

Orden internacional, estado de derecho y comisiones internacionales de investigación

Autor: *Francisco Jiménez García*

Profesor Titular de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
Universidad Rey Juan Carlos

Resumen

En el presente estudio se examina la evolución del ordenamiento internacional en relación con el establecimiento de un derecho global y las exigencias derivadas del estado de derecho como un nuevo principio del Derecho internacional. A tal efecto, las comisiones internacionales de investigación se presentan como un mecanismo coadyuvante en tal proceso así como un decisivo instrumento en el mantenimiento de la paz, la justicia transicional y la verdad.

Palabras clave: Derecho internacional público; estado de derecho, comisiones de investigación.

I. El derecho global y el Estado de Derecho

En la agenda del Derecho internacional público se ha inscrito un nuevo e interesante concepto que ha de marcar el devenir de este ordenamiento: el estado de dere-

cho¹. No se trata de una cuestión de mero examen académico o doctrinal sino que responde a la realidad que presenta el actual Derecho internacional en un mundo global en el que frente a la reglamentación horizontal propia del Derecho internacional clásico se está imponiendo una novedosa reglamentación institucional de carácter vertical que incide directamente en la vida y patrimonio jurídicos de los individuos carentes de una subjetividad internacional que les permita actuar en el proceso ascendente de la elaboración y adopción de las normas y reglas internacionales (cuestión que podría resolverse mediante la representatividad ejercida por Estados democráticos y otros mecanismos de presión ejercidos por la sociedad civil internacional) y les reconozca una legitimidad activa, tanto en el ámbito nacional como internacional, para poder cuestionar dicha reglamentación. La instauración de este derecho global plantea una doble problemática: su conceptualización y su legitimación. Respecto a la primera, estamos ante un régimen jurídico autónomo (o relativamente autónomo) caracterizado porque su dimensión internacional aparece fuertemente imbricada y complementada por los derechos nacionales así como porque su foro de creación normativa se produce en el marco de una institución, más o menos desarrollada, que genera un derecho propio que trasciende el derecho administrativo de la institución. Además este ordenamiento está integrado por una amalgama de instrumentos jurídicos de distinta índole donde predominan los actos institucionales que revisten una naturaleza jurídica y funcional muy variada: operativa, informativa, normativa con valor recomendatorio o vinculante. Pese a su carácter formalmente institucional y no convencional, tales actos institucionales suelen responder a negociaciones previas entre los Estados a través de los comités correspondientes y a un espíritu de concertación de manera que la voluntad propia, diferenciada de la Organización, puede resultar muy diluida. Por otra parte, como han destacado Carreau y Juillard, estos regímenes generan fenómenos de modelización convencional, acuerdos que carecen de efecto jurídico vinculante pero que presentan especial incidencia en la práctica normativa, internacional y nacional, de los Estados pues poseen una autoridad de hecho que deriva de su perfección en el plano técnico y una importante capacidad de propagación en el plano político. Por su perfección formal y material es un instrumento de pedagogía internacional, por su capacidad de propagación puede devenir en fuente de principios generales de Derecho internacional económico². Se impone, pues, el *soft-law* y el no formalismo (acentuado cuando la organización en cuestión no es tal, como el caso del G-20) como notas destacadas de este ordenamiento que paradójicamente presenta una gran eficacia y virtualidad en los ordenamientos nacionales y en la práctica internacional. La segunda cuestión se refiere a la legitimidad de tal ordenamiento en la medida en que transcurre por cauces procedimentales informales carentes de los mecanismos de control, en particular, respecto a

¹ Vid. la página web creada sobre Naciones Unidas y el Estado de Derecho: <http://es.unrol.org>.

² CARREAU Dominique y JUILLARD Patrick, *Droit International Économique*, Dalloz, Paris, 2010, pp.13-14.

los ordenamientos nacionales en los que se incorporan al margen de todo procedimiento constitucional y parlamentario de autorización, publicación y revisión.

A tal efecto autores como Bogdandy, Dann y Goldmann han indicado, desde un análisis de las estructuras financieras internacionales, que para satisfacer las reivindicaciones de control internacional hace falta un régimen eficaz según los modelos más avanzados de la gobernanza global. Es importante que los juristas insistan en señalar que, por justo y razonable que sea, un régimen que afecte a los individuos debe satisfacer otros principios como son los que rigen el Derecho público de los Estados democráticos y liberales. Hay que evitar un funcionalismo a ciegas. Cualquier régimen de las instituciones financieras afectará a múltiples intereses y originará muchos conflictos. Un régimen unidimensional bajo el principio de la eficiencia no puede ser convincente. Por el contrario, esta nueva realidad debe impulsar a establecer los fundamentos jurídicos de dicha gestión, y a determinar cómo y quien controla. Asimismo, es necesario desarrollar estándares legales que satisfagan las expectativas contemporáneas de legitimidad. En suma, hace falta una aproximación jurídica de la gobernanza global³. Desde la perspectiva nacional se ha reseñado que el resultado de la creciente internacionalización sin control de la creación de normas no puede ser otro que el debilitamiento del hilo capital que une al ciudadano con las normas y que es la fuente de la que nace la legitimidad de las mismas⁴. Desde el Derecho internacional se ha planteado el debate acerca de la aplicación de los principios del estado de derecho al propio sistema internacional, en particular con motivo de la potestad sancionadora antiterrorista del Consejo de Seguridad⁵.

La transposición de los parámetros que fundamentan y definen el Estado de derecho en los ordenamientos nacionales, en particular, en los más avanzados sobre esta cuestión, no se puede realizar de forma plena e inmediata al Derecho internacional. Si distinguiéramos las fases históricas en la evolución de este principio en los sistemas nacionales marcadas por el principio de legalidad (*rule law*), el control judicial (*judicial review*) y el constitucionalismo (*constitutional state of law*)⁶, resulta evidente

³ BOGDANDY von A., DANN Ph., GOLDMANN M., "El Derecho internacional como Derecho Público: Prolegómenos de un Derecho de los mercados financieros" en *Estados y Organizaciones Internacionales ante las Nuevas Crisis Globales*, J. Martín y Péres de Nanclares (Coord.), Madrid, 2010, pp.58-59.

⁴ Cfr. ZAPATERO, V., *El Arte de Legislar*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p.30.

⁵ Informe del Secretario General, "Fortalecimiento y coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho", UN. Doc. A/63/226 de 6 de agosto de 2008. Sobre el estado de derecho en Derecho internacional vid. *L'Etat de Droit en Droit International*, Colloque de Bruxelles, Pedone, Paris, 2009; CHESTERMAN S., "An International Rule of Law?", *American Journal of Comparative Law*, vol.56, 2008, pp.331-361. Respecto a la aplicación de este principio a los respectivos Comités de sanciones del Consejo de Seguridad, vid. JIMÉNEZ GARCÍA, F., "Tutela judicial efectiva, Pilares intergubernamentales de la Unión Europea y Naciones Unidas o viceversa" en *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*, A. Cuerdo Riezu y F. Jiménez García (Dirs.), Tecnos, Madrid 2009, pp.411-463; HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. *La Financiación del Terrorismo y las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2008.

⁶ Vid. AGUILERA B., "Law as a limit to power- The origins of the rule of law in the European legal tradition", en *Judicial Review. A Comparative Analysis inside the European Legal System*, S. Galera (Ed.), Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010, pp15-35.

que el Derecho internacional aún se haya inmerso en poder consolidar y superar la primera de ellas, aun cuando existan ejemplos singulares y sectoriales de leves incursiones en la segunda, principalmente en el ámbito de los derechos humanos, constituyendo la tercera un verdadero desiderátum⁷. Sobre este particular Abellán Honrubia ha mantenido su duda sobre la utilización de los términos sistema jurídico internacional para referirse al Derecho Internacional Público, “dada la manifiesta falta de coherencia entre algunas de sus normas; pero también es manifiesta la necesidad de adaptar el Derecho Internacional a la evolución –asimétrica, desigual y con frecuencia contradictoria– de la sociedad internacional. La simultaneidad de ambas exigencias– coherencia entre las normas y adecuación a los cambios operados en la Sociedad internacional– puede conducir, y de hecho conduce, a la coexistencia de normas y principios contradictorios, así como a desajustes en el contenido y funcionamiento del Derecho internacional”⁸. En este punto, ya no es una cuestión de identificación exclusivamente normativa del ordenamiento jurídico sino como una realidad sistemática global, de precisar si su evolución realmente ha supuesto paralelamente el cambio en cuanto a los intereses que ahora el ordenamiento internacional pretende defender. Como indicara hace tiempo G. Ripert, el derecho debe ser un factor de estabilidad pero se convierte en un fenómeno peligroso cuando es un factor de inmovilismo o de bloqueo, “*la transformation des conditions matérielles de la vie amène un changement dans les moeurs et, l'évolution des moeurs finit par rendre insupportable aux hommes le maintien des règles anciennes et à leur faire désirer d'autres plus convenables à leur vie*”⁹.

II. Las comisiones internacionales de investigación: la denuncia pública e institucionalizada como sanción mínima

Ante el carácter descentralizado de aplicación y sanción del ordenamiento internacional caracterizado, además, por un sistema jurisdiccional facultativo relativo y en ningún caso constitucional (aun cuando la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia podría desempeñar tal función), las comisiones internacionales de investigación han irrumpido de forma decisiva en las últimas décadas dentro del panorama internacional. La denuncia pública e institucional como sanción mínima, aunque en muchos casos, única. Cabría preguntarse en relación con el sistema financiero internacional anteriormente aludido, si este procedimiento de comisión inter-

⁷ Cfr. KLABBERS, Jan, PETERS Anne y ULFSTEIN Geir, *The Constitutionalizacion of International Law*, Oxford, 2009.

⁸ Vid. ABELLÁN HONRUBIA, V., “Sobre el método y los conceptos en Derecho Internacional Público”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, TI, Sevilla 2005, p.61. Vid. en el mismo sentido, SALMON, J., “Le Droit international à l'épreuve au tournant du XXI siècle” *CEBDI*, Vol. VI, 2002, pp. 35-361 y BELAÏD, S., “Société Internationale, Droit international: quelles mutations?” *CEBDI*, Vol.VII, 2003, pp. 39-340.

⁹ Vid. RIPERT, G., *Les Forces Créatrices du Droit*, LGDJ, Paris 1955, pp. 45-46.

nacional de investigación no constituiría una herramienta idónea, un particular “*Inside Job*”, para indagar, constatar y denunciar las causas de la actual crisis financiera así como para dirimir la responsabilidad de sus autores.

Estas comisiones internacionales de investigación, con independencia de su denominación¹⁰, fueron creadas en las Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y 1907 a iniciativa del eminente jurista ruso De Martens, en cuyo intervalo se constituyó con éxito la Comisión Dogger Bank de 1904, como mecanismo alternativo de solución de controversias de carácter no jurisdiccional con el objetivo principal del esclarecimiento de una cuestión de hecho en disputa entre las partes mediante un examen completo, contradictorio, objetivo e imparcial, mecanismo que se insertaría y perfeccionaría en acuerdos y convenios posteriores¹¹. Se trata de un mecanismo facultativo consentido convencionalmente por los Estados implicados destinado a la investigación de cómo habrían sucedido los hechos –caracterizados jurídicamente no como mera constatación social o fáctica– generadores de la disputa o controversia sin dirimir ni determinar responsabilidades. Como ha destacado Fanny Castro-Rial Garrone¹², estas comisiones estaban concebidas como un sistema independiente y heterónimo de los otros medios de arreglo que tienden a favorecer el acuerdo entre las Partes, sin imposiciones institucionales, antes bien, preservan y respetan la voluntad de los Estados tanto en el inicio del procedimiento como una vez concluido éste, porque las partes interesadas pueden, en cualquier caso, desestimar las conclusiones que adopte la comisión designada al afecto. Los Estados podrán, asimismo, conferirle a la comisión facultades más amplias y no estrictamente investigadoras. Era entendido que el desacuerdo entre las partes sobre la materialidad de los hechos frustraba, con frecuencia, el buen resultado de la mera negociación mientras que, por otro lado, se destacaba la posible función pacificadora de este medio de arreglo, porque dilata la adopción de la decisión política última, que habrá de supeditarse y atenerse al debido conocimiento de los hechos del litigio¹³. Se trata de sofocar tensiones en las que predominan las apreciaciones subjetivas más que el imperio del derecho, a la par de conseguir constatar los hechos de una manera exacta y completa.

¹⁰ Como se indica en el Informe del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del Fortalecimiento del Papel de la Organización de 1991, en los tratados internacionales y en otros instrumentos internacionales “se puede observar que los términos “investigación”, “determinación de los hechos” y “encuesta” se han utilizado, a veces de manera intercambiable, para designar este tipo de procedimiento”, Asamblea General, Documentos Oficiales, Cuadragésimo Sexto Período de Sesiones, Suplemento nº 33 (A/46/33), p. 56.

¹¹ Cfr. sobre esta cuestión, SHORE, W.I., *Fact-Finding in the Maintenance of International Peace*, Dobbs Ferry, New York, 1970 y BAR-YAACOV, N., *The Handling of International Disputes by Means of Inquiry*, Oxford, 1974. Los informes de las comisiones de investigación en los asuntos *Dogger Bank* (Gran Bretaña v. Rusia), *Tavignano*, *Tubantia* (Países Bajos v. Alemania), puede consultarse en *The Hague Court Reports*, James Brown Scott (ed.), Carnegie Endowment for International Peace, Nueva York, Oxford University Press, 1916 y 1932.

¹² Cfr. CASTRO-RIAL GARRONE, F., “Comisiones internacionales de investigación”, *REDI* 1986-2, pp.519-541.

¹³ El enfriamiento de la guerra. Fue el caso del *Maine* y la Guerra de EEUU y España, inspirador de la propuesta de Martens (dos comisiones de investigación de cada Estado).

En la actualidad, si bien se mantienen los rasgos anteriormente indicados se introducen otros nuevos. Aparece la investigación integrada o institucional y se fomenta la caracterización jurídica de los hechos de tal forma que las últimas comisiones han incidido sustancialmente en la evolución tanto normativa como institucional del Derecho internacional. En la investigación autónoma es fundamental el consentimiento de las partes en conflicto, tanto en la constitución de la comisión como en la posible ejecución del informe. La investigación integrada, en cambio, no se caracteriza, de modo estricto, por esa base consensual bilateral. La voluntad estatal no interviene en el momento del establecimiento de la comisión, que se desarrolla y actúa en un marco distinto al estrictamente interestatal, como es el ámbito de las organizaciones internacionales. Inicialmente a las comisiones de investigación les correspondía apreciar las circunstancias locales concretas y de hecho concurrentes en el origen del litigio. La disociación del examen de las cuestiones de hecho de las de derecho en la Convención de La Haya se debió al temor de que la constitución de las comisiones con carácter previo al nacimiento de una controversia pudiera imponer de forma inexcusable el sometimiento ulterior del litigio al arbitraje. Esta disociación tuvo una doble consecuencia: la limitación de la competencia de la comisión (es incompetente en los asuntos jurídicos) y el establecimiento de dos fases o etapas en la solución del conflicto: información y esclarecimiento de los hechos sin proceder a su calificación jurídica; y la fase de la decisión en la que la comisión se pronuncia sobre la realidad de los acontecimientos y la explicación auténtica del modo en que éstos han acaecido. En la actualidad la calificación jurídica resultan consustancial y las conclusiones de la misma suelen instar la apertura de procedimientos judiciales, internos o internacionales, así como la invocación del principio de justicia universal.

J.G. Merrills, tras el examen de los asuntos *Dogger Bank*, *Tavignano*, *Tiger*, *Tubantia*, *Red Crusader*, y el asunto *Letelier y Moffitt*, ya indicaba que las comisiones de investigación han ido adoptando un proceso “cuasi-arbitral” mediante el establecimiento de comisiones integradas por especialistas en Derecho internacional –constituida por magistrados de Tribunales internacionales–, de una fase escrita y otra oral, la actuación de agentes y letrados, el examen de testigos y expertos, y no se han limitado a las cuestiones fácticas sino que han entrado en cuestiones de calificación jurídica¹⁴. Así pues, la investigación puede combinar las ventajas de la diplomacia y de las técnicas jurídicas para ofrecer a las partes un informe imparcial sobre las cuestiones controvertidas o sugerir la solución del problema¹⁵. Flexibilidad y rigor que, por el contrario como ha señalado el autor indicado, no han supuesto un gran impulso en la creación de las comisiones de investigación, pues en situaciones especialmente controvertidas en la que los hechos dan lugar a diferentes interpretaciones o bien se

¹⁴ MERRILLS, J.G., *Internacional Dispute Settlement*, Cambridge, 2005, pp. 43-63.

¹⁵ Informe del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del Fortalecimiento del Papel de la Organización de 1991, *loc.cit.*, p. 58.

prefiere la compensación económica negociada para evitar la internacionalización de la disputa (el bombardeo por “error” por parte de la aviación americana de la embajada china durante la campaña militar de la OTAN contra Serbia en 1999 con ocasión del conflicto de Kosovo) o bien se acuden a otros mecanismos de investigación producto de la especialización convencional e institucional de la que se ha dotado el nuevo sistema internacional, relegando la maquinaria procedimental prevista en el marco convencional de La Haya¹⁶.

No obstante, este procedimiento se ha incorporado en determinados acuerdos internacionales¹⁷, su recurso está previsto en otros procedimientos de solución de controversias incluidos los jurisdiccionales¹⁸, ámbito en el que se ha destacado la singularidad de los mecanismos de investigación y prueba en razón de la especificidad de la materia y órgano de solución de controversias¹⁹, sin que haya prosperado su

¹⁶ En tal sentido se cita la Comisión de investigación designada por el Secretario General Pérez de Cuellar respecto a la utilización de armas químicas en la guerra entre Irán e Iraq de 1984, la Comisión de compensación de las Naciones Unidas creada por el Consejo de Seguridad tras la invasión de Kuwait por Iraq en 1990, así como el Informe de la Comisión de investigación del Consejo de la OACI sobre el derribo del Boeing 747 de las aerolíneas coreanas sobre el mar del Japón en agosto de 1983 por un caza soviético, informe que dio lugar a la enmienda del Convenio de Chicago sobre aviación civil de 1944 materializada en la inclusión del nuevo art.3 bis). Cfr. J.G. Merrills, op.cit. pp. 60-63.

¹⁷ Cfr., entre otros, arts. 26-29 de la Constitución de la OIT de 1919; art.26 del Convenio de Chicago sobre la aviación civil de 1944 respecto a la investigación de accidentes; art.33.3 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación de 1997 que en caso de fracaso de la negociación, buenos oficios y la mediación, la diferencia será sometida, a instancia de cualquiera de las partes y salvo acuerdo en contrario de las partes, a una comisión de determinación de los hechos regulada en los párrafos 4 a 9 del mencionado artículo.

¹⁸ El art. 50 del Estatuto y art. 67 del Reglamento de la CIJ, el art. 289 y el art.5 sobre determinación de los hechos en del Anexo VIII sobre arbitraje especial de la Convención sobre el derecho del mar de 1982. En el ámbito de la OMC, los arts. 11 y 13 relativos a los grupos de expertos especiales y apéndice 4 sobre los grupos consultivos de expertos del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Sobre esta cuestión, vid. SAVADOGO, L. “Le recours des juridictions internationales á des experts” *AFDI* 2004, pp.231-258; PAUWELYN, J., “The use of experts in WTO dispute settlement”, *ICLQ* vol.51 2002-2, pp.325-364. Por su parte, la investigación de los hechos resulta consustancial en los procedimientos penales, vid. al respecto los artículos 15 y 53-57 del Estatuto de la Corte Penal Internacional así como las reglas 46-50 y 104-116 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

¹⁹ Con motivo de la Sentencia de la CIJ en el asunto del *Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia)*, se ha planteado si en virtud del tipo de responsabilidad que ha de dirimir este Tribunal (la responsabilidad del Estado), no debería haberse distanciado de los criterios probatorios seguidos por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia que estuvieron muy presentes en el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas. A tal efecto el profesor F.J. Quel López ha afirmado que “desde el punto de vista estricto del caso y de los elementos fácticos sometidos a juicio del tribunal, lo cierto es que la Corte podría haber adoptado su propia calificación diferente de la del TPIY pues el objetivo último del proceso no era valorar concretas actuaciones penales en las que los avatares de los encausados determinan la calificación de su conducta, especialmente en cuanto al grado de convencimiento de su propia conducta genocida. Por el contrario, en el asunto ante la Corte, el objeto de la controversia ha sido determinar si la suma de hechos alegados constituye en su conjunto un hecho internacionalmente ilícito y si ese hecho es atribuible a un Estado. Asumir que, puesto que el TPIY no ha condenado por genocidio a personas concretas, no es posible afirmar la existencia de genocidio allí donde existe masividad y sistematicidad en el asesinato de miembros del grupo protegido es una huida injustificada. No estamos hablando de atribución, sino de la mera existencia del ilícito y la no probada mens rea particular de los autores materiales no incapacitaría a la Corte para afirmar que en los campos de concentración no se ha cometido una conducta genocida. Utilizar las sentencias del TPIY como argumento

inclusión en el ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados. Sobre esta última cuestión, en el séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados presentado por el relator especial G. Arangio Ruiz, el artículo 18 del entonces Proyecto de artículos referido a las consecuencias de un crimen internacional preveía en su punto 2 que el Estado que hubiera cometido o esté cometiendo un crimen internacional no se opondrá a que se realicen en su territorio operaciones de averiguación de los hechos o misiones de observación para verificar su cumplimiento de las obligaciones de cesación del comportamiento ilícito o reparación del daño causado. Claro que el subsiguiente artículo preveía la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia tras la confirmación de la denuncia de un crimen internacional por parte de la Asamblea General o el Consejo de Seguridad²⁰. No obstante, tal previsión no fue asumida ni por el Proyecto aprobado en primera lectura en 1996 sobre responsabilidad internacional de los Estados que dedicaba su parte III a la solución de controversias con referencia exclusiva a la negociación, conciliación y arbitraje – aun cuando entre las tareas de la comisión de conciliación se preveía la constitución de una comisión de investigación o encuesta para dilucidar las cuestiones planteadas y facilitar las informaciones necesarias del litigio²¹–, ni menos por el actual Proyecto de artículos de 2001 trasmutado en Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que prescinde de la parte relativa a la solución de controversias²².

Así mismo se ha de destacar su inclusión en los diferentes mecanismos institucionales de los que empezó a dotarse la Comunidad internacional en el siglo XX, en

para rechazar la calificación es claramente oportunista y evita tener que plantearse una atribución que probablemente hubiese sido posible. La sentencia presenta contradicciones desde el punto de vista del manejo de las pruebas en el sentido que, por una parte, afirma la independencia de la actuación de la Corte respecto de las sentencias del TPIY pues no es requisito esencial una condena penal para poder afirmar la atribución de un genocidio al Estado y, por otra parte, sostiene la calificación siempre por referencia a las calificaciones previamente realizadas por ese tribunal penal". Vid. QUEL LÓPEZ, F.J., "Construyendo la responsabilidad del Estado desde la responsabilidad penal individual. La intersección de ámbitos materiales y jurisdiccionales. Asunto relativo a la aplicación de la aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro). Sentencia de la CIJ de 26 de febrero de 2007" en *El Poder de los Jueces y El Estado Actual del Derecho Internacional*, L.I. Sánchez Rodríguez, F.J. Quel López, A. G. López Martín (Eds.), Universidad del País Vasco, Bilbao, p.537. Sobre esta cuestión vid. También GATTINI, A., "Evidentiary Issues in the ICJ's Genocide Judgment", *Journal of International Criminal Justice*, 2007-4, pp.889-904.

²⁰ Cfr. A/CN.4/469/Add.1, pp.3-4.

²¹ Véase el texto de los artículos sobre solución de controversias en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10)*, p. 157 a 162.

²² A tal efecto, en el informe final de la CDI se indica que "a recomendación del grupo de trabajo de composición abierta, la Comisión llegó al entendimiento de no incluir disposiciones sobre un mecanismo de solución de controversias, sino señalar a la atención el elaborado por la Comisión en su proyecto de primera lectura como posible medio para resolver las controversias relativas a la responsabilidad de los Estados; y dejar a la Asamblea General que examinara si debían incluirse disposiciones sobre solución de controversias, y en qué forma, en el caso de que decidiera elaborar una convención", vid. *Documentos Oficiales*, 56º período de sesiones Suplemento N° 10 (A/56/10) p.17 par.60. Sobre esta cuestión vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La Responsabilidad Internacional (Las Consecuencias del Hecho Ilícito)*, Murcia, 2005, pp.231-244.

particular, en el marco de las Agencias u Organismos especializados de las Naciones Unidas (OACI, AIEA...), de los Institutos de investigación y capacitación y Oficinas especiales de las Naciones Unidas (UNICRI, UNIDIR, UNRISD, UNODC...), así como en el marco de los sistemas jurídicos de derechos humanos. Particularmente el Derecho internacional de los derechos humanos ha hecho suyas las comisiones de investigación y las ha incorporado como mecanismos de control de los derechos humanos. En tal sentido se pueden destacar los *procedimientos públicos especiales* vinculados al Consejo de Derechos Humanos²³, la Comisión de Investigación y Conciliación en materia de Libertad Sindical y mecanismos de control *ad hoc* en el marco de la OIT²⁴, así como la función preventiva y prospectiva desempeñada por el Comité para la Prevención de la Tortura creado por el Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 1987, procedimiento que ha sido asumido por el Protocolo Facultativo de 2002 a la Convención onusiana contra la tortura de 1984²⁵. En el Derecho internacional humanitario destaca la facultativa Comisión Internacional de Encuesta prevista en el artículo 90 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977, aún cuando esta Comisión resulte más virtual que operativa²⁶. Asimismo, en la fase probatoria de numerosos contenciosos internacionales instruida ante las jurisdicciones internacionales se ha recurrido, a instancia de parte o de oficio, al establecimiento de comisiones de investigación²⁷.

En realidad se ha generado en el marco institucional una importante multiplicación de mecanismos de control y seguimiento de carácter político sobre un mismo ámbito material que si bien responden a las características y finalidades específicas de

²³ Además de estos procedimientos, cabe destacar la función del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ante las crisis internacionales. Así la Resolución 1556 (2004) del Consejo de Seguridad acoge complacido la labor realizada por la Alta Comisionada al enviar observadores de derechos humanos a Sudán por la crisis de Darfur e insta al Gobierno sudanés a su cooperación.

²⁴ Vid. E. López Terrada, "Los procedimientos de control especiales de la Organización Internacional del Trabajo: la protección internacional de los derechos fundamentales del Trabajo", en *Nuevas Controversias Internacionales y Nuevos Mecanismos de Solución*, V. Bou Franch, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp.237-277, en particular, pp.243-261.

²⁵ Sobre estos mecanismos, vid. NOWAK, M. "Fact-finding on torture and ill-treatment and conditions of detention", *Journal Human Rights Practice*, 2010-1, pp.101-119; RUILOBA ALVARIÑO, J., *El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o Degradantes, de 26 de noviembre de 1987. Su Aplicación en España*, Dykinson, Madrid, 2005.

²⁶ Para apreciar la inoperancia de esta Comisión basta con leerse su escueto último Informe Público en <http://www.ihffc.org/fr/index.html>. Sobre esta Comisión vid. CONDORELLI, L., "Le Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta: ¿un instrumento obsoleto o un medio útil de aplicación del Derecho Internacional humanitario?", *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 842, 2001, pp.393-405; K. KEITH, K., "International Humanitarian Fact-Finding Commission: its potential", 1999, n° 26, pp.101-105; KALSHOVEN, F. "The International Humanitarian Fact-Finding commission: a sleeping beauty?" *Humanitäres Völkerrecht*, 2002-4, pp.213-216

²⁷ Vid. al respecto *Fact-Finding before International Tribunals*, Eleventh Sokol Colloquium, R. B. Lillich (Ed.), Transnational Publishers, Virginia 1992.

cada una de las organizaciones internacionales que los habilita, no impide que en ocasiones se aprecie un cierto solapamiento, más cuando se trata de diferentes organismos operativos en un ámbito regional común (por ejemplo los distintos procedimientos de “monitoring” sobre derechos humanos previstos por la UE, el Consejo de Europa y la OSCE) y, en especial, cuando la proliferación de los mecanismos de seguimiento no significa necesariamente la garantía de su eficacia. Como se ha destacado respecto al ámbito europeo, “la existencia de varios sistemas de control puede ser origen de dificultades tanto para los «controladores» como para los «controlados». Para los primeros, porque el solapamiento o doble empleo al que conducen el seguimiento efectuado por la Asamblea parlamentaria y el «monitoring» del Comité de Ministros afecta a la credibilidad de la organización y a la disponibilidad de sus recursos. En cuanto a los segundos, porque origina una confusión respecto a los Estados sometidos al procedimiento de control al desconocer, en ocasiones, la instancia que lo verifica y percibir mensajes distintos provenientes de una misma Organización”²⁸.

Respecto a las comisiones de investigación constituidas fuera de los procedimientos institucionales, se ha destacado que en aras a conferirles una mayor credibilidad y operatividad se han de observar una serie de reglas referidas principalmente a tres extremos. En primer lugar, el mandato no sólo ha de ser concreto sino que ha de ser objetiva y neutralmente determinado sin prejuzgar la investigación. En cuanto a la composición de la comisión, los integrantes de la misma han de responder a los criterios de competencia, objetividad, integridad e imparcialidad. Por último, en cuanto al Estado o Estados investigados la necesidad de su consentimiento previo a la constitución y la misión de la comisión –al que habría que añadir el mantenimiento de consultas acerca de los extremos de la investigación–, exige el compromiso del Estado o Estados investigados de colaborar y no entorpecer las tareas de la misión, así como las relativas al examen y consecución de las pruebas que estimen oportunas²⁹.

III. Las comisiones internacionales de investigación en la concreción y desarrollo del Derecho internacional

Como se ha indicado, las comisiones internacionales de investigación han dado lugar a resultados diversos de interés en distintos planos. Resulta indiscutible la visibilidad de la reacción del derecho ante crisis y controversias internacionales, aun cuando la constatación de una violación por parte de una comisión sin posteriores procedimientos judiciales o sancionadores puede ahondar en la idea de la tolerancia

²⁸ Cfr. RUILOBA ALVARIÑO, J. “Los procedimientos de control sobre los derechos humanos en el ámbito regional europeo. Un caso particular: la situación de los derechos humanos en Turquía”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.13, 2002, p.823.

²⁹ Vid. FRANCK, T.M., y SCOTT FAIRLEY, H., “Procedural due process in human rights fact-finding by international agencies”, *American Journal International Law*, 1980-2, pp.308-345 y “The Belgrade Minimal Rules of Procedure for International human rights fact-finding missions”, *American Journal International Law*, 1981-1, pp.163-165.

del ordenamiento internacional hacia la impunidad, lo que debilita la esencia del estado de derecho que se pretende impulsar. No obstante, los informes de tales comisiones pueden tener especial interés respecto al esclarecimiento y concreción del contenido y alcance de la normativa internacional además de indicar y señalar las infracciones y los infractores. A tal efecto, la comisión consciente de su naturaleza no fiscalizadora ni legislativa puede adoptar una postura conservadora acerca de los distintos factores ínsitos en la situación examinada al entender que no le corresponde ni el impulso de desarrollos normativos propio de los Estados ni la resolución o interpretación judicial de la práctica y la evolución de los principios y valores internacionales. Sobre este particular y respecto a la Comisión de investigación internacional sobre el conflicto de Georgia instaurada por la Unión Europea, a la que se encomendó la investigación de los orígenes y el desarrollo del conflicto bélico en Georgia en relación con el Derecho Internacional, el Derecho humanitario y los derechos humanos y que tuvo que incidir sobre cuestiones de tanto interés como las relativas al principio de prohibición del uso de la fuerza, la legítima defensa –incluida la preventiva– y otras excepciones a tal principio –injerencia humanitaria, uso de la fuerza respecto a la libre determinación–, se ha resaltado que el informe emitido ha mantenido una postura conservadora sobre las cuestiones suscitadas, no admitiendo justificaciones sobre las que no existe un consenso suficiente y manteniendo una interpretación restrictiva de instituciones jurídicas como la legítima defensa pues, “dans l’ensemble, il est indéniable la Mission souhaite rester autant que possible dans le cadre du droit international positif existant”³⁰.

En otros supuestos, eluden resultados concluyentes sobre cuestiones no suficientemente reguladas en Derecho internacional o que plantean contradicciones. En este sentido, la Misión internacional de determinación de hechos encargada de investigar las violaciones del derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos, resultantes de los ataques israelíes contra la flotilla que transportaba asistencia humanitaria, creada por Resolución 14/1 de 2 de junio de 2010 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, constató la incertidumbre jurídica acerca de los bloqueos navales en alta mar, asumiendo que “la mayoría de los jurisconsultos están de acuerdo en que el derecho de la guerra naval sigue siendo potencialmente aplicable en la alta mar. Hubo un estudio de expertos independientes con el que se intentó codificar este ámbito del derecho, el Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar. Aunque no tiene carácter imperativo, este esfuerzo de codificación ha tenido notables repercusiones en la formulación de los manuales militares e Israel lo ha tomado expresamente como referencia”. No obstante, la Misión califica como contrario a derecho tal bloqueo en la medida en que, según lo dispuesto en el artículo 33 del Cuarto Convenio de Ginebra, están prohibidos los castigos colec-

³⁰ Vid. CORTEN O. “Le Rapport de la Mission d’Enquete Internationale Independante sur le conflit en Georgia: Quel apport au *jus contra bellum*” *RGDIP* 2010-1, pp. 60.

tivos de civiles bajo ocupación y uno de los principales propósitos del bloqueo fue castigar al pueblo de la Franja de Gaza por haber elegido a Hamás. Dada que esa era su motivación y teniendo en cuenta los efectos que las restricciones tuvieron en la Franja, no cabe duda de que las acciones y las políticas de Israel supusieron un castigo colectivo tal como se define en el derecho internacional. A ese respecto, la Misión hace coincidir sus argumentos con las conclusiones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967, Richard Falk, con el informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto de Gaza y con recientes declaraciones del CICR en el sentido de que el bloqueo constituye un castigo colectivo y un incumplimiento por Israel de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional humanitario³¹.

En otras ocasiones, los informes de la comisión han supuesto un importante incentivo en el desarrollo del Derecho internacional. Como ha destacado Ch. Bassiouni respecto a los informes de la Comisión de Expertos respecto a los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia³², las comisiones se enfrentan ante la novedad de, si no crear derecho, explorar, provocar la potencialidad normativa del Derecho Internacional en la calificación o identificación de las realidades objeto de investigación. Suponen un paso más en la labor política del Consejo de Seguridad que como tal no es un órgano de resolución de controversias jurídicas, y el precedente o complemento ante la posible actuación judicial³³. En este sentido han resultado decisivas las aportaciones de la Comisión internacional de investigación sobre Darfur respecto a la delimitación conceptual del crimen de genocidio y la definición de los grupos protegidos en función del criterio subjetivo (conciencia de pertenencia a un grupo)³⁴, el informe Goldstone sobre el conflicto de Gaza respecto a los crímenes de guerra, en particular la protección de los civiles³⁵, así como los distintos informes de las comisiones de investigación del Consejo de Europa y de la Unión Europea acerca de los denominados “vuelos secretos de la CIA” y sus repercusiones sobre la colaboración o complicidad de los Estados en la comisión del ilícito cometido por otro Estado³⁶.

³¹ Cfr. Doc. A/HRC/15/21 distribuido 27 de septiembre de 2010, pp.15-17.

³² Cfr. BASSIOUNI, Ch., “The United Nations Comisión of experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)” AJIL 1994 vol.88, pp.784-805. Como ha resaltado Bassiouni, hasta 1992 sólo habían existido dos comisiones de investigación de crímenes de guerra con la finalidad de su eventual persecución judicial tanto a nivel nacional o nivel internacional. La Comisión sobre la responsabilidad de la guerra y sobre la aplicación de penas por la violación de las leyes y costumbres de la guerra” y la “Comisión de Naciones Unidas sobre crímenes de Guerra de 1943” creada con anterioridad a la creación de las ONU. Al margen de los procesos de Nuremberg y Tokio, la política se impuso en ambos casos, a pesar del significativo número de investigaciones llevadas a cabo, con pruebas e informaciones sobre los crímenes cometidos.

³³ Cfr. *ibid.* 793-794.

³⁴ Vid. Doc. S/2005/60, Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad de 18 de septiembre de 2004.

³⁵ Vid. Doc. A/HRC/12/488 de 25 de septiembre de 2009.

³⁶ Sobre estas comisiones vid. RUILOBA ALVARINO, J., “La responsabilidad de los Estados Europeos en los vuelos secretos de la CIA. Especial referencia a España”, RDCE 2006, nº 24, pp. 541 y ss. SANTOS

Por otra parte, se ha de resaltar cómo las comisiones internacionales de investigación en los casos Darfur³⁷ y Hariri³⁸ constituyeron el paso previo para la remisión del asunto a la Corte Penal Internacional³⁹ así como para la constitución del Tribunal Especial para el Líbano⁴⁰. Por su parte, la referida Comisión internacional de investigación sobre el conflicto en Georgia, no encontró un mayor desarrollo judicial al declararse incompetente la Corte Internacional de Justicia en virtud de su Sentencia sobre excepciones preliminares de 1 de abril de 2011⁴¹. En el ámbito nacional y dado el marco de integración en el que se actuó, destacan las comisiones de investigación surgida a raíz del asunto denominado entregas extraordinarias en relación con los vuelos de la CIA. Tanto los informes concluidos por el Parlamento Europeo como por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha incidido sobre la complicidad de los Estados europeos en la comisión de los distintos ilícitos internacionales que implicaban tales entregas y vuelos, incidiendo en la necesidad de llevar a cabo investigaciones rigurosas en sus ámbitos nacionales (por el momento, en distintos países como España, Alemania e Italia se han abierto procesos judiciales⁴²), así como en la de establecer un marco jurídico más estricto respecto a los mecanismos de control de las operaciones llevadas a cabo por los servicios de inteligencia extranjeros. En su resolución de 19 de febrero de 2009 sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos, el Parlamento

VARA, J., "El Desafío de las «entregas extraordinarias» a la protección internacional de los derechos humanos: la responsabilidad de los Estados Europeos", *REDI*, 2007-1, pp.175-196; GUARDANS CAMBÓ, I., "Entregas extraordinarias, Torturas y vuelos de la CIA" en *Nuevos Desafíos del Derecho penal Internacional*, A. Cuerda Riezu y F. Jiménez García (Dirs.), Tecnos 2009, Madrid, pp.47-72.

³⁷ Constituida en virtud de la Resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad,

³⁸ Resolución 1595 (2005) del Consejo de Seguridad

³⁹ El 31 de marzo de 2005, la situación en Darfur, Sudán, fue referida a la Corte, por medio de la Resolución 1593, por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas que consideró que "la situación en el Sudán sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales". En consecuencia, el Fiscal recibió los archivos de la Comisión Internacional de Investigación de Darfur de la ONU junto con una lista clasificada de individuos que la Comisión identificó como sospechosos de cometer graves crímenes internacionales en Darfur, Sudán. Luego de examinar cuidadosamente miles de documentos provenientes de gran variedad de fuentes y de realizar entrevistas con más de 50 expertos independientes, el 6 de junio de 2005 el Fiscal abrió oficialmente su investigación sobre la situación de Darfur el 6 de junio de 2005. Desde entonces, se han emitido tres órdenes de arresto públicas a nombre de Ahmad Muhammad Harun, Ali Kushayb y Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. Ninguna de estas tres órdenes han sido ejecutadas dado que el gobierno de Sudán las ha desafiado abiertamente y se ha negado consistentemente a cooperar con la Corte y con la comunidad internacional.

⁴⁰ Las disposiciones del Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento del Tribunal Especial y su Estatuto surtieron efecto en virtud de la resolución 1757 (2007) del Consejo de Seguridad. El Acuerdo y el Estatuto fueron negociados por las Naciones Unidas y el Gobierno del Líbano sobre la base de la solicitud formulada por el Consejo de Seguridad en su resolución 1644 (2005). Vid. el Informe anual del Tribunal Especial para el Líbano (2009-2010) presentado al Consejo de Seguridad (S/2010/159).

⁴¹ Cfr. Asunto sobre la *Aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (Georgia c. Rusia), *ICJ Reports* 2001.

⁴² En 2009 un Tribunal de Milán condenaba en rebeldía a 23 agentes de la CIA por el secuestro de Abu Omar. Previamente el Tribunal Constitucional italiano se había pronunciado sobre distintas cuestiones relativas al tema del secreto de estado. Cfr. *Público* de 4 de noviembre de 2009.

Europeo solicitaba a los Estados miembros, al Consejo y a la Comisión que llevaran plenamente a la práctica las recomendaciones formuladas en la resolución de 14 de febrero de 2007 y que “colaborasen en la búsqueda de la verdad mediante la realización de investigaciones o cooperando con los organismos competentes divulgando y facilitando toda la información pertinente, y velando por el control parlamentario de la actuación de los servicios secretos”⁴³.

IV. Revitalización y reformulación de las comisiones de investigación: mecanismo de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales

Este proceso de institucionalización de la determinación de los hechos no podía resultar ajeno a las Naciones Unidas en su misión de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, por lo que inmediatamente se resalta el potencial protagonismo que al respeto pueden y deben desempeñar los órganos principales de la ONU, sin olvidar que el artículo 34 de la Carta prevé que el Consejo de Seguridad podrá investigar toda controversia, o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia, a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. Tal virtualidad es resaltada por la Asamblea General de forma general en la “Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales”⁴⁴, en su “Declaración sobre la prevención y eliminación de controversias y situaciones que puedan amenazar la paz y la seguridad internacionales y sobre el papel de las Naciones Unidas en esa esfera”⁴⁵ y, de forma particular, en virtud de la Resolución 2329 (XXII) sobre la “Cuestión de los métodos para la determinación de los hechos” de 8 de diciembre de 1967 y la “Declaración sobre la determinación de los hechos por las Naciones Unidas en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” de 9 de diciembre de 1991⁴⁶.

Mediante estas resoluciones se asume la capacidad operativa de estas comisiones en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales así como su valor como instrumentos para promover el arreglo pacífico de controversias y la prevención y eliminación de las amenazas a la paz, esto es, como mecanismos de alerta temprana y de diplomacia preventiva. Como destacara el Secretario General en su informe “Un programa de paz: diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz”, resulta necesario recurrir más a la investigación de los hechos a propuesta del Consejo de Seguridad, de la Asamblea General o del propio Secretario General vía artículo 99 de la Carta de las Naciones Unidas, pues no sólo facilitan la informa-

⁴³ Vid. punto 2 de la Resolución, P6_TA(2009)0073.

⁴⁴ Resolución 37/10 de 15 de diciembre de 1982.

⁴⁵ A/RES/43/5 de 17 de octubre de 1988.

⁴⁶ A/RES/46/59 de 9 de diciembre de 1991, confirmada en la Resolución 57/26 sobre la “Prevención y solución pacífica de controversias” de 19 de noviembre de 2002.

ción necesaria para decidir la adopción de las oportunas medidas, sino que en algunos casos las misiones de esta índole podían ayudar a neutralizar una controversia por su sola presencia al indicar a las partes que la Organización, y en particular el Consejo de Seguridad, se están ocupando activamente de la cuestión por considerarla una amenaza efectiva o potencial para la seguridad internacionales⁴⁷. Pretenden, además, provocar la actuación de los órganos de las Naciones Unidas en unión con los Estados interesados y los organismos especializados y regionales, reforzar el carácter institucional de este procedimiento, aun cuando siga siendo imprescindible el consentimiento previo del Estado territorial donde se va a efectuar la encuesta.

Así en la mencionada Declaración de 1991 no sólo se recuerda que el Consejo de Seguridad, la Asamblea General y el Secretario General pueden emprender misiones de determinación de los hechos en el contexto de sus respectivas competencias, sino que además se indica que el Consejo de Seguridad (también la Asamblea General) debería considerar la posibilidad de llevar a cabo actividades de determinación de los hechos a fin de cumplir con eficacia su responsabilidad primordial respecto la mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y considerar cuando procediera la posibilidad de prever en sus resoluciones el recurso a la determinación de los hechos. No obstante, la pieza clave y operativa sobre la que se pretende articular este sistema de investigación es el Secretario General al que se encomienda la tarea de la “alerta temprana” sobre controversias y situaciones, dentro de la cual se incorpora la necesidad de activar las comisiones de determinación de los hechos.

A tal efecto en la Parte IV de la Resolución se indica que “el Secretario General debería fiscalizar de manera regular y sistemática la situación de paz y seguridad internacionales para alertar prontamente sobre las controversias o situaciones que pudieren ponerlas en peligro. El Secretario general podrá señalar la información pertinente a la atención del Consejo de Seguridad y, si procede, de la Asamblea General. Con este fin, el Secretario General debería utilizar plenamente la capacidad de reunir la información de la Secretaría y mantener en examen la posibilidad de mejorar esa capacidad”. Asimismo se le encomienda preparar y mantener al día listas de expertos en diversos campos que podrían participar en misiones de determinación de los hechos⁴⁸. En realidad el Secretario General con anterioridad y posterioridad a esta Resolución ha desempeñado un importante papel en la mediación de los con-

⁴⁷ Cfr. par.25 del Informe (S/24111). Durante el período 1989-1992 el Consejo de Seguridad aprobó dos decisiones en que se solicitaba expresamente al Secretario General que desempeñara funciones de determinación de los hechos o investigación o las iniciara: las violaciones del derecho humanitario internacional cometidas en la ex Yugoslavia y el conflicto civil en Liberia. Además el Consejo acogió con satisfacción o apoyó expresamente las misiones de determinación de los hechos enviadas por el Secretario General a Camboya, Moldova, Nagorno-Karabaj, Georgia, Uzbekistán y Tayikistán. Vid. Capítulo X: Examen de las disposiciones del Capítulo VI de la Carta en *Repertorio de la Práctica del Consejo de Seguridad*, Suplemento 1982-1992, pp.650-654 (ST/PSCA/1/Add.11).

⁴⁸ Vid al respecto, Axel Berg, “The 1991 Declaration on the Fact-finding by the United Nations”, *European Journal International Law*, 1993, núm.4-1, pp.114-121.

flictos internacionales no sólo de forma paralela a la actuación del Consejo de Seguridad – la determinación de los hechos y los informes de Secretario General han provocado que el Consejo creara, modificara o extinguiera misiones u operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas–, sino también a iniciativa propia en el cumplimiento de sus atribuciones, siendo significativa su actuación respecto a la Comisión de investigación sobre la utilización de armas químicas en la guerra Irán-Iraq de 1987⁴⁹. Así se procede a definir la determinación de los hechos como toda actividad encaminada a obtener un conocimiento detallado de los hechos pertinentes de cualquier controversia o situación que los órganos competentes de las Naciones Unidas necesiten para desempeñar eficazmente sus funciones en relación con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, exigiéndose que tal determinación debe ser completa, objetiva, imparcial y oportuna. La decisión del órgano competente de las Naciones Unidas de proceder a una determinación de los hechos debería contener siempre un mandato claro para la misión de la determinación así como instrucciones precisas respecto al informe final, el cual debería ser una mera presentación de los hechos, de carácter fáctico.

V. Las comisiones internacionales de investigación en el ámbito de los derechos humanos y del Derecho penal internacional

El desarrollo del Derecho internacional penal, instado en gran medida por la creación y labor de las comisiones de investigación auspiciadas por el Consejo de Seguridad, en particular el trabajo desempeñado por las Comisiones de Expertos encargadas de investigar las presuntas violaciones del Derecho internacional humanitario en la ex Yugoslavia y para Ruanda, han otorgado un nuevo cariz a estas comisiones. Así, dentro de la actividad del Secretario General destaca su labor, de forma conjunta con el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ACNUDH)⁵⁰ y la Comisión, ahora Consejo, de Derechos Humanos, en el ámbito

⁴⁹ Sobre esta cuestión vid. Bourloyannis “Fact-finding by the Secretary-General of the United Nations”, *New York Journal of International Law and Politics*, 1991, pp. 641-669; M. J. Aznar Gómez, “La Determinación de los hechos por el Secretario General de las Naciones Unidas en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996-1, pp. 71-98.

⁵⁰ En el Informe del Secretario General sobre la impunidad, se indica que “la labor del ACNUDH en lo que respecta a las comisiones internacionales de investigación y las misiones internacionales de determinación de los hechos ha evolucionado en los últimos años. Para las primeras comisiones de investigación el ACNUDH proporcionó una secretaría integrada por seis miembros. A medida que se ampliaba el mandato de las comisiones, especialmente en relación con peticiones concretas de identificación de los autores de violaciones, surgió la necesidad de ampliar las secretarías y disponer de nuevos conocimientos especializados, en particular en la esfera de la violencia sexista, el análisis militar y la ciencia forense. Además, las experiencias más recientes han puesto de manifiesto la importancia de crear archivos apropiados para organizar la información recopilada por las comisiones y registrar el análisis de los incidentes. El ACNUDH ha reforzado su capacidad para cumplir esa función y, mediante el plan de acción presentado por la Alta Comisionada, está firmemente decidido a aumentar su capacidad y sus conocimientos para proporcionar asistencia y apoyo jurídico y técnico a esas misiones de determinación de los hechos y comisiones de investigación”. Y a continuación se destaca que “Aunque los pro-

del fin de la impunidad y el establecimiento de la responsabilidad internacional por la comisión de crímenes internacionales así como en el impulso del estado de derecho y la democracia. Como indica el Informe del Secretario General de 2006 “Aunar nuestras fuerzas para fortalecer el apoyo de las Naciones Unidas al estado de derecho”, las cuestiones del estado de derecho y la justicia de transición se están integrando sistemáticamente en la planificación estratégica y operativa de las nuevas operaciones de paz, mientras que casi todos los Estados Miembros ya reconocen el establecimiento del estado de derecho como un aspecto importante del mantenimiento de la paz. Dentro de este marco destacamos el Informe sobre “Promoción y protección de los derechos humanos: Impunidad”⁵¹.

En cuanto al estado de derecho, los principales hitos de este proceso han sido la Declaración del Milenio⁵²; el informe del Secretario General sobre el “Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”⁵³; el “Informe Brahimi”⁵⁴; el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005⁵⁵, y los informes del Secretario General titulados “Aunar nuestras fuerzas para fortalecer el apoyo de las Naciones Unidas al estado de derecho” de 2006⁵⁶ y “Fortalecimiento y coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del Estado de derecho” de 2008⁵⁷, así como el establecimiento de nuevos mecanismos para todo el sistema, consistentes en el Grupo de Coordinación y Apoyo sobre el Estado de Derecho, que recibe la colaboración de la Dependencia de Asistencia sobre el Estado de Derecho de la Secretaria General, y en un sistema de entidades principales no exclusivas para distintos subsectores que se ocupan del tema⁵⁸. Este objetivo ha sido asumido por la Asamblea General⁵⁹ y ha sido debatido por el Conse-

cedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos desempeñan una función esencial en la supervisión y seguimiento de la situación de los derechos humanos en el plano nacional, no pueden sustituir la función que puede desempeñar una comisión internacional de investigación. Comparativamente, las comisiones internacionales han funcionado con recursos, apoyo y conocimientos especializados mucho más amplios, lo que les ha permitido elaborar informes voluminosos y amplios en los que se podía hacer una descripción detallada de los hechos y minuciosos análisis jurídicos. Esto ha ayudado a su vez a aumentar la sensibilización de la opinión pública y ha influido en las actividades intergubernamentales”, E/CN.4/2006/89 de 15 de febrero de 2006, pp.6-7. Vid. al respecto el Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición presentado en 2009 por el ACNUDU al alto Comisionado y al Secretario General (A/HRC/12/18).

⁵¹ E/CN.4/2006/89 de 15 de febrero de 2006 que se presenta de conformidad con la resolución 2005/81 de la Comisión de Derechos Humanos sobre la impunidad y toma como referencia el “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, E/CN.4/2005/102/Add.1. de 8 de febrero de 2005.

⁵² A/RES/55/2

⁵³ S/2004/616

⁵⁴ A/55/305-S/2000/809.

⁵⁵ A/RES/60/1

⁵⁶ A/61/636-S/2006/980 y Corr.1

⁵⁷ A/63/226.

⁵⁸ Vid. el Informe del Secretario General sobre “El estado de derechos en los planos nacional e internacional” de 2008 que recoge la lista de actividades actuales de las Naciones Unidas para la promoción del estado de derecho (A/63/64).

⁵⁹ Cfr. A/RES/61/39, A/RES/62/70 y A/RES/63/128.

jo de Seguridad que ha destacado la importación de esta cuestión en distintas resoluciones referidas a la violación del derecho humanitario y de los derechos humanos en los conflictos armados recomendando el establecimiento de comisiones de investigación⁶⁰. En estos documentos se afirma que el estado de derecho es tanto una finalidad de la Organización como un medio para lograr sus propósitos, principio que se concreta en los siguientes términos:

“Para las Naciones Unidas, el concepto de «Estado de derecho» ocupa un lugar central en el cometido de la Organización. Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal”⁶¹.

Asimismo se resalta que la necesidad de fortalecer el estado de derecho no sólo radica en alcanzar este objetivo respecto de los Estados, que es una tarea primordial, sino también para fortalecer el propio sistema de las Naciones Unidas que presenta cierta desconexión entre el ámbito normativo y el operacional en la Organización, que reduce su capacidad para promover la aplicación del derecho internacional en los países, a pesar de poseer conocimientos especializados en el plano mundial. Además se pretende también reducir el importante déficit de estado de derecho que sufren las instituciones internacionales en general y la Organización de las Naciones Unidas en particular. A tal efecto se declara que, entre otras responsabilidades, las Naciones Unidas tienen la obligación especial de impartir a su personal justicia oportuna, eficaz y ecuatorial mediante su sistema interno de justicia⁶². La coordinación

⁶⁰ Cfr. S/PRST/2003/15, S/PRST/2004/2, S/PRST/2004/32, S/PRST/2005/30, S/PRST/2006/28 y entre otras Resoluciones 1325 (2000); 1612 (2005), 1674 (2006) y 1820 (2008). Vid. los informes presentados por el Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados (S/2009/277) y sobre la aplicación de la Resolución 1820 (2008) relativa a la violencia sexual en el contexto de los conflictos armados (S/2009/362).

⁶¹ Par.6 del Informe del Secretario General sobre el “Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (S/2004/616). Vid. también el segundo informe presentado por el Secretario General sobre el “Fortalecimiento y coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho” distribuido el 20 de agosto de 2010 (A/65/318). Asimismo las resoluciones de la Asamblea General sobre “El estado de derecho en los planos nacional e internacional”, en particular, las resoluciones 63/128 de 11 de diciembre de 2008, 64/116 de 16 de diciembre de 2009 y 65/32 de 6 de diciembre de 2010.

⁶² Vid. al respecto el Informe del Secretario General de 2008 acerca de las reformas emprendidas en el ámbito de la Administración de justicia en las Naciones Unidas (A/63/314) y la Resolución 63/253 de la Asamblea General de 24 de diciembre de 2008 por la que se aprueba un nuevo sistema de administración de justicia.

general de la labor relativa al estado de derecho ha sido encomendada al Grupo de Coordinación y Apoyo sobre el Estado de Derecho, dirigido por la Vicesecretaria General y respaldado por la Dependencia sobre el Estado de Derecho⁶³.

Es fundamental que se respeten las garantías inherentes al estado de derecho en relación, por ejemplo, con los regímenes de sanciones del Consejo de Seguridad. En congruencia la proclamación de tal principio ha obligado a introducir importantes reformas en el sistema de sanciones antiterroristas, provocado en cierta medida por las críticas suscitadas por distintos organismos, incluidas ciertas condenas judiciales (entre otros el asunto *Kadi*) ante los problemas jurídicos y de otra índole que suscita un sistema confidencial, político ajeno a todo tipo de garantías jurídicas y de control judicial o equiparable que provocaba un total estado de indefensión contrario a los principios más elementales del estado de derecho actual⁶⁴. Fruto de esta situación ha sido la creación de la oficina del *Obudsman* mediante la Resolución 1904 (2009) del Consejo de Seguridad, adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta que viene a paliar, que no erradicar, los problemas que tal sistema suscita⁶⁵.

En el Informe sobre impunidad, el Secretario General destaca que existe un amplio consenso acerca de que las comisiones de investigación y las misiones de

La resolución estableció, entre otras, dos nuevos tribunales: el Tribunal Contencioso-Administrativo de las Naciones Unidas y el Tribunal de Apelaciones de las Naciones Unidas. Estos dos órganos resolverán las diferencias internas y los asuntos disciplinarios en las Naciones Unidas

⁶³ El Grupo está integrado por el Departamento de Asuntos Políticos, el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la Oficina de Asuntos Jurídicos, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, el Alto Comisionado para los Refugiados, el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. El Grupo ha elaborado directrices de política amplias para evitar la duplicación y aumentar al máximo las sinergias, y está adoptando un nuevo enfoque estratégico basado en resultados de la labor de las Naciones Unidas en el ámbito del estado de derecho. El Grupo ha acordado un plan estratégico conjunto para 2009-2011 y hasta la fecha ha elaborado las siguientes notas de orientación del Secretario General: el enfoque de las Naciones Unidas de la asistencia en el ámbito del estado de derecho, el enfoque de las Naciones Unidas de la justicia de menores y las Naciones Unidas y la elaboración de constituciones. Acerca de este Grupo y sus actividades ver http://es.unrol.org/article.aspx?article_id=6.

⁶⁴ Cfr. pars.14-28 del Informe del Secretario General, "Fortalecimiento y coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho" (A/63/226). Sobre el estado de derecho en Derecho internacional ver *L'Etat de Droit en Droit International*, Colloque de Bruxelles, Pedone, Paris, 2009; S. Chesterman, "An International Rule of Law?", en *New York University School of Law*, April 11, 2008, Papers 70 (<http://lsr.nellco.org/nyu/plltwp/papers/70>). Respecto a la aplicación de este principio a los comités de sanciones del Consejo de Seguridad, F. Jiménez García, "Tutela judicial efectiva, Pilares intergubernamentales de la Unión Europea y Naciones Unidas o viceversa" en *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*, A. Cuerda Riezu y F. Jiménez García (Dir.), Tecnos, Madrid 2009, pp.411-463; L.M. Hinojosa Martínez, *La Financiación del Terrorismo y las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2008.

⁶⁵ Conforme se indica en su página web (<http://www.un.org/es/sc/ombudsperson/>), el mandato del Ombudsman consiste en reunir información y comunicarse con los Estados y organizaciones pertinentes y los autores de las solicitudes en relación con estas. El Ombudsman presentará un informe amplio al Comité de Sanciones en el plazo previsto. En el informe se expondrán los principales argumentos relativos a la solicitud de exclusión en cuestión, basados en un análisis de la información disponible y en las observaciones del Ombudsman. El Ombudsman transmitirá al autor de la solicitud la decisión que adopte el Comité con respecto a la solicitud de exclusión.

determinación de los hechos pueden desempeñar una importante función en la lucha contra la impunidad. A tal efecto se destaca que “recientemente se han creado comisiones internacionales de investigación con amplios mandatos, en los que se pide que se determinen cuestiones jurídicas complejas y se identifique a los autores de violaciones de los derechos humanos. La labor rigurosa y amplia de las comisiones de investigación puede ayudar a los órganos intergubernamentales de las Naciones Unidas, en particular la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo de Seguridad, en sus procesos de adopción de decisiones sobre las medidas necesarias cuando se producen graves violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”⁶⁶.

Desde el punto de vista sustantivo y personal estas comisiones introducen un nexo intermedio entre el Derecho internacional de los derechos humanos fundamentado en la responsabilidad del Estado ante las personas sometidas a su jurisdicción y el Derecho internacional penal fundamentado sobre la base de la responsabilidad internacional del individuo. Así en el Principio 8 sobre “delimitación del mandato de una comisión” del Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad se destaca que respecto a estas comisiones “sus investigaciones se referirán a todas las personas acusadas de presuntas violaciones de los derechos humanos y/o del derecho humanitario, tanto si las ordenaron como si las cometieron, si fueron autores o cómplices, y tanto si se trata de agentes del Estado o de grupos armados paraestatales o privados relacionados de algún modo con el Estado, como de movimientos armados no estatales considerados beligerantes. Sus investigaciones podrán abordar asimismo la función de otros protagonistas para facilitar las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario”. Para a continuación precisar que “las comisiones estarán facultadas para investigar todas las formas de violación de los derechos humanos y del derecho humanitario. Sus investigaciones se referirán prioritariamente a las que constituyan delitos graves según el derecho internacional, y en ellas se prestará especial atención a las violaciones de los derechos fundamentales de la mujer y de otros grupos vulnerables”⁶⁷.

Sobre este particular resulta de interés el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sierra Leona acerca del contenido de la expresión “violaciones y abusos” prevista en su mandato (art.6.1). Fundamentándose principalmente en el

⁶⁶ Cfr. E/CN.4/2006/89 de 15 de febrero de 2006, pp.2-3. En el presente informe se analizan algunas comisiones internacionales de investigación y misiones internacionales de determinación de los hechos apoyadas por el ACNUDH en varios países que son escenario desde hace años de conflictos y violaciones masivas de los derechos humanos. En particular, el informe resume la labor de las comisiones internacionales de investigación creadas en 1999 para el entonces llamado Timor Oriental, en 2000 para el Togo, en 2001 para los Territorios Palestinos Ocupados, en abril y junio de 2004 para Côte d'Ivoire y en 2004 para la región de Darfur en el Sudán. Además, también se hace referencia a las misiones de determinación de los hechos realizadas por el ACNUDH en 2005 en relación con los acontecimientos en Andijan (Uzbekistán) y el Togo. Por último, en el informe se examina la remisión por el Consejo de Seguridad a la Corte Penal Internacional a partir del 1º de julio de 2005 de la situación en Darfur.

⁶⁷ E/CN.4/2005/102/Add.1, p.9.

Protocolo a la Carta Africana de Derechos humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África adoptada en julio de 2003, así como en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer aprobada por la Asamblea General mediante la Resolución 48/104 de 23 de febrero de 2000 y la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, precisa que el término “abuso” hace referencia particularmente a los actos cometidos por individuos contra otros individuos más que a las violaciones cometidas por los Estados. La Comisión asume que tal concepción supera la doctrina del “efecto horizontal de las violaciones de los derechos humanos” atribuidas a los Estados por actos de particulares⁶⁸, se incardina en la tendencia de hacer responsables a los individuos por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del humanitario⁶⁹ para concluir que:

“In the light of the reference to ‘violations and abuses’, the Commission has decided that its mandate is a very broad one. It is not limited by use of adjectives such as ‘gross’ or ‘serious’. The addition of the term ‘abuses’, which may be taken to encompass human rights violations committed by individuals rather than States or governments, enlarges rather than restricts the mandate. Accordingly, the Commission’s mandate is not confined to violations of human rights that might constitute crimes, under either national or international law, nor is it limited to violations committed by States or governments. The word ‘abuse’ appears nowhere in the Lomé agreement. Thus, Parliament somewhat enlarged the scope of the TRC from what had been originally contemplated in the Lomé Peace Agreement”⁷⁰.

VI. Las comisiones internacionales de investigación (“comisiones de la verdad”) y la justicia transicional. El fin de la impunidad y la promoción del estado de derecho

Finalmente se ha de incidir acerca del informe sobre “el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o que han sufrido conflictos” presentado al Consejo de Seguridad⁷¹. Respecto del mismo, hemos de reseñar las venta-

⁶⁸ Como se indica en el párrafo 42 del Capítulo I, Vol.1, p.35, “Under certain circumstances, a State may be held responsible for acts or omissions that constitute violations or abuses of human rights when committed by an individual or group under its control, or over which it has some responsibility. A State is expected to exercise due diligence in preventing individuals from violating the human rights of other individuals. The term ‘horizontal violations of human rights’ is used in this context”.

⁶⁹ Conforme al párrafo 43 del Capítulo anteriormente indicado: “There is a growing body of law to support the idea of the involvement of ‘non-state actors’ in violations or abuses of human rights. ‘Non-state actors’, be they individuals, groups or organizations, are neither parties to international human rights or international humanitarian law treaties nor are they, as a general rule, bound by national constitutions. Nevertheless, it may be possible to impute certain violations and abuses of human rights and international humanitarian law to them”

⁷⁰ Ibid. par. 46.

⁷¹ S/2004/616.

jas que ofrecen tales comisiones en el ámbito del esclarecimiento de la verdad, la reconciliación y la justicia.

En primer lugar se nos ofrece el contexto social e institucional en el que han de operar estas comisiones para poder calibrar el esfuerzo, así como sus probabilidades de éxito, que supone el restablecimiento del Estado de derecho y devolver la confianza de la población en las instituciones que hasta entonces han resultado inoperantes, partícipes o cómplices de las violaciones que ahora se pretenden reparar. En este sentido se ha de proceder a la evaluación de las necesidades y la capacidad nacionales. A tal efecto se destaca que estamos ante sociedades traumatizadas y divididas y ante un contexto marcado por unas instituciones devastadas y unos recursos agotados. Además resulta preciso prestar atención a múltiples deficiencias, entre ellas las relativas a la falta de voluntad política para introducir reformas, de independencia institucional en la administración de justicia, de capacidad técnica en el país, de recursos materiales y financieros, de confianza de los ciudadanos en el gobierno, de respeto de los derechos humanos por los poderes públicos y, más en general, de paz y de seguridad. Por todo ello resulta imprescindible conocer el contexto de cada país, desechando el automatismo en cuanto a la imposición de modelos extranjeros. En consecuencia, se debe evaluar múltiples factores, tales como la naturaleza del conflicto subyacente, la voluntad de las partes, los antecedentes de abusos generalizados, la identificación de grupos vulnerables como minorías o personas desplazadas, la situación y el papel de la mujer, la situación de los niños, las consecuencias de los acuerdos de paz para el Estado de derecho y la condición y naturaleza de las tradiciones, las instituciones y el sistema jurídicos del país. Las mejores experiencias en la justicia de transición se deben en gran parte a la cantidad y la calidad de las consultas celebradas públicamente y con las víctimas. Las consultas a nivel local permiten comprender mejor la dinámica del conflicto anterior, los patrones de discriminación y los tipos de víctimas. Si bien la comunidad internacional ha impuesto en ocasiones soluciones externas de justicia de transición, actualmente se va imponiendo una nueva tendencia más abierta, caracterizada por la celebración de consultas, con ejemplos como los de Sierra Leona o Afganistán.

Dentro de este contexto, destaca el político. Por esta razón se indica que a pesar de que las estrategias efectivas para establecer el Estado de derecho han de centrarse necesariamente en los requisitos legales e institucionales, también hay que prestar la atención debida a los elementos políticos. El restablecimiento de los sistemas de justicia, la planificación de las reformas del Estado de derecho y el logro de acuerdos sobre los procesos de justicia de transición son actividades que revisten el más alto interés público. En consecuencia, habrán de ser objeto de consultas y debates públicos y profundos, desde un punto de vista tanto político como técnico. También es importante tener presente que las reformas del Estado de derecho y las actividades de la justicia de transición suelen tener lugar al tiempo que se celebran elecciones posteriores al conflicto y simultáneamente al despliegue de frágiles procesos de paz.

Una secuencia cuidadosa de esos procesos resulta vital para su éxito y legitimidad. Justicia y paz no son fuerzas contrapuestas; cuando se trata de establecerlas bien, se promueven y sostienen una a la otra. Así pues, la cuestión no podrá ser nunca si hay que fomentar la justicia y la rendición de cuentas, sino más bien cuándo y cómo hacerlo. Ello supone reconocer que las operaciones de paz de las Naciones Unidas, con algunas excepciones notables, están concebidas como intervenciones a corto plazo, mientras que la responsabilidad por los hechos pasados, la construcción del Estado de derecho y el fomento de la democracia son procesos a largo plazo. Como tal, la planificación estratégica debería tener en cuenta desde un primer momento la necesidad de establecer fases sucesivas y de obtener apoyo internacional en estos ámbitos con posterioridad a la misión, incluida la asistencia para el desarrollo a largo plazo.

En consecuencia, se constata el carácter contingente de la institución de “justicia de transición” – que no de sus objetivos–, pues como se indica en el informe, abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación⁷². Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos. Cuando sea necesaria una justicia de transición, las estrategias utilizadas deben ser holísticas y prestar una atención integrada a los procesos, las indemnizaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes y las destituciones o a una combinación adecuada de los elementos anteriores. Es más, la justicia de transición debe tratar más ampliamente las causas profundas de los conflictos y las violaciones conexas de todos los derechos, incluidos los derechos civiles, económicos, sociales y culturales incluidos los relativos al género⁷³.

En este sentido, la Comisión de la Verdad, la Justicia y la Reconciliación en Kenia investigará también los principales delitos económicos, en particular los casos graves de corrupción, injusticias históricas respecto de las tierras y la adquisición ilegal o irregular de la tierra, especialmente en situaciones de conflicto o con violencia. Por su parte en Uganda el organismo encargado de la investigación del pasado y cuestiones conexas tendrá entre otras funciones tomar disposiciones especiales para

⁷² Resulta de interés las actividades desarrolladas por el Centro Internacional para la Justicia Transicional (<http://www.ictj.org/es/index.html>)

⁷³ Vid. al respecto “Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición” (A/HRC/12/18), p. 4. Asimismo, ARBOUR L., “Economic and social justice for societies in transition”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 40 2007-1, pp.26-27.

los casos de violencia de género, mientras que la dependencia encargada de realizar investigaciones y diligencias con respeto a los juicios y otros procedimientos formales prestará especial atención a los crímenes y las violaciones de que sean víctimas las mujeres y los niños, cometidos durante el conflicto. A tal efecto resulta significativa la relevancia de los derechos económicos, sociales y culturales, que supera el concepto clásico de la restitución íntegra (*restitutio in integrum*), asumido en el informe de 2004 de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sierra Leona⁷⁴, así como la especial atención prestada a los derechos de las mujeres, las jóvenes y los niños, en particular respecto a su reclutamiento como crimen de guerra⁷⁵.

Las Naciones Unidas deben considerar por medio de la planificación anticipada y la consulta previa qué interacción hay entre los distintos mecanismos de la justicia de transición, a fin de asegurarse de que no entren en conflicto los unos con los otros. Así por ejemplo, actualmente se reconoce en general que las comisiones de búsqueda de la verdad pueden servir de complemento de los tribunales penales, como ha quedado de manifiesto en los casos de Argentina, Perú, Timor-Leste o Sierra Leona. Por otra parte, el establecimiento de comisiones nacionales independientes de derechos humanos es una estrategia complementaria y prometedora para ayudar a restablecer el Estado de derecho, resolver las controversias por medios pacíficos y proteger a grupos vulnerables en los lugares en que el sistema de justicia no funciona cabalmente aún. Se han establecido muchas de estas comisiones en sociedades que sufren o han sufrido conflictos y les han sido encomendadas, entre otras tareas, funciones cuasi-judiciales, la solución de conflictos y la ejecución de programas de protección. Entre los ejemplos recientes cabe citar las instituciones nacionales de derechos humanos del Afganistán, Ruanda, Colombia, Indonesia, Nepal, Sri Lanka, Uganda, Kenia, Liberia, Costa de Marfil, República Democrática del Congo, Somalia, Sudán, Togo y Uganda. Asimismo, las Naciones Unidas han venido movilizado con frecuencia cada vez mayor mecanismos excepcionales de constatación de los hechos, tales como las comisiones internacionales ad hoc establecidas para investigar los crímenes de guerra cometidos en lugares como Yugoslavia, Ruanda, Burundi, Timor-Leste o Líbano⁷⁶.

⁷⁴ Tal y como se declara en el párrafo 54 del Capítulo I, Vol.1, p.38: "For the purposes of its work, the Commission decided to adopt a broad view of the concept of human rights, using as its touchstones the *Universal Declaration of Human Rights* and the *African Charter on Human and Peoples' Rights*. It does not confine its approach to the legal obligations imposed upon the government of Sierra Leone by international or national law. Violations of economic, social and cultural rights as well as of civil and political rights have been examined, as well as other categories of rights such as the right to development and the right to peace". El documento puede consultarse en: <http://www.sierra-leone.org/TRCDocuments.html>. Sobre esta comisión vid. SCHABAS, W.A. "Conjoined twins of transitional justice?", *Journal of International Criminal Justice* (2004) pp.1082-1099 y "La commission verite et reconciliation de Sierra Leone, Droits Fondamentaux, n° 3, janvier-décembre 2003 (<http://droits-fondamentaux-org>)".

⁷⁵ Vid. el Vol.3 B del Informe, así como el documento Truth and Reconciliation Commission Report For the Children of Sierra Leona Chile-Friendly Version 2004 Unicef.

⁷⁶ Sobre las últimas actuaciones vid. el "Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición" presentado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos en 2009 (A/HRC/12/18), el "Estudio sobre los derechos humanos y la justicia de transición efectuado por la Oficina del

No obstante esta complementariedad no está exenta de problemas inherentes a la naturaleza, objetivos y funciones de las comisiones de la verdad y los tribunales de justicia. Como recordaba el informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sierra Leona, con especial referencia a la decisión de la Sala de Apelación del Tribunal Especial para Sierra Leona en el asunto *Sam Hinga Norman* de 31 de mayo de 2004 y la confidencialidad de las intervenciones, “both institutions seek truth about a conflict, although in different forms; both attempt to assign responsibilities for atrocities; both work with similar bodies of law; both are aimed at establishing peace and preventing future conflict. Where there is no harmonisation of their objectives, a criminal justice body will have largely punitive and retributive aims, whereas a truth and reconciliation body will have largely restorative and healing objectives. Where the two bodies operate simultaneously in an ad hoc fashion, conflict between such objectives is likely and public confusion is inevitable”⁷⁷. Tensión que plantea mayores problemas cuando se trata de amnistías. De nuevo estos problemas se ha planteado entre la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sierra Leona, cuyo mandato otorgado por el Acuerdo de Lomé de 7 de julio de 1999 preveía el otorgamiento de amnistías, y el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona que prohíbe tal posibilidad. Así mientras que la Comisión en su informe se ajustaba a las previsiones del acuerdo y exigía que para el futuro se previera una cláusula de revisión de las amnistías acordadas⁷⁸, el concluido el Tribunal Especial para Sierra Leona, las amnistías referidas a los crímenes contra la humanidad, incluso las acordadas mediante acuerdos de paz reconocidos por distintos agentes internacionales (incluido el Consejo de Seguridad), carecen de efectividad tanto respecto a los tribunales internacionales como respecto de los tribunales nacionales extranjeros que fundamentan su competencia en el principio de justicia universal inherente a la persecución de estos crímenes⁷⁹.

Las amnistías u otras medidas similares no resultan necesariamente incompatibles con las actuaciones de las comisiones e incluso de los tribunales siempre y cuando resulten compatibles con el Derecho internacional. Es verdad que en los procesos de paz inmediatos al conflicto, siempre resulta compleja la articulación de

Alto Comisionado para los Derechos Humanos” (AHRC/12/18/Add.1 de 21 de agosto de 2009), así como la información sobre Investigación de controversias y determinación de los hechos contenido en el Capítulo X (Examen de las Disposiciones del Capítulo VI de la Carta) del Repertorio de la práctica del Consejo de Seguridad de 2007.

⁷⁷ Cfr. par.71 Capítulo I, Vol.2 del Informe de la Comisión <http://www.sierra-leone.org/TRCDocuments.htm>

⁷⁸ Cfr. *ibid.* pars. 5-26 de Capítulo 6, Vol.3B del Informe de la Comisión

⁷⁹ Cfr. Decisión de 13 de marzo de 2004 sobre la impugnación de jurisdicción por la amnistía del Acuerdo de Lomé adoptada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona en el asunto *Fiscal c. Morris Kallon y Brima Bazzi Kamara*, SCSL-04-15-PT-060-II, par.88. Sobre las amnistías resulta de interés el trabajo de Ronald C. SLYE, “The legitimacy of amnesties under International Law and general principles of Anglo-American Law: is a legitimate amnesty possible?”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, 2002-1, p. 173-247.

las previsiones de amnistías favorecedoras de la consolidación de la paz y el derecho a la justicia por las violaciones más graves del Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho humanitario. A tal efecto, en el Acuerdo de Dar-es-Salaam para la paz, la seguridad y la estabilidad duraderas en Burundi de 18 de junio de 2006 se prevé en su artículo 2 la *inmunidad provisional* para los miembros del FNL-Palipehutu y transformación de este movimiento en un partido político. No obstante, en una carta dirigida a todos los firmantes del mencionado Acuerdo, el Representante Especial Interino del Secretario General reiteró la posición de las Naciones Unidas de no reconocer la amnistía por crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Es más en el Acuerdo de Arusha relativo a la paz y la reconciliación en Burundi de 28 de agosto de 2000 se prevé la solicitud al Consejo de Seguridad por parte del Gobierno provisional del establecimiento de una comisión judicial internacional de investigación así como de un tribunal penal internacional con competencia sobre genocidio, crímenes de guerra y otros crímenes de lesa humanidad (art.6). Asimismo en el artículo 4 de la Declaración de compromiso, Kivu del Norte/Declaración de compromiso, Kivu del Sur de 21 de enero de 2008 se estipula que al presentar por parte del Gobierno de la República Democrática del Congo un proyecto de ley de amnistía por hechos de guerra y de insurrección quedarán excluidos los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y genocidio. En el “Diálogo y reconciliación nacional en Kenia: la Comisión de la Verdad, la Justicia y la Reconciliación” de 4 de marzo de 2008 se establece que no se concederá una amnistía general por crímenes cometidos. La Comisión podrá recomendar amnistías individuales a cambio de una confesión plena y verídica, pero no se concederán amnistías para los crímenes internacionales graves (crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio), ni a las personas en las que recaiga la mayor responsabilidad por crímenes que considere la Comisión⁸⁰.

Otro aspecto importante que es destacado es el relativo al derecho aplicable respecto a la calificación jurídica de los hechos investigados. Sobre esta cuestión se indica que el fundamento normativo en la labor de fomento del Estado de derecho es la propia Carta de las Naciones Unidas junto con los cuatro pilares del ordenamiento jurídico internacional moderno: la normativa internacional de derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, y el derecho internacional de los refugiados. Ello incluye todo el acervo de normas de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y justicia penal desarrollado durante los últimos 50 años. Estas normas representan principios de aplicación universal adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas y, en consecuencia, deben ser el fundamento normativo de todas las actividades de las Naciones Unidas en apoyo de la jus-

⁸⁰ Estas previsiones aparecen recogidas en el Estudio sobre los Derechos Humanos y la Justicia de transición efectuado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos distribuido el 21 de agosto de 2009 (A/HRC/12/18/Add.1).

ticia y el Estado de derecho⁸¹. En tal sentido, se rechaza la amnistía en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los delitos internacionales relacionados con la etnia, el género y el sexo, y se garantice que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas.

Finalmente y de forma similar a lo establecido en la Corte Penal Internacional, se impone el principio de complementariedad como criterio de determinación de la institución competente. Los sistemas de justicia nacionales deben ser el primer recurso en materia de rendición de cuentas. Sin embargo, cuando las autoridades nacionales no cumplen sus obligaciones internacionales y se muestran renuentes o incapaces a la hora de enjuiciar internamente a los infractores, el papel de la comunidad internacional cobra una importancia crucial. En la creación de la Comisión de Investigación para Guinea en relación con las numerosas muertes, lesiones y supuestas violaciones graves de los derechos humanos que tuvieron lugar en ese país el 28 de septiembre de 2009, el Secretario General de Naciones Unidas invoca como fundamento de la misma el llamamiento internacional de fuentes tanto internas como externas de la República de Guinea, en particular, la solicitud formulada por la Comunidad de los Estados de África Occidental (CEDEAO) y el Grupo Internacional de Contacto sobre Guinea⁸². A esta idea de complementariedad responde el establecimiento y el funcionamiento de los tribunales penales internacionales e híbridos. Estos tribunales representan logros históricos en la determinación de la responsabilidad por infracciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario cometidas por autoridades civiles y militares y reflejan la creciente tendencia de la comunidad internacional de pasar de la tolerancia de la impunidad y la amnistía a un imperio de la ley en el plano internacional. Pese a sus limitaciones e imperfecciones, los tribunales penales internacionales e híbridos han modificado el carácter de la justicia internacional y realzado la naturaleza mundial del imperio de la ley. A tales efectos han surgido diversos modelos institucionales. Entre ellos figuran los tribunales penales internacionales de carácter especial establecidos por el Consejo de Seguridad

⁸¹ Se indica además que “las normas y los principios de las Naciones Unidas han sido formulados y aprobados por países de todo el mundo y acogidos por toda la variedad de sistemas jurídicos de los Estados Miembros, ya estén basados en el common law, la tradición romanista, el derecho islámico u otras tradiciones jurídicas. Esas normas y principios proporcionan por sí mismos una legitimidad que no puede reconocerse a los modelos nacionales exportados que tantas veces reflejan los intereses individuales o las experiencias de donantes o de quienes aportan asistencia más que los intereses superiores o las necesidades de desarrollo jurídico de los países receptores. Esos principios también fijan los límites normativos de la participación de las Naciones Unidas, por ejemplo el de que los tribunales de las Naciones Unidas nunca puedan permitir la pena capital o que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos, así como, en los casos en que recibimos el mandato de desempeñar funciones ejecutivas o judiciales, el de que los servicios de las Naciones Unidas deben cumplir escrupulosamente los principios internacionales de derechos humanos en la administración de justicia”.

⁸² Cfr. la Carta de 28 de octubre de 2009 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General (S/2009/556).

como órganos subsidiarios de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia y Ruanda; un Tribunal Mixto para Sierra Leona o el caso del Tribunal Especial para el Líbano, establecido sobre la base de un tratado; un Tribunal Mixto para Camboya propuesto en virtud de una ley nacional promulgada a ese efecto; un Tribunal Mixto (a la manera de “tribunal dentro de un tribunal”) en la forma de Sala Especial de la Corte Estatal de Bosnia y Herzegovina; una Sala Especial con jurisdicción exclusiva sobre delitos graves en Timor-Leste, autorizado en virtud del reglamento promulgado por la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental; la utilización de magistrados y fiscales internacionales en los tribunales de Kosovo, autorizada en virtud del reglamento de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo y una Comisión de Investigación de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad en Guatemala, que se establecería en virtud de un acuerdo entre las Naciones Unidas y Guatemala como dependencia de investigación y procesamiento regida por la legislación de Guatemala.

En realidad, la denominada justicia transicional, con su geometría variable, ha adquirido una importancia indiscutible en el panorama del Derecho internacional, quizá porque los conflictos internos o incluso transnacionales, que dada la estructura actual del sistema terminan irremediablemente internacionalizándose, han adquirido mayor protagonismo en las relaciones internacionales que los conflictos puramente internacionales. Como indicara el Secretario General Kofi Annan, la justicia transicional ha de responder a realidades muy diferentes y diferenciadas entre sí y ha de posibilitar mecanismos de solución que, en virtud de las características propias de cada situación, hagan posible la ardua tarea de conseguir justicia y reconciliación en un marco del respeto al Derecho internacional vigente, en particular, a los principios estructurales del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional penal. Invocando el Informe del Secretario General sobre esta materia, la Corte Constitucional colombiana afirmaba que “la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación”⁸³.

⁸³ Sentencia C-370/06 de 8 de mayo de 2006.

VII. Conclusiones

La reglamentación del Derecho internacional, la instauración paulatina de un singular derecho global y la ausencia de mecanismos legales de control, hace necesario desarrollar estándares jurídicos que satisfagan las expectativas contemporáneas de legitimidad. Resulta consustancial y necesario a este proceso, el reconocimiento y puesta en práctica de los principios rectores del estado de derecho que otorguen seguridad y garantías jurídicas. Las comisiones internacionales de investigación, conscientes de sus limitaciones y de su insuficiencia, pueden desempeñar en este sentido un primer paso en la configuración de una «*comunidad de derecho*» que haga realidad los principios estructurales relativos al mantenimiento de la paz, la justicia y la verdad.

