

TEMAS

Litigación internacional y protección de los derechos humanos

Directores

Francisco Pascual-Vives

Andrés González Serrano

Coordinadora

Juliana Carolina Rodríguez Patarroyo

■ LA LEY

TEMAS

■ LA LEY

Litigación internacional y protección de los derechos humanos

Directores

Francisco Pascual-Vives

Andrés González Serrano

Coordinadora

Juliana Carolina Rodríguez Patarroyo

© Varios autores, 2022

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Julio 2022

Depósito Legal: M-18328-2022

ISBN versión impresa: 978-84-19032-70-6

ISBN versión electrónica: 978-84-19032-71-3

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

1. INTRODUCCIÓN

La hipótesis sostenida en este capítulo es que, dentro de las estrategias de litigación internacional sobre derechos humanos, el concepto de consenso constituye una herramienta que el Derecho internacional (DI) público pone a disposición de las partes contendientes. La utilización de una aproximación consensualista puede ser muy útil tanto para quienes, invocando una interpretación evolutiva, desean ampliar el alcance de alguno de los derechos tutelados por un tratado internacional de derechos humanos, como para quienes por el contrario pretenden justificar la necesidad y la proporcionalidad de las restricciones impuestas a un derecho previsto en este tratado.

Para desarrollar esta investigación se examina la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que ha interpretado el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950 y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de 1969⁽¹⁾, respectivamente. Se estudia la práctica de ambos tribunales por su riqueza, así como porque permite realizar un análisis comparado donde quedan patentes las vías de diálogo existentes entre ellos. Tras el análisis de algunos precedentes significativos de la práctica contenciosa y consultiva de ambos tribunales donde la noción de consenso ha asumido matices diversos y no siempre uniformes (un examen que se nutre del método inductivo), el capítulo recurre al método deductivo para sistematizar una serie de reflexiones finales que podrían resultar de utilidad para los operadores jurídicos interesados en la litigación internacional sobre derechos humanos.

El capítulo presenta dos grandes apartados. En el apartado 2 se repasan algunos aspectos básicos relacionados con el alcance de la noción de consenso en el DI público, así como sobre su utilización por parte del TEDH y

(1) *United Nations Treaty Series*, vol. 1144, pág. 123.

la Corte IDH⁽²⁾. El propósito de este apartado es, a partir de la discusión de una selección de precedentes, identificar los caminos (no siempre paralelos) que han seguido estos tribunales para aplicar aquella noción. Mientras que en el apartado 3 se analizan unos precedentes en los que la noción de consenso ha estado presente con distintos matices. Estos casos demuestran las dificultades que en la práctica plantea la aplicación de la aproximación consensualista sistematizada en el apartado 2. La noción de consenso, en definitiva, es solo una de las distintas herramientas disponibles en la litigación internacional sobre derechos humanos. En ocasiones, como se expone en el apartado 3, es conveniente recurrir a otras técnicas para desarrollar estrategias de litigación internacional exitosas. Por último, el capítulo se cierra con un conjunto de reflexiones finales dirigidas a los operadores jurídicos interesados en utilizar la aproximación consensualista ya sea ante los tribunales regionales de derechos humanos, ya sea ante los órganos cuasi-judiciales de carácter universal.

2. CONSENSO Y LITIGACIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS: CONSIDERACIONES GENERALES

En este apartado se exponen una serie de consideraciones generales sobre la utilización de la noción de consenso en la litigación internacional sobre derechos humanos. Estas consideraciones se agrupan en tres secciones. En la primera, se presenta desde una dimensión material el alcance de esta noción en el DI público. En la segunda, se expone de qué forma el consenso permite desarrollar interpretaciones evolutivas de los tratados regionales de derechos humanos, así como los desafíos que presenta el recurso a este método de interpretación para el TEDH y la Corte IDH. Y, en la tercera, se plantean los efectos que la falta de consenso puede generar a la hora de interpretar estos tratados internacionales.

2.1. La noción de consenso en el Derecho internacional contemporáneo

La noción de consenso presenta una dimensión doble en el DI contemporáneo. En efecto, este concepto se puede considerar tanto desde una dimensión formal como material. La dimensión material del consenso no solo permite explicar los procesos de formación, modificación y extinción de las

(2) En esencia, el apartado 2 recapitula algunas de las principales conclusiones presentadas en una monografía donde este autor sistematiza la jurisprudencia dictada por los citados tribunales regionales de derechos humanos: ver Pascual-Vives, Francisco, *Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2019.

obligaciones internacionales, sino que también ofrece un marco teórico para justificar el carácter obligatorio del DI público.

Desde una dimensión formal, el consenso constituye un mecanismo para la toma de decisiones en sede institucional. La Oficina de Asuntos Jurídicos de la ONU lo ha definido como la «*adoption of a decision without formal objections and vote; this being possible only when no delegation formally objects to a consensus being recorded, though some delegations may have reservations to the substantive matter at issue or to a part of it*»⁽³⁾.

Desde una dimensión material, por su parte, el consenso representa un acuerdo general de los sujetos que operan en el sistema internacional. Este acuerdo resulta indicativo de los intereses y convicciones generalmente aceptados por los Estados y, por esta razón, permite identificar el contenido y afirmar la obligatoriedad de las normas internacionales aplicables en sus relaciones. Las normas internacionales serían el producto de este acuerdo general (que no requiere de la unanimidad) alcanzado por el conjunto de Estados que intervienen en su proceso de formación y modificación (*consensus generalis*), bien mediante la repetición constante, uniforme y duradera de una práctica convertida en costumbre internacional, bien mediante su plasmación por escrito en un tratado internacional.

Asimismo, la dimensión material del consenso puede servir desde un plano esencialmente dogmático⁽⁴⁾ para explicar la validez del ordenamiento jurídico internacional y fundamentar la obligatoriedad de las distintas normas internacionales⁽⁵⁾ (consuetudinarias y convencionales). Las normas interna-

(3) *United Nations Juridical Yearbook*, 1987, pág. 174. En este sentido: ver «Consensus», en Salmon, Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruselas, 2001, págs. 239-240; y Wolfrum, Rüdiger y Pichon, Jakob, «Consensus», en Wolfrum, Rüdiger (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford University Press, Oxford, 2012, págs. 673-678.

(4) Mosler, Hermann, «The International Society as a Legal Community», *Recueil des Cours*, t. 140, 1973, págs. 1-320, págs. 96-97; Weil, Prosper, «Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public», *Recueil des Cours*, t. 237, 1992, págs. 9-370, págs. 68-80; Carrillo Salcedo, Juan Antonio, «El fundamento del Derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. L, 1998, págs. 13-31, pág. 23; Kamto, Maurice, «La volonté de l'État en droit international», *Recueil des Cours*, t. 310, 2004, págs. 9-428, págs. 60-67; y Jiménez Piernas, Carlos, «Fundamento y concepto del Derecho Internacional Público», en Beneyto, José María y Jiménez Piernas, Carlos (dirs.), *Concepto y fuentes del Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 217-272, págs. 238-244.

(5) Jiménez Piernas, Carlos, «The International Practice and the Evidence (A Brief Guide for Young Lawyers)», en Jiménez Piernas, Carlos (ed.), *The Legal Practice in International and European Community Law. A Spanish Perspective*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, págs. 601-622, págs. 612-613 y 618-620.

cionales son el resultado y la expresión de un acuerdo alcanzado por los sujetos de DI público. Desde esta perspectiva, este acuerdo social (*consensus gentium*) hace probable su cumplimiento por los Estados y organizaciones internacionales⁽⁶⁾. En otras palabras, los Estados solo participan en la creación de aquellas normas internacionales que satisfacen plenamente sus intereses y, precisamente por esta razón, las cumplen.

Desde una perspectiva material, por lo tanto, el consenso resulta un concepto polivalente que, en su doble dimensión como *consensus generalis* y *consensus gentium*, permite explicar los procesos de formación, modificación y extinción de las normas internacionales consuetudinarias y convencionales, así como ofrecer una justificación teórica plausible para su carácter obligatorio.

2.2. La interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos a través de la noción de consenso

El concepto de consenso es utilizado con frecuencia en la litigación ante el TEDH y la Corte IDH para interpretar evolutivamente los derechos conferidos a los particulares por el CEDH y la CADH. Hay que tener en cuenta que estos tratados regionales de derechos humanos se firmaron en 1950 y 1969, respectivamente.

La noción de consenso, entendida como el acuerdo de un conjunto significativo de Estados respecto al contenido y la obligatoriedad de una norma contenida en el CEDH y la CADH, permite que la letra de ambos tratados sea permeable a los cambios experimentados por el grupo social. Las siguientes líneas analizan algunos precedentes donde se pone de relieve cómo el TEDH y la Corte IDH han empleado la aproximación consensualista en su práctica contenciosa y consultiva. En algunas ocasiones, el *consensus generalis* se deduce de la práctica universal. Mientras que en otras lo hace a partir de la práctica regional.

(6) Higgins, Rosalyn, «International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. General Course on Public International Law», *Recueil des Cours*, t. 230, 1991, págs. 9-342, pág. 41; y Zemanek, Karl, «The Legal Foundations of the International System. General Course on Public International Law», *Recueil des Cours*, t. 266, 1997, págs. 9-336, págs. 31-32.



Este libro colectivo **examina algunos desafíos de carácter procesal que presenta la litigación internacional en materia de derechos humanos** ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional y los órganos cuasi-judiciales de las Naciones Unidas.

Estudio de las cuestiones específicas relacionadas con la práctica contenciosa ante los tribunales regionales de derechos humanos (como la noción de abuso de derecho, la noción de consenso o la determinación de las víctimas), así como las posibles interacciones entre estos tribunales regionales. Valorando los retos que plantea la determinación de la edad de los niños soldados, la evaluación de posibles inconsistencias y discrepancias en los testimonios ofrecidos por los testigos, el tratamiento de los delitos sexuales y el uso de las nuevas tecnologías científicas para la determinación y la valoración de la prueba ante la Corte Penal Internacional. Por último, se realiza un análisis comparativo de la práctica ante los diversos comités encargados de tutelar los derechos reconocidos por los tratados de ámbito universal auspiciados por las Naciones Unidas.

La lectura de estas páginas permite identificar aquellos ámbitos donde se constata un espacio propicio para el diálogo judicial en materia procesal, con el propósito de **identificar la aplicación de ciertos principios básicos en la materia como el de buena administración de justicia, la buena fe y el deber de cooperación con el tribunal o el equilibrio entre las partes procesales**, entre otros.

Por lo tanto, es un libro de especial interés para todos aquellos que ejercen la litigación internacional ante estos órganos ya sea en calidad de funcionarios o juristas ya sea en calidad de abogado de parte.

ISBN: 978-84-19032-70-6



3652K6 1024

