implications of Expanding International Dispute Settlement Systems: The 1982 Convention on the Law of the Sea», *American Journal of International Law*, vol. 90, núm.1, 1996, pp. 69-75.

- FERRARESE, M. R. «When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism», *Global Jurist*, vol. 1, núm. 9, 2009, pp. 1-31.
- FITZMAURICE, M., «The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: The Journey from the Past to the Present» en BESSON, S., & D'ASPREMONT, J., *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford (Oxford University Press), 2017.
- JOHNSTONE, I. «Legislation and Adjudication in the UN Security Council: Bringing Down the Deliberative Deficit», *The American Journal of International Law*, vol. 102, núm. 2, 2008, pp. 275-308.
- KELSEN, H., *General Theory of Law and States*, New York (Routledge), 2017.
- KOSKENNIEMI, M., «The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics», *Modern Law Review*, vol. 70, núm. 1, 2007, pp. 1-30.
- KOSKENNIEMI, M., & LEINO, P., «Fragmentation of International Law? Post-modern Anxieties», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 3, 2002, pp. 553-579.
- KRISCH, N., «International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order», *European Journal of International Law*, vol. 16, núm. 3, 2005, pp. 369-408.
- LOCKE, J. & MELLIZO, C. (Traductor), *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid (Alianza Editorial), 1990.
- MCCRUDDEN, C. «A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, núm. 20, 2000, pp. 499-532.
- MÜLLER, A. (Ed.), *Judicial Dialogue and Human Rights*, Cambridge (Cambridge University Press), 2018.
- METHYMAKI, E., & TZANAKOPOULOS, A., «Another Brick in the Wall -- Reflexivity of the Sources and the Enforcement of International Law: Domestic Courts as Sources and Enforcers» en BESSON, S., & D'ASPREMONT, J., *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford (Oxford University Press), 2017, pp. 812-832.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., & DE ASÍS ROIG, A. E., *Curso de teoría del derecho*, Madrid (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales), 2000.

- REINISCH, A., *International Organizations Before National Courts*, New York (Cambridge University Press), 2000.
- ROBERTS, A. «Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 1, núm. 60, 2011, pp. 57-93.
- SLAUGHTER, A. M., *A New World Order*, Princeton (Princeton University Press), 2004.
- SLAUGHTER, A. M. «A Typology of Transjudicial Communication», *University of Richmond Law Review*, vol. 1, núm. 29, 1994-1995, pp. 99-139.
- STEWART, R., «Remedying Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation, and Responsiveness», *American Journal of International Law*, vol. 108, núm. 2, 2014, pp. 211-270.
- TZANAKOPOULOS, A., «Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, núm. 1, 2011, pp. 133-168.
- VLAD, I. L., «Targeted Sanctions, Judicial Antagonism or Legal Dialogue», *Challenges of the Knowledge Society*, vol. 4, núm. 1, 2014, pp. 420-440.
- WEIL, P., «Towards Relative Normativity in International Law?», *American Journal of International Law*, vol. 77, núm. 3, 1983, pp. 413-442.
- WILLIS, G. L., «Security Council Targeted Sanctions, Due Process and the 1267 Ombudsperson», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 42, núm. 3, 2011, pp. 673-745.