

FAVIO FARINELLA

Violaciones graves de derechos humanos

Demandas en Argentina contra estados extranjeros



Violaciones graves de derechos humanos

Demandas en Argentina contra estados extranjeros

FAVIO FARINELLA



Farinella, Favio

Violaciones graves de Derechos Humanos. Demandas en Argentina contra estados extranjeros / Favio Farinella; prólogo de Juan Antonio Travieso. - 1a ed. - Mar del Plata: EUDEM, 2020.

Libro Digital - PDF - (Derecho internacional / Favio Farinella; 2)

ISBN 978-987-4440-73-0

1. Derecho Internacional. I. Travieso, Juan Antonio, prolog. II. Título.
CDD 341

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual. Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio o método, sin autorización previa de los autores.

Primera edición digital: abril 2020

Este libro fue evaluado por el Dr. Gualterio Martín Marchesini

ISBN 978-987-4440-43-3

© 2020, Favio Farinella

© 2020, EUDEM

Editorial de la Universidad Nacional de Mar del Plata

3 de febrero 2538 / Mar del Plata / Argentina

www.eudem.mdp.edu.ar

Arte y Diagramación: Luciano Alem – Agustina Cosulich

Imagen de tapa: Alicia Arigós



Libro
Universitario
Argentino

INDICE

Prólogo	9
Introducción	13
Capítulo I. Inmunidad de jurisdicción	23
I. Inmunidad jurisdiccional del Estado en el Derecho Internacional Público y en el derecho Argentino. La “inmunidad relativa”	25
II. La inmunidad de jurisdicción y sus excepciones	28
II.a. Normativa internacional	28
II.b. Normativas domésticas	34
III. ¿Un trato excepcional para las violaciones graves de derechos humanos?	41
III.a. La delimitación de un núcleo duro de derechos humanos	41
III.b. Aceptación de la excepción basada en la violación grave de derechos humanos	48
IV. Primeras conclusiones	57
IV.a. Respetto de la inmunidad jurisdiccional y sus excepciones comúnmente aceptadas	57
IV.b. Respetto de la excepción fundada en la violación grave de derechos humanos.	58
Capítulo II. Presupuestos de la excepción propuesta	61
Sección I. Una definición de “violación grave” de los derechos humanos	63
I. Introducción	63
II. Tratados internacionales	64
III. Órganos de tratados	67
IV. Derecho Internacional Público no vinculante (soft law)	69
V. El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional	75
VI. Práctica de los Estados: el Procedimiento de Revisión Periódica Universal	78
VII. Lenguaje de agencias y órganos principales del sistema de Naciones Unidas	80
VIII. Jurisprudencia internacional	88
VIII.1. Sistema Interamericano	89

VIII.1.1. Sistema del Mercosur	94
VIII.2. Sistema Europeo	95
VIII.3. Sistema Africano	97
IX. Informes de Expertos, Relatores Especiales y la doctrina	99
X. El uso de la expresión a partir de las nuevas tecnologías	108
XI. La sistematicidad y flagrancia como caracteres reveladores de la gravedad	108
XII. Conclusiones	112
Sección II. Existen normas imperativas de Derecho Internacional general que protegen derechos humanos y su violación constituye una excepción a la inmunidad jurisdiccional.	120
I. Relevancia de la norma violada	120
II. El jus cogens y la protección de la persona humana en la Jurisprudencia	125
II.1. Normas imperativas y efecto erga omnes	137
II.2. Utilización del jus cogens por los Estados para justificar sus argumentos	142
III. El jus cogens como fundamento de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia	152
IV. Conclusiones sobre las consecuencias de la violación de normas imperativas	154
Sección III. La norma procedimental como extensión de la norma sustantiva	156
I. El derecho a una protección jurídica efectiva y la denegación de Justicia	156
II. El reconocimiento normativo del derecho de las víctimas a la jurisdicción	157
III. La denegación de justicia como presupuesto	169
IV. Denegación de justicia, inmunidad e impunidad	177
V. Conclusiones sobre la denegación de justicia	186
Capítulo III.	
Respuesta a las objeciones y justificaciones a la admisibilidad de la excepción en estudio	191
I. Introducción	193
II. Respuestas a objeciones comunes	194
II.a. Explicación negatoria: inexistencia de conflicto	194

II.b. Inexistencia de relación jerárquica entre jus cogens e inmunidad	197
II.c. La inmunidad del estado extranjero prevalece sobre la territorialidad del acto lesivo	202
II.d. Desestabilización del orden jurídico internacional	206
II.e. Interpretación estado – céntrica del sistema internacional: la persona como objeto de protección del Derecho Internacional	207
III. Justificaciones de la nueva excepción	211
III.a. Naturaleza de las normas en crisis	212
III.b. Subjetividad internacional de la persona humana	214
III.c. Existencia de un derecho individual a la reparación	217
III.d. Importancia del derecho sustantivo lesionado al interpretar la inmunidad jurisdiccional	219
III.e. Fuentes utilizadas y omitidas en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia	221
III.f. Límites al acceso a la justicia y la probable denegación de justicia	225
III.g. Actuación de los tribunales domésticos como complemento del Derecho Internacional Público	227
III.h. Jusnaturalismo y positivismo	229
III.i. ¿Una obligación estatal de renunciar a la inmunidad?	230
IV. Síntesis del análisis efectuado hasta el momento	231
V. Propuesta de legislación	236
Acrónimos	239
Jurisprudencia	240
Bibliografía	247

PRÓLOGO

Hay momentos excepcionales en el desarrollo de una obra. Cuando vamos al teatro, disfrutamos de ese “momentum”.

Ese monólogo, ese fraseo del cantante, esa flauta o el piano virtuoso de Barenboim o Argerich.

Este trabajo del Dr. Farinella, tiene esas características. Se trata, desde mi punto de vista, de una composición, cuasi mozartiana en cuanto a su fuerza expresiva. Lo que sucede, es que al autor, se lo visualiza como protagonista, porque es claro que se trata de valores que lo conmueven.

Hay otros porqués. Porque realmente, va avanzando en la obra, que no es solo una tesis, sino que es una petición de principios, que nos hace involucrar en un desarrollo que va “In crescendo”, de la mano de conceptos racionales, que a medida que florece la obra se van haciendo dinámicos y audaces. Una audacia meditada, inteligente, que no es una caída libre sino que va consolidando piedra a piedra un edificio sólido y fundamentado, con la paciencia del viajero.

Farinella no se lanza a construir la cúpula. Con la paciencia de un artesano, como un músico que escucha los silencios, como un arquitecto que conoce y valora los espacios, comienza paso a paso a elaborar los cimientos, para afirmar la cúpula. Paso a paso.

Es lo que fluye en Farinella, cuando cita a Alexy, en lo que denomina la estructura jusfundamental del orden jurídico internacional, entendiéndola como el sistema compuesto por valores presentes en todos los subsistemas constitutivos, con la influencia que éstos ejercen respecto del resto de las normas que los integran en una secuencia jerárquica compuesta por “valores-principios”.

Ese es el comienzo de la actividad bidireccional, desde un enfoque mixto, valorativo y dogmático, sin renunciar a esa etapa de valores, tan necesarios junto con los principios.

Considero un logro del autor, remarcar la presencia de los valores, que muchas veces los juristas dogmáticos, por ignorancia o en el mejor de los casos por error, desdeñamos.

El dogmatismo sin valores y principios, es el que ha enturbiado la lucha por el derecho. Porque en realidad, muchas veces el derecho a través de la inmunidad soberana, fue el refugio de los bribones, en el mejor de los casos, y en el peor, amparo de asesinos y genocidas.

Por tanto, Farinella entiende al Derecho Internacional Público contemporáneo, directamente encaminado hacia la conformación de un estatuto fundamental y mínimo para proteger a la persona humana, compuesto por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario, el derecho internacional penal y el derecho de los refugiados. Estos derechos combinados, ponen a prueba lo mejor de cada estatuto para decidir la solución jurídica que proteja más eficazmente a la víctima, en la síntesis del principio, no “pro- homine”, sino más correctamente, el principio pro-persona, de carácter más amplio y comprensivo.

Otro hallazgo del autor, consiste en la consideración sobre las violaciones graves, con una cita también feliz del siempre recordado Nino, que utiliza esencialmente el término de “abusos o violaciones a los derechos humanos del pasado”, aunque también habla de “violaciones masivas a los derechos humanos”. Otros autores, también revistados por Farinella, utilizan el concepto de las “violaciones masivas a los derechos humanos”, como por ejemplo Reisman y otros más como Blanc Altemir, que utilizan el término de “violación grave y en gran escala de los derechos humanos fundamentales”.

Destaco el descubrimiento de la relación de las violaciones graves con las nuevas tecnologías, poniendo en descubierto, el afianzamiento de la expresión, que por ejemplo en yahoo refleja 31 millones de resultados encontrados y 11 noticias de actualidad referidas al tema. Pero allí no termina la búsqueda, pues en google encuentra 11,9 millones y en la sección noticias produce 138.000 resultados, mientras que otro buscador, bing, arroja 32 millones de resultados. Pero en el afán de consolidar su criterio, el autor destaca las publicaciones de carácter académico, en las que el buscador google, refleja un resultado de 75.400 libros que contienen la expresión, mientras que en google académico se evidencian 58.100

resultados de libros de texto académico que contienen la expresión citada, con datos que corresponden al año corriente.

Dentro del “crescendo” temático relatado, Farinella pasa a analizar el surgimiento y consagración del *jus cogens* en el DI contemporáneo, que atiende a la necesidad de limitar la voluntad estatal a mínimos morales.

El *jus cogens*, opera como una estrecha malla que impide que los culpables escapen a la ley, bajo el pretexto dogmático, para reflejar la necesidad de que los Estados no puedan escapar, ni eludir, de ninguna manera la aplicación efectiva de la responsabilidad.

A partir de allí, Farinella, expande su análisis del *jus cogens* en la Jurisprudencia internacional, en diferentes causas remarcando que se ha instalado el concepto de que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad constituye una norma de *jus cogens*. Porque en realidad, las normas *jus cogens* revisten la mayor jerarquía a la que puede aspirar una regla de Derecho Internacional.

El tema complejo, es la difusión de los conceptos expuestos en los derechos internos de cada Estado, bajo pena de generar responsabilidad basada en la violación del orden público internacional, sin poder escapar a la responsabilidad, bajo el escudo de la inmunidad soberana.

A partir de esa base conceptual, Farinella, con su talento, escudriña asignar el *jus cogens*, como excepción a aplicarse dentro del orden jurídico interno, delineando una interpretación estado – céntrica del sistema internacional en el que la persona opera como centro y objeto de protección del Derecho Internacional, primero planteada por algunos autores y luego reemplazada por una visión antropocéntrica en la que la “cláusula democrática” además de reaseguro de la voluntad popular, actúa como límite de la soberanía del Estado.

Finalmente, celebramos el establecimiento de la excepción que sería de interés para asegurar la protección de las personas de las violaciones masivas del derecho y la afectación del *jus cogens*.

Allí se cierra el telón, a toda orquesta, que lejos de apagar los ecos, los enciende, con toda la fuerza del derecho a favor de las personas.

Una obra fuera de lo común de un jurista ejemplar.

Juan Antonio Travieso

*Las violaciones graves de derechos humanos como nueva excepción
a la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros*

INTRODUCCIÓN

La inmunidad de jurisdicción de los Estados es una institución del Derecho Internacional Público (DIPu de aquí en mas) que se remonta a la aparición del Estado moderno Europeo y se funda en principios tales como la igualdad jurídica, la soberanía y la no intervención en los asuntos internos. El DIPu reconoce a los Estados inmunidad de jurisdicción, lo cual significa que no pueden ser demandados ante los tribunales de ningún Estado, salvo los propios. En principio, la inmunidad existe con independencia de la gravedad del acto violatorio atribuido al Estado, aunque el DIPu contemporáneo tiende a reconocerle un carácter relativo. En sus orígenes en el siglo XVIII, el término “inmunidad” fue utilizado para referir la condición de quien se encontraba eximido de impuestos o cualquier gasto o deberes. Comenta Cançado Trindade que hacia fines del siglo XIX, el concepto es introducido al lenguaje del derecho constitucional e internacional en relación con parlamentarios y diplomáticos, respectivamente.¹ En derecho penal el término fue asociado a “causa de impunidad”.²

¹ CIJ, Inmunidades jurisdiccionales del estado, Sentencia, opinión en disidencia del Magistrado Cançado Trindade, paras. 165-166. El término deriva del latín *immunitas*, que proviene de *immunis*. Véase *Dictionnaire historique de la langue française* (eds. A. Rey), 3rd ed., Paris, Dictionnaires Le Robert, 2000, pp. 1070-1071; *The Oxford English Dictionary* (prep. J. A. Simpson and E. S. C., Weiner), 2nd ed., Vol. VII, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 691; *The Oxford Dictionary of English Etymology* (eds. C. T. Onions et al.), Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 463; *Dictionnaire etymologique et historique du français* (eds. J. Dubois, H. Mitterrand and A. Dauzat), Paris, Larousse, 2007, p. 415. *Diccionario de la lengua Española*, Edición del Tricentenario, <http://dle.rae.es/?id=Lg4DGUB>.

² G. Cornu-Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8th rev. ed., Paris, PUF, 2007, p. 467.

En DIPu, el término comenzó a ser utilizado aludiendo a ciertas “prerrogativas” del Estado soberano.³

En estos términos, la inmunidad de jurisdicción estatal aparece como un concepto injusto para el observador común, ya que niega a las víctimas de un acto u omisión imputable a un Estado extranjero, la posibilidad efectiva de demandarlo en el foro local. En todo caso, el término “inmunidad” refiere siempre algo excepcional, una exención de la jurisdicción o de la ejecución de un fallo o laudo.⁴ Jamás pretendió significar en si mismo un “principio” o norma de aplicación general.

En líneas generales, la concesión de inmunidad al Estado extranjero queda relegada al criterio del juez del foro y eventualmente al del máximo tribunal del país en que se discute, en defecto de normas especiales que regulen la cuestión. En algunos Estados, el PEN concurre al momento de plantearse la demanda a fin de posibilitar o de impedir su notificación conforme parámetros establecidos por la costumbre diplomática internacional. Estas situaciones generan soluciones inconsistentes tanto entre los Estados como dentro de cada jurisdicción doméstica. Tanto el DIPu como los derechos internos intentan aportar claridad normativa a la incertidumbre derivada de respuestas multívocas.

Primero, en el ámbito del Derecho Internacional (DI en adelante), la Asamblea General ONU recomienda en 1977 que la Comisión de Derecho Internacional (CDI de aquí en mas) emprenda el estudio del derecho de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes con miras a su desarrollo progresivo y codificación.⁵ En 1991 la CDI elabora un “Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, a partir del cual la Asamblea General ONU convoca una conferencia internacional con el propósito de concertar una convención temática.⁶ Posteriormente, la Asamblea General ONU crea un Comité ad-hoc sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes⁷,

³ Ibid., p. 468.

⁴ Dictionnaire de droit international public (ed. J. Salmon), Brussels, Bruylant, 2001, pp. 559-560.

⁵ AG ONU, Resolución 32/151, 19/12/1977.

⁶ AG ONU, Resolución 46/55, 09/12/1991.

⁷ AG ONU, Resolución 55/150, 12/12/2000.

abierto a la participación de todos los Estados, que fue elaborando documentos hasta aprobar un informe final conteniendo el “Proyecto de Convención de Naciones Unidas sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes”.⁸ Finalmente en 2004, la Asamblea General ONU adopta la “Convención sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados y de sus bienes” que afirma la inmunidad de jurisdicción con excepciones o inmunidad relativa.⁹ Entre las excepciones admitidas por la Convención no se contempla a la violación de los derechos humanos. No obstante prevé algunas de sus consecuencias como, a título de ejemplo, las “lesiones a las personas y daños a los bienes” (art. 12).

Ya en 1997, al expresar su acuerdo con el “Proyecto de Artículos sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes” de 1991¹⁰, Argentina consideró que el mismo recogía la práctica generalizada de los Estados, conciliando la inmunidad con la tendencia referida a no contemplar dentro de la misma a los actos de naturaleza comercial. Argentina realizó distintas observaciones al articulado del Proyecto, sin mencionar la inclusión de violaciones del Derecho Internacional de los derechos humanos (DIDH de aquí en mas).¹¹ No obstante su participación en las negociaciones previas, Argentina no firmó, ratificó ni accedió posteriormente a la Convención ONU sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados y de sus bienes.

Segundo, en la órbita de los derechos domésticos, algunos Estados han dictado sus propias leyes especiales que reconocen el postulado de inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, deter-

⁸ AG ONU, Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, Doc. A/59/22, 01 a 05/03/2004.

⁹ AG ONU, Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, Doc. A/RES/59/38, 02/12/2004. Si bien la mayor parte de su articulado resume prácticas uniformes de los Estados, no ha logrado el mínimo de 30 ratificaciones requeridas para su vigencia. Al 30/01/2018 la Convención había sido firmada por 28 Estados y obtenido 21 instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

¹⁰ Aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 2235ª sesión del 04/07/1991.

¹¹ AG ONU, Doc. A/52/294, 20/08/1997.

minando excepciones en que se permite demandar al mismo ante la jurisdicción local.

Para la legislación Argentina, la inmunidad de jurisdicción es relativa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN de aquí en mas) fijó posición aún antes de la ley especial que confirmó el criterio:

“La inmunidad absoluta de jurisdicción no constituye una norma de derecho internacional general, porque no se practica de modo uniforme, ni hay convicción jurídica de su obligatoriedad.”¹²

Argentina posee su propia ley sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros -ley 24.488¹³-, similar en su técnica legislativa a las de otros Estados, que afirma en forma general la inmunidad de jurisdicción estatal (art. 1) para luego enumerar excepciones (art. 2). La ley determina ocho supuestos en que un Estado extranjero puede ser demandado en jurisdicción nacional.¹⁴ En los fundamentos de los

¹² CSJN Argentina, *Manauta Juan José y otro v. Embajada de la Federación Rusa*, Sentencia, 22/12/1994. Fallos 317:1880. En nuestro país, ante la presentación de una demanda contra un Estado extranjero, el juez puede recurrir, previa comunicación al PEN a efectos de la notificación, a su ley doméstica especial y general; al DI general; y eventualmente a la jurisprudencia de la Corte Suprema en casos en que se hayan interpretado las normas citadas.

¹³ Ley Argentina 24.488 Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos, sancionada el 31/05/1995. Decreto reglamentario (veto parcial) 838 de 22/06/1995. BO 28/06/1995.

¹⁴ *Ibíd.*, art. 2 menciona (a) el consentimiento del Estado, expresado en un tratado internacional, un contrato escrito o una declaración en un caso determinado, por el cual acepta la jurisdicción Argentina; (b) la reconvencción ligada directamente a la demanda principal que el Estado extranjero hubiere iniciado en nuestra jurisdicción; (c) actividades comerciales o industriales realizadas por el Estado extranjero en tanto la jurisdicción Argentina surja del contrato invocado o del Derecho Internacional; (d) cuestiones laborales derivadas de contratos que causen efectos en el territorio nacional; (e) daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio; (f) acciones sobre bienes inmuebles locados en territorio nacional; (g) acciones basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentren en el territorio nacional; y cuando (h) habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral o referida

Proyectos que luego conformarían la ley Argentina, tanto del diputado Gauna como de los diputados Kelly, Becerra, Fernández Meijide, Mendoza, Negri, y Storani¹⁵, se explica que al momento de su formulación, se tuvo en cuenta el tratamiento legislativo, doctrinario y jurisprudencial tanto en el derecho comparado como en el ámbito internacional. La síntesis refleja una enumeración de excepciones expresas a la norma general de la inmunidad de jurisdicción estatal.

Al tratar la situación de las denuncias contra estados extranjeros por violación de derechos humanos, los considerandos aclaran que existe una tendencia a legislar en favor de la protección internacional y a conformar organismos de control internacionales y regionales. Como ejemplos de lo primero, se cita la Carta de Naciones Unidas (art. 103), la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de 1966 (I y II), en suma, la tríada de documentos que conforman la Carta Internacional de los Derechos Humanos. Y como ejemplo de los organismos de control, se menciona al Comité de derechos humanos que vela por la aplicación del Pacto I, su Protocolo que habilita la denuncia de individuos contra Estados, y los sistemas regionales en América, Europa y África que permiten la denuncia y eventual demanda contra Estados del sistema.

Con fundamento en la tendencia mencionada y los organismos de control existentes, el proyecto no contemplaba la posibilidad de demandar en sede Argentina a un Estado extranjero por violación del DIDH.¹⁶ No obstante dejaba abierta la puerta de la “denegación de justicia”. Sólo en este supuesto -opinaban los diputados- procedería previa acreditación por el denunciante, dar curso a la demanda contra el Estado extranjero. Citando a Bidart Campos, identificaron la “denegación de justicia” con alguno de estos cuatro supuestos: (i) inmunidad absoluta del Estado; (ii) las cuestiones políticas no judiciales; (iii) la omisión legislativa; y (iv) la negación de legitimación procesal.¹⁷

a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario.

¹⁵ Véase Cámara de Diputados de la Nación Argentina, Secretaría Parlamentaria, Dirección de Información Parlamentaria Reunión 39a. Régimen de Inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales Argentinos (orden del día 939), 07/12/1994, p. 4300 y ss.

¹⁶ Ver redacción del art. 3 del proyecto que fue finalmente observado por el PEN.

¹⁷ Bidart Campos, Germán, Tratado de Derecho Constitucional Argentino, tomo II,

A juicio de sus autores, la finalidad del proyecto respecto de la violación de derechos humanos, debía tender a garantizar una correcta distribución de competencias entre los organismos regionales e internacionales y la justicia doméstica. Así quedó conformado el artículo 3 del Proyecto que proveía una solución para el caso de demandas cuyo objeto fuera la violación del DIDH:

“Si se presentaren demandas ante los tribunales argentinos contra un Estado extranjero invocando una violación al Derecho Internacional de los derechos humanos, el tribunal interviniente se limitará a indicar al actor el órgano de protección internacional en el ámbito regional o universal ante el que podrá formular su reclamo, si correspondiere. Asimismo, remitirá copia de la demanda al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, a fin de que tome conocimiento del reclamo y adopte las medidas que correspondan en el orden internacional”.

La mención relativa al “órgano de protección internacional” se explica ya que no todas las regiones poseen un sistema de protección de derechos humanos con mecanismos procedimentales. Si la demanda se dirigiera contra un Estado Europeo, Americano o Africano, debería considerarse si el mismo ha ratificado la competencia de los órganos administrativos o jurisdiccionales de protección y en caso afirmativo, esa sería la opción extraterritorial de denuncia. En caso contrario, la denuncia eventualmente podría presentarse ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU o ante el Comité creado por el tratado temático respectivo en función del derecho violado.

La referencia a la remisión de una copia de la demanda al Ministerio de Relaciones Exteriores Argentino encuentra su lógica en -al menos- dos circunstancias: (i) tanto dentro del sistema universal -ONU- como Interamericano -OEA- existe la posibilidad que un Estado parte denuncie a otro por el incumplimiento de normativa específica; y (ii) la posibilidad de intentar una negociación por vía diplomática habilitando para esto al Poder Ejecutivo Nacional (PEN de aquí en mas).

Ed. Ediar, Buenos Aires, p. 551.

La lógica de la solución provista en el Proyecto de ley para el supuesto de estudio parecía consistir en respetar la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero en perjuicio de la protección jurídica efectiva y derechos de fondo de las víctimas. Pretendía no obstante, no incurrir en denegación de justicia al anotar al denunciante sobre las vías opcionales de reclamo. La función asignada al juez en este esquema consistía en informar sobre las posibilidades de denuncia y/o reclamo extraterritorial y -eventualmente- dejar en manos del PEN una solución política. Esta lógica fue descartada de plano por el veto parcial. El decreto reglamentario 849 (1995) observa el proyectado art. 3 alegando que:

- i. tal disposición era contraria a normativa doméstica vigente de fuente internacional¹⁸ como la que afirma el agotamiento previo de los recursos internos antes de acceder a una instancia internacional (considerando 2o). Afirma que de aceptarse la inmunidad jurisdiccional, se estaría negando la posibilidad doméstica de agotar tales recursos;
- ii. la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había sostenido en diversas ocasiones que era “preciso antes de acudir a un organismo o tribunal Internacional, utilizar los recursos disponibles en el derecho interno que sean de tal naturaleza a suministrar un medio eficaz y suficiente de reparar la queja que constituye el objeto de la acción internacional” (considerando 3o); y finalmente,
- iii. que existían en el derecho Argentino al momento de la reglamentación ciertos delitos de fuente internacional como el genocidio y la tortura -más tarde se agregarían la agresión, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra-, cuya comisión podía dar lugar al nacimiento de responsabilidad civil.

En base a estos argumentos, a juicio del PEN resultaba “impropio denegar el acceso a la justicia para demandar respecto de tales supuestos” (considerando 4o). De los considerandos del decreto 849

¹⁸ Cita específicamente al art. 46.1, ap. a) de la Convención Americana de derechos humanos -ley 23.054- que además cuenta con rango constitucional.

parece resultar que la norma observada pecaba por defecto, limitando los derechos de las víctimas al extremo de su violación. No obstante, la necesidad de regulación del supuesto no ha sido al momento, satisfecha. El veto parcial del artículo 3 de la ley 24.488 genera entonces una laguna normativa y provoca interpretaciones judiciales diversas respecto de esta cuestión, en la medida en que la ley no contempla a la violación del DIDH y de los derechos humanos en general como excepción a la inmunidad de jurisdicción, aún cuando de los fundamentos del Decreto 849 se desprende que este tipo de violaciones constituyen una excepción fundada en el DIPu e incorporada en la Constitución Argentina. Conforme lo hasta aquí comentado, nos enfrentamos a una situación legal de consecuencias injustas, ya que coloca a la víctima de este tipo especial de violaciones en una situación de desamparo al negársele una protección jurídica efectiva.

La normativa Argentina vigente provoca interpretaciones equívocas en el orden interno y además inconsistentes con el sistema legal internacional. Mientras algunos juzgados no hacen lugar a la demanda interpuesta en tanto su objeto no queda atrapado en la enumeración de las excepciones previstas en la ley especial Argentina, otros menos, aceptan demandas contra Estados extranjeros en supuestos como el de estudio. Al presente se han originado un número limitado de casos en fuero Argentino por los cuales se intentó responsabilizar civil y/o penalmente a Estados extranjeros y a sus agentes, por violaciones “graves” de derechos humanos. Entre los casos admitidos y que lograron mayor repercusión, encontramos las demandas contra la República Islámica de Irán, la República Popular China, la República de Turquía y el Reino de España, destacando el reclamo dirigido a conocer la verdad histórica sobre el genocidio Armenio que fue aceptado y fallado en el fuero federal Argentino.

En suma, los resultados fueron diversos, las soluciones inciertas y así, la respuesta jurídica resulta inconsistente con el desarrollo del DIPu.

Considerando la última reforma constitucional Argentina y la incorporación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el llamado bloque de constitucionalidad, parece resultar la habilitación a la víctima de una violación de derechos humanos atribuida a un Estado extranjero a demandar al mismo en sede Argen-

tina, presentes ciertos requisitos comunes a toda demanda. Aún así, no cualquier violación abriría esta posibilidad, sino sólo las violaciones de carácter “grave”.

Con las salvedades que impone el estadio inicial de nuestro estudio, su aporte consistirá en una propuesta de legislación que responda las lagunas evidenciadas. A este fin, deberemos contemplar que la propuesta sea respetuosa de las obligaciones internacionales asumidas por Argentina tanto frente a otros Estados como respecto de sus habitantes. La investigación se valdrá del DI general, del derecho y jurisprudencia domésticos, regionales e internacionales, en causas relativas a la inmunidad de jurisdicción de Estados extranjeros, especialmente aquellas referidas a la responsabilidad estatal por violaciones de derechos humanos.

Por último, al delimitar el objeto de estudio consideramos importante afirmar, en la medida que rozaremos temáticas relacionadas, que no es éste un estudio sobre la responsabilidad individual -civil o penal- de agentes y funcionarios de un Estado extranjero; ni tampoco es un estudio:

- i. sobre la jurisdicción universal; ni
- ii. sobre la responsabilidad penal de los Estados ya que no existen desarrollos del DIPu al respecto y la determinación de responsabilidad penal individual no incide en la ulterior responsabilidad estatal; o
- iii. relativo a las inmunidades diplomáticas o consulares, las cuales poseen un régimen propio sobre cuya aplicación no existe mayor controversia; o
- iv. referido a los procedimientos internacionales o regionales de promoción y protección de los derechos humanos, ya que nuestro interés se centra en el procedimiento Argentino; ni
- v. sobre la inmunidad de ejecución de los Estados, tema donde aún rige la inmunidad absoluta del Estado respecto de medidas coercitivas anteriores y posteriores al fallo.¹⁹

¹⁹ Convención de Naciones Unidas sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes, arts. 18 y 19, los cuales estipulan además ciertas excepciones basadas en el consentimiento del Estado.

Las cuestiones mencionadas serán referidas en la medida necesaria para justificar o aclarar la hipótesis planteada.

CAPÍTULO I
INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

I. Inmunidad jurisdiccional del Estado en el DIPu y en el derecho Argentino. Afirmación de la “inmunidad relativa”

La jurisdicción estatal es la cuestión genérica dentro de la que se presenta a modo de excepción, la problemática de la inmunidad, por lo que se impone delimitar previamente su contenido y caracteres. Previene Akehurst – Malanczuk que en la terminología del DIPu la expresión “jurisdicción” debe ser utilizada con extrema cautela debido a su carácter multívoco. La jurisdicción se define como un triple poder, de (i) crear la norma; (ii) ejecutar las decisiones; y (iii) juzgar sus incumplimientos.²⁰ Brownlie opina que la jurisdicción es un aspecto de la soberanía que se refiere a las competencias legislativas, administrativas y judiciales del Estado.²¹ Esta noción de jurisdicción como triple poder fue históricamente estudiada desde el prisma del Estado soberano. Es sólo a partir del surgimiento del paradigma de los derechos humanos que su análisis tiende a incluir a la persona humana. Desde este nuevo prisma, la protección jurídica efectiva y una de sus consecuencias, el derecho “a la jurisdicción” constituye una cuestión previa y fundamental para el goce pleno de los derechos humanos. En este punto, si bien cada Estado regula internamente la extensión del ejercicio de los derechos, el DIPu le impone mínimos a respetar.

La inmunidad de jurisdicción estatal se sitúa entonces en esa intersección donde eventualmente colisionan la pretensión exclusiva del Estado de juzgar los conflictos en los que es parte, con el derecho del individuo de acceder a una protección jurídica efectiva. En este campo de crisis entre propuestas humanistas y respuestas realistas se desarrolla gran parte de nuestro estudio.

La lógica de la inmunidad de jurisdicción descansa en los fundamentos vertidos por los tribunales Estadounidenses en el caso *The*

²⁰ Ver Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, p. 109. Una enumeración detallada de las características del poder implícito en la jurisdicción estatal puede consultarse en el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, 1980. Doc. A/CN.4/331 y Add.1’.

²¹ Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, Oxford, UK, 1990, p. 298.

Schooner Exchange v. Mc Faddon (1812).²² En su sentencia, el juez John Marshall afirma que ningún soberano entra a territorio extranjero sin el entendimiento implícito de poseer inmunidad respecto de la jurisdicción foral. Luego, califica la jurisdicción del Estado como exclusiva y absoluta:

“Esta perfecta igualdad e independencia absoluta de los soberanos, y el interés común que los lleva a interactuar y a conducirse mutuamente con buenos oficios, ha dado nacimiento a una clase de casos en los cuales cada soberano se entiende ha renunciado a parte de su exclusiva jurisdicción territorial, que se ha afirmado como atributo de cada nación.”²³

Marshall enumera ejemplos tales como la exención de la persona del soberano de la posibilidad de ser arrestado o detenido en el territorio de otro Estado, la inmunidad de los ministros extranjeros, y el paso de tropas extranjeras por el territorio de un Estado que les ha dado permiso. Menciona *Bankas*²⁴ que el juez Marshall había anticipado estas ideas al participar en los debates previos de la Constitución de Virginia. Desde este fallo, el concepto de inmunidad deja de estar atado a la persona del soberano como representante del Estado para extenderse a otros funcionarios y agentes que se encuentran en territorio extranjero. Así, la inmunidad de jurisdicción del Estado se extiende a sus representantes -como Presidentes, Jefes de Estado y Ministros- y otros agentes estatales -como diplomáticos y cónsules-. Se expresa a través del latinazgo “*par in parem non habet imperium*” (entre iguales no hay imperio). Afirmaba el Profesor Goldschmidt cuarenta años atrás:

²² Los sres. Mc Faddon y Greetham reclamaban su titularidad sobre el Schooner Exchange, buque capturado siguiendo órdenes de Napoleón y transformado en buque de guerra Francés. La controversia giraba en torno de si un buque de guerra Francés amarrado en un puerto Estadounidense poseía inmunidad ante los tribunales Norteamericanos.

²³ *The Schooner Exchange v. Mc Faddon*, Juez Marshall, 11 US, 116, 3 L Ed., 287, 1812, citado en Brownlie (1990), 325. Original: inglés. Traducción del autor.

²⁴ *Bankas Ernest K.*, *The State immunity controversy in International Law*, Springer Berlin, Germany, 2005, p. 17.

“La tesis de la exención incondicional de los Estados extranjeros (de la jurisdicción local) sacrifica el interés del actor que se ve privado de la vía jurisdiccional, en holocausto al mantenimiento de la paz internacional. Este sacrificio se hace en aras del bien público y cobra la forma típica de la expropiación forzosa. Por consiguiente, procedería indemnizar al demandante, si éste lograra convencer al juez que su demanda habría prosperado”.²⁵

Resume Goldschmidt los valores contrapuestos en juego y brinda una solución. Por un lado, el respeto de la soberanía estatal. Por otro, el acceso a la justicia de la víctima. La solución hoy no es necesariamente la misma. El hecho nuevo es la consolidación de los derechos humanos como paradigma contemporáneo, la conformación de un núcleo de derechos jusfundamentales como bienes protegidos y la tipificación de su violación grave como delitos internacionales, generando las obligaciones de protección jurídica efectiva y la reparación integral a las víctimas.

Los conceptos en pugna al negociarse la Carta de Naciones Unidas -soberanía y derechos humanos- vuelven a colisionar al tratar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción estatal frente a violaciones de los derechos humanos. Si afirmáramos la jurisdicción exclusiva del Estado infractor sobre estos hechos podríamos pecar por defecto o por exceso.

Por *defecto*, si el Estado hiciera menos de lo que debe en función de las obligaciones impuestas por el DIPu, con la intención de obstaculizar o impedir un proceso judicial. Por ejemplo (i) no brindara acceso real a la justicia; o (ii) lo limitara de manera ilegal; o (iii) lo prohibiera. En este supuesto, el Estado no investiga o no sanciona. Las leyes Argentinas de punto final, obediencia debida e indultos son claros ejemplos.²⁶

²⁵ Goldschmidt Werner, Derecho Internacional Privado, segunda edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 416.

²⁶ Leyes 22.924 de Pacificación Nacional promulgada el 22/09/1983 por la dictadura militar saliente; 23.492 de Punto Final, de 24/12/1986; 23.521 de Obediencia Debida, de 04/06/1987; los indultos presidenciales bajo la Administración Menem compuestos por diez decretos sancionados entre el 07/10/1989 y el 30/12/1990; respectivamente.

Por *exceso*, en caso que el Estado cumpliera formalmente con sus obligaciones internacionales, aunque materialmente no poseyera capacidad o voluntad real de administrar justicia, descubrir la verdad y asignar responsabilidades en forma efectiva. En este supuesto, el Estado cumple en la forma con sus obligaciones internacionales, pero no obstante el objeto principal de los procesos judiciales tiene por finalidad (i) sustraer a los demandados de su responsabilidad; o (ii) evitar que la causa sea instruida en forma independiente o imparcial conforme las garantías procesales; o (iii) que la causa sea instruida de manera incompatible con la intención de someter al responsable a la acción de la justicia.²⁷ Estas situaciones implican un plus en el accionar estatal tendiente a direccionar el proceso intentando eliminar o disminuir su responsabilidad y la de sus agentes y funcionarios.

En ambas situaciones, cuando el Estado evita investigar o multiplica sus esfuerzos a fin de evitar las responsabilidades, las víctimas necesitan salir del encierro doméstico generado por la jurisdicción exclusiva del Estado victimario.

El DIPu acepta hoy una serie de excepciones que permiten vencer la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero. Algunas brindan una respuesta parcial a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos. Las comentamos brevemente.

II. La inmunidad de jurisdicción y sus excepciones

II.a. Normativa internacional

Primero, la “Convención Internacional para la unificación de ciertas reglas relacionadas con la inmunidad de buques pertenecientes a Estados y su Protocolo Adicional” (1926)²⁸ somete a la jurisdicción local aquellos buques mercantes que sean propiedad o estén operados por Estados extranjeros:

²⁷ Estas situaciones son mencionadas en el Estatuto de Roma, art. 20, paras. 3.a y 3.b, pudiendo en tal caso dejarse de lado el principio non bis in idem e iniciarse un nuevo proceso.

²⁸ Firmada en Bruselas el 10/04/1926, ratificada por Argentina por ley 15787 (de adhesión a las Convenciones de Bruselas de 1926), sancionada el 14/12/1960 y promulgada el 30/12/1960. Esta Convención alcanzó 13 ratificaciones.

“Los buques de ultramar pertenecientes a los Estados o explotados por ellos, los cargamentos que a ellos pertenezcan, los cargamentos y pasajeros transportados por los buques de Estado, así como los Estados que son propietarios de dichos buques o que los explotan, o que son propietarios de dichos cargamentos... (art. 1)”.

Estos buques se asimilan a los privados en lo que hace a reclamaciones originadas en su explotación y transporte. No obstante, otros buques siguen protegidos por la inmunidad jurisdiccional:

“los buques de guerra, yates de Estado, buques de vigilancia, buques-hospitales, buques auxiliares, buques de abastecimiento y otras embarcaciones pertenecientes a un Estado o por él explotados...” siempre que se encuentren afectados exclusivamente al originarse el crédito, a un servicio gubernamental y no comercial (art. 3).

Segundo, el Comité de Expertos de la Sociedad de las Naciones consideró (1928) que algunos aspectos de la inmunidad jurisdiccional se encontraban maduros para la codificación, recomendando convocar una conferencia internacional. El Comité señaló que en respuesta al cuestionario enviado a los gobiernos, veintiuno de ellos se habían declarado partidarios de la codificación de la materia y sólo tres se habían opuesto.

Tercero, un Informe preparado para el primer período de sesiones de la CDI (1948), contenía una sección referida a la “Jurisdicción sobre Estados extranjeros”, que indicaba que la materia comprendía “toda la esfera de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de sus buques, de sus soberanos y de sus fuerzas armadas”.²⁹ En su primer período de sesiones (1949), la CDI preparó una lista provisional de materias seleccionadas para la codificación, en la que figuraba la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

²⁹ Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, Documento A/CN.4/323. Informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial, 18/06/1979, p. 236.

Cuarto, la “Convención sobre Mar Territorial y la Zona Contigua y la Convención sobre Alta Mar, firmadas en Ginebra” (1958) asimilaban la naturaleza de los buques operados con fines comerciales a la de buques mercantes no gubernamentales. La primera convención citada, al tratar el derecho de paso inocente, distinguía entre buques extranjeros con propósitos comerciales de aquellos que no tenían tal propósito, sometiendo a los primeros a la jurisdicción del Estado ribereño.

Quinto, la Convención de Jamaica sobre derecho del mar (1982) reafirma similares provisiones. Su art. 32 dice:

“Con las excepciones previstas en la subsección A y en los artículos 30 y 31, ninguna disposición de esta Convención afectará a las inmunidades de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales.”³⁰

Sexto, en la década de 1970 se inicia un proceso de codificación de la costumbre internacional. En este punto, destacan la “Convención Europea sobre Inmunidad Estatal” (1972)³¹; el “Proyecto de Convención Interamericana sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados” (1983)³²; el “Proyecto de Artículos sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes” (1991)³³; y finalmente la “Convención sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes” (2004).³⁴

³⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Jamaica, 1982, ratificada por Argentina ley 24543 de 13/09/1995. Las excepciones mencionadas se refieren al derecho de paso inocente (subsección A); al incumplimiento por parte de los buques de guerra de las leyes y reglamentos del Estado ribereño (art. 30); y a la responsabilidad del Estado del pabellón por daños causados por un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines no comerciales (art. 31).

³¹ European Convention on State Immunity, adoptada el 16/05/1972 en Basilea y en vigor desde el 11/06/1976. Ver ETS 74 - State Immunity, 16/05/1972.

³² Proyecto de Convención Interamericana sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados. Aprobado por el Comité Jurídico Interamericano, OEA, 1983, ILM, vol. 22, p. 292.

³³ Proyecto de Artículos sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes con comentarios (Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries), Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II, Parte II.

³⁴ AG, Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de

La “Convención Europea sobre Inmunidad Estatal” prevé como excepciones a la regla de la inmunidad:

- i. el consentimiento expresado al iniciar o intervenir en una acción judicial (art. 1.1);
- ii. la reconvencción de la demanda entablada (art. 1.2);
- iii. la intervención en una reconvencción que implica aceptar someterse a la causa principal (art. 1.3);
- iv. el consentimiento expresado en un acuerdo internacional, cláusula contractual o acuerdo posterior (art. 2);
- v. en contratos, cuando la prestación debe ejecutarse en el Estado del foro (art. 4);
- vi. en contratos laborales, cuando la prestación se realiza en el Estado del foro (art. 5);
- vii. la participación con otras personas privadas en una persona jurídica constituida en el Estado del foro (art. 6);
- viii. si posee una agencia en el Estado del foro desarrollando actividades industriales, comerciales o financieras (art. 7);
- ix. en procedimientos de propiedad intelectual registrados en el Estado del foro (art. 8);
- x. si la demanda recae sobre sus derechos o intereses, uso o posesión de propiedad inmueble o de obligaciones sobre ellos, si el inmueble se sitúa en el Estado del foro (art. 9);
- xi. si el Estado es parte en un proceso sucesorio abierto en el Estado del foro (art. 10);
- xii. daños a la persona o propiedad, si los hechos originantes ocurren en el territorio del Estado del foro y el autor del daño se encontraba presente al momento de ocurrir los hechos (art. 11); y
- xiii. el acuerdo en someter la cuestión a un arbitraje en disputas civiles o comerciales (art. 12).

los Estados y de sus bienes, Doc. A/RES/59/38, 16/12/2004. No tratamos a las Convenciones de Viena que regulan el derecho diplomático ya que constituyen estatutos específicos. Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18/04/1961 y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24/04/1963. Ambas convenciones son generalmente distinguidas del resto de la normativa citada ya que las mismas codifican siglos de costumbre diplomática internacional.

El “Proyecto de Convención Interamericana sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados” establece que el Estado goza de inmunidad de jurisdicción de cualquier otro Estado por los actos que realice en ejercicio de su poder estatal. Luego afirma como excepciones:

- i. demandas basadas en la actividad comercial realizada en el territorio del Estado del foro;
- ii. asuntos laborales o relativos a contratos de trabajo ejecutados en el territorio del foro;
- iii. los juicios universales, sean de naturaleza civil, mercantil o comercial;
- iv. acciones reales sobre bienes situados en el territorio del Estado del foro;
- v. cuestiones de naturaleza fiscal relativas a bienes situados en el territorio del Estado del foro;
- vi. acciones de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual;
- vii. la interposición de demanda ante órganos del Estado del foro;
- viii. la contestación de demanda o intervención en un proceso en relación con el fondo de la litis, sin oponer expresamente su inmunidad;
- ix. en casos de reconvencción o tercería.

La “Convención sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”³⁵ recoge parte de los artículos del Proyecto de la CDI de 1991, aunque no se encuentra en vigencia.³⁶ La Convención establece la regla general de la inmunidad (art. 5) para luego enumerar excepciones:

³⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Firmada en Nueva York, 02/12/2004. UNTC Doc. A/59/508.

³⁶ La Convención fue abierta a la ratificación de los Estados desde su firma hasta enero de 2007 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Previó entrar en vigencia en el trigésimo día posterior al depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación o adhesión en poder del Secretario General de Naciones Unidas. Al 30/01/2018 la Convención había sido firmada por 28 Estados y obtenido 21 instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

- i. el consentimiento expreso del Estado a través de un acuerdo internacional, un contrato escrito o una declaración ante el tribunal (art. 7);
- ii. la participación del Estado en un proceso ante el tribunal de otro Estado (art. 8);
- iii. la reconvención basada en igual relación jurídica o hechos que la demanda principal (art. 9);
- iv. las transacciones mercantiles;
- v. los contratos de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse en el territorio del Estado del foro;
- vi. daños derivados de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de cosas, causados por un acto o una omisión atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido en el territorio de ese otro Estado y su autor se encontraba en dicho territorio al momento del acto u omisión (art.12);
- vii. acciones dirigidas a determinar un derecho o interés del Estado respecto de (a) bienes inmuebles situados en el Estado del foro; o (b) bienes muebles o inmuebles, nacido en virtud de sucesión, donación u ocupación de bien vacante; o (c) la administración de bienes en fideicomiso (art. 13);
- viii. la determinación de un derecho de propiedad intelectual o industrial del Estado que goce de protección jurídica en el Estado del foro (art.14);
- ix. la determinación de la participación en una sociedad u otra colectividad, y referida a las relaciones entre el Estado y la sociedad o colectividad o los demás participantes, siempre que (a) comprenda socios que no sean Estados u organizaciones internacionales; y (b) el ente se haya constituido u organizado conforme la ley del Estado del foro o tenga allí su sede (art. 15);
- x. la explotación de un buque de propiedad o explotado por un Estado, en tanto fuera utilizado para fines que no constituyan un servicio público no comercial (art.16);

- xi. la validez, interpretación o aplicación del convenio arbitral, el procedimiento de arbitraje o la confirmación o anulación del laudo (art. 17).

La Convención no comprende las actuaciones penales y en consecuencia no se ocupa de la cuestión de la responsabilidad civil del Estado por crímenes imputados a sus agentes. Argentina no firmó este instrumento ni accedió posteriormente aunque incluye en su legislación la casi totalidad de las excepciones previstas. En el derecho comparado, un conjunto numeroso de Estados apoyaron la adopción del Proyecto de Convención en 2004, incluidos China, India e Irán que habían sido previamente asociados con la doctrina de la inmunidad absoluta. La Convención jugó un importante papel en una decisión de la Corte Suprema de Japón de 2006 que adopta la teoría de la inmunidad relativa³⁷, tras lo cual Japón firmó la Convención.

II.b. Normativas domésticas

El movimiento hacia la inmunidad relativa comenzó en el siglo XIX en jurisdicciones de derecho continental Europeo como Italia y Bélgica, a los que luego se suma Egipto. Luego, la decisión de la Corte Constitucional Alemana de 1963 en el caso Imperio de Irán lideró la aplicación del enfoque restringido tras analizar el DIPu convencional y consuetudinario de la época, aceptando la demanda contra Estados extranjeros por actividades “no soberanas”. Estableció además la Corte Alemana que el criterio de distinción entre actos soberanos y aquellos que no lo son está dado por la naturaleza de la acción estatal, y además, que la determinación de la naturaleza de la actividad estatal -de imperio o de gestión- es efectuada por el derecho interno.³⁸ Nuestra CSJN recordando este fallo afirmó:

³⁷ Suprema Corte de Japón, Caso No. 1231 (2003), 1416 Saibansho Jiho 8 (de 21/07/2006).

³⁸ German Constitutional Court, Empire of Iran case Judgment of 30th April 1963. International Law Reports, 1972, p. 57-82. El caso trataba sobre gastos de reparación del sistema de calefacción de la Embajada Iraní en Bonn. Jueces Dres. Wagner, Schunck, Klaas, Leibholz, Rupp, Geiger, Federer y Kutscher.

“(…) es sumamente ilustrativo el fallo del Tribunal Constitucional Alemán del 30 de abril de 1963 en el caso de la demanda iniciada contra el Reino Unido de Irán, en el cual figura una muy extensa reseña de jurisprudencia de los tribunales de Italia, Bélgica, Suiza, Austria, Francia, Grecia, Egipto y Jordania que aceptaban, a esa fecha, la tesis de la inmunidad limitada o restringida. Ello le permitió concluir al tribunal alemán que la postura de la inmunidad absoluta ya no podía considerarse como una práctica que la mayoría de las naciones pudieran considerar vinculante.”³⁹

Un informe de la CDI revelaba en 1982⁴⁰ que los tribunales de la mayoría de Estados que interpretaron la inmunidad de jurisdicción estatal, optaron por brindarle un carácter relativo, afirmando una o mas de las excepciones antes citadas.

En la órbita del common law, Estados Unidos adhiere en 1952 a través de su Departamento de Estado a la teoría de la inmunidad relativa⁴¹ con la intención de dar respuesta a intereses nacionales privados que contrataban con gobiernos extranjeros, afirmando la aplicación de la jurisdicción y ley Estadounidenses en caso de conflicto. La norma menciona además, ciertos actos que conforme la práctica internacional gozaban de inmunidad jurisdiccional: (i) actos administrativos como la expulsión de extranjeros; (ii) actos legislativos como la nacionalización; (iii) actos relativos a las fuerzas armadas; (iv) actos de la actividad diplomática; y (v) la deuda pública.⁴² Tras este antecedente, Estados Unidos dicta la Foreign Sovereign Immunities Act (US FSIA1976)⁴³, primera norma doméstica que consagra la

³⁹ CSJN, Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa, 22/12/1994; Fallos: 317:1880, considerando 10, donde cita al Tribunal Constitucional de Alemania -BVerfge- 16, 27, esp. ps. 51-52.

⁴⁰ CDI, 4th Report on Jurisdictional Immunities of States and their Property, 1982, preparado para la Comisión de Derecho Internacional por su redactor Especial, sr. Sucharitkul. YBILC, 1982, II-1, p. 199.

⁴¹ Carta de Jack B. Tate, en su carácter de Consejero legal del Departamento de Estado, dirigida al Fiscal General (19/05/1952), en Alfred Dunhill of London v. Republic of Cuba, 425 U.S. 682, 711 (1976).

⁴² Janis M. W. y Noyes J. E., Cases and Commentary on International Law, Second Edition, West Group, St. Paul, Minn., 2001, p. 784.

⁴³ 28 U.S. Code, Chapter 97, 1602- 1605. En vigencia desde 19/01/1977. Define la actividad comercial del Estado por su naturaleza y no por su propósito (1603, inc. d.).

inmunidad relativa y prevé como excepciones a la inmunidad estatal: (i) el consentimiento; (ii) actividades comerciales ejecutadas en territorio Estadounidense; (iii) derechos de propiedad en conexión con una actividad comercial desarrollada en territorio de Estados Unidos; (iv) derechos sucesorios o de propiedad inmueble situados en Estados Unidos; (v) convenio arbitral; (vi) acciones relacionadas con buques de Estados extranjeros en tanto se funden en una actividad comercial; y (vii) reconvencción.

Esta norma incluye luego la excepción de “terrorismo”, mediante la cual se permite demandar civilmente en Estados Unidos a un Estado extranjero por daños a la persona o muerte causada por un acto de tortura, ejecución extrajudicial, sabotaje aéreo, toma de rehenes o la provisión de ayuda material o recursos para los fines comentados, si tales actos comprometieron a un funcionario, empleado o agente del Estado extranjero mientras actuaban dentro de las atribuciones de su cargo, empleo o agencia.⁴⁴ En estos casos, la legitimación activa se brinda a los ciudadanos, miembros de las fuerzas armadas o personal empleado por el gobierno de Estados Unidos o una firma en ejecución de un contrato celebrado con el gobierno. El demandante debe haber previamente ofrecido al Estado infractor, arbitrar el conflicto.

Otros Estados cuyo sistema legal se basa en el common law han legislado la cuestión, incorporando el enfoque relativo. Así, encontramos la State Immunity Act del Reino Unido (1978); la State Immunity Act de Singapur (1979); la State Immunity Act de Canadá (1985); la Foreign States Immunities Act de Australia (1985); la Immunities and Privileges Act de Malaysia (1984); la State Immunity Ordinance en Pakistán (1981); y la Foreign States Immunities Act de Sudáfrica (1981).

El Reino Unido aprueba la State Immunity Act (1978) que aplica subsidiariamente common law.⁴⁵ Bajo su articulado, un Estado no puede invocar la inmunidad: (i) si ha consentido expresamente; (ii) en procesos relativos a una transacción comercial o un contrato a

⁴⁴ 28 U.S. Code para. 1605A - Terrorism exception to the jurisdictional immunity of a foreign state.

⁴⁵ State Immunity Act, Chapter 33, Part I, Secciones I a XI. Aprobada el 20/07/1978 y en vigencia desde el 22/11/1978.

ejecutarse en el Reino Unido; (iii) en contratos laborales; (iv) en procesos en que se reclaman daños a las personas o a los bienes; (v) en conflictos de titularidad, posesión o uso de una propiedad inmueble; (vi) en casos de propiedad intelectual registrada en el Reino Unido; (vii) en cuestiones de membresía de personas jurídicas registradas en el Reino Unido; (viii) en acciones derivadas de convenios arbitrales; (ix) en casos de buques utilizados con propósitos comerciales; o (x) en cuestiones impositivas.

Canadá aprueba la Canadian State Immunity Act (1985).⁴⁶ La ley enumera excepciones: (i) la renuncia; (ii) el sometimiento voluntario; (iii) actividad comercial; (iv) casos de muerte o daños a la persona o bienes ocurridos en Canadá; (v) procedimientos relativos al sostenimiento del terrorismo; (vi) procedimientos donde se discuta la actividad terrorista del Estado extranjero; (vii) actividades derivadas del derecho marítimo en tanto los buques de propiedad u operados por el Estado extranjero posean propósitos comerciales; (viii) en cuestiones donde se discuten derechos de propiedad situada en Canadá.

Australia dicta la Australian Foreign States Immunities Act (1985).⁴⁷ La ley distingue como excepciones: (i) el sometimiento voluntario; (ii) las transacciones comerciales; (iii) los contratos de empleo; (iv) daños personales y patrimoniales; (v) acciones relativas a la titularidad, posesión o uso de una propiedad inmueble; (vi) derechos de propiedad intelectual registrados en Australia; (vii) membresía en personas jurídicas registradas en Australia; (viii) acciones derivadas de convenios arbitrales; (ix) acciones respecto de buques utilizados con propósitos comerciales; (x) instrumentos negociables; (xi) cuestiones impositivas.

En su ley específica, Singapur (1979)⁴⁸ enumera estas excepciones: (i) sometimiento voluntario; (ii) transacciones comerciales y contratos a ser ejecutados en su territorio; (iii) contratos laborales; (iv) daños a la persona y la propiedad; (v) conflictos sobre titularidad,

⁴⁶ Canada State Immunity Act, R.S.C., 1985, c. S-18, modificada por última vez el 13/03/2012. Arts. 3 a 9.

⁴⁷ Australia, Foreign States Immunities Act 1985, Act No. 196 of 1985 as amended. Parte II, arts. 9 a 20. Compilación de 03/03/2010.

⁴⁸ Singapur, State Immunity Act, (Chapter 313), (Original Enactment: Act 19 of 1979). Edición Revisada 31/12/2014. Arts. 3 a 13.

posesión y uso de propiedad inmueble sita en su territorio; (vi) derechos de propiedad intelectual; (vii) conflictos relativos a la membresía del Estado en un ente constituido conforme sus leyes; (viii) acciones derivadas de convenios arbitrales; (ix) conflictos referidos a buques utilizados con propósitos comerciales; (x) cuestiones impositivas aduaneras.

La ley de Pakistán (1981)⁴⁹ enumera como excepciones: (i) sometimiento voluntario; (ii) transacciones comerciales y contratos a ser ejecutados en su territorio; (iii) contratos laborales; (iv) los conflictos sobre titularidad, posesión y uso de propiedad inmueble sita en su territorio; (v) conflictos relativos a la membresía del Estado en un ente constituido conforme sus leyes; (vi) acciones derivadas de convenios arbitrales; (vii) conflictos referidos a buques utilizados con propósitos comerciales; (viii) cuestiones impositivas.

Sudáfrica posee una ley relativa a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados extranjeros (1981)⁵⁰ que refiere estas excepciones: (i) renuncia a la inmunidad; (ii) transacciones comerciales y contratos a ser ejecutados en su territorio; (iii) contratos laborales; (iv) daños a la persona y la propiedad; (v) conflictos sobre titularidad, posesión y uso de propiedad inmueble sita en su territorio; (vi) derechos de propiedad intelectual; (vii) conflictos relativos a la membresía del Estado en asociaciones y otros entes constituidos conforme sus leyes; (viii) acciones derivadas de convenios arbitrales; (ix) acciones derivadas de buques utilizados con propósitos comerciales; (x) cuestiones impositivas.

Fuera del sistema del common law, otros Estados han aprobado leyes específicas.

Chile aprueba el Decreto ley 2349 (1978)⁵¹ que reglamenta las inmunidades receptando la excepción del sometimiento voluntario del Estado a la jurisdicción extranjera y permitiendo que Chile renuncie a

⁴⁹ Pakistán, The State Immunity Ordinance, 1981. Ordinance VI of 1981, (11/03/1981), arts. 3 a 12.

⁵⁰ Sudáfrica, Foreign States Immunities Act 87 (28/10/1981), con las reformas de 1985 y 1988. Arts. 3 a 12.

⁵¹ Chile, Decreto ley 2349 (1978). Arts. 1 y 2. Barria García, Juan Aníbal, Comentarios sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus Bienes, Themis Revista de Derecho, Perú, No. 26. pp. 49 a 66.

la inmunidad de ejecución en forma expresa y sólo respecto de las consecuencias del contrato donde se realiza.

En el ámbito del MERCOSUR, sólo Paraguay firmó la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aunque no la ratificó.

España posee una referencia genérica en su Ley Orgánica del Poder Judicial⁵²:

“1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y entre extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte.

2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público”.

Cuando el Estado Español o algún organismo dependiente fue demandado ante tribunales extranjeros, ha pretendido ampararse en una concepción absoluta de la inmunidad de jurisdicción. En cambio cuando ciudadanos españoles han presentado reclamaciones contra Estados extranjeros, los tribunales Españoles han adoptado la concepción relativa. La jurisprudencia Española se ha inclinado finalmente por la tesis de la inmunidad restringida desde las Sentencias del Tribunal Superior de 1986.⁵³ En 2015 España aprobó la Ley sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.⁵⁴ Esta norma

⁵² España, Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, (01/07/1985), BOE de 02/07/1985, art. 21.2.

⁵³ Gutiérrez Espada Cesáreo, La adhesión Española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005). En Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2011), Vol. 3, N° 2, pp. 145-169. ISSN 1989-4570 – www.uc3m.es/cdt. Sobre la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados extranjeros en España hasta 1986, véase Carrera Hernández, F. J., La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española, Anuario Español de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2007, pp. 63-99 (pp. 64-70).

⁵⁴ España Ley Orgánica 16/2015 (27/10/2015).

acoge el principio de la inmunidad relativa. España adhirió en 2011 a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes.

La Foreign State Immunity Law de Israel (2008)⁵⁵ desarrolla en su articulado ciertas excepciones a la inmunidad de jurisdicción: (i) transacciones comerciales; (ii) contratos de empleo; (iii) acciones por ilícitos; (iv) derechos de propiedad; (v) propiedad intelectual; (vi) acciones contra un buque o su carga; (vii) renuncia expresa o tácita a la inmunidad; y (viii) acuerdo arbitral.

Japón aprueba su Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State (2009)⁵⁶, donde se aceptan como excepciones al: (i) consentimiento expresado en un tratado, contrato escrito, o declaraciones unilaterales; (ii) consentimiento tácito; (iii) transacciones comerciales; (iv) contratos laborales; (v) muerte o daños causados a la persona o sus bienes; (vi) derechos e Intereses relativos a la administración o disposición de propiedad en que el Tribunal se encuentre entendiendo; (vii) derechos intelectuales; (viii) calificación como miembro constitutivo de una persona jurídica; (ix) operaciones con buques; y (x) acuerdos arbitrales.

Un Proyecto del Consejo de Europa referido a la práctica estatal sobre inmunidad de jurisdicción que incluyó 28 Estados miembros y observadores, reveló una preferencia consistente por la aplicación de la inmunidad relativa. No obstante también demostró que tribunales de Bulgaria, República Checa, Polonia, Rumania y Rusia habían concedido la inmunidad absoluta a los Estados extranjeros demandados aún en conflictos de naturaleza comercial.⁵⁷

La práctica estatal es difícil de confirmar en aquellos Estados que no cuentan con normas específicas, que además son mayoría, ya que en este contexto, la base del análisis está conformada por una jurisprudencia, a veces atomizada, en otras cambiante.

⁵⁵ Israel, Foreign States Immunity Law, 5769-2008,

⁵⁶ Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State, Act No. 24 de 24/04/2009.

⁵⁷ Hazel Fox (QC), *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2a ed., 2008, p. 232.

Argentina aprueba su ley sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en 1995, no obstante contar con normas que eran utilizadas para resolver la cuestión, como:

- i. la ley 13998 -BO del 11/9/1950-;
- ii. el decreto ley 1285/1958 -BO del 7/2/1958- ratificado por la ley 14467 -BO del 29/9/1958-; y
- iii. el decreto ley 9015/1963 -BO del 24/10/1963-.

La ley Argentina 24488 adopta el criterio de inmunidad relativa. Antes de su sanción, la CSJN Argentina sostuvo en el caso *Manauta* que si bien el régimen del art. 24, inc. 1, del decreto-ley 1285/58 no introduce textualmente la distinción entre actos de gobierno de un Estado extranjero -*iure imperii*-, y actos comerciales o de derecho privado -*iure gestionis*-, cabe reconocer la segunda hipótesis -a fin de habilitar el proceso ante los magistrados nacionales, cuando no encontrándose en tela de juicio actos de gobierno, la controversia se refiere a obligaciones que no afectan el normal desenvolvimiento de una embajada.⁵⁸ Posteriormente, la misma CSJN afirma expresamente que la doctrina citada no ha sido modificada por la vigencia de la ley 24488, que recoge la tesis de la inmunidad relativa.⁵⁹

III. ¿Un trato excepcional para las violaciones graves de derechos humanos?

III.a. La delimitación de un núcleo duro de derechos humanos

El DIPu contemporáneo se encamina hacia la conformación de un estatuto fundamental y mínimo para proteger a la persona humana, compuesto por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario, el derecho internacional penal y el derecho de los refugiados. Esta circunstancia es relevante en tanto su contenido consensuado se desprende de los matices propios de cada estatuto para decidir la solución jurídica que proteja mas eficazmente a la

⁵⁸ Conf. CSJN Fallos: 317:1880.

⁵⁹ Conf. CSJN Fallos: 348:2522.

víctima. Así lo afirma Mónica Pinto fundada en la aplicación del principio pro-homine.⁶⁰

El concepto moderno de los derechos humanos se encuentra “enraizado en las experiencias de ilegalidad legal, cuando los crímenes son cometidos con la autorización de la ley (doméstica) y cuando a algunos seres humanos les es negado su estatus de tales”.⁶¹ La Carta de Naciones Unidas impone a los Estados miembros el deber de desarrollar y estimular el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.⁶² El objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos “son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”.⁶³ En opinión de Buergenthal, es un derecho ideológico, complementario, de garantías mínimas, protector y de desarrollo progresivo.⁶⁴

El DIPu provee cuatro estatutos básicos de protección de la persona humana, son los subsistemas del DIDH, DIH, DIPenal, y el DI de los Refugiados que contienen normas y mecanismos de garantías propios.⁶⁵ Cada uno ha desarrollado reglas dirigidas a la protec-

⁶⁰ Ver Pinto Mónica, El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Martín Abregú, Christian Courtis (Compiladores).CELS Centro de Estudios Legales y Sociales Edit. Del Puerto srl, 1a reimpression 2004, Bs. As. Argentina, ps. 164-5.

⁶¹ Piechowiak Marek, What are human rights?, An introduction to the International Protection of Human Rights, 2nd revised edition, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Finland, 2002, p. 3.

⁶² Carta ONU, Art. 1. inc. 3.

⁶³ CIDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la CADH (Arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24/009/1982. Serie A, No. 2, párr. 29.

⁶⁴ Buergenthal Thomas, Grossman Claudio, Nikken Pedro. Manual Internacional de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 01/01/1990.

⁶⁵ Entendiendo por normas tanto a los principios como a las reglas, diferenciados por su nivel de abstracción. Los más representativos que provienen del DIH, son las Convenciones de Ginebra (1949) y sus Protocolos Adicionales I y II (1977); del DIDH, la Carta Internacional de Derechos Humanos, compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los Pactos gemelos, de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); del DIPenal, los 16 instrumentos relativos al terrorismo (desde 1963 hasta 2005) y el Estatuto de Roma que crea la CPI (1998); del DI de los Refugiados, véase Convención sobre el Estatuto

ción efectiva de la vida, la libertad, la integridad personal, la prohibición de la tortura y las garantías procesales. Tales reglas derivan de valores universalmente aceptados, conforman hoy un núcleo duro de derechos humanos, y deben interpretarse respetando los principios de igualdad, no discriminación y dignidad de la persona humana, dentro del marco cultural propio de cada sociedad. Sin responder a una distribución racional de competencias, surgen y evolucionan como respuesta a situaciones de violencia masiva Estatal. Por esto, los ámbitos de superposición son generosos. Afirma Mónica Pinto que la Carta de NNUU establece como nuevo concepto de derechos humanos: “[la]...titularidad excluyente de las personas físicas, universalidad, igualdad, no discriminación, tendencia a la efectividad e interdependencia”, y estima que estos derechos revisten carácter de orden público en razón de la supremacía de la Carta respecto de todo otro tratado.⁶⁶

El DIH⁶⁷ y el DIDH⁶⁸ han centrado su atención en la responsabilidad estatal por la violación de los derechos de los habitantes

de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28/07/1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14/12/1950.

⁶⁶ Pinto Mónica, *Temas de derechos Humanos*. Editores del Puerto S.R.L., 1998 p. 22.

⁶⁷ Como ejemplos, los estatutos de los tribunales internacionales para la ex-Yugoslavia (1993) y Rwanda (1994) y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Respecto de las relaciones entre DIDH y DIH, ver Warner Daniel, *Derechos Humanos y derecho humanitario: en búsqueda de la universalidad* (Human rights and humanitarian law: the quest for universality), The Hague; Boston: M. Nijhoff, 1997.

⁶⁸ El sistema internacional de protección de derechos humanos gobernado por diversas agencias de NNUU como el Consejo de derechos humanos, el Alto Comisionado de NNUU para los derechos humanos y los sistemas regionales existentes en Europa, América y África tratan exclusivamente con denuncias contra estados por violaciones de derechos humanos afirmadas en instrumentos que los mismos han ratificado. Véase CDI, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado (Draft Articles on state responsibility). Los primeros 35 artículos fueron adoptados en su primera lectura en 1980 y refieren los orígenes de la responsabilidad internacional. La Parte II que refiere el contenido, forma y grados de la responsabilidad internacional (Artículos 36 a 53) y la Parte III conteniendo la Solución de Controversias (Artículos 54 a 60), complementada con dos anexos sobre mecanismos de solución de controversias, fueron adoptados en primera lectura en 1996. Official Records of the General Assembly. Fifty-first Session, Supplement No.

bajo su jurisdicción o control efectivo.⁶⁹ Desde su surgimiento, el DIDH ha ido ganando terreno al paradigma de la soberanía estatal. Bassiouni resume esta evolución en pasos que llama de “surgimiento, reconocimiento, apreciación, implementación de los derechos humanos y finalmente ya fuera del subsistema, de criminalización” de las conductas lesivas de valores comunes.⁷⁰ El DIPenal se constituye en la última ratio en la protección de los derechos humanos. Con razón se ha dicho que “los tribunales internacionales penales *ad-boc* son también tribunales de derechos humanos con competencia criminal”.⁷¹ A ellos sumamos el DI de los Refugiados que ampara a las personas especialmente desprotegidas que huyen de una persecución motivada en su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas.⁷² Por esto afirmamos que considerados en conjunto, los cuatro estatutos constituyen un naciente sistema internacional de protección de la persona humana.⁷³

10. Documento A/51/10 y Corr. 1, pp. 125-151. En el proyecto de 1997 el Art. 19 luego derogado constituía la piedra de toque de la responsabilidad internacional de los estados por actos contrarios al DI, y específicamente delitos y ofensas internacionales. Los arts. 51 a 53 referían las consecuencias del delito internacional. Los Pactos I y II (1966) establecen la responsabilidad de carácter civil de cada Estado por acción lesiva u omisión en legislar internamente las obligaciones asumidas. El DIDH no se ha ocupado mayormente ni de los líderes ni de las organizaciones políticas diferentes del Estado, cuando éstos perpetran violaciones de derechos humanos. En tales casos, subyace la responsabilidad estatal por omisión. Sin embargo, ésta constituye una solución indirecta, sancionatoria y en todo caso, siempre tardía respecto de la función preventiva. Ver respecto de la personalidad jurídica internacional de las organizaciones de liberación nacional, Barberis, J.A., "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", en *Hague Recueil* 179, (1983-I), 259.

⁶⁹ Véase CJI, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* Sentencia, 19/12/2005.

⁷⁰ Bassiouni M. Cherif (ed.), *International Criminal Law, Vol. I, Crimes*, Transnational Publishers, Inc. Dobbs Ferry, N.Y., 1986, p. 17.

⁷¹ Aguilar Cavallo Gonzalo, *Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil*, *Revista Ius et Praxis*, Año 14, No. 2, 2008, p. 149.

⁷² Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28/07/1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14/12/1950. Serie Tratados NNUU, N° 2545, Vol. 189, p. 137.

⁷³ Ya Kelsen refería la responsabilidad penal individual en DI. Véase Kelsen Hans, *La*

La expresión jurídica fundacional del DIDH es la “Carta Internacional de derechos humanos” (CartaIDH de aquí en mas), compuesta por tres documentos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH de aquí en mas), el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (Pacto I), y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (Pacto II).⁷⁴ De ella derivan la pluralidad de normas vinculantes y de soft law hoy existentes. La CartaIDH se ha convertido en el marco de referencia del Estado de derecho posmoderno, a partir del cual el resto de las convenciones temáticas intenta permear. Cassese afirma que la doctrina de los derechos fundamentales “no solo resultó en la redacción de numerosos tratados internacionales protegiendo los derechos humanos; su corolario lógico fue que a los individuos les fue dada la oportunidad de llamar a los Estados para que dieran cuenta de sus actos frente a órganos internacionales en toda oportunidad en que sintieran que sus derechos habían sido lesionados”.⁷⁵

Este desarrollo convencional vigoroso da lugar a que Buergethal opinara que el DIDH “es, en general, de fuente convencional”.⁷⁶ No obstante, es innegable que el DIDH resume valores uni-

responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra, pp. 5,10-11, 35-36, Imprenta de la Universidad de Córdoba, República Argentina, 1944. Sobre las relaciones entre los subsistemas véase Knotzer Martin; Ulbert Roland; y Wurth Harald, Libro Azul de Naciones Unidas, University of Vienna, Vienna, 1995, que incorpora principios básicos de justicia criminal, derechos humanos y derecho humanitario para las misiones de mantenimiento de paz de Naciones Unidas.

⁷⁴ Compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16/12/1966. (Entrada en vigor 23/03/1976, de conformidad con el Art. 49); y el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16/12/1966 (Entrada en vigor 03/01/1976, de conformidad con el Art. 27). A éstos deben sumársele los dos Protocolos adicionales del primero como también otros documentos temáticos internacionales que abarcan desde la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio (1948) hasta la Convención Internacional contra la Desaparición Forzada de Personas (2007).

⁷⁵ Cassese, Antonio, *International Law in a divided world*, Clarendon Press, Oxford University Press, Reino Unido, 1986, p. 75.

⁷⁶ Buergethal Thomas y otros, op. cit., p. 171.

versales que, o bien constituyen DIPu consuetudinario, o se encuentran incluidos en los principios generales del Derecho, o son ya parte integrante del jus cogens.⁷⁷ Nuestro estudio repara especialmente en estos últimos.

Alexy llama “estructura jusfundamental del orden jurídico internacional” al sistema compuesto por valores presentes en todos los subsistemas constitutivos, y remarca la influencia que éstos ejercen respecto del resto de las normas que los integran. Establece así una secuencia jerárquica compuesta por 'valores-principios-reglas'. En este punto, adoptamos su afirmación: “ Toda norma es o bien una regla o un principio”⁷⁸, fundando la distinción en que los principios son “normas de un grado de generalidad relativamente alto”.⁷⁹

Por ejemplo, la *igualdad*, *no-discriminación* y *dignidad*, por su alto grado de generalidad, deben ser considerados como “principios” del sistema integrado de protección de la persona, antes que reglas. En este contexto, actúan como normas de optimización, conformando el marco de ejercicio de los derechos, los cuales son luego actuados conforme las posibilidades fácticas y jurídicas de cada situación. Constituyen en suma, pautas para la interpretación de todos los derechos humanos. La no discriminación actúa a modo de regla igualadora formal en tanto fija un estándar único ante la ley. La dignidad cualifica los derechos, exigiendo un respeto mínimo debido al momento de su ejercicio. La Corte IDH afirmó que: “Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”.⁸⁰

⁷⁷ Véase Nikken, P; la Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno DIDH, en Revista IIDH, mayo de 1989, número especial, p. 64 a 99, citado por Buergenthal, Thomas y otros, op. cit. Véase Bulygin, Eugenio, Sobre el Status ontológico de los derechos humanos, en DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 4, 1987, p. 81. Allí el autor menciona que los derechos humanos son, al menos en su sentido originario, derechos morales, “que el orden jurídico en cuestión reconoce, pero cuya existencia es independiente de ese reconocimiento”.

⁷⁸ Alexy Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 87

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 82-83.

⁸⁰ CtIDH.: Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras. Fondo. Sentencia de 29/07/1988. Serie C No. 4, par. 154, p. 32.

Las reglas en cambio, pueden ser cumplidas o no. En este sentido, los derechos a la vida, libertad, integridad personal, prohibición de la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, junto a las garantías del debido proceso, exigen una conducta única y ciertamente pro-activa por parte del Estado, que implica la promoción y ante la violación, la reparación a la víctima. Estas reglas determinan un núcleo básico de derechos humanos que se constituye en un estatuto mínimo de respeto de la persona humana. Son normas jusfundamentales del sistema internacional, aplicables erga omnes y válidas para todo tiempo y lugar, no pueden estar sujetas a reservas por parte de los Estados, ni suspendidas o denunciadas por éstos. En suma, forman parte del jus cogens.

Este “mínimo de mínimos” o núcleo duro constituye la protección primaria y elemental impuesta por el DIPu a los Estados en beneficio de la persona humana y de la humanidad. El enfoque nace jusnaturalista, en tanto afirma que el contenido del núcleo posee carácter natural, universal y absoluto, anterior y superior a la sociedad y al derecho que ésta produce.⁸¹ Necesita sin embargo, el complemento de una fundamentación positiva para lograr una protección efectiva.⁸²

El DIPu no sólo impone a los Estados la obligación negativa de abstenerse de violar cualquiera de los “bienes protegidos-derechos fundamentales” mencionados, sino que les impone obligaciones positivas: la de cooperar en la lucha contra la impunidad, extraditar o juzgar a los individuos responsables de las violaciones, reparar el daño ocasionado a las víctimas, y brindar garantías de no repetición.

En suma, el estatuto del DIDH se convierte así en el sector del DIPu que obliga tanto a las normativas domésticas como a las regionales a promover de manera gradual y creciente una pluralidad de derechos, de los cuales un núcleo básico debe ser mantenido aún en situaciones excepcionales o de emergencia -reguladas éstas por los estatutos del DIH, DIPenal y DI de los Refugiados-.⁸³ En este con-

⁸¹ Travieso Juan Antonio, *Derechos humanos y Derecho internacional*, Heliasta, 2a edición, Bs. As. Argentina, p. 21.

⁸² Nino Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Paidós, Bs. As. Argentina, 1984.

⁸³ El Pacto I prevé el derecho de suspensión en su Artículo 4, siempre y cuando la decisión tomada no sea incompatible "con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañe discriminación alguna fundada únicamente en

texto Cançado Trindade afirma que la justicia reparatoria evidencia la confluencia de los sistemas de DIPu protectorios de la persona humana.⁸⁴

En suma, si la obligatoriedad sin tratado constituye el sustrato del *jus cogens*, podemos afirmar que al menos un grupo mínimo de derechos como la vida, libertad, integridad personal, prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, junto a las garantías del debido proceso, poseen el carácter de normas jusfundamentales del sistema internacional. En cuanto tales, todos los sujetos y actores del sistema se encuentran obligados a respetarlos, independientemente de la existencia de una obligación convencional.⁸⁵ Su fundamentación es superior, respondiendo a la dimensión de los valores – principios, en tanto desarrollan el valor intrínseco de la persona humana. Las violaciones graves del sistema internacional de protección de derechos humanos conduce -en sus consecuencias- a la responsabilidad penal internacional respecto de los responsables individuales, y a la justicia reparatoria en relación con la responsabilidad del Estado infractor.

El punto a elucidar es si la violación de una norma imperativa de DI general que protege los derechos humanos impide la aplicación de una norma procesal como la que reclama la inmunidad de jurisdic-

motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social " (párrafo 1); y en ningún caso podrán suspenderse los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18 (vida, integridad física, libertad, garantías penales, reconocimiento de la personalidad jurídica y libertad de pensamiento, de conciencia y religión). El Pacto II refiere en su Art. 4 que las limitaciones de los derechos por él establecidos deben ser compatibles con la naturaleza de tales derechos y fijarse con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática. Es interesante comparar estos núcleos básicos con el Art. 3 común a las Convenciones de Ginebra que establece el "mínimo de mínimos", es decir aquellos derechos que deben respetarse aun en situaciones de conflicto armado no internacional.

⁸⁴ Cançado Trindade A. A., *Evolution du droit international au droit des gens L'accès des individus a la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, pp. 139 y 167.

⁸⁵ Es claro que fuera de la convención, es poco probable que existan procedimientos para efectivizar la responsabilidad consecuente. Sin embargo, queda a modo de última ratio del sistema, la posible declaración del Consejo de Seguridad ONU relativa a que tal incumplimiento, al poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, habilita las acciones previstas en el Capítulo VII de la Carta, incluida la conformación de un tribunal internacional penal ad-hoc.

ción del Estado infractor ante el fuero local. Creemos que sí. Intentaremos probarlo.

III.b. Aceptación de la excepción basada en la violación grave de derechos humanos

Las mas graves violaciones de derechos humanos constituyen el fundamento de trascendentes procesos penales contra individuos que en su carácter de representantes de un Estado soberano han participado de la comisión de conductas criminales. Un conjunto de instrumentos internacionales afirma a la violación grave de derechos humanos como excepción a la inmunidad de jurisdicción estatal de la que gozan funcionarios y agentes del Estado responsables de tales conductas.

Desde el Tratado de Versailles en adelante, pasando por los Tribunales de Nüremberg y Tokio, los tribunales penales internacionales ad-hoc -como el de la ex-Yugoslavia y Rwanda- y mixtos -como Sierra Leona y Camboya-, hasta llegar a la Corte Penal Internacional, la excepción a la inmunidad basada en la violación grave de ciertos derechos humanos se reitera de manera consistente. Remarcamos que en general, estos instrumentos establecen la separación entre la responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado a cuyo servicio actuaron los imputados, afirmando que en ningún caso las consecuencias de los procesos individuales afectan la responsabilidad estatal. Sin embargo, la falta de incidencia no implica inexistencia de responsabilidad: la responsabilidad del Estado no es borrada por la responsabilidad internacional penal del agente.

Las responsabilidades del Estado y del individuo son complementarias como lo indican los mas recientes desarrollos del DIDH y del DIPenal. Para el DI general, en caso de violaciones graves, la responsabilidad estatal subsiste en forma de obligación de reparar el daño ocasionado a las víctimas. ¿Puede esta excepción trasladarse a la órbita de la responsabilidad estatal y ser afirmada frente a la pretensión de inmunidad del Estado extranjero demandado? Dedicamos lo que resta del capítulo introductorio a responder esta pregunta, comenzando por los fundamentos de esta excepción.

En el Tratado de Versailles (1919) se decide el juzgamiento de un jefe de Estado, el Emperador Guillermo II, por la comisión de graves ofensas contra la moral internacional y la santidad de los

tratados.⁸⁶ A este fin, el gobierno Alemán renunció expresamente a su jurisdicción para juzgar tales crímenes y comprometió su cooperación judicial. Encontramos aquí la aplicación de una primera excepción basada en el consentimiento Estatal y relacionada principalmente con violaciones del actual Derecho Internacional Humanitario (DIH de aquí en mas).

El Tratado de Sèvres (1920) reconoce similar antecedente. El gobierno Turco renuncia a su jurisdicción a fin de procesar a aquellas personas “acusadas de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de la guerra”⁸⁷, además de obligarse a cooperar con los procesos. De igual manera se comprometen los gobiernos de todos los territorios que componían el imperio Otomano. Se encuentra aquí una renuncia expresa a la inmunidad de jurisdicción efectuada por medio de un tratado. La causa se relaciona directamente con violaciones del actual DIH.

El acuerdo de Londres (1945) crea una jurisdicción internacional y establece la categoría de “criminales de guerra” incluyendo en ella a las mas altas autoridades de los Estados del Eje. Éstas debían ser juzgadas y eventualmente condenadas por su participación en los delitos que luego serían tipificados en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg.

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (1945) tuvo por objeto el juzgamiento de los mayores criminales de guerra pertenecientes a los Estados del Eje y que habían actuado en interés de tales Estados.⁸⁸ El Estatuto tipifica los delitos cuya comisión impedía invocar la inmunidad de jurisdicción: (i) crímenes contra la paz; (ii) crímenes de guerra; (iii) crímenes contra la humanidad; y la (iv) conspiración para cometer estos crímenes (art. 6). Estos delitos implican violaciones graves de derechos humanos considerados fundamentales. Se establece por vez primera en forma expresa que la capacidad oficial de los acusados -jefes de Estado u oficiales públicos- no servirá como defensa ni atenuante. Nace aquí la excepción a la inmunidad de jurisdicción consistente en la comisión de graves

⁸⁶ Tratado de Versailles (28/06/1919), arts. 227 a 230.

⁸⁷ Tratado de Sèvres (10/08/1920), arts. 226 a 230.

⁸⁸ International Military Tribunal Charter (IMTC), 06/10/1945.

violaciones de los derechos humanos que a su vez se corresponden con delitos internacionales.

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (1946) tuvo por finalidad investigar la comisión de graves violaciones de derechos humanos que constituyeran crímenes internacionales: (i) crímenes contra la paz; (ii) crímenes de guerra; y (iii) crímenes contra la humanidad, cometidos por criminales de guerra en el Lejano Oriente.⁸⁹ Al igual que el Estatuto de Nüremberg, veda la posibilidad de invocar la inmunidad de jurisdicción a los individuos que actuaron en capacidades oficiales (art. 6).

El Acta del Consejo de Control Aliado⁹⁰ (1946) reitera las provisiones anteriores, pero esta vez con el objeto de servir como guía a cada una de las jurisdicciones de los Estados Aliados dentro de las respectivas zonas de ocupación del territorio Alemán, a fin que aquéllas llevaran adelante procesos individuales contra agentes Alemanes considerados criminales de guerra que no podían invocar la inmunidad de jurisdicción.

Los tres últimos documentos citados reconocen a la comisión de crímenes internacionales que se corresponden con violaciones graves de los derechos humanos, como excepción a la inmunidad de jurisdicción estatal. Difieren en que mientras que los tribunales de Nüremberg y del Lejano Oriente constituyen tribunales internacionales, el Acta del Consejo de Control Aliado sirvió como base legal para el inicio de procesos ante las jurisdicciones domésticas de los Estados Aliados. Tenemos aquí a la excepción en estudio como fundamento tanto de una jurisdicción internacional como de jurisdicciones domésticas.

La Asamblea General ONU aprueba los “Principios de Derecho Internacional reconocidos en el estatuto del Tribunal de Nüremberg” (1946)⁹¹ y solicita a la CDI que prepare un proyecto de Con-

⁸⁹ International Military Tribunal for the Far East Charter (IMTFE Charter), Tokyo, 19/01/1946 y enmendado el 25/04/1946.

⁹⁰ IMT - Allied Control Council Law Number 10. Berlin, 20/12/1946. British Military & Criminal History in the period 1900 to 1999.

⁹¹ AG ONU. Res. 95 (I) Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg 11/12/1946. Ver para la formulación de estos principios el trabajo de la CDI, informe presentado por el Relator Especial (A/CN.4/22/1950) y también Yearbook

vención. En 1950 la CDI los aprueba y eleva a la AG que los adopta a través de la Res. 488 (V). Interesa aquí el Principio 3 que afirma que el hecho que el acusado de un crimen internacional actuara como Jefe de Estado o funcionario público no lo libera de responsabilidad bajo el DIPu. Se levanta así la valla de la inmunidad de jurisdicción estatal a fin de juzgar a los individuos, haciéndose eco de un párrafo de las sentencias de Nüremberg:

“Aquél que viola las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad mientras actúa en función de la autoridad del Estado si el Estado al autorizar tales actos se sitúa fuera de su competencia a la luz del DI”.⁹²

Es relevante el criterio del Tribunal de Nüremberg que afirma que un Estado que autoriza la violación de las leyes de la guerra -violaciones graves de los derechos humanos-, se sitúa fuera de la competencia que le es reconocida por el mismo DIPu. La consecuencia es el nacimiento de responsabilidad. Avanzando algo más, entendemos que el Estado en cuestión no puede prevalerse del mismo DIPu para evitar la investigación de su responsabilidad por el daño generado.

El Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia (1993) habla ya de violaciones graves del DIH. En este sentido tipifica los crímenes de: (i) infracciones graves a los Convenios de Ginebra y violaciones de las leyes y prácticas de la guerra; (ii) genocidio; y (iii) crímenes contra la humanidad.⁹³ Como en los documentos anteriores, elimina la posibilidad de invocar la inmunidad de jurisdicción:

“La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de

of the International Law Commission, 1950, vol. II. Hay en el documento una referencia importante ya que desvincula a los crímenes contra la humanidad de la necesidad de haber sido cometidos durante la guerra o en conexión con crímenes de guerra, requisito presente en el Estatuto de Nüremberg. En la formulación de la CDI los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos sin necesidad de una guerra.

⁹² Traducción del autor. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, vol. I, Nüremberg 1947, p. 223.

⁹³ Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, Consejo de Seguridad ONU, Res. 827, 25/05/1993.

su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena.” (art. 7.2)

Prioriza la jurisdicción internacional del Tribunal por sobre la jurisdicción doméstica de los Estados nacidos tras la disolución de Yugoslavia (art. 9.2). Veremos que al presente el principio es el inverso: la jurisdicción internacional es complementaria de las nacionales. Finalmente, impone a las jurisdicciones domésticas el deber de juzgar de forma imparcial e independiente. De no ser así, no existirá cosa juzgada y el caso podrá ser tomado por el Tribunal Internacional.⁹⁴

El Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda (1994) brinda competencia para juzgar violaciones graves del DIH, a saber: (i) genocidio; (ii) crímenes de lesa humanidad; y (iii) violaciones del art. III común a los Convenios de Ginebra y a su Protocolo Adicional II.⁹⁵ Reitera la imposibilidad de invocar la inmunidad de jurisdicción por parte de quien desempeñó un cargo oficial (art. 6.2); la primacía del tribunal internacional por sobre los domésticos (art. 8); y la imposibilidad de invocar la cosa juzgada ante el tribunal internacional si el procedimiento doméstico no fue imparcial e independiente (art. 9.2).

El Estatuto de Roma (1998) crea la Corte Penal internacional con el fin de juzgar “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” (art. 5), considerando como tales: (i) el genocidio; (ii) los crímenes de lesa humanidad; (iii) los crímenes de guerra; y (iv) la agresión.⁹⁶ El Estatuto afirma la igualdad en la responsabilidad penal individual, siendo improcedente la invocación de la inmunidad de jurisdicción estatal fundada en el desempeño de un cargo público. De igual manera, y en referencia al derecho sustantivo, ninguna calidad oficial constituye motivo de reducción o

⁹⁴ Esto sucederá si “la jurisdicción nacional no ha resuelto de forma imparcial o independiente; la finalidad de los procedimientos llevados a cabo ante ella era sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional; o las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente” (Art. 10. 2. b).

⁹⁵ Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda. Consejo de seguridad ONU, Res. 955. S/RES/955 (1994), 08/11/1994.

⁹⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional. Aprobado el 17/07/1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

exención de pena (art. 27). A contrario de lo establecido para las jurisdicciones ad-hoc, la jurisdicción de la Corte Penal es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales (Preámbulo y art. 17). La cosa juzgada doméstica podrá ser revisada por la Corte si el proceso en el tribunal doméstico (i) ha obedecido al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; o (ii) hubiere sido instruido de forma parcial o no independiente o fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (art. 20).

El Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (2000)⁹⁷ tiene por objeto el juzgamiento de los individuos responsables de graves violaciones del DIH y del derecho doméstico de Sierra Leona, incluyendo especialmente a los líderes responsables (art. 1). Se mencionan expresamente (i) los crímenes de lesa humanidad; (ii) la violación del art. 3 común a los Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional II; y (iii) otras violaciones graves del DIH (art. 2, 3 y 4), además de los delitos domésticos. En el sentido que venimos comentando, la capacidad oficial no puede ser invocada como eximente ni atenuante (art. 6.2).

El Estatuto del Tribunal de derechos humanos para Timor Oriental (2000) brinda jurisdicción exclusiva a los Paneles Especiales del Tribunal de Distrito de Dili a fin de juzgar los delitos graves como (i) el genocidio; (ii) los crímenes de guerra; (iii) los crímenes de lesa humanidad; (iv) la tortura; y (v) los crímenes que involucraran homicidio y delitos sexuales.⁹⁸ Estos Paneles compuestos por jueces Timorese e internacionales tuvieron primacía sobre los tribunales domésticos. El cargo oficial de los acusados no los habilitaba a invocar inmunidad de jurisdicción.⁹⁹ Concluido el período fijado para la existencia del tribunal, la Comisión de Expertos designada por el Secretario General ONU señaló que:

⁹⁷ Tribunal Especial para Sierra Leona, establecido por un acuerdo entre la ONU y el gobierno de Sierra Leona de acuerdo con la Resolución de CS 1315 del 14/08/2000.

⁹⁸ Los Paneles Especiales para Crímenes Graves en Dili (Timor del Este) funcionaron entre el 2000 y el 2005 y tuvieron la particularidad de ser creados por una misión de la ONU (Administración Transicional en Timor Oriental UNTAET creada por Res. CS 1272 de 1999) cuyo mandato fue la administración de la transición hacia el nuevo Estado.

⁹⁹ Reglamento UNTAET 2000/15, Sección 15 y 16.

“los Estados Miembros de las Naciones Unidas, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales, pueden exigir la investigación y el enjuiciamiento de personas responsables de las violaciones graves de los derechos humanos cometidas en Timor Oriental en 1999”.¹⁰⁰

Encontramos por vez primera un documento internacional que equipara en forma directa los crímenes internacionales de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y tortura con las violaciones graves de los derechos humanos, reclamando en definitiva una respuesta para las víctimas. Por otra parte, destacamos la habilitación otorgada a otros Estados para juzgar a los responsables de este tipo de violaciones ocurridas en Timor Oriental.

La Ley de Cambodia sobre el Establecimiento de las Cámaras Extraordinarias en los tribunales de Cambodia para el Juzgamiento de los crímenes cometidos durante el período de la República Democrática de Kampuchea (2004)¹⁰¹ tuvo como propósito juzgar a los principales líderes de Kampuchea y a los responsables de violaciones al derecho doméstico, DIPu y la costumbre humanitaria, y las convenciones internacionales, ocurridas entre 1975 y 1979. Es un tribunal mixto conformado por tres jueces Camboyanos y dos extranjeros. Entre los delitos se menciona el homicidio, la tortura, y la persecución religiosa; el genocidio (conforme lo tipifica la Convención de 1948); los crímenes contra la humanidad; y las violaciones graves de las Convenciones de Ginebra. Determina que la posición o rango oficial ocupado por cualquiera de los acusados no lo libera de responsabilidad ni mitiga su castigo (art. 29).

La Cámara para crímenes de guerra en Bosnia – Herzegovina (2005) fue creada a instancias de países Europeos que le asignaron por finalidad el juzgamiento nacional de los criminales de guerra

¹⁰⁰ Informe para el Secretario General preparado por la Comisión de Expertos encargada de examinar el encausamiento de las infracciones graves de los derechos humanos cometidas en Timor-Leste (entonces, Timor Oriental) en 1999, p. 8, para. 31. Doc. S/2005/458 de 15/07/2005.

¹⁰¹ Ley de Cambodia sobre el Establecimiento de las Cámaras Extraordinarias incluyendo sus enmiendas, promulgada el 27/10/2004, por la cuales se establece el Tribunal que investigaría las atrocidades cometidas por el Khmer Rouge. Doc. NS/RKM/1004/006.

cuyos actos hubieran sido perpetrados en Bosnia dentro del conflicto mayor de la desintegración de la ex-Yugoslavia. En el inicio, la Cámara se compuso de dos jueces internacionales y uno nacional, funcionando dentro del sistema legal Bosnio. Su jurisdicción abarca los delitos definidos en el Código Penal de Bosnia Herzegovina y otras leyes, incluyendo crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio¹⁰², y trabaja en complementación con el TPI para la ex-Yugoslavia.

El Estatuto para el tribunal Internacional del Líbano (2007)¹⁰³ no afirma expresamente la irrelevancia de la capacidad oficial del acusado a fin de ser sometido a proceso, siendo el primer instrumento de este tipo en omitir tal referencia.

Finalmente, fuera de la esfera de las legislaciones nacionales pero dentro del activismo de la sociedad civil y eventualmente soft-law, encontramos dos ejemplos relevantes.

Primero, el Tribunal Internacional sobre Crímenes de Guerra o Tribunal Russell-Sartre, tuvo por misión investigar la política exterior de Estados Unidos y su intervención militar en Vietnam tras la derrota de las fuerzas francesas en 1954. Su Estatuto guiaba al Tribunal a la búsqueda de respuestas históricas ya que no se encontraba habilitado para imponer sanciones a los Estados. Así halló culpable a Estados Unidos del crimen de agresión; del bombardeo de objetivos civiles de forma deliberada, sistemática y a gran escala; y la complicidad de gobiernos como el de Australia, Nueva Zelanda, Corea del Sur, Tailandia y Filipinas en tales crímenes, entre otros. Esta idea de “tribunal de la verdad” que revelara los hechos tras los crímenes, sirvió posteriormente como base para similares procesos referidos a violaciones ocurridas en Chile (1973), Iraq (2004), Palestina (2009) y Ucrania (2014). Podemos igualmente considerarlo un valioso antecedente de los “juicios por la verdad” sustanciados en Argentina en relación con la dictadura militar que gobernó al país entre 1976 y 1983.

¹⁰² Law on the Court of Bosnia and Herzegovina, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine (Official Gazette of Bosnia and Herzegovina), nos. 29/00, 15/02, 16/02, 24/02, 3/03, 37/03, 61/04, and 32/07, article 13(1).

¹⁰³ Estatuto para el tribunal Internacional del Líbano establecido mediante un acuerdo entre las Naciones Unidas y el Líbano. CS ONU Res. 1757 adoptada en su 5685 sesión en 30/05/2007. Doc. S/RES/1757 (2007)

Segundo, el Estatuto del Tribunal Internacional de Mujeres sobre crímenes de guerra para el enjuiciamiento de la esclavitud sexual a manos del ejército Japonés (2000),¹⁰⁴ habilita al Tribunal a ejercer su competencia sobre individuos y Estados. El Estatuto determina que el cargo oficial de los acusados, en ningún caso exime de responsabilidad penal ni constituye motivo para reducir la pena (art. 5). En el caso de determinarse la responsabilidad estatal, el resarcimiento de las víctimas incluye (i) la petición de perdón; (ii) la restitución; (iii) la compensación; y (iv) la rehabilitación (art.14).

En ninguna de estas situaciones de búsqueda de la verdad histórica, los Estados denunciados podían invocar su inmunidad jurisdiccional.

IV. Primeras conclusiones

IV.a. Respeto de la inmunidad jurisdiccional y sus excepciones comúnmente aceptadas

Brownlie afirma que la inmunidad de jurisdicción estatal nunca es absoluta ya que puede ser renunciada, además de existir límites y excepciones que varían conforme la naturaleza de la situación. Barboza¹⁰⁵ reconoce la atenuación de la inmunidad de jurisdicción al haberse generalizado ciertas excepciones que permiten demandar a un Estado ante los tribunales de otro. En igual sentido, menciona Travieso¹⁰⁶ la paulatina aceptación de la teoría de la inmunidad relativa hasta su afirmación en la ley especial Argentina. Tras el relevamiento efectuado de las normativas internacional y domésticas, podemos sostener:

¹⁰⁴ Tribunal Internacional de Mujeres sobre crímenes de guerra para el enjuiciamiento de la esclavitud sexual a manos del ejército Japonés, aprobado el 30/07/2000 y con las modificaciones incorporadas por consenso en la reunión de La Haya los días 26 y 27/10/2000.

¹⁰⁵ Barboza Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavallia Editor, 1a ed., Buenos Aires, 1999, p. 327.

¹⁰⁶ Travieso Juan Antonio, *Derecho Internacional Público*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 441.

- (i) si bien no existe al momento una aceptación universal del carácter relativo de la inmunidad de jurisdicción estatal, sí puede afirmarse una marcada tendencia en tal sentido;
- (ii) ciertamente no existe una costumbre internacional que prohíba establecer excepciones a la inmunidad jurisdiccional del Estado;
- (iii) la mayoría de los Estados no posee legislación propia sobre la inmunidad jurisdiccional; como excepción, los Estados cuyo sistema legal se basa en el common law adoptan la inmunidad relativa y han normado las excepciones;
- (iv) la distinción entre actos de imperio y gestión ha sido frecuentemente utilizada en la jurisprudencia de Estados cuyo sistema se basa en el derecho continental, lo que no quita que algunos como Argentina, sigan la tendencia hacia la positivización de las excepciones;
- (v) al comparar las normas internacionales con las domésticas, observamos criterios comunes respecto de las excepciones admitidas;
- (vi) la reiteración de estos criterios junto con la falta de oposición de los demás Estados constituyen prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho realizada con la convicción de su obligatoriedad;
- (vii) ciertas violaciones graves de derechos humanos podrían ser subsumidas en algunas de las excepciones mencionadas; y
- (viii) sólo en las legislaciones de Estados Unidos, Canadá y en la norma Argentina observada, se hace referencia expresa a conductas que lesionan gravemente los derechos humanos.

IV.b. Respeto de la excepción fundada en la violación grave de derechos humanos

La excepción fundada en la violación grave de los derechos humanos habilita a levantar la inmunidad jurisdiccional del Estado a fin de juzgar la responsabilidad individual de sus agentes. Sin embargo, los instrumentos comentados refieren únicamente la responsabilidad individual separándola de la del Estado a cuyo servicio actuaron los victimarios. Por lo tanto, no puede afirmarse que iguales conductas lesivas brinden igual respuesta al momento de imputarlas al Estado

infractor. Esta asimetría de responsabilidades luce incoherente cuando la inmunidad estatal se funda en el carácter del Estado como único o principal sujeto del DIPu. Hasta aquí consideramos que:

- i. el DIPu ha conformado un sistema internacional protectorio de la persona humana que resume los contenidos mínimos de diversos estatutos centrados en el individuo: el DIDH, el DIH, el DIPenal y el DI de los Refugiados. Estas intersecciones permiten delimitar normas imperativas de DI general que protegen a la persona frente al Estado y limitan el accionar de este último.
- ii. las violaciones graves de los derechos humanos reflejadas en el castigo de conductas normadas en los estatutos del DIDH, DIH, DIPenal y DI de los Refugiados constituyen una excepción a la inmunidad jurisdiccional del Estado, respecto de sus funcionarios y agentes cuando son perseguidos ante tribunales internacionales, mixtos y aún domésticos en procedimientos en que se discute su responsabilidad penal y/o civil.¹⁰⁷
- iii. si bien los instrumentos del DIPu que sostienen la responsabilidad internacional individual establecen que nada de lo dispuesto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará la responsabilidad del Estado, ésta no es borrada por la existencia de responsabilidad internacional de sus agentes. Ambas responsabilidades son complementarias. En caso de violaciones graves de derechos humanos, la responsabilidad del Estado subsiste en forma de obligación de reparar el daño ocasionado a las víctimas.
- iv. el DIPu impone a los Estados ciertas obligaciones que en conjunto, constituyen un piso protectorio debido por el Estado a la persona humana y que en caso de violación, genera responsabilidad internacional para el Estado infractor. El mismo contiene las obligaciones de:
 - v. (iv.1) no cometer crímenes internacionales;
 - vi. (iv.2) promover y proteger los derechos humanos;

¹⁰⁷ Ver Estatuto de Roma, art. 75 Reparación a las víctimas y demás estatutos de los tribunales penales internacionales y mixtos ad-hoc mencionados.

- vii. (iv.3) investigar y sancionar a los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, y en su caso, extraditar o juzgar;
- viii. (iv.4) reparar las violaciones graves de los derechos humanos y brindar garantías de no repetición;
- ix. (iv.5) brindar una protección jurídica efectiva, la cual incluye el acceso a la justicia, las garantías del debido proceso y una respuesta efectiva por parte de la autoridad judicial.

En suma, al repasar los instrumentos internacionales que admiten a las violaciones graves de derechos humanos como excepción a la inmunidad jurisdiccional y al comparar los efectos respecto de los individuos llamados a responder con el Estado a cuyo servicio se cometieron tales actos, notamos similitudes y diferencias.

Primero, entre las similitudes, existe identidad: (i) de víctimas; (ii) de victimarios; y (iii) de bienes protegidos.

Segundo, a pesar de lo afirmado, las consecuencias son absolutamente opuestas. Mientras que se permite y promueve la persecución legal de los individuos responsables, el Estado desaparece de la escena jurídica internacional cuando se discute su responsabilidad por las violaciones cometidas. En todo caso, pretende hacer valer la misma inmunidad jurisdiccional que se desconoce respecto de sus agentes participantes de la violación.

Los elementos constitutivos de la excepción en estudio existen, solo que al momento, pocas jurisdicciones se han animado a componerlos de forma tal de levantar la inmunidad estatal, facilitar el acceso a la justicia de las víctimas y brindarles así una protección jurídica efectiva. ¿Cuáles son los elementos necesarios y de qué manera deben interactuar para que el derecho positivo Argentino pueda incorporar una nueva excepción en su legislación sobre inmunidades jurisdiccionales? Entendemos que la violación alegadamente cometida por el Estado extranjero:

- i. deber ser “grave”;
- ii. debe violentar normas imperativas de DI general que protegen derechos humanos; y además,
- iii. debe acreditarse sumariamente que la eventual declaración de inmunidad colocaría a la víctima en situación de denegación de justicia.

Presentes estas circunstancias, procedería la excepción. A su análisis dedicamos el próximo capítulo.

CAPÍTULO II

PRESUPUESTOS
DE LA EXCEPCIÓN PROPUESTA

Sección I. Una definición de “violación grave” de los derechos humanos

I. Introducción

Este capítulo recorre la utilización que sujetos, actores y otros operadores del DIPu realizan de la expresión “violación grave” de derechos humanos, a fin de obtener una definición que permita circunscribir las conductas constitutivas de la nueva excepción a la regla de la inmunidad. Entendemos que el carácter multívoco de la expresión ha conspirado contra la posibilidad de ser incluida dentro de las excepciones normativas legisladas. No obstante, algunas de las conductas que son generalmente aludidas bajo esta expresión -por ejemplo, la violación de los derechos a la vida, libertad o seguridad personales, bajo ciertos requisitos-, pueden subsumirse en excepciones ya admitidas.

Si bien toda violación de derechos es grave en sí misma, no cualquier infracción abriría la puerta de la jurisdicción doméstica contra un Estado extranjero. La expresión “violaciones graves de los derechos humanos” es utilizada frecuentemente, tal vez por falta de acuerdo respecto de las conductas que comprende. Este es un punto determinante ya que un primer supuesto de la excepción en estudio asume que la violación denunciada sea “grave”. Deviene entonces vital configurar el umbral de “gravedad” de las violaciones de derechos humanos, en tanto una de sus consecuencias será el retiro de la inmunidad de jurisdicción del Estado infractor.

No existe opinión autorizada en DIPu sobre lo que debe entenderse por violación “grave” de los derechos humanos.¹⁰⁸ Se acostumbra referir situaciones, casos y conductas bajo la adjetivación general de “graves” con la evidente intención de distinguir tales supuestos de las restantes violaciones que serían “comunes” u “ordinarias”. Así, distintas fuentes del DIPu utilizan indistintamente ciertos adjetivos para calificar las violaciones -“grave, seria, flagrante o masiva”- pretendiendo identificar un tipo especial de violaciones de

¹⁰⁸ Véase Autores Varios, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, What amounts to ‘a serious violation of international human rights law?’, Academy Briefing No. 6, Universidad de Ginebra, Agosto de 2014, p. 11.

derechos humanos. Este uso multívoco equipara las conductas así adjetivadas, situándolas en un plano de mayor relevancia frente al grupo mayor de las restantes violaciones. Distinguiremos el uso realizado por la doctrina, la normativa y la jurisprudencia internacional y doméstica.

La distinción entre tipos de violaciones de derechos humanos en base a su gravedad ha sido desarrollada inicial y mayormente por los mecanismos de supervisión de Naciones Unidas, con la intención, de traspasar los límites de la jurisdicción doméstica y la no injerencia afirmados en la Carta de la ONU. Se utilizó así la noción de “violaciones graves y sistemáticas” de derechos humanos para poder investigar internacionalmente las conductas del Estado denunciado. Con el tiempo, el tipo de violación “grave y sistemática” cobrará especial importancia para la comunidad internacional, llegando a identificarse con las normas imperativas (*jus cogens*) y con las obligaciones *erga omnes*.¹⁰⁹ A este desarrollo, se suman en las dos últimas décadas, los avances del DIPenal a partir de la creación de tribunales internacionales ad-hoc y de la Corte Penal Internacional, que poseen jurisdicción respecto de la comisión de crímenes que suponen “violaciones graves” de derechos humanos (del DIDH y DIH). Estos avances vigorosos permiten a órganos y agencias de Naciones Unidas y sistemas regionales ampararse en el concepto de “violaciones serias, graves o flagrantes” cuando deciden ocuparse de situaciones especiales en que los derechos humanos se encuentran amenazados por el accionar Estatal.¹¹⁰

¹⁰⁹ Véase Abi-Saab G., 'The Concept of 'International Crimes' and its Place in Contemporary International Law, en J. Weiler, M. Spinedi, y A. Cassese (eds.), *International Crimes of State: a Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, W. de Gruyter, Berlin/New York, 1989, pp. 141–50. Véase igualmente M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford University Press, 2000.

¹¹⁰ Véase Físlser Damrosch L., *Gross and Systematic Human Rights Violations*, Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, Febrero de 2011.

II. Tratados internacionales

En el contexto de los instrumentos que conforman el DIH se habla de “infracciones graves”¹¹¹ a fin de distinguir la violación de normas humanitarias básicas reconocidas por el DIH, de otras normas de derechos humanos consagradas por el DIDH.¹¹² En este sentido se habla de violaciones graves a las costumbres y leyes de la guerra. Esto no implica que en otros contextos se hable también de violaciones graves del DIDH, como vemos a continuación.

La Convención de Viena sobre derecho de los Tratados utiliza el término “violación grave de un tratado bilateral”¹¹³; la Convención Americana sobre Derechos Humanos habla de violaciones en casos “graves y urgentes”¹¹⁴; la Convención contra la Tortura habla de “un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de

¹¹¹ Infracciones graves especificadas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 50, 51, 130 y 147 respectivamente), infracciones graves especificadas en el III y IV Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 130 y 147 respectivamente), infracciones graves especificadas en el IV Convenio de Ginebra de 1949 (art. 147) e infracciones graves especificadas en el Protocolo Adicional I de 1977 (arts. 11 y 85).

¹¹² Valencia Villa H., *Diccionario Espasa de Derechos Humanos*, Espasa, Madrid, 2003, p. 431.

¹¹³ Véase Art. 60 relativo a la “terminación de un tratado pensión de su aplicación como consecuencia de su violación”, el cual en su apartado 1 establece que “una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente”. El apartado 3 aclara que “a los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado: a) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado”. No obstante, el apartado 5 del esta disposición recoge una cláusula de vital importancia para el objeto de este estudio al establecer que “lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.

¹¹⁴ Véase Artículos 48.2 y 63.2. Se trata de una referencia sobre la adopción de medidas provisionales por parte de la Comisión, en el primer caso, y de la Corte, en el segundo. Sin perjuicio de lo específico de esta referencia, es preciso destacar como demuestra en su trabajo Medina Quiroga, que: “[...] The Commission seems to have realized since its inception the usefulness of making a distinction in the types of human rights violations it handled in order to design and/or apply a method for their treatment...]”, Medina Quiroga C., 1988, cit., p.315.

los derechos humanos”¹¹⁵. El Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura reconoce en su preámbulo que “la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes están prohibidos y constituyen violaciones graves de los derechos humanos”.¹¹⁶ Igual lenguaje es utilizado por la Convención Contra la Desaparición Forzada de Personas.¹¹⁷

El Estatuto de Roma establece la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI) en relación con “los crímenes más graves de trascendencia internacional”, y en otras ocasiones se refiere a “violaciones graves del derecho internacional”, y a “violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales”.¹¹⁸

Por su parte el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer refiere las “violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención”.¹¹⁹ El Protocolo Faculta-

¹¹⁵ Véase Art. 3.2. En el contexto del llamado “principio de no devolución” la disposición establece en el inciso 1º que no deberá proceder la “expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”. Consecuentemente, en el inciso 2 se establece que “a los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.

¹¹⁶ Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Aprobado por la Asamblea General en su resolución 57/199, de 18/12/2002.

¹¹⁷ Véase art. 16.2 de la Convención. Reproduce textualmente las disposiciones del Art. 3.2 de la Convención contra la Tortura.

¹¹⁸ Véase Art.s 1, 7.2.f y 8.1.b respectivamente. Las referencias que se señalan en este punto son meramente ejemplificativas, ya que, en esencia, el propio Estatuto de Roma encuentra su razón de ser, en la existencia de un cierto tipo de violaciones de derechos humanos de carácter grave. Ello queda reflejado, por ejemplo, en el preámbulo cuando se tiene presente que “en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad” y, por lo tanto, se reconoce que “esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”.

¹¹⁹ Véase art. 8.1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer Aprobado por la resolución 54/4 de la Asamblea General, de 06/10/1999. [...Si el Comité recibe información

tivo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto II), reproduce de manera casi similar el texto anterior. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puede examinar situaciones de violaciones “graves” o “sistemáticas” de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales afirmados en el Pacto.¹²⁰ Igual lenguaje es utilizado por el Protocolo Facultativo a la Convención sobre Discapacidad.¹²¹

Finalmente, en la cuestión de la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos, se menciona a las “violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general”.¹²²

III. Órganos de tratados

En general, los tratados temáticos sobre derechos humanos poseen un órgano -Comité- encargado de recibir comunicaciones referidas al grado de cumplimiento de los Estados miembros. Un Informe de la Universidad de Ginebra¹²³ estudió las observaciones finales realizadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (ComitéDH de aquí en mas) respecto de violaciones graves de derechos humanos que le son transmitidas por diversos Comités

fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información...].

¹²⁰ Protocolo Facultativo, Pacto II, art. 11: “2. Si el Comité recibe información fidedigna que da cuenta de violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de cualesquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sus observaciones sobre dicha información”.

¹²¹ Véase art. 6.1. que reproduce textualmente las disposiciones del 8.1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

¹²² Véase art. 40 Proyecto CDI Responsabilidad Internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2001. Aunque el proyecto de la CDI no es derecho convencional en sentido estricto, recoge en su mayoría, normas de derecho internacional consuetudinario.

¹²³ Autores varios, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, What amounts to ‘a serious violation of international human rights law?’, Academy Briefing No. 6, Universidad de Ginebra, Agosto de 2014, págs. 27-28.

temáticos entre los que figuran los Comités contra la Tortura; para la Eliminación de la Discriminación Racial; de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; de los Derechos del Niño; y de los Trabajadores Migrantes.¹²⁴

El Informe identifica las siguientes violaciones como “graves”: masacres¹²⁵; ejecuciones extrajudiciales¹²⁶; tortura y malos tratos¹²⁷; detención en condiciones degradantes¹²⁸; violencia sexual¹²⁹; violaciones¹³⁰; desapariciones¹³¹; abuso sexual y secuestro de menores¹³²; detención arbitraria¹³³; reclutamiento de niños soldados en conflictos

¹²⁴ El término violaciones graves de derechos humanos ha sido hallado al menos 34 veces en las Observaciones Finales de distintos documentos.

¹²⁵ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Algeria, Doc. CCPR/C/DZA/CO/3, 12/12/2007, para. 7; CDH, Observaciones Finales: Guatemala, Doc. CCPR/CO/72/GTM, 27 /08/2001, para. 8.

¹²⁶ CDH, Observaciones Finales: Colombia, Doc. CCPR/C/COL/CO/6, 04/08/2010, paras. 12, 14.

¹²⁷ CDH, Observaciones Finales: Algeria, Doc. CCPR/C/DZA/CO/3, 12/12/2007, para. 7; CDH, Observaciones Finales: Camerún, Doc. CCPR/C/CMR/CO/4, 04/08/2010, para. 18; CDH, Observaciones Finales: Colombia, Doc. CCPR/C/COL/CO/6, 04/08/2010, paras. 12, 14; CDH, Observaciones Finales: Chile, Doc. CCPR/C/CHL/CO/5, 18/05/2007, para. 9; CDH, Observaciones Finales: Etiopía, Doc. CCPR/C/ETH/CO/1, 19/08/2011, para. 16; CDH, Observaciones Finales: Perú, Doc. CCPR/C/PER/CO/5, 29/04/2013 paras. 11, 15.

¹²⁸ CDH, Observaciones Finales: Israel, Doc. CCPR/C/ISR/CO/3, 03/09/2010, para. 9.

¹²⁹ CDH, Observaciones Finales: Perú, Doc. CCPR/C/PER/CO/5, 29/04/2013, paras. 11, 15.

¹³⁰ CDH, Observaciones Finales: Algeria, Doc. CCPR/C/DZA/CO/3, 12/12/2007, para. 7; CDH, Observaciones Finales: Colombia, Doc. CCPR/C/COL/CO/6, 04/08/2010, paras. 12, 14; CDH, Observaciones Finales: Etiopía, Doc. CCPR/C/ETH/CO/1, 19/08/2011, para. 16.

¹³¹ CDH, Observaciones Finales: Algeria, Doc. CCPR/C/DZA/CO/3, 12 December 2007, para. 7; CDH, Observaciones Finales: Argentina, Doc. CCPR/C/ARG/CO/4, 31/03/2010, paras. 9, 21; CDH, Observaciones Finales: Colombia, Doc. CCPR/C/COL/CO/6, 04/08/2010, paras. 12, 14; CDH, Observaciones Finales: Etiopía, Doc. CCPR/C/ETH/CO/1, 19/08/2011, para. 16.

¹³² CDH, Observaciones Finales: Argentina, Doc. CCPR/C/ARG/CO/4, 31/03/2010, paras. 9, 21.

¹³³ CDH, Observaciones Finales: Etiopía, Doc. CCPR/C/ETH/CO/1, 19 August 2011, para. 16; CDH, Observaciones Finales: Perú, Doc. CCPR/C/PER/CO/5, 29/04/2013, paras. 11, 15.

armados¹³⁴; uso excesivo de la fuerza por parte de fuerzas de seguridad incluyendo a la policía¹³⁵; ataques contra la población civil¹³⁶; homicidios y matanzas¹³⁷; discriminación¹³⁸; destrucción de la propiedad¹³⁹; desplazamiento forzado¹⁴⁰; arresto de periodistas¹⁴¹; destrucción de objetivos o infraestructura civil¹⁴²; uso de civiles como escudos humanos, negativa a evacuar a los heridos, disparos de armas de fuego en protestas¹⁴³; y traslado de niños con propósitos de adopción ilegal o tráfico.¹⁴⁴

IV. DIPu no vinculante (soft law)

Bajo la denominación de soft law incluimos las declaraciones, directrices y principios no vinculantes, elaborados por organismos y agencias internacionales. En el marco de esta fuente de DI, la utilización de adjetivos calificativos respecto de violaciones de los derechos humanos es más frecuente.

¹³⁴ CDH, Observaciones Finales: Colombia, Doc. CCPR/C/COL/CO/6, 04/08/2010, paras. 12, 14.

¹³⁵ CDH, Observaciones Finales: Brazil, Doc. CCPR/C/BRA/CO/2, 01/12/2005, para. 9; CDH, Observaciones Finales: Camerún, Doc. CCPR/C/CMR/CO/4, 04/08/2010, para. 18.

¹³⁶ CDH, Observaciones Finales: Etiopía, Doc. CCPR/C/ETH/CO/1, 19/08/2011, para. 16.

¹³⁷ CDH, Observaciones Finales: Brazil, Doc. CCPR/C/BRA/CO/2, 01/12/2005, para. 9; CDH, Observaciones Finales: Chile, Doc. CCPR/C/CHL/CO/5, 18/05/2007, para. 9; CDH, Observaciones Finales: Etiopía, Doc. CCPR/C/ETH/CO/1, 19/08/2011, para. 16; CDH, Observaciones Finales: Perú, Doc. CCPR/C/PER/CO/5, 29/04/2013, paras. 11, 15.

¹³⁸ CDH, Observaciones Finales: Chile, Doc. CCPR/C/CHL/CO/5, 18/05/2007, para. 9.

¹³⁹ CDH, Observaciones Finales: Etiopía, Doc. CCPR/C/ETH/CO/1, 19/08/2011, para. 16.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² CDH, Observaciones Finales: Israel, Doc. CCPR/C/ISR/CO/3, 03/09/2010, para. 9.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ CDH, Observaciones Finales: Argentina, CCPR/CO/70/ARG, 15/11/2000, para. 5.

La “Declaración y Programa de Acción de Viena” (1993)¹⁴⁵ utiliza indistintamente los términos “violaciones manifiestas de los derechos humanos”¹⁴⁶; “violaciones masivas de los derechos humanos”¹⁴⁷; “persistentes violaciones de los derechos humanos”¹⁴⁸; “violaciones manifiestas y sistemáticas de los derechos humanos”¹⁴⁹; “violaciones continuas de derechos humanos”¹⁵⁰; y “violaciones graves de los derechos humanos”.¹⁵¹ Precisamente, la Conferencia Mundial de Viena sobre los derechos humanos (1993) es considerada

¹⁴⁵ Declaración y Programa de Acción de Viena Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, el 25/06/1993.

¹⁴⁶ Véase I.23 (2do párrafo) [...La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce que las violaciones manifiestas de los derechos humanos, en particular las cometidas en los conflictos armados, son uno de los múltiples y complejos factores que conducen al desplazamiento de las personas...].

¹⁴⁷ Véase I.28 [...La Conferencia Mundial de Derechos Humanos expresa su consternación ante las violaciones masivas de los derechos humanos, especialmente el genocidio, la "limpieza étnica" y la violación sistemática de mujeres en situaciones de guerra, lo que da lugar al éxodo en masa de refugiados y personas desplazadas. Condena firmemente esas prácticas odiosas y reitera su llamamiento para que se castigue a los autores de esos crímenes y se ponga fin inmediatamente a esas prácticas...].

¹⁴⁸ Véase I.29 [...La Conferencia Mundial de Derechos Humanos manifiesta su grave preocupación ante las persistentes violaciones de los derechos humanos en todas las regiones del mundo, en contravención de las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y ante la falta de recursos eficaces para las víctimas...].

¹⁴⁹ Véase I.30 [...La Conferencia Mundial de Derechos Humanos manifiesta asimismo su consternación y su condena porque en distintas regiones del mundo se siguen cometiendo violaciones manifiestas y sistemáticas de los derechos humanos y se siguen produciendo situaciones que obstaculizan seriamente el pleno disfrute de todos los derechos humanos. Esas violaciones y obstáculos, además de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, incluyen las ejecuciones sumarias y arbitrarias, las desapariciones, las detenciones arbitrarias, el racismo en todas sus formas, la discriminación racial y el apartheid, la ocupación y dominación extranjeras, la xenofobia, la pobreza, el hambre y otras denegaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, la intolerancia religiosa, el terrorismo, la discriminación contra la mujer y el atropello de las normas jurídicas...].

¹⁵⁰ Véase para. I. 29.

¹⁵¹ Véase II.60 [...Los Estados deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley...].

una fuente de referencias respecto de las violaciones “graves y sistemáticas”. Aquí se afirmó:

“La Conferencia Mundial sobre derechos humanos también expresa su consternación y condena a las violaciones graves y sistemáticas y las situaciones que constituyen serios obstáculos al completo disfrute de todos los derechos humanos que continúan ocurriendo en diferentes partes del mundo. Tales violaciones y obstáculos incluyen la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, ejecuciones sumarias y arbitrarias, desapariciones, detenciones arbitrarias, toda forma de racismo, discriminación racial y apartheid, ocupación y dominación extranjera, xenofobia, pobreza, hambruna y otras negaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, intolerancia religiosa, terrorismo, discriminación contra la mujer y la falta del estado de derecho”.¹⁵²

Las “Directrices de NNUU sobre la función de los Fiscales” (1990) hablan de “violaciones graves de derechos humanos y otros delitos reconocidos por el derecho internacional”.¹⁵³ La “Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas” afirma que éstas constituyen “una violación grave y manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”¹⁵⁴ y menciona que las desapariciones consisten en

¹⁵² The Vienna Declaration and Programme of Action, World Conference on Human Rights, 1993, para. 30.

¹⁵³ Véase Apartado 15 de las Directrices sobre la Función de los Fiscales, Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27/08 al 07/09/1990. [...Los fiscales prestarán la debida atención al enjuiciamiento de los funcionarios públicos que hayan cometido delitos, especialmente en los casos de corrupción, abuso de poder, violaciones graves de derechos humanos y otros delitos reconocidos por el derecho internacional y, cuando lo autoricen las leyes o se ajuste a la práctica local, a la investigación de esos delitos...].

¹⁵⁴ Véase Art. 1.1 de Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18/12/1992, [...Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos

“un conjunto de violaciones sistemáticas, graves, manifiestas o masivas de los derechos humanos”.¹⁵⁵

La “Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en estados de emergencia o de conflicto armado” (1974) refiere “las violaciones más flagrantes”¹⁵⁶; la “Declaración sobre el Derecho al Desarrollo” habla de “las violaciones masivas y patentes de los derechos humanos de los pueblos y los seres humanos”¹⁵⁷; y la “Declaración sobre el Derecho y el Deber de los individuos, los Grupos y las Instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos” (1998) hace referencia a “violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos y los individuos”, para luego agregar “incluso en relación con violaciones masivas, flagrantes o sistemáticas”.¹⁵⁸

internacionales pertinentes...].

¹⁵⁵ Véase Art. 8 *Ibidem*, [...]. 1. Ningún Estado expulsará, devolverá o concederá la extradición de una persona a otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que corre el riesgo de ser víctima de una desaparición forzada. 2. Para determinar si hay tales motivos, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, incluida, cuando proceda, la existencia en el Estado interesado de un conjunto de violaciones sistemáticas, graves, manifiestas o masivas de los derechos humanos...].

¹⁵⁶ Véase Apartado 2 de la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3318 (XXIX), de 14/12/1974. [... El empleo de armas químicas y bacteriológicas en el curso de operaciones militares constituye una de las violaciones más flagrantes del Protocolo de Ginebra de 1925, de los convenios de Ginebra de 1949 y de los principios del derecho internacional humanitario, y ocasiona muchas bajas en las poblaciones civiles, incluidos mujeres y niños indefensos, y será severamente condenado...].

¹⁵⁷ Véase Art. 5 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Aprobada por la Asamblea General, Res. 41/128, de 04/12/1986. [... Los Estados adoptarán enérgicas medidas para eliminar las violaciones masivas y patentes de los derechos humanos de los pueblos y los seres humanos afectados por situaciones tales como las resultantes del apartheid, todas las formas de racismo y discriminación racial, el colonialismo, la dominación y ocupación extranjeras, la agresión, la injerencia extranjera y las amenazas contra la soberanía nacional, la unidad nacional y la integridad territorial, las amenazas de guerra y la negativa a reconocer el derecho fundamental de los pueblos a la libre determinación...].

¹⁵⁸ Véase Preámbulo de la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos Aprobada por la Asamblea

Los “Principios y Directrices básicos sobre el Derecho de las Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones” refieren las “violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional”.¹⁵⁹

La Asociación de Derecho Internacional en su Informe final sobre el “Ejercicio de la Jurisdicción Universal respecto de delitos graves contra los derechos humanos” (2000) emplea el término “graves delitos contra los derechos humanos” como abreviatura de las “violaciones graves del DIDH y del DIH que califican como crímenes bajo el DIPu y son de tal gravedad como para merecer especial atención (...)”.¹⁶⁰

General, Res. 53/144, 09/12/1998, [...Reconociendo el papel importante que desempeña la cooperación internacional y la valiosa labor que llevan a cabo los individuos, los grupos y las instituciones al contribuir a la eliminación efectiva de todas las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos y los individuos, incluso en relación con violaciones masivas, flagrantes o sistemáticas como las que resultan del apartheid, de todas las formas de discriminación racial, colonialismo, dominación u ocupación extranjera, agresión o amenazas contra la soberanía nacional, la unidad nacional o la integridad territorial, y de la negativa a reconocer el derecho de los pueblos a la libre determinación y el derecho de todos los pueblos a ejercer plena soberanía sobre su riqueza y sus recursos naturales...].

¹⁵⁹ Véase Apartado III.4 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones Aprobada por la Asamblea General, Res. 60/147 de 21/03/2006. [...En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables...].

¹⁶⁰ ADI-ILA, Informe final sobre el Ejercicio de la Jurisdicción Universal respecto de delitos graves contra los derechos humanos, Comité contra el Derecho Internacional y su Ejercicio (Conferencia de Londres, 2000), p. 3.

El informe de la Misión de alto nivel para Darfur (2007) refiere “violaciones graves, y sistemáticas, y serias de derechos humanos”.¹⁶¹

Las “Directrices del Consejo de Europa sobre la Erradicación de la Impunidad para violaciones graves de los derechos humanos” (2011) enlistan como “violaciones graves” a situaciones contempladas en la “Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales” (1950), tales como las matanzas extrajudiciales; negligencias que conducen a graves riesgos para la vida o salud; tortura y otros tratos inhumanos o degradantes ejecutadas por fuerzas de seguridad, personal penitenciario u otros oficiales públicos; desapariciones forzadas; secuestro; esclavitud; trabajos forzados y tráfico de personas; violaciones o abusos sexuales; ataques físicos graves; incluyendo la violencia doméstica; y la destrucción intencional de hogares y propiedades.¹⁶²

Finalmente, el contenido de una violación grave de derechos humanos ha sido explorado en el contexto de la diligencia debida. Dos documentos destacan como relevantes.

El Primero ha sido elaborado por el Alto comisionado para los Derechos Humanos. La “Guía Interpretativa sobre la Responsabilidad Corporativa” (2012) afirma que aún cuando “no existe una definición uniforme de graves violaciones de derechos humanos en el DI”, deberían incluirse las siguientes prácticas: genocidio; esclavitud y prácticas relacionadas; ejecuciones sumarias o arbitrarias; tortura; desapariciones forzadas; detenciones prolongadas y arbitrarias; y la discriminación sistemática. También explica que otros tipos de violaciones de derechos humanos, incluyendo a los derechos económicos, sociales y culturales pueden calificar como violaciones graves en caso que sean cometidas de manera grave y sistemática, como las violacio-

¹⁶¹ Informe de la Misión de Alto Nivel sobre la situación de los derechos humanos en Darfur, Consejo de Derechos Humanos, Decisión S-4/101, Doc. A/HRC/4/80, 09/03/2007. En inglés ‘grave’, ‘gross’, ‘gross and systematic’, and ‘serious’.

¹⁶² Consejo de Europa, Directorio General de Derechos Humanos y Estado de Derecho, Erradicando la impunidad para violaciones graves de derechos humanos: Directrices y textos de referencia, Estrasburgo, 30/03/2011, p. 23. Se hace aquí referencia a los arts. 2, 3, 4, 5, y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) de 1950.

nes que tienen lugar de manera generalizada o respecto de un grupo particular de la población.¹⁶³

El segundo documento ha sido elaborado por la Secretaría General de Naciones Unidas. La “Política de debida diligencia en derechos humanos de Naciones Unidas para el Apoyo a Fuerzas de Seguridad que no pertenecen a la Organización” (2011), adopta una definición compleja de “violaciones graves”, unificando bajo este concepto normas de tres diferentes estatutos: el DIH, el DIDH y el DI de los refugiados. Así, la noción de “violación grave” incluye ejecuciones sumarias y matanzas extrajudiciales; actos de tortura; desaparición forzada; reducción a esclavitud; violación y violencia sexual de naturaleza comparable; y actos de expulsión o rechazo de personas amparadas por el estatuto de refugiados, cometidos en gran escala o con un grado de frecuencia significativo.¹⁶⁴

V. El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional

Tal vez quien mejor haya estudiado el carácter grave de una violación a la luz del DI general ha sido la CDI, que en este punto ha trabajado mayormente en el ámbito de la responsabilidad estatal. Al ocuparse de la elaboración de normas referidas a la responsabilidad internacional de los Estados por la comisión de hechos ilícitos, la CDI intentó primero distinguir entre violaciones graves y otras violaciones del DI general (que identificaba con los “crimes” y “delicts” del common law, respectivamente). A este fin, ya en 1976 la CDI propuso ejemplos de “violaciones graves”:

“(a) de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;

“(b) de una obligación internacional de importancia esencial

¹⁶³ Oficina del Alto Comisionado de las NU para los derechos humanos OACNUDH, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretative Guide*, UN, 2012, Doc. HR/PUB/12/02, p. 6. En internet www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf.

¹⁶⁴ Naciones Unidas, Secretario General Ban-ki-Moon, Documento Human Rights Due Diligence Policy on UN support to non-UN security forces (HRDDP), 2011, p. 3, para. 12.

para la salvaguardia del derecho de libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de la dominación colonial;

“(c) a gran escala de una obligación internacional de esencial importancia para la salvaguardia de la persona humana, como aquellas que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid;

“(d) de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y preservación del ambiente humano, como aquellas que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares”.¹⁶⁵

La primera lectura de su “Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” (art. 19, 1996)¹⁶⁶ distinguió entre crímenes y delitos internacionales, definiendo los primeros como “graves violaciones del jus cogens”, que servirían como base para un procedimiento criminal e indemnizatorio y los simples “delitos”, que constituirían violaciones ordinarias en el plano internacional, y que en consecuencia, sólo podrían fundar una demanda civil.¹⁶⁷ Esta división tenía por lógica

¹⁶⁵ CDI, Yearbook of the International Law Commission, 1976, Sesión número 22 vol. II (Parte II), Doc. A/CN.4/SER.A/1976/Add.1, Parte 2, pp. 95–96. El art. 19 distingue entre “international crimes” e “international delicts”.

¹⁶⁶ El Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos, con sus comentarios fueron adoptados en su última versión por la CDI en 09/08/2001, A/56/10 y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12/12/2001. Véase Crawford, James (comp). *The International Law Commission's articles on State Responsibility*. Cambridge University Press, 2002; también Derby, Daniel H. “A framework for International Criminal Law”, in *International Criminal Law*, Bassiouni, M. Cherif (ed.), Vol. 1 Crimes, p. 47.

¹⁶⁷ En common law, la palabra "Delict" refiere a un ilícito causado a intereses particulares. El derecho de los "delict" refiere los requisitos para que un daño sea cualificado como tal y los remedios que se brindan a la parte que ha sido víctima del daño. Respecto de la palabra "crime", aun cuando el mismo "crime" pueda producir daños a bienes o personas en lo privado, refiere básicamente actos dirigidos contra el interés público. La conducta criminal que puede ser castigada es referida como crimen ("crime") u ofensa ("an offence") y es perseguida por el estado en un juicio público. El "delict" opera en el derecho civil en tanto los segundos son parte del derecho penal. "All civilised systems agree in drawing a distinction between offences

confirmar que no toda violación de una obligación internacional arroja igual consecuencia. Sin embargo, la tesis que finalmente prevaleció afirmó que la distinción entre órbitas “civil y penal” no poseía fundamentos claros en el DIPu, ni tampoco significación operativa, ya que las consecuencias propuestas para ambos tipos de violaciones no diferían.¹⁶⁸ Por esto, el art. 19 fue eliminado en su redacción original, permaneciendo sólo el art. 40 que define una categoría general de “violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de DI general”.

En el contexto de la responsabilidad estatal, la CDI afirma que además de atacar a una norma imperativa, la lesión debe ser “grave”. Así lo destaca el párrafo 2 del art. 40 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados:

“2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable”.¹⁶⁹

against the State or Community and offences against the Individual, and the two classes of injuries, thus kept apart, I may here, without pretending that the terms have always been employed consistently in jurisprudence, call Crimes and Wrongs, crimina and delicta. Now the penal Law of ancient communities is not the law of Crimes; it is the law of Wrongs, or, to use the English technical word, of Torts. The person injured proceeds against the wrong-doer by an ordinary civil action, and recovers compensation in the shape of money-damages if he succeeds.” “...the earliest conception of a crimen or Crime—an act involving such high issues that the State, instead of leaving its cognisance to the civil tribunal or the religious court, directed a special law or privilegium against the perpetrator.” Sir Henry Sumner Maine, *Ancient Law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, with an introduction and notes by Sir Frederick Pollock. 4th American from the 10th London edition (New York: Henry Holt and Co., 1906). Chapter: Chapter X.: The early History of Delict and Crime. In internet <http://oll.libertyfund.org/title/2001/190147> on 2009-05-28. En Escocia este área del derecho es llamada “Delict” mientras que en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte es llamada “the law of Tort”.

¹⁶⁸ Bodansky Daniel y Crook John R., Symposium: The ILC’s State responsibility articles introduction and overview, *The American Journal of International Law*, Vol. 96, p. 784.

¹⁶⁹ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Art. 40, inc. 2. Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12/12/2001.

La CDI sostiene que este párrafo no debe entenderse como una atenuación de la responsabilidad estatal en caso que la violación no cumpla con tales requisitos. En suma, para la CDI la distinción entre violaciones ordinarias y graves gira en torno de dos criterios a efectos de generar la responsabilidad del Estado infractor:

- i. la violación de una norma imperativa de DI general (jus cogens); y que
- ii. tal violación sea grave, que asimila a la forma flagrante o sistemática del incumplimiento.

Conforme la CDI, reunidos ambos criterios, puede afirmarse la existencia de responsabilidad estatal por una “violación grave del DI general”.

VI. Práctica de los Estados: el Procedimiento de Revisión Periódica Universal

La práctica de los Estados ayuda a comprender el ámbito donde operan las “violaciones graves” de derechos humanos. En particular, un mecanismo de revisión interestatal llamado “Revisión Periódica Universal” provee elementos respecto de la opinión *juris* de los Estados. El análisis de los documentos emitidos a partir de este mecanismo evidencia que las siguientes violaciones son calificadas como “graves”: ejecuciones sumarias¹⁷⁰; matanzas extrajudiciales¹⁷¹; destrucción de hogares¹⁷²; tortura y malos tratos¹⁷³; la falta de provisión de alimento y salud en el sistema carcelario¹⁷⁴; violencia sexual¹⁷⁵; reclutamiento de niños soldados¹⁷⁶; labores forzadas¹⁷⁷; desapariciones forzadas¹⁷⁸; arrestos ilegales¹⁷⁹; cuidado inadecuado de víctimas que han sufrido violencia de género¹⁸⁰; matrimonios forzados¹⁸¹; mutilación genital femenina¹⁸²; bloqueo¹⁸³; represalias contra opositores¹⁸⁴; ataques contra defensores de derechos humanos y periodistas¹⁸⁵; uso excesivo de la fuerza en demostraciones pacíficas¹⁸⁶; y el abuso de la fuerza por actores estatales.¹⁸⁷ En ocasiones, los Estados refieren de manera ambigua lo que entienden es una violación grave de los derechos humanos. Por ejemplo, utilizan de manera intercambiable “violación grave de derechos humanos” y “delitos internacionales”¹⁸⁸, o “delitos” de manera genérica. En general, los documentos gubernamentales originados en este procedimiento de Revisión Periódica Universal hablan en forma indistinta de violaciones “graves o serias” (“grave” o “serious” en inglés).

¹⁷⁰ Recomendación de Suecia, Informe del Grupo de Trabajo (GT) sobre RPU, República Centro Africana, Doc. A/HRC/12/2, 04/06/2009, para. 23.

¹⁷¹ Recomendación de Canadá, Informe del GT sobre RPU, Myanmar, Doc. A/HRC/17/9, 24/03/2011, para. 107.46; Recomendación de Hungría, Informe del GT sobre RPU, Nepal, Doc. A/HRC/17/5, 08/03/2011; Recomendación de Cuba, Informe del GT sobre RPU, Estados Unidos de América, Doc. A/HRC/16/11, 04/01/2011.

¹⁷² Recomendación de Suecia, Informe del GT sobre RPU, República Centro Africana, Doc. A/HRC/12/2, 04/06/2009, para. 23.

¹⁷³ Recomendación de EEUU, Informe del GT sobre RPU, RD Congo, Doc. A/HRC/13/8, 04/01/2010, para. 77. Recomendación de Canadá, Informe del GT sobre RPU, Myanmar, Doc. A/HRC/17/9, 24/03/2011, para. 107.46;

VII. Lenguaje de agencias y órganos principales del sistema de Naciones Unidas

Como mencionamos inicialmente, el término “patrón consistente de graves violaciones de derechos humanos” fue primero desarrollado por agencias del sistema de la ONU. La expresión aparece por primera vez en una Resolución de la Comisión de Derechos Humanos (ComDH de aquí en mas) fechada en 08/03/1967 cuyo objeto fue poder identificar y dar respuesta a violaciones consideradas

Recomendación de Hungría, Informe del GT sobre RPU, Nepal, Doc. A/HRC/17/5, 08/02/2011; Recomendación de Japón, Informe del GT sobre RPU, Somalía, Doc. A/HRC/18/6, 11/07/2011, para. 97.60; Recomendación de Iran, Informe del GT sobre RPU, España, Doc. A/HRC/15/6, 16/06/2010, para. 87.2; Recomendación de Cuba, Informe del GT sobre RPU, EEUU, Doc. A/HRC/16/11, 04/01/2011.

¹⁷⁴ Recomendación de EEUU, Informe del GT sobre RPU, RD Congo, Doc. A/HRC/13/8, 04/01/2010, para. 77.

¹⁷⁵ Recomendación de República de Korea, Informe del GT sobre RPU, Guinea, Doc. A/HRC/15/4, 14/06/2010, para. 71.67. Recomendación de Canadá, Informe del GT sobre RPU, Myanmar, Doc. A/HRC/17/9, 24/03/2011, para. 107.46.

¹⁷⁶ Recomendación de Canadá, Informe del GT sobre RPU, Myanmar, Doc. A/HRC/17/9, 24/03/2011, para. 107.46; Recomendación de Suecia, Informe del GT sobre RPU, Sri Lanka, Doc. A/HRC/8/46, 05/06/2008.

¹⁷⁷ Recomendación de Canadá, Informe del GT sobre RPU, Myanmar, Doc. A/HRC/17/9, 24/03/2011, para. 107.46.

¹⁷⁸ Recomendación de Hungría, Informe del GT sobre RPU, Nepal, Doc. A/HRC/17/5, 08/03/2011; Recomendación de Suecia, Informe del GT sobre RPU, Sri Lanka, Doc. A/HRC/8/46, 05/06/2008.

¹⁷⁹ Recomendación de Hungría, Informe del GT sobre RPU, Nepal, Doc. A/HRC/17/5, 08/03/2011.

¹⁸⁰ Recomendación de Japón, Informe del GT sobre RPU, Somalia, Doc. A/HRC/18/6, 11/07/2011, para. 97.60.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Recomendación de Cuba, Informe del GT sobre RPU, EEUU, Doc. A/HRC/16/11, 04/01/2011.

¹⁸⁴ Recomendación de Israel, Informe del GT sobre RPU, Venezuela, Doc. A/HRC/19/12, 07/12/2011, para. 96.25.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Recomendación de Dinamarca, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Revisión Periódica Universal RPU, RD Congo, Doc. A/HRC/13/8, 04/01/2010, para. 83.

“mas serias” o de atención prioritaria. Meses después, la Resolución 1235 del Consejo Económico y Social ONU autorizó a la ComDH y a la Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías a “examinar la información relevante de graves violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales, como por ejemplo, la política de apartheid”, y decidió que la ComDH podía estudiar “situaciones que revelaran un patrón consistente de violaciones de derechos humanos”.¹⁸⁹ En 1970 la Resolución 1503 del Consejo Económico y Social estableció un proceso confidencial por el cual un grupo de trabajo de la Sub-Comisión podía examinar comunicaciones que parecieran “revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.¹⁹⁰ Así, en tanto la habilidad del sistema ONU para prevenir e investigar violaciones individuales de derechos humanos era restringida ya que la mayoría de Estados no admitía el control internacional, comenzaron a admitirse casos en los cuales una política sistemática de violaciones alcanzaba un alto nivel de gravedad durante cierto período de tiempo.¹⁹¹

En el lenguaje de los seis órganos principales de Naciones Unidas, el término “violaciones graves” es utilizado para referir múltiples conductas lesivas. Se han mencionado las desapariciones forzadas¹⁹²; los asesinatos y crímenes sexuales¹⁹³; el reclutamiento y la

¹⁸⁹ Resolución CEyS ONU 1235 (XLII), 06/06/1967. Véase para los debates sobre la Resolución 8 (XXIII), “Estudio e Investigación de situaciones que revelan un patrón consistente de violaciones de derechos humanos” a Medina Quiroga C., *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, pp. 8–9.

¹⁹⁰ CEyS ONU Resolución 1503 (XLVIII), 27/05/1970.

¹⁹¹ Véase Tardu M. E., *United Nations response to Gross Violations of Human Rights: The 1503 Procedure*, Santa Clara Law Review, Vol. 20 (1980), p. 582.

¹⁹² Comentario del Secretario General Ban Ki-Moon, Centro de noticias ONU, 30/08/2015, en internet:

www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=33169&Kw1=graves+violaciones#.VgKExvIvHbc.

¹⁹³ Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos en referencia a la situación en Darfur -Sudán-, a partir del análisis de casos constatados por la Misión Conjunta de la ONU y la Unión Africana, 21/08/2015. En internet www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=33104#.VgKHPIvHbc.

utilización de niños en combate, arrestos, detenciones arbitrarias, malos tratos y torturas de niños¹⁹⁴; los crímenes de lesa humanidad¹⁹⁵; el DIH y las garantías fundamentales¹⁹⁶; ataques indiscriminados contra civiles, bombardeos de hospitales, secuestros, torturas y ejecuciones ilegales¹⁹⁷; asesinatos, violaciones, torturas y detenciones arbitrarias en función de la orientación sexual e identidad de género de las víctimas.¹⁹⁸

El Consejo de Seguridad habla de violaciones “graves o serias” de derechos humanos, como también de “abusos” de derechos humanos, pero su práctica no es consistente, tendiendo a utilizar los vocablos ingleses “abuse”, “grave”, “serious”, como sinónimos y aún el término “gross”, todos los cuales pueden ser traducidos al español como “grave”. Otra característica notable es que si bien en los Preámbulos de sus Resoluciones se hace referencia a “violaciones graves de los derechos humanos”¹⁹⁹, en la parte dispositiva se evidencia un cuidado especial por la no utilización de adjetivos calificativos para las mismas violaciones. No obstante, se utiliza el calificativo

¹⁹⁴ Secretario General de la ONU, en un informe enviado al Consejo de Seguridad donde relata la situación de violaciones graves contra los niños cometidas por todas las partes implicadas en el conflicto de Siria, 05/02/2014. En internet www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=28657#.VgKGgfIVhBc. De igual manera, el SG ONU en su presentación ante el CS en referencia a las graves violaciones contra menores ocurridas en la República Centroafricana, Iraq, Nigeria, Sudán del Sur y Siria, 18/06/2015. En internet:

http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=32634#.VgKHH_IVhBc.

¹⁹⁵ Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos en referencia a las violaciones ocurridas durante el conflicto en Siria, 13/02/2012. En internet http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=22698#.VgKJa_IVhBc

¹⁹⁶ Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos en referencia a la situación en Darfur -Sudán del Sur-, 22/05/2015. En internet: www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=32414#.VgKLUvIVhBc.

¹⁹⁷ Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, comentando un informe de la Misión de la ONU en Libia, 04/09/2014. En internet <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=30359#.VgKL6vIVhBc>.

¹⁹⁸ Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, en referencia a un informe general sobre la situación de las minorías sexuales, 15/12/2011. En internet www.cinu.mx/noticias/mundial/alertan-sobre-graves-violacion

¹⁹⁹ Sólo a modo de ejemplo véase: S/RES/798 (1992); S/RES/827 (1993); S/RES/820 (1993); S/RES/941 (1994); S/RES/1019 (1995).

“grave” cuando la situación descrita resulta en violaciones del DIH.²⁰⁰

A modo de ejemplo del uso indistinto de calificativos, la Resolución 2042 (14/04/2012) comienza condenando “la violación generalizada de derechos humanos por las autoridades Sirias, como también otros ‘abusos’ de derechos humanos realizados por grupos armados”, con el fin principal de distinguir entre los autores de las violaciones. Respecto del término “*serious*” la Resolución 2053 (27/06/2012) relativa a la situación en la RD de Congo, enfatiza que “aún quedan serios desafíos (...) graves -*serious*- abusos y violaciones de derechos humanos y actos de violencia contra civiles. En relación con el uso del término “*gross*”, la Resolución 1894 (11/11/2009) referida a la situación de los civiles en conflictos armados, habla de “infracciones graves -*gross*- del derecho internacional humanitario y vulneraciones manifiestas de los derechos humanos”.

Tanto el Preámbulo -para. 13 y 15- como el contenido -para. 12- de la Resolución 2000 (27/07/2011) sobre Costa de Marfil, refieren “violaciones graves”, utilizándose indistintamente ‘*grave*’ y ‘*serious*’ en el texto inglés. Se mencionan graves violaciones y abusos de derechos humanos, enumerando matanzas extrajudiciales; mutilaciones; arrestos arbitrarios y secuestro de civiles; desapariciones forzadas; actos de venganza; violencia sexual y de género, incluso contra niños; y el reclutamiento y utilización de niños en conflictos armados.²⁰¹ En la Resolución 2062 (2012) el Consejo hace referencia a “serios abusos de derechos humanos y violaciones del DIH”. Identifica iguales conductas que en la referida Resolución 2000 (2011), y utiliza indistintamente los términos abusos, atrocidades y graves violaciones de derechos humanos.²⁰²

El Consejo de Seguridad ha considerado especialmente el tipo de víctima al caracterizar una violación como “grave”. Al supervisar el “Mecanismo de Monitoreo e Información”²⁰³ sobre seis tipos de

²⁰⁰ Sólo a modo de ejemplo véase: S/RES/935 (1994); S/Res/1973 (2011); S/Res/2071 (2012); S/Res/2165 (2014).

²⁰¹ CS ONU Resolución 2000, 27/07/2011.

²⁰² CS ONU Resolución 2062 sobre la extensión del mandato de la Operación de NNUU en Costa de Marfil (UNOCI en inglés) hasta el 31/07/2013, 26/07/2012.

²⁰³ El “Mecanismo...” es una de las iniciativas más importantes del CS referida a las conductas y responsabilidades de las partes en un conflicto. La Resolución 1612 de

ataques contra niños en situaciones de conflicto armado, califica como “violaciones graves” a la matanza y mutilación de niños; el reclutamiento o uso de niños como soldados; la violación y otros abusos sexuales graves contra niños; el secuestro de niños; los ataques contra escuelas y hospitales; y la negativa a brindar ayuda humanitaria a niños.²⁰⁴

La Asamblea General, en su carácter de órgano cuasilegislativo de Naciones Unidas, documenta a través de sus Resoluciones, la casi totalidad de los documentos gestados en órganos subsidiarios. Su importancia fue destacada anteriormente cuando analizamos las normas de soft law. Al crearse el Consejo de Derechos Humanos (2006), la AG le encomienda dedicarse al estudio de aquellas “situaciones de violaciones de derechos humanos, incluidas las violaciones graves y sistemáticas, y realizar las recomendaciones consecuentes”.²⁰⁵ En 2010, la AG proclamó el 24 de marzo como “Día Internacional del Derecho a la Verdad en relación con Violaciones Graves de los Derechos Humanos y de la Dignidad de las Víctimas”.²⁰⁶ En el Preámbulo se hace referencia a “las víctimas de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”.

El Secretario General de Naciones Unidas califica en forma constante las violaciones a los derechos humanos en sus principales Informes. A título de ejemplo, en un Informe de 2012 hace referencia a las “sociedades traumatizadas por años de lucha y graves violaciones de derechos humanos”, para luego solicitar al Consejo de Seguridad que rechace todo acuerdo que incluya la amnistía en situaciones de

26/07/2005 creó un mecanismo de monitoreo y reporte en el nivel doméstico y un Consejo de Grupo de trabajo sobre los niños y los conflictos armados. Véase Resoluciones 1882 (2009) y 1998 (2011).

²⁰⁴ Informe del Secretario General, Niños y conflictos armados, Doc. A/59/695-S/2005/72, 09/02/2005, para. 68; CS, Resolución 1612, para. 2.

²⁰⁵ Asamblea General, Resolución 60/251, 03/04/2006, para. 3. La Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, verdadero estatuto de este órgano, trata de manera particular, del procedimiento de queja.

²⁰⁶ Resolución 65/196 aprobada por la Asamblea General el 21/12/2010 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/65/451)]. Proclamación del 24 de marzo como Día Internacional para el Derecho a la Verdad en relación con las Violaciones Graves de los Derechos Humanos y para la Dignidad de las Víctimas.

“genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o graves violaciones de los derechos humanos o del DIH”.²⁰⁷

La ya referida “Política de diligencia debida en materia de derechos humanos en el contexto del apoyo de las Naciones Unidas a fuerzas de seguridad ajenas a la Organización” sostiene la importancia que “las Naciones Unidas no presten su apoyo cuando haya motivos fundados para creer que existe un riesgo real de que las entidades que lo reciban puedan cometer violaciones graves del derecho internacional humanitario, las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados”.²⁰⁸

Respecto del Consejo Económico y Social, destacan sus Resoluciones que crean los dos procedimientos de denuncia de carácter público y confidencial respectivamente. Primero, la Resolución 1235 está dirigida a “examinar la información pertinente sobre violaciones notorias de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, y a “estudi[ar] a fondo las situaciones que revelen un cuadro persistente de violaciones de derechos humanos”. Segundo, la Resolución 1503 trata sobre los “cuadro[s] persistente[s] de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”, y de “determinadas situaciones que parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos”.²⁰⁹

Con fundamento en estos dos procedimientos, la ComDH ha sido el órgano de la ONU que más se ha ocupado de calificar las violaciones a los derechos humanos, utilizando distintas expresiones con la intención de separar ciertas conductas especialmente lesivas. Sólo a título de ejemplo, citamos algunas de sus afirmaciones: “situaciones en que se violen los derechos humanos, incluidas las violaciones graves y sistemáticas” y “operaciones militares (...) que constituyen violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”²¹⁰;

²⁰⁷ Secretaría General, Doc. SG/SM/14069-SC/10525, 19/01/2012, para.9-11.

²⁰⁸ Véase Doc. A/67/775-S/2013/110 (2013), Punto I, Principios Fundamentales.

²⁰⁹ Consejo Económico y Social ONU, Resolución 1235 (XLII) de 06/06/1967; y Resolución 1503 (XLVII) de 27/05/1970. Ambas dieron lugar a los procedimientos ante la Comisión de DDHH, el 1235 de carácter público y el 1503 de carácter privado, luego reformado por la Resolución 2000/3.

²¹⁰ Consejo de Derechos Humanos, Resolución S-2/1. La grave situación de los derechos humanos en el Líbano causada por las operaciones militares israelíes.

“casos de violaciones manifiestas de los derechos humanos y de violaciones graves de las normas internacionales de derechos humanos” y “víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves de las normas internacionales de derechos humanos”²¹¹; “responsabilidad de los autores (...) de violaciones graves de los derechos humanos”²¹²; “Estados en los que han ocurrido violaciones graves de los derechos humanos en el pasado”²¹³; “las presuntas graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario”²¹⁴; “actos de genocidio y violaciones sistemáticas y generalizadas del derecho internacional humanitario, incluidos crímenes de lesa humanidad y graves violaciones y atropellos de los derechos humanos”²¹⁵; “las violaciones generalizadas, sistemáticas y graves de los derechos humanos perpetradas por la Potencia ocupante Israelí, en particular los asesinatos en masa y los castigos colectivos, como la demolición de viviendas y la clausura de los territorios Palestinos, medidas que constituyen crímenes de guerra, violaciones flagrantes del derecho internacional humanitario, y crímenes de lesa humanidad”.²¹⁶

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ACDH de aquí en más) califica en sus declaraciones continuamente a las violaciones de derechos humanos. Citamos sólo algunos ejemplos. En la crisis de Sudán del Sur (2015), advirtió que la escalada de enfrentamientos entre el gobierno y la oposición podía originar “violaciones graves de las leyes internacionales humanitarias y de las garantías fundamentales”.²¹⁷ En el documento titulado “Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto” (2010), afirma que “las amnistías que impiden el enjuiciamiento de las personas que pueden resultar jurídi-

²¹¹ ComDH, Resolución 2005/66 sobre el derecho a la verdad.

²¹² ComDH, Resolución 2003/72 sobre impunidad.

²¹³ ComDH, Resolución 2000/68 sobre impunidad.

²¹⁴ ComDH, Resolución 2003/15. Situación de los derechos humanos en la República Democrática del Congo.

²¹⁵ ComDH, Resolución 1996/76. Situación de los derechos humanos en Rwanda.

²¹⁶ ComDH, Resolución S-5/1 Graves y masivas violaciones de los derechos humanos del pueblo Palestino por Israel.

²¹⁷ Ver Centro de Noticias ONU, en Internet:

www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=32414#.Vh__KPmrSUK

camente responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes de derecho internacional, así como con la política de las Naciones Unidas”.²¹⁸ En el documento “Justicia Transicional y derechos económicos, sociales y culturales” (2014)²¹⁹, el ACDH afirma la existencia de cuatro principios de las normas internacionales de derechos humanos en relación con las violaciones graves:

- i. la obligación del Estado de investigar, procesar y eventualmente castigar a los presuntos autores de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario;
- ii. el derecho a conocer la verdad;
- iii. el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del DIH a obtener reparación; y
- iv. la obligación del Estado de garantizar la no repetición.

Finalmente, el ACDH afirma:

“las 'violaciones de derechos humanos' comprenden las transgresiones gubernamentales de derechos garantizados por normas nacionales, regionales o internacionales sobre los derechos humanos y los actos u omisiones directamente imputables al Estado que suponen el incumplimiento de obligaciones jurídicas derivadas de normas sobre los derechos humanos. Se produce una violación cuando una ley, política o práctica infringe o desconoce deliberadamente obligaciones que corresponden al Estado respectivo, o éste no alcanza el nivel de conducta o de resultados que se requiere. También ocurren violaciones de derechos cuando un Estado retira o elimina protecciones existentes de los derechos humanos”.²²⁰

²¹⁸ Véase Doc. HR/PUB/09/1, Publicación ONU, ISBN 978-92-1-354115-9 .

²¹⁹ Véase HR/PUB/13/5 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, Nueva York y Ginebra, 2014.

²²⁰ Manual de Capacitación para la Fiscalización de los Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Serie de Capacitación Profesional N°7, Ginebra, 2001, Cap. I, p.10.

Los dos últimos órganos mencionados -la ComDH y el ACDH- han elaborado y aprobado los “Principios Básicos y Directivas sobre el derecho a un remedio efectivo y a la reparación para víctimas de violaciones flagrantes del DIDH y violaciones graves del DIH” (2005).²²¹ Estos “Principios...” refieren distintas obligaciones de los Estados frente a las víctimas de violaciones graves, sin enumerar estas últimas. No obstante, reitera que tales lesiones son:

“violaciones graves del DIDH y violaciones serias del DI humanitario que constituyen crímenes bajo el DI”.²²²

La correspondencia entre violaciones graves y delitos internacionales es sólo parcial ya que en otros artículos de los “Principios...” que refieren el trato debido a las víctimas, se menciona simplemente a las “violaciones graves” sin que las mismas deban identificarse con alguna otra figura penal.

Argentina votó a favor de la Resolución que aprobó estos “Principios...” junto con otros 39 Estados, registrándose 13 abstenciones.²²³ La abstención activa de Estados Unidos a los “Principios...” se basó en la inclusión del derecho de las víctimas a la compensación por violaciones del DIH y del DIDH. Estados Unidos se opuso a identificar ambos estatutos, ya que pretendía caracterizar a las violaciones del DIDH como normas no vinculantes. Lo importante aquí fue el rechazo de esta postura. Tanto la doctrina como los represen-

²²¹ Alto Comisionado de NNUU para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social, Ver Resolución 2005/35. Principios Básicos y Directivas sobre el derecho a un remedio efectivo y a la reparación para víctimas de violaciones flagrantes del DIDH y violaciones graves del DI humanitario. Estos principios... derivan de los Principios Básicos de Justicia para víctimas de crímenes y abuso de poder (1985), adoptados por el 7o Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el trato a Victimarios, que originó el Proyecto de Ottawa, Canadá.

²²² Oficina del Alto Comisionado de NNUU para los Derechos Humanos. Principios Básicos y Directivas sobre el derecho a un remedio efectivo y a la reparación para víctimas de violaciones flagrantes del DIDH y violaciones graves del DI humanitario. Doc. E/CN. 4/2005/L. 48, arts. 3 y 4.

²²³ United Nations Economic and Social Council Commission on Human Rights Civils and Political Rights, *Revue internationale de droit pénal*, 1/2005 (Vol. 76), p. 81-90. En internet www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2005-1-page-81.htm. DOI: 10.3917/ridp.761.0081

tantes de los gobiernos expresaron que ambos cuerpos normativos se superponen. Además, la CIJ en su Opinión Consultiva sobre la construcción de un muro en territorios ocupados (2004), afirmó que ambos estatutos se complementan mutuamente, y que a pesar de sus fuentes legales, no deben realizarse distinciones entre los mismos.²²⁴ En suma, no es la inclusión de la norma en un estatuto protectorio - sino su pertenencia al núcleo fundamental compuesto por las normas superpuestas a partir de las intersecciones de estatutos- lo que determina la gravedad de la violación.

Finalmente, el Consejo de Administración Fiduciaria finalizó en 1994 sus actividades cuando el Consejo de Seguridad puso fin al Acuerdo de Administración Fiduciaria del último de los once territorios en fideicomiso originales. Aún así, se estima que casi un millón y medio de personas están aún sometidas a un dominio colonial o extranjero, sufriendo diversos tipos de violaciones de sus derechos, entre ellas las de carácter grave.²²⁵

VIII. Jurisprudencia internacional

La Corte Internacional de Justicia (CIJ de aquí en mas), ha calificado ciertas violaciones de normas internacionales en el ejercicio de su función consultiva, aun cuando no se desprende de su jurisprudencia regla alguna que posibilite distinguir violaciones ordinarias de otras graves, con excepción de las consecuencias de la lesión. La CIJ ha calificado la gravedad de la violación en Actividades Armadas en el Territorio del Congo (2005), donde sobre la base de actos de tortura y otras formas de trato inhumano como la destrucción de las casas de la población civil, concluyó que se habían producido “violaciones masivas de derechos humanos”.²²⁶

²²⁴ CIJ, Opinión Consultiva, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 09/07/2004, ICJ Rep. 131.

²²⁵ Véase Villa Quintana Carmen Rosa, Mecanismos de Protección de derechos humanos, Sistema de Naciones Unidas, Ponencia, XXV Curso Interamericano de derechos humanos, 2010. en internet http://iidh-webserver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XXVCurso_Inter_en_Derechos_Humanos_Discursos_ponencias/22.%20RVilla_doc.pdf

²²⁶ CIJ, Caso Relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Uganda), Sentencia, 19/12/2005, para. 207:

En los planos regionales, repasamos lo actuado en los tres sistemas que cuentan con órganos judiciales supranacionales. Aunque la jurisprudencia es limitada, la Corte Interamericana es el órgano judicial regional que más ha referido el término; mientras que la Comisión y Cortes Africana y Europea lo han hecho de manera menos frecuente.

VIII.a. Sistema Interamericano de protección de derechos humanos

Su jurisprudencia reconoce tres etapas.²²⁷ La primera transita las décadas de los sesenta y setenta del siglo XX en Estados gobernados mayormente por dictaduras militares, donde el sistema Interamericano fue útil a los efectos de reportar y documentar las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Durante este período, fue la Comisión Interamericana de derechos humanos (CmIDH de aquí en más) quien desarrolló una serie de precedentes que caracterizaron a la desaparición forzada de personas como una violación múltiple de derechos humanos y en consecuencia, *grave*.²²⁸ La segunda etapa abarca las dos últimas décadas del siglo pasado, cuando la mayoría de los Estados Latinoamericanos transcurrían sus transiciones democráticas. Aquí, el sistema estableció a través de la Corte Interamericana de derechos humanos²²⁹ (CtIDH de aquí en

“La Corte en consecuencia encuentra... que violaciones masivas de derechos humanos y graves violaciones del DIH han sido cometidas por la Fuerza Defensa del Pueblo Ugandés FDPU en el territorio de la RPC”.

²²⁷ Parra Vera O., La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Vol. 13, No. 1 (Noviembre de 2012), pp. 5–51. Abramovich V., ‘From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System’, SUR International Journal of Human Rights, Vol. 11 (2009). En internet: http://conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/buscapalavraChave=abramovich&cat=&codigoEdicao=156&post_type=post.

²²⁸ Parra Vera O., La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 13 (1) (Noviembre de 2012), p. 8.

²²⁹ La CtIDH fue establecida por la Convención Americana de derechos humanos, adoptada en 22/11/1969 en San José de Costa Rica, y vigente desde 18/07/1978 conforme su Art. 74.

mas) una cantidad relevante de estándares legales en relación con las violaciones de derechos ocurridas. Durante la tercera etapa, ya en el siglo XXI, el sistema ha examinado patrones estructurales, comúnmente “violaciones graves” que resultan de o causan la desigualdad y exclusión social.

La CtIDH utiliza el español “grave” el cual es traducido al idioma inglés como “grave” y “serious” de forma indistinta, al momento de calificar las violaciones.²³⁰ En general, las situaciones que entrañan casos de desaparición forzada²³¹, matanzas y ejecuciones sumarias, arbitrarias o extrajudiciales²³², y tortura han sido consideradas “graves”.²³³ El juez Sergio García Ramírez detalló algunas de las circunstancias en que una violación puede ser considerada “grave”:

“La violación del derecho a un trato humano es extremadamente grave -debido a la importancia de los derechos jurídicos afectados y el tipo de actos comprendidos en la violación- cuando la víctima es sometida a torturas. La violación del derecho a la vida deviene notoria e intensamente grave cuando existe la privación del derecho a la vida de un grupo de individuos que son ejecutados brutalmente. La violación del derecho a la libertad entre otros, es muy grave cuando se practica arbitrariamente, se prolonga por algún tiempo, y deviene en desaparición forzada en términos del DI. Puede también mantenerse que los factores son mas serios cuando los autores son funcionarios públicos jerárquicos, de quienes se espera mayores garantías -en realidad son los garantes esenciales- y de quienes se espera una conducta ejemplar y que sean llamados para asegurar la legitimidad de los actos de todo servidor público. Las violaciones son especialmente graves cuando son perpetradas por aquellos específicamente responsables de ciertas obligaciones de respeto y garantía de los derechos hu-

²³⁰ Véase respecto del uso del término “grave” en referencia a las ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada, CtIDH, *Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, Sentencia, 31/01/2006, para. 143; y *Tiu Tojin v. Guatemala*, Sentencia, 26/11/2008, para. 53.

²³¹ Véase por ejemplo, CIADH, *Nicholas Chapman Blake v. Guatemala*, Sentencia, 24/01/1998, para. 66.

²³² Véase CtIDH, *Rochela Massacre v. Colombia*, Sentencia, 11/05/2007, para. 294.

²³³ Véase CtIDH, *Vera-Vera et al. v. Ecuador*, Sentencia, 19/05/2011, para. 117. Igualmente, *La Cantuta v. Perú*, Sentencia, 29/11/2006, para. 44.

manos, o cuando ocurren en circunstancias en que la conducta dañosa es extrema y cuando estas circunstancias forman incluso parte de los hechos. Todo esto incrementa la gravedad de los hechos”.²³⁴

La CtIDH ha manifestado frecuentemente que la participación estatal en una violación de derechos constituye un factor agravante. En *Masacre de la Rochela v. Colombia*, afirmó que:

“uno de los principales factores que aumentan la gravedad de los eventos descritos en el presente caso es que el Estado es responsable de una masacre que fue ejecutada contra sus propios funcionarios judiciales mientras ellos se encontraban cumpliendo su obligación de investigar graves violaciones de derechos humanos, y que los agentes Estatales que eran miembros de las fuerzas armadas estuvieron involucrados en la masacre”.²³⁵

Al igual que el Consejo de Seguridad ONU, la CtIDH afirmó que la vulnerabilidad de la víctima incide al caracterizar la violación. En varios casos, halló que la violación es particularmente grave cuando la víctima era un niño²³⁶, en tanto los Estados tienen un deber de tomar medidas especiales de protección y asistencia a los niños que pertenecen a grupos vulnerables.²³⁷

Cuando la CtIDH califica como crímenes de lesa humanidad algunos de los hechos analizados en sus fallos (como en los casos *Almonacid y la Cantuta*), asocia a estas graves violaciones con los delitos “más graves” del derecho penal internacional y en consecuencia opina que se hace más riguroso el deber de investigar.²³⁸

²³⁴ Opinión separada del Juez Sergio García Ramírez, caso *Goiburú et al. v. Paraguay*, Sentencia, 22/09/2006, para. 6.

²³⁵ Véase CtIDH *Masacre de la Rochela v. Colombia*, Sentencia, 11/05/2007, para. 79.

²³⁶ Véase CtIDH *Villagran-Morales v. Guatemala* (caso de los niños de la calle), Sentencia, 19/11/1999. Igualmente *Gomez Paquiyauri v. Perú*, Sentencia, 08/07/2004, para. 162; y *Bulacio v. Argentina*, Sentencia, 18/09/2003, para. 133.

²³⁷ Véase CtIDH *Dilcia Oliven Yean and Violeta Bosico Cofi v. Dominican Republic*, Sentencia, 08/09/2005, para. 134.

²³⁸ En el caso *Perozo* la Corte precisó algunas características de estas violaciones graves, que involucrarían patrones o sistematicidad en la comisión de una conducta

Por otra parte, la CtIDH ha sido el primer órgano internacional en relacionar a las “violaciones graves” de derechos humanos con las normas imperativas de DI general -jus cogens-²³⁹. Así, ha hecho continua referencia a las normas que poseen carácter de jus cogens, y consecuentemente ha mencionado que su violación constituiría una lesión grave de los derechos humanos. La CtIDH explica que al ocurrir la violación se produce una transferencia desde la norma de jus cogens violada hacia el acceso a la justicia que el Estado debe a las víctimas. La norma imperativa en crisis extiende sus efectos de forma virtuosa, ya que no sólo implica un aspecto negativo -la prohibición de ejecutar la conducta violatoria-, sino un aspecto positivo: el derecho a la verdad procesal -la obligación estatal de investigar-. Afirmó la CtIDH en Perozo²⁴⁰:

“La obligación general de garantizar los derechos humanos reconocidos en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección.²⁴¹ Por ello, corres-

ilegal. Se trata de violaciones de derechos asociadas a “prácticas sistemáticas y masivas”, “patrones” o “políticas estatales” cuando “la preparación y ejecución” de la violación de derechos humanos de las víctimas fue perpetrada “con el conocimiento u órdenes superiores de altos mandos y autoridades del Estado o con la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en diversas acciones y omisiones realizadas en forma coordinada o concatenada”, de miembros de diferentes estructuras y órganos estatales. En estos casos ocurre una “instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación” de derechos, lo que generalmente se ha visto favorecido por situaciones generalizadas de impunidad. CtIDH, caso Perozo y otros v. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28/01/2009. Serie C No. 195.

²³⁹ Véase por ejemplo, CtIDH caso Barrios Altos v. Perú (Sentencia del 14/03/2001, para. 41) y ha sido reconfirmado en numerosos casos. CtIDH, Moiwana Village v. Suriname, Sentencia, 15/06/2005, para. 206; Oscar Jose Blanco-Romero v. Venezuela, Decisión, 28/11/2005, para. 98; La Cantuta v. Perú, Sentencia, 29/11/2006, para. 44; Rochela Massacre v. Colombia, Sentencia, 11/05/2007, para. 294.

²⁴⁰ CtIDH. Caso Perozo y otros v. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28/01/2009. Serie C No. 195, Párrafo 298, primera parte.

²⁴¹ Véase CtIDH, caso Vargas Areco v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/09/2006. Serie C No. 155, para. 73; Caso Valle Jaramillo y otros v.

ponde determinar si en este caso, y en el contexto en que ocurrieron los hechos alegados, la obligación general de garantía imponía al Estado el deber de investigarlos efectivamente, como medio para garantizar el derecho a la libertad de expresión y a la integridad personal, y evitar que continuaran ocurriendo. La investigación de la violación de determinado derecho sustantivo puede ser un medio para amparar, proteger o garantizar ese derecho.²⁴² La obligación de investigar 'adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados'²⁴³, incluso hasta alcanzar esa obligación, en algunos casos, el carácter de *jus cogens*'.²⁴⁴

La CtIDH opina en Perozo²⁴⁵ que la obligación de investigar reviste el carácter de norma imperativa cuando la violación reviste el carácter de "grave":

Colombia, *supra* nota 20, para. 97; y Caso García Prieto y otros v. El Salvador, *supra* nota 48, para. 98.

²⁴² Véase Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, *supra* nota 68, para. 142; Caso Heliodoro Portugal v. Panamá, *supra* nota 20, para. 115; y Caso Zambrano Vélez y otros v. Ecuador, *supra* nota 32, para. 110.

²⁴³ Caso La Cantuta v. Perú, *supra* nota 72, para. 157. Ver también Caso Goiburú y otros v. Paraguay, *supra* nota 48, para. 128.

²⁴⁴ Por ejemplo, en el caso La Cantuta, se determinó que "la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *jus cogens*". Véase Caso La Cantuta v. Perú, *supra* nota 72, para. 157.

²⁴⁵ CtIDH. Caso Perozo y otros v. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28/01/2009. Serie C No. 195, Párrafo 298, segunda parte.

“En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida²⁴⁶. Se considera que en esos casos la impunidad no será erradicada sin la determinación de las responsabilidades generales -del Estado- e individuales -penales y de otra índole de sus agentes o de particulares-, complementarias entre sí²⁴⁷. Por la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún si existe un contexto de violación sistemática de derechos humanos, los Estados se hallan obligados a realizar una investigación con las características señaladas, de acuerdo con los requerimientos del debido proceso. El incumplimiento genera, en tales supuestos, responsabilidad internacional del Estado²⁴⁸”.

En suma, la práctica de la CtIDH considera que una violación es grave por:

- i. la naturaleza del derecho violado;
- ii. la escala y magnitud de la violación;
- iii. el tipo y vulnerabilidad de la víctima o por una combinación de los factores mencionados.

VIII.a.1. Sistema del Mercosur

En el contexto del Mercosur, Argentina acordó dos instrumentos internacionales con Uruguay y Brasil, dirigidos a intercambiar documentación para el esclarecimiento de “graves violaciones a los

²⁴⁶ Véase CtIDH, caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, supra nota 68, para. 145; Caso Heliodoro Portugal v. Panamá, supra nota 20, para. 115; y Caso La Cantuta v. Perú, supra nota 72, párr 110

²⁴⁷ Véase CtIDH, caso Goiburú y otros v. Paraguay, supra nota 48, para. 88.

²⁴⁸ Véase CtIDH, caso Velásquez Rodríguez, supra nota 33, párrs 166 y 176; Caso Godínez Cruz, Fondo, supra nota 100, para. 175; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz v. Perú, supra nota 75, para. 102; Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, supra nota 36, para. 119; Caso Ximenes Lopes v. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 04/07/2006. Serie C No. 149, para. 147; Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 23, para. 297.

derechos humanos”. Ambos documentos de similar tenor, no califican lo que debe entenderse por una “grave violación”, aunque en sus Considerandos se menciona a la “desaparición forzada de personas y otras graves violaciones a los derechos humanos”.²⁴⁹

VIII.b. Sistema Europeo de protección de derechos humanos

Los órganos del sistema Europeo han examinado violaciones graves en casos individuales que temáticamente incluyen desapariciones forzadas²⁵⁰; tortura y malos tratos²⁵¹; tratos inhumanos o degradantes²⁵²; y las condiciones de detención.²⁵³

La Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH de aquí en mas) ha desarrollado jurisprudencia sobre el derecho a la jurisdicción y las garantías procesales, cuya violación ha calificado como “grave”, tanto en sí misma como cuando ocurre en unión con la violación de derechos de fondo. Por ejemplo, la CtEDH halló que “la negativa sin fundamento a tomar los pasos investigativos indispensables y obvios” respecto de la muerte de una víctima envuelven la responsabilidad estatal porque constituye una “grave violación de sus obligaciones bajo el art. 2 de la Convención a fin de proteger el derecho a la vida”.²⁵⁴

²⁴⁹ Memorándum de entendimiento entre Argentina y Uruguay para el intercambio de información para el esclarecimiento de graves violaciones a los derechos humanos. Brasilia, 06/12/2012; y Memorándum de Entendimiento entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil para el intercambio de documentación para el esclarecimiento de graves violaciones a los derechos humanos. Hecho en La Habana, 05/02/2014.

²⁵⁰ CtEDH, Kurt v. Turquía, Sentencia, 22/05/1995, para. 212; Cakici v. Turquía, Sentencia, 15/05/1995, para. 268; Timurtas v. Turquía, Sentencia, 11/09/1995, para. 299; y Chipre v. Turquía, Sentencia, 28/06/1996, para. 205.

²⁵¹ CtEDH, Kuzmenko v. Rusia, Sentencia, 21/12/2010, para. 58.

²⁵² CtEDH, Gadamauri and Kadyrbekov v. Rusia, Sentencia, 05/07/2011, para. 61; y Khatayev v. Rusia, Sentencia, 11/10/2011, para. 125.

²⁵³ CmEDH, Tas v. Turquía, Sentencia, 05/03/1996, para. 229; ECmHR, Akdeniz and Other v. Turquía, Sentencia, 03/04/1995, para. 501.

²⁵⁴ CtEDH, Velikova v. Bulgaria, Sentencia, 18/05/2000, para. 82. Véase también Eremiasova and Pechova v. República Checa, Sentencia, 16/02/2012, para. 132; Ghimp y ot. v. República de Moldavia, Sentencia, 30/10/2012, para. 68; El-Masri v. Ex República Yugoslava de Macedonia, Sentencia, 13/12/2012, para. 269; y Timus y Tarus v. República Moldavia, Sentencia, 15/10/2013, para. 68.

Al igual que la CtIDH, ha calificado como grave el incumplimiento de la obligación del Estado de investigar y castigar; la prohibición de la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes²⁵⁵; y de los derechos a la libertad y seguridad de la persona.²⁵⁶ En este camino, la CtEDH ha elaborado el concepto de “práctica administrativa disfuncional” identificada como una violación sistemática de los derechos humanos. En *Irlanda v. Reino Unido*, se definió la práctica administrativa como aquella que “consiste en la acumulación de violaciones idénticas o análogas que son suficientemente numerosas e interconectadas para llegar a ser no sólo incidentes aislados o excepciones, sino un patrón o sistema”.²⁵⁷ En la década pasada, la CtEDH ha introducido las “sentencias piloto”, un procedimiento que permite agrupar los casos que reflejan una disfunción sistémica o estructural en los niveles nacionales. Su fin es “lograr una solución que se extienda mas allá del caso o casos particulares para cubrir todos los casos similares que contemplen igual objeto”.²⁵⁸ Conforme la CtEDH, el procedimiento de sentencia piloto es:

“Un proceso de ejecución acelerada ante el Comité de Ministros que implica no sólo la obligación de eliminar a futuro las causas de la violación, sino también la obligación de introducir un remedio con efecto retroactivo dentro del sistema doméstico a fin de reparar el daño sufrido por víctimas de la misma violación estructural o sistémica”.²⁵⁹

²⁵⁵ CtEDH, *Tyagunova v. Rusia*, art. 3 de la Convención Europea de derechos humanos, Sentencia, 31/07/2012, para. 80.

²⁵⁶ CtEDH, *El-Masri v. Ex República Yugoslava de Macedonia*, art. 5 de la Convención Europea de derechos humanos, Sentencia, 13/12/2012, para. 269.

²⁵⁷ CtEDH, *Irlanda v. Reino Unido*, Sentencia, 1978, para. 159.

²⁵⁸ Procedimiento de Sentencia Testigo. Nota Informativa emitida por el Secretario, 1, para. 2. En internet:

www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgement_procedure_ENG.pdf, Regla 61 emitida el 21/02/2011.

²⁵⁹ Trabajo sobre la posición de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre las propuestas para reformar la Convención Europea de Derechos Humanos y otras medidas fijadas en el Informe del Comité Ejecutivo de Derechos Humanos, 12/09/2003, CDDH-GDR(2003) 024, para. 43.

¿En este sentido, constituye la sistematicidad un criterio revelador de la gravedad de la lesión? Al momento, la CtIDH respondió de forma afirmativa y contundente, en tanto la CtEDH aún no se ha expedido.

VIII.c. Sistema Africano de protección de derechos humanos

La Carta Africana de Derechos de las personas y los Pueblos incluye un procedimiento dirigido a comunicar a la Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno, casos que revelen la “existencia de una serie de violaciones graves o masivas de derechos humanos y de los pueblos”.²⁶⁰ En relación con la Carta Africana, Ouguerouz opina que la naturaleza sistemática o masiva de las violaciones determinan su gravedad, siendo esta “la única manera de evitar crear una jerarquía arbitraria entre los distintos derechos humanos y de los pueblos”.²⁶¹

La Comisión y la Corte Africanas de Derechos Humanos y de los Pueblos han elaborado una serie de Resoluciones relativas a violaciones graves de derechos humanos.²⁶²

En el caso Centro para el Desarrollo de los Derechos de las Minorías v. Kenya, la Comisión Africana consideró que los desalojos forzosos ejecutados por el gobierno constituían una violación gra-

²⁶⁰ Art. 58 de la Carta Africana: “1. Cuando, tras someterlos a las deliberaciones de la Comisión, parece que uno o más comunicados se refieren a casos especiales que revelan la existencia de una serie de violaciones graves o masivas de los derechos humanos y de los pueblos, la Comisión llamará la atención de la Asamblea de jefes de Estado y de gobierno respecto a esos casos. 2. La Asamblea de jefes de Estado y de gobierno puede solicitar entonces de la Comisión que emprenda la realización de un estudio a fondo de esos casos y que elabore un informe factual, el cual acompañará de su conclusión y recomendaciones. 3. Un caso urgente que haya sido detectado por la Comisión será presentado por ésta al presidente de la Asamblea de jefes de Estado y de gobierno, la cual podrá solicitar la realización de un estudio en profundidad”.

²⁶¹ Ouguerouz F, *The African Charter of Human and People’s Rights: A Comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*, Kluwer, 2003, p. 623.

²⁶² En el original en idioma inglés las denominan “gross”, “serious” y también “grave, flagrant y massive”, utilizando de manera intercambiable los adjetivos citados.

ve.²⁶³ En *Jawara v. Gambia*, la Comisión encontró que la toma del poder por las fuerzas armadas constituyó una “violación grave del derecho del pueblo de Gambia a elegir libremente su gobierno” como lo prevé el art. 20(1) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981”.²⁶⁴

En *República Democrática de Congo v. Burundi, Rwanda y Uganda*, la RDC alegó que las fuerzas armadas de Burundi, Rwanda y Uganda habían cometido “violaciones graves y masivas de derechos humanos y de los pueblos” en provincias Congolesas donde los grupos rebeldes habían estado activos. Estos crímenes incluían masacres, violencia sexual y saqueos sistemáticos. La Comisión afirmó la existencia de graves violaciones del derecho a la vida y a la integridad y que la conducta de los Estados demandados constituían “una violación flagrante del incuestionable e inalienable derecho de los pueblos de la RDC a la libre determinación”.²⁶⁵

En *Organización de Derechos Humanos de Sudán, Centro de derecho a la vivienda y desalojos v. Sudán*, la Comisión consideró la situación en que “miles de personas habían sido desalojadas por la fuerza y sus propiedades destruidas”, para encontrar prima facie que se habían producido “violaciones graves y masivas”.²⁶⁶

En *Organización Mundial contra la Tortura v. Zaire*, la Comisión determinó que la clausura de las universidades y escuelas secundarias durante dos años, constituían “violaciones masivas o graves” del derecho a la educación.²⁶⁷ En forma similar, la falla del gobierno en proveer servicios básicos para un mínimo estándar de salud, como agua potable y electricidad y la falta de medicinas fue considerada una

²⁶³ CmADHP, *Centre for Minority Rights Development v. Kenya*, Decisión, 2009, para. 218. La Comisión hace referencia a las Resoluciones 1993/77 y 2004/28 de la Comisión ONU de Derechos Humanos, que afirmó que los desalojos forzosos constituían una violación grave de los derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda adecuada.

²⁶⁴ CmADHP, *Jawara v. Gambia*, Decisión, 2000, para. 73.

²⁶⁵ CmADHP, *RD Congo v. Burundi*, Decisión, 2003, paras. 68, 79–80.

²⁶⁶ CmADHP, *Organización de derechos Humanos de Sudán v. Sudán*, 2010, paras. 100–02. Así, determinó que no era deseable exigir a las víctimas el agotamiento previo de los recursos internos del Estado denunciado.

²⁶⁷ CmADHP, *Organización Mundial contra la Tortura v. Zaire*, 1996, paras. 42–8. Específicamente del art. 17 de la Carta Africana de los derechos humanos y de los Pueblos.

violación grave y masiva del derecho a la salud previsto en el art. 16 de la Carta Africana. También fueron consideradas violaciones masivas del derecho a la libertad de conciencia la persecución de grupos religiosos, y el derecho a un juicio justo.²⁶⁸ Finalmente, en Comisión Africana de derechos humanos y de los Pueblos v. Libia, la Comisión demandó a Libia ante la Corte Africana por violaciones graves y masivas de los derechos garantizados en la Carta.²⁶⁹

En Sudáfrica, la Comisión para la Verdad y la Reconciliación trató la cuestión de las violaciones de derechos humanos durante el régimen del Apartheid. Aún cuando los miembros de la Comisión admitieron la ocurrencia de importantes violaciones de derechos durante la vigencia del sistema, eligieron centrarse sólo en aquellas violaciones consideradas “graves”.²⁷⁰ Esta Comisión las caracterizó como: “la violación de derechos humanos a través de la matanza, desaparición forzada, tortura, o tratos inhumanos de cualquier persona”, ocurridos en el conflicto pasado y ejecutados o planeados por cualquier persona actuando con un motivo político.²⁷¹

IX. Informes de Expertos, Relatores Especiales y la doctrina

Incluimos aquí los análisis de Relatores Especiales y Expertos en cuestiones de violaciones graves de derechos humanos ocurridas en situaciones especiales. Por otra parte, la doctrina juspublicista internacional casi en su totalidad analiza esta cuestión de manera general, al tratar diversas cuestiones de DIPu.

La posición de Cherif Bassiouni y de varios institutos y expertos internacionales fue expresada en un documento externo a las Naciones Unidas, los Principios de Chicago (2005). Éstos afirman la

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ CtADHP, Comisión Africana de derechos humanos y de los Pueblos v. Libia, App. 004/2011, Orden de Medidas provisionales, 25/03/2011.

²⁷⁰ Nelson Mandela Centre of Memory, Truth and Reconciliation Commission-TRC Reports-The Report Of The Truth And Reconciliation Commission. Volumen 5, síntesis para. 48. En internet:

www.nelsonmandela.org/omalley/index.php/site/q/03lv02167/04lv02264/05lv02335/06lv02357/07lv02398/08lv02399.htm.

²⁷¹ Idem, para. 47.

existencia de una categoría especial de violaciones, a las que llaman “graves”; brindan similar entidad a las violaciones graves del DIH y del DIDH, asignándoles igual nivel de obligatoriedad y avalan la jurisdicción universal a los fines de su juzgamiento. Los Principios afirman que a nivel interno, “el Estado debería crear legislación y habilitar a sus tribunales a que ejerzan una jurisdicción universal en casos de violaciones graves del DI humanitario y del DIDH conforme los principios del DI consuetudinario y convencional” (Principio I).²⁷²

El Profesor Bassiouni en su carácter de experto independiente en el Derecho de Restitución, Compensación y Rehabilitación para víctimas de graves violaciones de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, afirma que el término “violaciones graves de derechos humanos” ha sido empleado en el ámbito de Naciones Unidas no para denotar una categoría particular de violaciones de derechos humanos per se, sino para describir una manera especial de comisión de las violaciones o por su severidad.²⁷³ Bassiouni utiliza también el término “graves violaciones de derechos humanos fundamentales”.²⁷⁴

El Relator Especial Theo van Boven abordó la cuestión de las violaciones graves²⁷⁵:

²⁷² Bassiouni M. Cherif y Rothenberg Daniel (editores), *The Chicago Principles*, borrador de Noviembre de 2005. Los Principios de Chicago han sido elaborados a partir de un proyecto conjunto entre el Instituto de DIDH (Chicago, EEUU); el Consejo de Chicago sobre relaciones globales (Chicago, EEUU); el Instituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (Siracusa, Italia) y la Association Internationale de Droit Pénal (Paris, Francia), como también mas de 180 expertos individuales de 30 Estados.

²⁷³ Bassiouni Cherif, *Report of the Independent Expert on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Grave Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, presentado conforme la Resolución 1998/43 de la Comisión de Derechos Humanos, para. 85.

²⁷⁴ Bassiouni Cherif, *Searching for Peace and Achieving Justice: the need for accountability, Law and Contemporary problems*, Vol. 59, No. 4, p. 10. Duke University, North Carolina, EEUU, 1996.

²⁷⁵ Van Boven Theo, *Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Informe Final enviado por el Relator Especial, Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 02/07/1993, paras. 8-13.

“Parece que la palabra “grave” -gross en inglés- califica el término violación, e indica el carácter serio de las violaciones, pero la palabra “grave” también se relaciona con el tipo de derecho humano que está siendo violado”.²⁷⁶

En apoyo de esta opinión, cita a los artículos 19, 20 y 21 del Proyecto de Artículos de crímenes contra la Paz y la seguridad de la Humanidad preparado por la CDI (1991) y el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 que contiene un estándar humanitario mínimo a ser respetado en todo tiempo y lugar. Afirma luego que “mientras que bajo el DI la violación de cualquier derecho humano da lugar a un derecho de reparación para la víctima, se presta una particular atención a las violaciones graves de derechos humanos y libertades fundamentales que incluyen al menos a las siguientes: genocidio; esclavitud y prácticas similares; ejecuciones sumarias o arbitrarias; tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; desaparición forzada; detenciones prolongadas y arbitrarias; deportación o traslado forzoso de la población; y la discriminación sistemática, en particular, la basada en la raza o el género”.²⁷⁷

En función de esto, van Boven concluye en que el ámbito de las violaciones graves de los derechos humanos y libertades fundamentales sería excesivamente circunscripto si la noción se entendiera de manera fija y exhaustiva. Sugiere entonces que lo recomendable es acordar una fórmula indicativa, aunque sin ampliar el concepto de forma tal que impida llegar a conclusiones generales respecto de derechos y responsabilidades derivados.²⁷⁸

La Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías encargó al Relator Especial Chernichenko un Informe sobre la “Definición de violaciones graves y en gran escala de derechos humanos como un crimen internacional”. El Informe resultante enumera conductas, a fin de justificar su inclusión entre los crímenes internacionales. Chernichenko define entonces a las “violaciones graves y generalizadas” de derechos humanos²⁷⁹,

²⁷⁶ Ibid., para. 8.

²⁷⁷ Ibid., ant.

²⁷⁸ Ibid., para. 13.

²⁷⁹ Chernichenko Stanislav, en el documento de trabajo que sometió a consideración

incluyendo el asesinato; las ejecuciones arbitrarias; la tortura; el genocidio; el apartheid; la discriminación racial, nacional, étnica, lingüística o religiosa; la reducción a esclavitud; la desaparición forzada; la detención arbitraria o prolongada y la deportación o desplazamiento forzoso de población.²⁸⁰

Chernichenko reconoce la dificultad de distinguir casos individuales de aquellas violaciones en gran escala: “En tanto que definir un caso individual no presenta dificultades, no puede establecerse un criterio para la definición de violaciones en gran escala ya que éstas se componen de casos individuales; no es posible prescribir cuántos casos individuales constituyen una violación en gran escala”.²⁸¹ El Relator continúa afirmando que “la experiencia demuestra que las violaciones en gran escala son siempre graves y las violaciones graves de los derechos individuales como la tortura o la detención prolongada y arbitraria, de no ser castigados, o bien conducen hacia violaciones en gran escala o demuestran que tales violaciones ya están ocurriendo”.²⁸² En contraste con esta opinión, la Comisión Europea de Derechos Humanos había afirmado en su Informe sobre Irlanda v. Reino Unido (1977):

“Aunque un acto único contrario a la Convención es suficiente para establecer una violación, existe evidencia que la violación pueda ser entendida como siendo mas

de la Subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de las minorías. Véase Definition of Gross and Large-scale Violations of Human Rights as an International Crime, Decisión de la Sub Comisión 1992/109, Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/10, 08/06/1993, para. 42. Véase también Recognition of Gross and Massive Violations of Human Rights Perpetrated on the Orders of Governments or Sanctioned by them as an International Crime, presentado por Chernichenko conforme la decisión 1996/116 del 29/08/1996 de la Sub-Comisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/29, 28/05/1997.

²⁸⁰ Ibid., para. 50. En este punto el documento explica que la cuestión principal al afirmar que las violaciones graves y generalizadas de derechos humanos ordenadas o ejecutadas por los Estados constituyen crímenes internacionales, consiste en resaltar que la responsabilidad del Estado no puede ser escindida de la responsabilidad penal individual de los autores.

²⁸¹ Ibid., para. 13.

²⁸² Ibid., para. 15.

grave si no constituye solamente un acto aislado sino que forma parte de una cantidad importante de eventos similares que podría dar lugar a un patrón de violaciones”.²⁸³

Chernichenko ofrece su clasificación. Repasando los esfuerzos hechos para medir las violaciones de derechos humanos, destaca que podrían utilizarse tres indicadores: (i) el ámbito de la violación, por ej. el nivel de gravedad; (ii) su intensidad, por ej. la frecuencia de su ocurrencia durante un período de tiempo determinado; y (iii) su alcance, por ej. el tamaño de la población afectada. No obstante, se muestra cauteloso con la clasificación sugerida, afirmando que la intensidad de las violaciones de derechos humanos “denota menos la frecuencia de su ocurrencia que el grado de severidad, o ambos”.²⁸⁴

La Profesora Medina Quiroga ha definido las violaciones “graves y sistemáticas” de derechos humanos como:

“aquellas violaciones que, sirviendo como instrumento para la consecución de políticas gubernamentales, son perpetradas en una cantidad o en una modalidad tal que generan una situación en la cual, el derecho a la vida, a la integridad personal, o a la libertad de la población en su conjunto, o de uno o más sectores de la población de un país, son infringidos o amenazados constantemente.”²⁸⁵

Sugiere que hay violaciones que son instrumentales para el logro de políticas gubernamentales, y son perpetradas en cantidad y forma tal que crean una situación en que los derechos a la vida, a la integridad y libertad personales de la población como un todo, o de uno o mas

²⁸³ CmEDH, Irlanda v. Reino Unido, YECHR (1977), p. 762.

²⁸⁴ Véase ‘Recognition of Gross and Massive Violations of Human Rights Perpetrated on the Orders of Governments or Sanctioned by them as an International Crime’, Trabajo ampliado presentado por Stanislav Chernichenko conforme la decisión 1996/116 del 29/08/1996 de la Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/29, 28/05/1997.

²⁸⁵ Medina Quiroga C., *The Battle of Human Rights, Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, The Netherlands, 1988, p. 16.

grupos se encuentran continuamente infringidos. Basada en esta definición, concluye en cuatro elementos que deben estar presentes para que una violación sea “grave y sistemática”: (i) cantidad; (ii) tiempo; (iii) calidad; y (iv) planificación. La “calidad” expresada por el adjetivo “grave” es una combinación de tres factores concurrentes: (i) el tipo de derechos violados; (ii) el carácter de la violación; y (iii) las características de las víctimas.

Hey refiere ciertas características necesarias para conformar una violación grave, como la severidad, frecuencia y escala de la violación, así como el tipo de personas que perpetran tales crímenes.²⁸⁶

Ciertos autores sugieren que la naturaleza del derecho violado no es el único factor que convierte a una violación simple en grave. El carácter de la violación es igualmente importante. Conforme Medina, el derecho a la seguridad personal provee suficiente ilustración: “El acuerdo por el cual las violaciones masivas de este derecho constituyen 'graves violaciones' se limita a la tortura, siendo la tortura la forma mas seria en que la seguridad personal podría ser violada”.²⁸⁷

Otros autores que adoptan similar enfoque dirigido a rescatar criterios generales, resaltan tres elementos: el tiempo, la calidad y la cantidad de las violaciones.²⁸⁸ Mientras el criterio temporal puede ser útil al considerar la existencia de un patrón consistente de violaciones graves de derechos humanos, para esta corriente, los elementos cualitativos y cuantitativos son los relevantes. A su vez, el criterio cualitativo puede ser dividido en referencia al tipo de derecho violado y la naturaleza de los actos violatorios.

²⁸⁶ Hey Hilde, *Gross Human Rights Violations: A Search for Causes. A Study of Guatemala and Costa Rica (International Studies in Human Rights)*, p. 19. Martinus Nijhoff Publishers, 11/10/1995.

²⁸⁷ Medina Quiroga, *The Battle of Human Rights, Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, The Netherlands, 1988, p. 15.

²⁸⁸ Medina Quiroga C., *ibid.*, pp. 8–9; Ermacora, F., *Procedures to Deal with Human Rights Violations: A Hopeful Start in the United Nations?*, *Human Rights Journal*, Vol. 7 (1974), pp. 670–89. Véase también Hey H., *Gross Human Rights Violations: a Search for Causes: a Study of Guatemala and Costa Rica*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, The Netherlands, 1995.

Basado en los debates previos a la aprobación de las Resoluciones 1235 y 1503 del CEyS, Tardu ha interpretado el término “patrón consistente de graves violaciones”, resaltando características cualitativas y cuantitativas: (i) las violaciones difícilmente envuelven una sola víctima; (ii) la ocurrencia de una cantidad importante de violaciones durante un período de tiempo; (iii) la existencia de un elemento de planificación o voluntad sostenida de parte del victimario; y (iv) conforme un test cualitativo, la violación en sí misma posee un carácter inhumano y degradante”.²⁸⁹ Afirma además que a fin de asegurar el carácter grave de las violaciones, el test cualitativo necesita ser aplicado junto con o como alternativa a alguno de los procedimientos cuantitativos.

En el ámbito de la responsabilidad internacional penal individual, los Expertos especiales Ariel Dulitzky, Christof Heyns, Juan Méndez y Pablo de Greiff²⁹⁰ afirmaron, cada uno en su respectivo Informe sobre España, que el Estado Español se encontraba obligado a extraditar a los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, mientras no se tomaran medidas para garantizar el acceso a la justicia y el derecho a la verdad de las víctimas ante las instancias legales españolas.²⁹¹

Entrando en la consideración de la doctrina internacional juspublicista, es interesante destacar que la cuestión de las violaciones graves de derechos humanos no posee un lugar consensuado dentro del análisis del DI. Algunos autores se refieren a ellas al comentar el DIDH; otros al analizar el DIH; otros autores refieren el carácter grave al explicar la responsabilidad internacional de los Estados o

²⁸⁹ Tardu M. E., *United Nations response to Gross Violations of Human Rights: The 1503 Procedure*, Santa Clara Law Review, Vol. 20, p. 583. EEUU, 1980.

²⁹⁰ Ariel Dulitzky en su calidad de Presidente del Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias; Christof Heyns como Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; Juan Méndez, como Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; y Pablo de Greiff, como Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

²⁹¹ Véase Centro de Información ONU

www.ohchr.org/CH/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15765&LangID=S. Oficina del Alto Comisionado ONU para los derechos Humanos, 2013/2014. Informes sobre España, Documentos A/HRC/27/49/Add.1; A/HRC/27/56/Add.1; CED/C/ESP/CO/1 .

bien el derecho de los Refugiados, o los crímenes internacionales. Esta falta de acuerdo en la ubicación de la cuestión suma a la imposibilidad de definirla de manera unívoca.

Travieso al tratar de la responsabilidad estatal habla de “graveidad de la violación” como también de “violaciones mas graves”.²⁹²

La Profesora Dinah Shelton distingue en la esfera del DIDH, las violaciones comunes de “aquellas que son particularmente graves en su naturaleza por su crueldad o depravación”.²⁹³

En el específico contexto de la responsabilidad internacional de los Estados, según el experto y miembro de la CDI James Crawford, la palabra “grave” expresa la necesidad de cierta magnitud en la violación a fin de no trivializar sus efectos. Esto no implica quitar seriedad a las restantes violaciones que no reúnen este carácter ni sugiere en modo alguno que alguna de estas últimas sea excusable.²⁹⁴

Bariffi ha realizado una revisión de la forma en que parte de la doctrina internacionalista refiere este tipo especial de violaciones.²⁹⁵ En su trabajo menciona que Méndez utiliza indistintamente los conceptos de “violaciones masivas a los derechos humanos”, “abusos del pasado”, “violaciones graves y sistemáticas” y “violaciones masivas y sistemáticas de derechos fundamentales”.²⁹⁶ Orentlicher habla de “crímenes especialmente atroces”, “las más notables violaciones”, “violaciones graves a la integridad física”, “violaciones del régimen anterior/pasado”, “(violaciones)...a gran escala”, “violaciones sistemáticas de derechos fundamentales”, “abusos particulares”²⁹⁷; como

²⁹² Travieso Juan Antonio, *Derecho Internacional Público*, Abeledo Perrot, 1a. de., Buenos Aires, 2012, ps. 533-4.

²⁹³ Shelton D., *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, UK, 2006, p. 390.

²⁹⁴ *Ibid.*, para 7.

²⁹⁵ Bariffi, Francisco, *Respuestas del ordenamiento jurídico internacional a violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos: ¿un marco legal para la justicia transicional?*, versión inédita en poder del autor, 2013.

²⁹⁶ Méndez Juan E., *Accountability for Past Abuses*, en *Human Rights Quarterly*, vol. 19, n° 2, mayo 1997, Johns Hopkins University Press y *Derecho a la verdad frente a graves violaciones de derechos humanos*, 1997. Menciona [...] “violaciones masivas de derechos humanos”; “abusos del pasado”; “violaciones graves y sistemáticas” (p.255); “violaciones masivas y sistemáticas de derechos fundamentales” (p.259)...

²⁹⁷ Orentlicher, Diane, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, en *100 Yale Law Journal* 2537, ps. 2551-94, 1991.

también de “abusos graves a los derechos humanos”, “las violaciones más serias a los derechos humanos”, “violaciones masivas”, “crímenes atroces contra los derechos humanos”²⁹⁸. Zalaquett utiliza el concepto de “violaciones pasadas a los derechos humanos”, aunque también habla de “patrón de violaciones masivas a los derechos humanos” o “violaciones sistemáticas a los derechos humanos”.²⁹⁹ Kritz habla de “violaciones masivas de derechos humanos”, “violaciones más aberrantes principalmente de “abusos masivos o abusos del pasado”, aunque también se refiere a “las más atroces violaciones a los derechos humanos” o a “violaciones a los derechos humanos a gran escala”.³⁰⁰

Nino utiliza esencialmente el término de “abusos o violaciones a los derechos humanos del pasado”, aunque también habla de “violaciones masivas a los derechos humanos”.³⁰¹ Reisman habla de

Menciona [...] “especially atrocious crimes” (p.2540); “most notorious violations”; “grave violations of physical integrity” (p.2541); “violations of a prior regime/the past”; “(violations)...on a massive scale” (p.2542); “systematic violations of fundamental rights” (p.2549); “particular abuses” (p.2551).

²⁹⁸ Orentlicher Diane, *Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation*, en *Human Rights an Agenda for the Next Century*, Louis Henkin y John L. Hargrove (eds.), American Society of International Law, Washington, 1994. Menciona [...] “gross human rights abuses”; “most serious violations of human rights” (p.425); “gross violations”; “atrocious human rights crimes”; “massive violations” (p.426)...

²⁹⁹ Zalaquett José, *Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints*, en *State Crimes: Punishment or Pardon*, Aspen Institute, Nueva York, 1989, reimpresso en *13 Hamline L. Rev.* 623, 1990. Menciona [...] “a pattern of gross human rights violations” (p.623); “past human rights violations” (p.627); “systematic human rights violations” (p.628)...

³⁰⁰ Kritz N., *The rule of law in the postconflict phase*, en Chester A. Crocker y Fen Osler Hampson con Pamela All (eds.) *Managing global chaos: Sources of and responses to International conflict*. Washington DC, United States Institute of Peace Press, pp. 89-115, 1996. Menciona [...] “mass violations of human rights”; “past/mass abuses” (p.127); “most heinous violations of human rights” (p.134); “widescale violations of human rights” (p.152)...

³⁰¹ Nino Carlos S., *The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina*. *100 Yale Law Journal* 2619. 1991. Menciona [...] “past human rights abuses/violations”; “massive violations of human rights” (p. 2620)...

“violaciones masivas a los derechos humanos”.³⁰² Sanjosé Gil se refiere a “violaciones graves, masivas y manifiestas de los derechos humanos”³⁰³, en tanto Blanc Altemir utiliza el término de “violación grave y en gran escala de los derechos humanos fundamentales”.³⁰⁴

X. El uso de la expresión a partir de las nuevas tecnologías

En internet, los distintos buscadores también reflejan la tendencia mundial al uso del término “violación grave de los derechos humanos”. Sólo a modo de ejemplo, citamos a yahoo que refleja 31 millones de resultados encontrados y 11 noticias de actualidad referidas al tema. Por su parte la búsqueda en google encuentra 11,9 millones y en la sección noticias produce 138.000 resultados. Bing arroja 32 millones de resultados mientras que en la sección noticias refleja 513 con la leyenda.

En el específico ámbito de las publicaciones de carácter académico, el buscador google refleja un resultado de 75.400 libros que contienen la expresión, mientras que en google académico se evidencian 58.100 resultados de libros de texto académico que contienen la expresión citada.³⁰⁵

XI. La sistematicidad y flagrancia como caracteres reveladores de la gravedad

La CDI sostiene que la violación de una obligación impuesta por una norma imperativa de DI general es grave si implica un incumplimiento flagrante o sistemático. Conforme la CDI, una violación sistemática es aquella que se ejecuta de manera organizada y en forma deliberada. Denota en suma, la existencia de una política organizacional dirigida a objetivos.

³⁰² Reisman M., *Assessing the lawfulness of nonmilitary enforcement: the case of economic sanctions*, 89 *AJIL*, 1996, p. 37. Menciona “...mass human rights violations” (p. 75).

³⁰³ Sanjosé Gil Amparo, *La protección internacional de los derechos humanos en el ámbito del derecho internacional*, Valencia Tirant lo-Blanch, 1992, p. 26.

³⁰⁴ Blanc Altemir Antonio, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, Bosch, 1990, p.100.

³⁰⁵ Datos a Febrero de 2018.

En general, el carácter sistemático arroja como consecuencia múltiples víctimas (masividad), por lo cual es común encontrar en documentos la expresión “violaciones sistemáticas y masivas” de derechos humanos. Por su parte, el carácter “flagrante” hace referencia a la intensidad de la violación o a sus efectos³⁰⁶, denotando violaciones manifiestas, evidentes. No existe al momento una definición consensuada respecto de la expresión “violaciones flagrantes de los derechos humanos”. La palabra “flagrante” califica el término “violación” e indica el carácter grave de las violaciones, pero también se refiere al tipo de derechos humanos lesionados.³⁰⁷

Ambos términos no son excluyentes, generalmente se aprecia que las violaciones sistemáticas de derechos humanos son flagrantes. Así ocurre, en particular, con la discriminación sistemática.³⁰⁸ Para el nacimiento de la responsabilidad estatal, la CDI requiere la existencia de al menos uno de estos factores:

- i. la intención estatal de violar la norma, demostrada a través de actos formales o materiales;
- ii. el alcance y número de violaciones individuales; o
- iii. la generación de consecuencias gravosas para las víctimas.

Los procedimientos de los Comités de Tratados temáticos multilaterales reflejan la importancia de las violaciones sistemáticas. A modo de ejemplo, el Comité para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer analiza si la información recibida en la denuncia indica posibles “violaciones graves o sistemáticas” y en caso de considerarlo, invita al Estado parte a presentar sus

³⁰⁶ CDI, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, as corrected, p. 113, para. 8.

³⁰⁷ En el capítulo II de su estudio *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System* (Nijhoff Publishers, 1988), Cecilia Medina Quiroga propone una definición de la expresión “violaciones flagrantes y sistemáticas de los derechos humanos”. De la fórmula sugerida por Medina pueden rescatarse sus elementos como el tipo de derechos de que se trata y el carácter de las violaciones. En lo que respecta al tipo de derechos, menciona en particular, los derechos a la vida, a la integridad personal o a la libertad personal.

³⁰⁸ CEyS, Comisión de Derechos Humanos, Sub-Comisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, E/CN.4/Sub.2/1993/10, 08/06/1999, para. 16.

observaciones.³⁰⁹ El Comité contra la Tortura determina ante una información recibida, si existen fundamentos para entender que la tortura es practicada sistemáticamente, y en caso afirmativo invita al Estado denunciado a presentar informes.³¹⁰

En el trabajo de la CDI sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, destacan entre los artículos aprobados provisionalmente, las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos (art. 21).³¹¹ Esta categoría comprende el asesinato, la tortura, el establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso; la persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales de manera sistemática o masiva; la deportación o el traslado forzoso de poblaciones.

En la Conferencia de Maastricht sobre violaciones flagrantes de derechos humanos se afirmó que “las violaciones de otros derechos humanos, incluidas las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, pueden ser flagrantes y sistemáticas en cuanto a

³⁰⁹ Protocolo Opcional de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Parte III. Reglas de Procedimiento. “Regla 82, para. 2: “El Comité determinará si la información recibida contiene información confiable que indiquen violaciones graves o sistemáticas de derechos afirmados en la Convención por el Estado parte en cuestión”. Regla 83, para. 1: Si el Comité considera que la información recibida es confiable e indica violaciones graves o sistemáticas de derechos reconocidos en la Convención por el Estado parte en cuestión, el Comité invitara al Estado parte, a través del Secretario General, a presentar sus observaciones respecto de lo informado en un plazo perentorio.”

³¹⁰ Convención contra la Tortura. capítulo V. Reglas de Procedimiento del Comité contra la Tortura. “Regla 75, para. 2: El Comité determinará si la información recibida contiene indicaciones fundadas sobre que la tortura, como es definida en el art. 1 de la Convención, esta siendo practicada sistemáticamente en el territorio del Estado parte en cuestión. Regla 76, para. 1: Si el Comité considera que la información recibida es confiable y contiene indicaciones fundadas referidas a que la tortura esta siendo sistemáticamente practicada en el territorio del Estado parte, el Comité invitara al Estado parte en cuestión, a través del Secretario General, a cooperar en el examen de la información y a este fin, a presentar informes respecto de tal información.”

³¹¹ Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 43° período de sesiones (A/46/10) capítulo IV D (Proyecto de Artículos sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad y sus comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión).

su alcance y carácter, y deben recibir, por consiguiente, la debida atención en lo que respecta al derecho de reparación”.³¹²

La Comisión de Derechos Humanos ONU distinguió entre violaciones aisladas de derechos humanos, y otras situaciones en que las violaciones constituyen la regla en que se desarrolla la vida de una población. Por otra parte, opinó que tanto las violaciones individuales como las violaciones masivas pueden perpetrarse con distintos grados de complicidad por parte del Estado o de particulares o grupos privados que actúan contrariando los deseos de las autoridades.³¹³ Igualmente, señaló en un estudio de 1993 que: “... si bien en el derecho internacional la violación de cualquier derecho humano da a la víctima derecho a obtener una reparación [...] se presta particular atención a las violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales que incluyan por lo menos las prácticas siguientes: el genocidio; la esclavitud y prácticas similares; las ejecuciones sumarias o arbitrarias; la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; la desaparición forzada; la detención arbitraria y prolongada; la deportación o el traslado forzoso de poblaciones; y la discriminación sistemática, en particular por motivos de raza o sexo”.³¹⁴

En suma, si bien la sistematicidad o flagrancia son indicadores de la gravedad de la violación, no son los únicos y eventualmente han sido incluso utilizados como sinónimos de “grave”. Creemos que el número de violaciones o su evidencia manifiesta es indiferente cuando la entidad de la lesión se fundamenta en parámetros cualitativos indiscutidos como la naturaleza del derecho violado o la intensidad de la lesión, confundiendo incluso con esta última.

³¹² Conferencia de Maastricht sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Maastricht, 11 a 15/03/1992; publicación especial de SIM, N° 12, p. 17.

³¹³ CEyS, Comisión de Derechos Humanos, Sub-Comisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, E/CN.4/Sub.2/1993/10, 08/06/1999, para. 7.

³¹⁴ Comisión de Derechos Humanos, Sub-Comisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, 45° período de sesiones, Tema 4 del programa provisional. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 02/07/1993.

XII. Conclusiones

Ciertas consideraciones sobre el carácter “grave” de las violaciones.

Primera, en ningún caso se aplica una terminología uniforme. En las distintas versiones en lengua Inglesa, se utilizan indistinta o acumulativamente ‘gross’, ‘flagrant’, ‘grave’, ‘serious’, y otros calificativos como ‘egregious’ y ‘massive’. En Castellano, el número de adjetivos es menor, no obstante tampoco hay acuerdo en una expresión. Se utilizan los términos “grave, flagrante, masiva” y “también sistemática”.

Respecto de los adjetivos calificativos utilizados, no encontramos diferencias sustanciales entre ellos. El término “violaciones graves de derechos humanos” es de todos los mencionados, el más comúnmente utilizado. Aparece en decisiones de órganos y agencias de las Naciones Unidas, incluyendo órganos de tratados temáticos, del Consejo de Derechos Humanos y sus procedimientos especiales, en documentos de política gubernamental, en informes de organizaciones no gubernamentales, y en artículos de medios masivos audiovisuales y tecnológicos, incluidas las redes sociales. Un rasgo característico es que la mayoría de estas fuentes no se ocupa en definirlo.

Por otra parte, el término “violaciones graves y sistemáticas” parece haber precedido la aparición de las “violaciones graves”. No obstante, no resulta claro que uno deba ser considerado el progenitor del otro³¹⁵, aunque los análisis de la expresión “violaciones graves y sistemáticas” son frecuentemente relevantes para el esfuerzo de definir a las “violaciones graves”. En la práctica, aún cuando ambos términos difieren en su contexto y aplicación, aparecen conceptualmente superpuestos.

Segunda, las citas y definiciones de la expresión “violación grave” parecen referir un cierto tipo o modalidad de lesión de derechos humanos como premisa del posterior análisis. Identificamos aquí una intención común: la de distinguir violaciones ordinarias de otras que poseen un carácter superior.

³¹⁵ Así opinaba el Profesor Eibe Riedel en una entrevista, según el cual la noción de violación “grave” puede ser rastreada hasta la expresión “violaciones graves y sistemáticas” que aparece en la Resolución que establece el Procedimiento 1503. Entrevista de 29/10/2013.

Ciertas agencias de la ONU y especialmente la CDI vinculan la diferencia de grado en la violación con la existencia de dos tipos de normas internacionales: (i) las generales; y (ii) las imperativas (jus cogens)³¹⁶, y les asignan distintas consecuencias. En el caso de la violación de una norma imperativa, lo que parece determinar un régimen de responsabilidad especial no es sólo su carácter perentorio, sino la modalidad de la violación.³¹⁷ Tras el análisis efectuado no creemos que esta distinción pueda postularse como principio. No sólo la violación de una norma imperativa merece la calificación de grave, sino que lesiones de otras reglas de DI general pueden calificarse como graves, conforme ciertos criterios cuantitativos o cualitativos. Para captar la esencia de una violación de derechos humanos debe tenerse presente el carácter “especial de las obligaciones internacionales de derechos humanos”³¹⁸, del cual derivan una serie de consecuencias jurídicas particulares, por ejemplo: la conformación de verdaderas obligaciones objetivas³¹⁹ y de efecto erga omnes,³²⁰ la

³¹⁶ [...] a través de una larga evolución de doctrina y de la práctica internacional, se ha abierto camino progresivamente un distinción normativa de categorías diferentes de hechos ilícitos internacionales sobre la base de la relevancia dada al contenido de la obligación violada y a la gravedad de la violación...] Mariño Menéndez F, *Derecho Internacional Público (Parte General)*, Trotta, 4ª Ed., Madrid, 2005, p. 485.

³¹⁷ Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción en Segunda Lectura. A/CN.4/L.602/Rev.1, de 26/07/2001: “(...) Art. 40, Aplicación: 1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general. 2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.”

³¹⁸ [...] Si es cierto que los tratados sobre derechos humanos tienen una naturaleza especial, esto hace imposible aplicar la teoría general sobre responsabilidad a dicho tipo de tratados. Así, las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos no se encuentran condicionadas a la reciprocidad...] Rodríguez Gabriela H., *Normas de Responsabilidad Internacional de los Estados*, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Martín, Rodríguez-Pinzón & Guevara (Comp.), op. cit., p. 59; [...] Human rights are a special class of rights, the rights that one has simple because one is a human being...] Donnelly Jack, *Universal Human Rights in Theory & Practice*, Cornell University Press, 1989, p. 12-16.

³¹⁹ En lo que constituye una doctrina propia del TEDH ha manifestado en reiteradas ocasiones que [...] las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para

limitación del régimen general de reservas de tratados internacionales,³²¹ y la imposición de un criterio de interpretación especial.³²² El

proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes....] Véase: Caso de Austria v. Italia, App., 788/60, publicado en 4 *European Yearbook of Human Rights* 1961, p. 140; Caso de Irlanda v. Reino Unido, App., 5310/71, Sentencia de 18/01/1978, párrafo 239; Caso Loizidou v. Turquía (Objeciones preliminares), App., 40/1993/435/514, Sentencia de 23/03/1995, Series A no. 310, para. 70; Caso Mamatkulov & Askarov v. Turquía, App., 46827/99 y 46951/99, Sentencia de 04/02/2005, para. 100.

³²⁰ [...] Se debe establecer, en particular, una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado hacia la Comunidad Internacional en su conjunto, y las que nacen respecto a otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos involucrados todos los Estados puede decirse que tienen un interés jurídico en su protección; las obligaciones en cuestión son obligaciones erga omnes....] Caso "Barcelona Traction Company", Sentencia de 05/02/1970, párrafo 33; [...] Aunque el artículo 2 está redactado en función de las obligaciones de los Estados Partes con respecto a personas individuales en su calidad de titulares de derechos de conformidad con el Pacto, todo Estado Parte tiene un interés jurídico en el cumplimiento por todos los demás Estados Partes de sus obligaciones. Esto se deduce del principio de que "las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana" son obligaciones erga omnes y que, como se indica en el párrafo cuarto del preámbulo del Pacto, existe una obligación estipulada en la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales....] Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párrafo 2; Ragazzi Maurizio, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon Press, Oxford, 1997; de Hoogh André, *Obligations Erga Omnes and International Crimes; A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, Kluwer Law International, 1996.

³²¹ CIJ Opinión Consultiva relativa a la validez de ciertas reservas a la Convención para prevención y sanción del delito de genocidio, de 28/05/1951; CtIDH, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24/09/1982 sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana, Serie A n° 2; Díaz Barrado C. M., *Reservas a la convención sobre tratados entre estados: declaraciones, reservas y objeciones a las reservas*, formuladas a la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, Madrid, Tecnos, 1991; Chueca Sancho, A., *Las reservas a los tratados de derechos humanos*, Documentación Jurídica, tomo XIX, núm. 74, abril-junio de 1992, pp. 195-357; Schabas William A., *Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform* 32 *Canadian Yearbook of International Law*, 1994, pp. 39-82; Higgins Rosalyn, *Human Rights: Some Questions of Integrity*, 15

carácter y contenido esencial de la obligación estatal de respetar los derechos humanos ha sido aclarado por la jurisprudencia internacional,³²³ y por los órganos de control de derechos humanos.³²⁴

Commonwealth Law Bulletin, 1989, pp. 598-614.

³²² [...las reglas de interpretación de los tratados internacionales que consagran los dos Convenios de Viena sobre derechos de los tratados se deben completar con el principio interpretatio pro homine cuando se trate de los tratados de derechos humanos, pues éstos deben interpretarse siempre de la manera más favorable al individuo...] Villán Durán C., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Trotta, 2002, p.104; Bidart Campos G., La interpretación del sistema de derechos humanos, Buenos Aires, Ediar, 1994; Acosta Estévez J. y Espaliat Larson A., La Interpretación en el Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario Europeo, PPU, Barcelona, 1990; Fernández de Casadevante Romaní C., La Interpretación de las Normas Internacionales, Aranzadi, Pamplona, 1996; En el derecho español la Constitución Española de 1978 en su Art. 10.2 impone un criterio particular de interpretación de los Derechos Fundamentales en conexión con el DIDH. Al respecto véase: Pérez Luño A.E., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1999; Ruiz Giménez Cortes J., Derechos Fundamentales de la Persona Art. 10, en "Comentarios a la Constitución Española de 1978", Dirigidos por Alzaga Villamil O., Tomo II, Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997; Quadra Salcedo T., y Fernández del Castillo, Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales, 61 Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1980; Juste Ruiz J., El Derecho internacional público en la Constitución española de 1978, en "Estudios sobre la Constitución española de 1978", Valencia, 1980; Mangas Martín A., Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución Española de 1978, 61 Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1980; De Otto y Pardo I., Martín-Retortillo Baquer L., Derechos fundamentales y Constitución, Civitas, Madrid, 1998; Rubio Llorente E., Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España, Claves, N° 75, 1997; Sainz Arnaiz, A., La Apertura Constitucional al Derecho internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El Art. 10.2 de la Constitución Española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

³²³ [...La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado Art. (Art. 1.1 CADH), es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado...] CtIDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29/07/1988, párr. 165.

Tercera, la mayoría de las obras doctrinarias analizadas no especifican ni delimitan conceptualmente los términos bajo análisis. Algunos autores, simplemente asimilan las violaciones graves con los crímenes internacionales. Otros asignan especial importancia a la existencia de un régimen anterior al cual vinculan la violación analizada. Notamos que según el enfoque de cada autor, el mismo refiere la existencia de una “violación grave” en relación con muy diversas cuestiones de DI general.

Cuarta, la variedad de derechos lesionados en forma “grave” puede incluir a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Todos ellos tanto en su dimensión individual como colectiva.

Quinta, al definir las violaciones graves, los órganos internacionales utilizan como fundamento jurídico no sólo a las normas pertenecientes al DIDH, sino también a otros estatutos del DI, como el DIH, el DIPenal y el DI de los Refugiados.³²⁵ Esta posibilidad de fundamentar la violación en múltiples estatutos del DIPu provoca que raramente el tema de las “violaciones graves” sea tratado como una cuestión en sí misma. Cada conceptualización de lo que debe entenderse como “violación grave” se nutre de las particularidades del respectivo estatuto del cual procede y al que intenta aportar algo. Esto suma a su carácter multívoco.

Sexta, de las definiciones ensayadas pueden distinguirse dos grupos: (i) aquellas que enumeran conductas; y (ii) aquellas que fijan criterios de distinción.

³²⁴ Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004); *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. No. 155/96 (2001).

³²⁵ Sólo a modo de ejemplo, las comisiones de reconciliación y verdad de Sudáfrica, Liberia y Kenya, incluyeron la “intención criminal” que es una noción del derecho penal doméstico, en sus definiciones de “violaciones graves”. La ley de la Comisión en Kenya para la Verdad, Justicia y Reconciliación define a las violaciones graves incluyendo la cláusula: “cualquier intento, conspiración, incitación, instigación, orden o maniobra a fin de cometer una conducta referida en el párrafo (a) y (c) ... cuya comisión fue aconsejada, planeada, dirigida ordenada por cualquier persona actuando con un motivo político”.

Las definiciones enumerativas se encuentran en instrumentos de soft law como declaraciones, directrices y principios elaborados por órganos internacionales y en opiniones de expertos. No obstante, no dejan de presentar problemas. Uno, ninguna enumeración puede pretender ser exhaustiva. Dos, incluso cuando pudiera incluir la totalidad de conductas consensuadas, su interpretación y sentido evolucionarán conforme el tiempo y el contexto.³²⁶ Tres, algunas enumeraciones incluyen conductas que pueden entenderse como inherentemente graves, como el genocidio, apartheid y la esclavitud que han sido reconocidos en razón de su naturaleza grave y sistemática.³²⁷ En consecuencia, incluirlos en una lista que pretende caracterizar a las “violaciones graves” es redundante.³²⁸

En cuanto a las definiciones basadas en criterios generales, parece útil aplicar criterios objetivos tanto cualitativos como cuantitativos. El trabajo de la CDI es una fuente básica en este punto: su definición de lo que debe entenderse por violación grave³²⁹ es más sistemática que otras definiciones. Aún así, esta provisión sólo hace referencia a la violación de normas imperativas, con lo cual el “criterio de gravedad” de la violación sugerido por la CDI nada dice sobre la naturaleza de la conducta lesiva.

En suma, las agencias, órganos y expertos en derechos humanos distinguen con fundamentos diversos, las violaciones ordinarias de otras que consideran “graves”, aunque el uso del calificativo es generalmente implícito, y ningún criterio ha sido formalmente consensuado. Como pautas distintivas, se mencionan:

- (i) la naturaleza o carácter del derecho atacado;
- (ii) el cuántum de la violación;

³²⁶ Por ejemplo, la Guía Interpretativa sobre Responsabilidad Corporativa (2012) sugiere que la violación de derechos sociales y económicos puede considerarse grave, solo cuando es ejecutada en gran escala o es dirigida contra uno o más grupos específicos de la población. La evolución en la interpretación de estos derechos determina que al presente no pueda sostenerse igual criterio.

³²⁷ Salmon J., Duration of the Breach, en J. Crawford, A. Pellet, and S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, pp. 391-2.

³²⁸ Véase Gaeta P., *The Character of the Breach*, en J. Crawford, A. Pellet, and S. Olleson, *ibid.*, p. 423.

³²⁹ Remitimos al lugar donde comentamos el art. 40 del Proyecto CDI de Artículos sobre Responsabilidad Estatal.

- (iii) el grado de vulnerabilidad de la víctima; y
- (iv) la instrumentalidad de la violación.

Consideramos que los mencionados representan criterios reveladores de la gravedad de la lesión. No constituyen pautas prescriptivas que señalen requisitos a satisfacer para que una violación califique como “grave”. Creemos que la presencia de mas de una pauta, acrece la gravedad de la lesión y brinda mayor rigurosidad a una posible definición.

La naturaleza del derecho violado y el cuántum de la violación constituyen consideraciones prominentes. La primera indicaría que la violación es grave cuando se atenta contra una norma imperativa de DI general (jus cogens). En relación con el cuántum de la infracción, la violación es grave cuando es generalizada, esto es, implica una cantidad relevante de víctimas en función del contexto analizado. Algunos califican este tipo de violaciones como masiva. Sin embargo, preferimos evaluar el cuántum conforme el contexto dentro del cual ocurrieron los hechos para no atar el resultado a una cantidad determinada de dígitos. Ambos criterios prevalecen en las decisiones de órganos y agencias internacionales al momento de calificar ciertas conductas como violaciones graves.

Las restantes dos pautas utilizadas refieren el tipo y/o vulnerabilidad de la víctima y el impacto que la violación produce. En relación con la víctima, se atiende a la especial vulnerabilidad de ciertos grupos como mujeres y niños aunque también se alude a grupos especialmente protegidos por las circunstancias en que se encuentran como por ejemplo, los refugiados, migrantes o pueblos indígenas. Por su parte, la instrumentalidad de la lesión indica que las violaciones son ejecutadas como herramienta para avanzar ciertos fines del gobierno en el Estado, por eso se relaciona con la sistematicidad y la eventualidad de un plan criminal. De ser así, estamos en presencia de una política estatal deliberada dirigida a lesionar derechos de las víctimas.

Algunas opiniones mencionan otros criterios reveladores de la gravedad, enfatizando por ejemplo:

- (i) el tipo de victimario, esto es, que las violaciones sean ejecutadas por el Estado contra los habitantes de un territorio bajo su jurisdicción o control efectivos, o con su conocimiento y aquiescen-

cia; (ii) la pertenencia de la víctima a un grupo homogéneo o estable y el que sea elegida como tal por esta razón (etnia, raza, nacionalidad, religión o ideas políticas); o (iii) que se prolonguen en el tiempo o al menos se hayan ejecutado durante un tiempo determinado.

Finalmente, para definir una “violación grave de derechos humanos” preferimos un criterio restrictivo que se nutre de elementos objetivos y subjetivos, teniendo en mente que tal definición nos acompañará a lo largo del trabajo y eventualmente, caracterizará a la excepción a la inmunidad jurisdiccional del Estado que proponemos. Así, concluimos que una violación de derechos de la persona humana puede calificarse como “grave” cuando lesiona al menos una norma imperativa de DI general que protege los derechos humanos, y

- es generalizada, abarcando a una cantidad relevante en el contexto de las potenciales víctimas; o
- se dirige contra un tipo de víctima especialmente vulnerable; o
- es ejecutada en forma sistemática como deliberada política estatal.

Sección II. Existen normas imperativas de DI general que protegen derechos humanos y su violación constituye una excepción a la inmunidad jurisdiccional.

I. Relevancia de la norma violada

El surgimiento y consagración del *jus cogens* en el DI contemporáneo atiende a la necesidad de limitar la voluntad estatal a mínimos morales. La noción de norma imperativa deriva de la distinción del derecho Romano entre *jus strictum* e *jus dispositivum*.³³⁰ Como afirma Miaja de la Muela, el rasgo esencial de la “imperatividad” no radica en la inderogabilidad de los preceptos de *jus cogens* afirmados por el DIPu, sino en la imposibilidad que los Estados “escapen” de alguna manera del ámbito de su aplicación efectiva. En todo caso, tanto las normas imperativas como dispositivas, son derogables, por lo cual el *jus cogens* no escapa a esta posibilidad. La contrapartida de las normas imperativas (*jus cogens*) es el *jus dispositivum*, no las normas derogables.³³¹

En opinión de la CDI, el *jus cogens* está reconocido en la práctica internacional, en la jurisprudencia de los tribunales y cortes nacionales e internacionales y en la doctrina legal.³³² La violación de estas normas no puede ser jurídicamente tolerada ya que constituye una amenaza para la supervivencia de los Estados, los pueblos y los

³³⁰ CDI, Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/CN.4/L.682, 13/04/2006, para 361. En common law se habla de “strict law” y “voluntary law”. Véase Miaja de la Muela A., *jus cogens* y *jus dispositivum* en Derecho Internacional Público, Estudios Jurídico - Sociales. Homenaje al prof. Luis Legaz y Lacambra, Santiago de Compostela, 1960, T. II, pp. 1121-1153.

³³¹ Miaja de la Muela Adolfo. “*jus cogens* y *jus dispositivum* en Derecho Internacional Público”. En: Libro homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra. Santiago de Compostela: Tecnos, 1960, tomo 11, p. 1 127. El texto en español del Art. 53 utiliza la expresión “norma que no admite acuerdo en contrario”, mientras que los textos en inglés y francés han utilizado las expresiones “norm from which no derogation is permitted” y “norme a laquelle aucune dérogation n'est permise”, respectivamente. La discrepancia parece referirse al sentido que la expresión “derogación” tiene en español, distinto al que alcanza en inglés y francés.

³³² CDI, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, as corrected, p. 112, para. 2.

derechos humanos básicos. Por esto afirmamos que toda violación de una norma imperativa que protege los derechos humanos conduce a la responsabilidad efectiva del Estado, dejando atrás cualquier defensa procesal o material que se interponga.

El concepto de norma imperativa de DIPu está formulado en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT de aquí en mas)³³³. El art. 53 establece que una norma imperativa de DI general es:

“(...) una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no

³³³ Más de tres décadas antes, la expresión "jus cogens" fue utilizada por el Juez Schücking, en su célebre Voto Razonado en el caso Oscar Chinn (Reino Unido v. Bélgica), Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Serie A/B, n. 63, 1934, pp. 148-150, esp. p. 149. Un año después, en su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Alfred Verdross también utilizó la expresión "jus cogens", y se refirió al mencionado Voto Razonado del Juez Schücking; cf. Verdross A., "Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence internationale", 52 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (1935) pp. 206 y 243. 180. Cf. A.D. McNair, *Treaties Producing Effects Erga Omnes*, *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di T. Perassi*, vol. II. Milano, Giuffrè, 1957, pp. 23-36. 181. S. Rosenne, *Bilateralism and Community Interest in the Codified Law of Treaties, Transnational Law in a Changing Society - Essays in Honour of Ph. C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin, y O. Lissitzyn), N.Y./Londres, Columbia University Press, 1972, p. 207; y cf. Ph. Cahier, *Le problème des effets des traités à l'égard des États tiers*, 143 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (1974) pp. 589-736. - Durante los trabajos preparatorios de la Convención efectuados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la noción de "community interest" se hizo presente: primeramente utilizada por J.-M. Yepes en 1950, la idea pasó después a aparecer en el 1er. informe de J.L. Brierly (el primer relator sobre la materia), en el 1er. informe de H. Lauterpacht (el segundo relator), ausentándose de los informes de G. Fitzmaurice (el tercer relator), para finalmente resurgir en el 2º informe de H. Waldock (el cuarto y último relator sobre el tema); S. Rosenne, op. cit. supra, pp. 212-219. 182. Para una evolución histórica del concepto, remontando al antiguo derecho romano, pero resurgiendo principalmente a partir del siglo XIX, cf. Jerzy Sztucki, *jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties - A Critical Appraisal*, Viena, Springer-Verlag, 1974, pp. 6-11 y 97-108. Transcurrida una década y media, el mismo concepto de jus cogens volvió a ser consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (1986). Véase también Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, UN Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigencia desde 27/01/1980. Viena, 23/05/1969.

admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

El art. 64 CVDT afirma:

“Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

La definición de la CVDT fue particularmente influenciada por el trabajo de Verdross, evidenciando una tendencia hacia el derecho natural. Según Verdross “hay en todo ordenamiento jurídico principios que pertenecen al “ordre public”, y constituyen, pues, su jus cogens”.³³⁴ Por esto, en su concepción original, el jus cogens se consideraba una fuente no consensual del derecho proveniente del derecho natural.³³⁵ Si bien el artículo 50 del Proyecto de Artículos de 1966 puede haber dejado abierta esta cuestión al definir simplemente el jus cogens como “una norma imperativa de derecho internacional general que no admita acuerdo en contrario”, el artículo 53 de la Convención de Viena, añade los calificativos de “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”, dando así a entender que la aceptación por el conjunto de los Estados es un requisito del jus cogens.

Además de los elementos mencionados por los artículos citados, el Relator Especial de la CDI, menciona que la doctrina y la práctica estatal revela otros elementos vitales que caracterizan a las normas jus cogens: “Primero, las normas jus cogens son de aplicación universal. Segundo, las normas jus cogens son jerárquicamente superiores a otras normas de DI. Finalmente, las normas jus cogens sirven

³³⁴ Verdross Alfred, *Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 113. Véase además Verdross A., *jus Dispositivum and jus Cogens in International Law*, 60 *American Journal of International Law* (1966), 56. Sugiere el autor que las reglas consuetudinarias de DIPu como la libertad de los mares invalidarían aquellos tratados en que dos o mas Estados excluyeran a otros del uso del alta mar.

³³⁵ Véase por ejemplo, Verdross Alfred, *Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on 'The Law of Treaties'* (1937) 31 *American Journal of International Law*, p. 571.

para proteger valores fundamentales de la comunidad internacional que generalmente han sido descriptos como orden público internacional u orden público”.³³⁶ Explica el Relator Tladi, que aún cuando estos elementos no se encuentran en forma expresa en el art. 53 de la CVDI, son generalmente aceptados como formando parte de la noción de jus cogens.

Por lo dicho, una violación estatal de una norma imperativa que protege los derechos humanos es ideológicamente incompatible con los propósitos y principios establecidos en la Carta de Naciones Unidas y con el mismo mantenimiento del sistema internacional ya que amenaza la paz y seguridad internacionales.³³⁷ En consecuencia, la prohibición a los Estados de ejecutar este tipo de actos se convierte en una norma categórica que se impone a la voluntad individual de cada Estado y sus gobernantes, en forma de límites a la capacidad de decisión y de sanciones en caso de quebrantamiento. La norma imperativa fulmina cualquier otra que se le oponga. En las medidas provisionales decididas por la CIJ en el caso *Legalidad del uso de la fuerza*, afirmó el Magistrado ad hoc Kreća: “Las normas de jus cogens son de un carácter invalidante; en consecuencia vuelven nulo y vacío todo acto, sea unilateral o multilateral, que no se encuentre de acuerdo con ellas”.³³⁸

La CVDI no identifica norma alguna que posea el carácter de imperativa. Esto sucedió porque al momento de su adopción el concepto de jus cogens era mirado con suspicacia por países occidentales como Francia y apoyado por países de la órbita comunista y otros recientemente independizados.³³⁹ No obstante, la emergencia de una norma imperativa no requiere consenso: la decisión de una gran

³³⁶ CDI, Sixty-ninth session, Geneva, (01/05-02/06 y 03/07-04/08 2017), First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur. Doc. A/CN.4/706, p. 38, para. 63.

³³⁷ Carta ONU, arts. 1, inc. 1 y 3, y 2.

³³⁸ CIJ, *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America)* Request for the Indication of Provisional Measures, ICJ Reports 1999, 916 (opinión disidente del Magistrado ad hoc Kreća) ps. 53 a 61, párrs. 10 a 17.

³³⁹ Véase Suy Eric, *Article 53 Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law ("jus cogens")*, en Olivier Corten & Pierre Klein (eds), *The Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary Volume II* (Oxford University Press, Oxford, 2011) p. 1225.

mayoría obliga a uno o pocos estados. Afirma de Wet: “La voluntad de un Estado individual puede ser vencida por la voluntad colectiva, basada en valores compartidos por la comunidad internacional de Estados”.³⁴⁰ Además, las consecuencias del carácter *jus cogens* de ciertas normas se han expandido más allá del derecho convencional, principalmente en materia de Responsabilidad de los Estados.³⁴¹ Jorgensen afirma que si un Estado está obligado a actuar de acuerdo con las normas imperativas, cualquier violación de las mismas genera responsabilidad para dicho Estado.³⁴²

La cuestión radica entonces en conocer cuáles normas han alcanzado el carácter descrito en la CVDT y en consecuencia, son capaces de limitar la voluntad estatal y generar responsabilidad en caso de violación. Mas allá de la definición provista por la CVDT, la CDI continúa afirmando al presente que “los límites y efectos jurídicos del *jus cogens* siguen estando mal definidos y siendo polémicos”.³⁴³

La delimitación del *jus cogens* es una necesidad actual. La CDI en su Reunión 3257 (mayo de 2015) decidió incluir al tema “*jus cogens*” en su programa de trabajo y nombrar al sr. Dire D. Tladi como Relator Especial. El objetivo es elucidar cuatro puntos: (i) su naturaleza; (ii) los requisitos para la identificación de una norma como *jus cogens*; (iii) una lista ilustrativa de normas que han alcanzado tal carácter; y (iv) sus efectos. Mientras la CDI elabora su Informe, revisaremos los aportes jurisprudenciales, doctrinarios y de *soft law* a fin de identificar normas que hayan adquirido este carácter, reparando especialmente en aquellas que protegen los derechos humanos.

³⁴⁰ de Wet Erika, *Jus cogens* y obligaciones *erga omnes*, en Dinah Shelton (ed), *Oxford Handbook on Human Rights* OUP, 2013.

³⁴¹ Gaja Giorgio, *jus Cogens Beyond the Vienna Convention*, *Recueil des Cours*, T. 172, 1981-III, pp. 290-301.

³⁴² Jorgensen, Nina H. B., *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, 2000, p. 90.

³⁴³ CDI, Doc. A/69/10, Anexo, p. 295.

II. El jus cogens y la protección de la persona humana en la Jurisprudencia

El jus cogens se ha invocado en varios fallos tanto de la Corte Permanente de Justicia Internacional como de la CIJ, así como en opiniones en disidencia o separadas de diversos magistrados. En el “Informe sobre la Fragmentación del Derecho Internacional”, el Grupo de Estudio de la CDI enumera diversas opiniones de los Magistrados sobre el jus cogens que pasamos a revisar.

En la causa Chinn, se afirma: “Difícilmente puedo creer que la Liga de Naciones se habría embarcado en la codificación del derecho internacional si no fuera posible, aún al presente, crear un jus cogens, cuyo efecto sería que los Estados una vez que hubieran acordado ciertas reglas de derecho, y se hubieran comprometido a que tales reglas no podrían ser alteradas sólo por algunos, cualquier acto adoptado en contravención a tal compromiso sería automáticamente nulo.”³⁴⁴

En Plataforma Continental del Mar del Norte, la CIJ distinguió entre el jus cogens y el jus dispositivum. El primero posee el poder de limitar la libertad contractual de los Estados.³⁴⁵ El Magistrado Padilla Nervo afirma: “Ningún derecho es conferido a fin de efectuar reservas unilaterales a los artículos que declaran principios establecidos de derecho internacional. Las reglas consuetudinarias pertenecientes a esta categoría de jus cogens no pueden hallarse sujetas a reservas unilaterales.”³⁴⁶ En este mismo caso, el Magistrado Sorensen opinó: “En tanto la regla consuetudinaria no pertenezca a la categoría de jus cogens, una relación contractual especial de esta naturaleza no es inválida como tal.”³⁴⁷ Finalmente, el Magistrado Tanaka sostiene: “No obstante, si la reserva se refiere al principio de equidistancia, no

³⁴⁴ TPJI, causa Oscar Chinn, Series A/B, N° 63 (1934) (opinión separada del Magistrado Schücking) p. 149.

³⁴⁵ CIJ,

³⁴⁶ CIJ, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) ICJ Reports 1969, 3. Opinión separada del Magistrado Padilla Nervo. p. 97.

³⁴⁷ CIJ, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) ICJ Reports 1969, 3. Opinión separada del Magistrado Sörensen p. 248.

poseería necesariamente un efecto negativo sobre la formación del DIPu consuetudinario, porque en este caso la reserva sería en sí misma nula y vacía por ser contraria a un principio esencial de la institución de la plataforma continental que debe ser reconocido como *jus cogens*.³⁴⁸

En el caso *Barcelona Traction*, repasando las acciones que pueden iniciarse a fin de proteger un derecho, el magistrado Ammoun tras considerar la acción individual y la de la persona jurídica, menciona una tercera vía: “(i) una acción entablada en defensa de un interés colectivo o general, siendo su objetivo salvaguardar la legalidad o el respeto debido a los principios de naturaleza internacional o humana, traducidos en normas legales imperativas (*jus cogens*)”.³⁴⁹

La CDI ha colaborado ampliamente en la delimitación del concepto. Por ejemplo, del comentario de la CDI al art. 53 de la CVDT se desprende que el crimen de agresión³⁵⁰ constituye una norma imperativa pero además, que existe acuerdo general respecto de otras normas que poseen igual carácter. Por ejemplo, las prohibiciones referidas a la esclavitud y tráfico de esclavos, el genocidio, la discriminación racial y el *apartheid*. Todas estas prácticas han sido prohibidas en instrumentos internacionales ampliamente ratificados por los Estados. Durante la Conferencia previa a la aprobación de la CVDT, los gobiernos evidenciaron consenso respecto del carácter absoluto de las prohibiciones citadas, circunstancia que las convierte en normas imperativas.

En el caso *Actividades militares y paramilitares*, afirmó la CIJ haber contribuido a “(...) enfatizar el principio del no uso de la fuerza como perteneciente al dominio del *jus cogens*.”³⁵¹ En el mismo caso,

³⁴⁸ CIJ, *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) ICJ Reports 1969, 3. Opinión en disidencia del Magistrado Tanaka, p. 182.

³⁴⁹ CIJ, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase)* ICJ Reports 1970, 3 (opinión separada del Magistrado Ammoun), pp. 304 y 326, para. 34, (c).

³⁵⁰ Esto lo corrobora, el comentario de la CDI a lo que luego fue el Art. 53 CVDT, las declaraciones no contradichas de los Gobiernos durante la Conferencia de Viena, las exposiciones de ambas partes en el caso *Actividades militares y paramilitares* y la posición de la propia CIJ en tal asunto.

³⁵¹ CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, ICJ Reports 1986, para.14, Separate Opinion of Judge Nagendra

el magistrado Nagendra Singh sostiene que lo decidido “representa la contribución de la Corte a fin de enfatizar que el principio de no uso de la fuerza pertenece al dominio del *jus cogens*.”³⁵² Y en el voto del Magistrado Sette Camara se afirma: “Creo firmemente que el no uso de la fuerza como la no intervención (...) pueden ser reconocidos como normas perentorias del DIPu consuetudinario que imponen obligaciones a todos los Estados”.³⁵³

El artículo 26 del “Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado” redactado por la CDI establece que las circunstancias que excluyan la ilicitud en virtud del Proyecto, no podrán invocarse para justificar una conducta que no esté en conformidad con el *jus cogens*. El comentario a este “Proyecto” contiene una lista no exhaustiva de normas imperativas. En el párrafo 5) del comentario al art. 26, la CDI establece en términos inequívocos que “[e]sas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación”. El ya citado Grupo de Estudio de la CDI sobre la Fragmentación del DI recoge en un Informe una lista de “las reglas más frecuentemente citadas para el rango de *jus cogens*”³⁵⁴ reiterando las conductas mencionadas.

La “Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados” elaborada por la CDI también contiene un análisis detallado de los efectos del *jus cogens* en la permisibilidad y las consecuencias de las reservas.³⁵⁵

Singh.

³⁵² CIJ, *idem ant.*, p. 153.

³⁵³ CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* ICJ Reports 1986, 14 (opinión separada del Magistrado Sette-Camara) ps. 199 y ss.

³⁵⁴ Véase el párrafo 374 del informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional", 13/04/2006 (A/CN.4/L.682). Véase también el párrafo 33 de las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (2006).

³⁵⁵ Véase, por ejemplo, el comentario al proyecto de directrices 3.1.5.4 y 4.4.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados. Véase también Armed

El carácter de norma *jus cogens* de la prohibición de genocidio ha sido reconocido por un número importante de decisiones judiciales nacionales e internacionales. Así lo sostuvo la CIJ en Aplicación de la Convención de Genocidio³⁵⁶ y en su Reconvencción³⁵⁷; y en el caso Eichmann fallado por la Corte de Distrito de Jerusalém.³⁵⁸

En Aplicación de la Convención sobre Genocidio, el Magistrado ad hoc Lauterpacht afirma: “La prohibición de genocidio ha sido largamente considerada como uno de los pocos indubitables ejemplos de *jus cogens*”.³⁵⁹ Y también: “el concepto de *jus cogens* opera como un concepto superior al DIPu consuetudinario y convencional”.³⁶⁰ Ya en 1951, en su Opinión Consultiva sobre Reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, la CIJ había afirmado que el genocidio era “contrario a la norma moral y al espíritu y fines de las Naciones Unidas”, y que “los principios subyacentes a la Convención son provisiones reconocidas por las naciones civilizadas como obligatorias entre Estados aun sin obligación convencional”.³⁶¹

Lauterpacht opinó que el *jus cogens* opera como una concepto superior tanto respecto del DIPu consuetudinario como el conven-

Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002: DRC v. Rwanda) (opinión separada del Magistrado Dugard, sobre el efecto de las reservas que vulneran el *jus cogens*), para. 9. Véanse además el párrafo 8 de los Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas y sus comentarios, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2006, vol. II, segunda parte.

³⁵⁶ CIJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Rep. 1996, pp. 439–440.

³⁵⁷ CIJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Counter-Claims, Order of 17/12/1997, ICJ Rep. 1997, p. 243.

³⁵⁸ District Court of Jerusalem, en Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann case, ILR, vol. 36, p. 5 (1961).

³⁵⁹ CIJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)) Pedido de Medidas Provisionales, ICJ Reports 1993, 325 (opinión separada del Magistrado ad hoc Lauterpacht) p. 440.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ CIJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ Reports 1993, opinión separada del Magistrado ad hoc Lauterpacht, párrs. 100 a 104. Véase ICJ Reports 1951, p. 22.

cional. En Aplicación de la Convención sobre Genocidio se discutían los efectos y relación entre el embargo de armas decidido por el CS ONU y el genocidio contra el pueblo de Bosnia Herzegovina, y la pregunta básica de Lauterpacht consistió en saber si el embargo decidido por el CS ONU pudo contribuir a la comisión del genocidio al privar de armas a Bosnia Herzegovina. El punto de este razonamiento es enfrentar una norma de DI general -la decisión del CS ONU- con una norma *jus cogens* -la prohibición de genocidio-.

Refiere también la CIJ el carácter *jus cogens* de la prohibición de genocidio en su sentencia en Actividades Armadas en el Territorio de Congo³⁶², al describir al genocidio como norma perentoria del DI general, aunque sin brindar argumentos. Similar ausencia de fundamentación se observa en otras dos decisiones: el caso Furundzija, fallado por el Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia y el caso Al-Adsani, decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos.

La CDI al comentar el art. 40 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, afirma la prohibición de la tortura como norma *jus cogens*, conforme la define el art. 1 de la Convención temática.³⁶³ En el caso Furundzija, el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (Trial Chamber, 1998) sostuvo que la prohibición de la tortura, afirmada de modo absoluto por el DIPu tanto convencional como consuetudinario, posee el carácter de norma *jus cogens*.³⁶⁴ El carácter imperativo de esta prohibición ha sido igualmente confirmado por importantes decisiones judiciales domésticas en los casos Siderman; Al Adsani; Pinochet y Filartiga.³⁶⁵

³⁶² CIJ Actividades armadas en el territorio de Congo (Nueva demanda, 2002). República Democrática de Congo v. Rwanda, Jurisdicción y Admisibilidad, 2006. CIJ Rep. 6, p. 32.

³⁶³ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 16/12/1984, art. 1.

³⁶⁴ TIPY-ICTY, Trial Chamber, Furundzija Case, Sentencia 10/12/1998, paras. 137-139, 144 y 160.

³⁶⁵ Ver United States Court of Appeals, Ninth Circuit, en Siderman de Blake and Others v. The Republic of Argentina and Others, ILR, vol. 103, p. 455, at p. 471 (1992); the United Kingdom Court of Appeal en Al Adsani v. Government of Kuwait and Others, ILR, vol. 107, p. 536, at pp. 540-541 (1996); and the United Kingdom House of Lords en Pinochet (footnote 415 above), pp. 841 and 881. Finalmente, United States Court of Appeals, Second Circuit, en Filartiga v. Peña-

En el caso Pinochet, la Cámara de los Lores opinó en relación con los actos de tortura: “Desde las atrocidades Nazis y los juicios de Núremberg, el DIPu ha reconocido a un número de delitos como crímenes internacionales. Los Estados han ejercido su jurisdicción a fin de juzgar algunos delitos internacionales aún en casos donde tales delitos no fueran cometidos dentro de los límites geográficos de tales Estados”.³⁶⁶ Y en la misma decisión, Lord Browne-Wilkinson sostuvo: “¿Podría afirmarse que la comisión de un delito que constituye un crimen internacional contra la humanidad y el *jus cogens* es un acto realizado en la capacidad oficial en nombre del Estado?. Creo que hay fundamentos suficientes para afirmar que la implementación de la tortura conforme la define la Convención contra la Tortura no puede ser una función estatal”.³⁶⁷

La CIJ en Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar³⁶⁸ sostuvo que todos los Estados partes de la Convención contra la Tortura (1984) poseen un “interés legal” en la protección de estas obligaciones “*erga omnes partes*”³⁶⁹, y que “la prohibición de la tortura forma parte del derecho internacional consuetudinario y se ha convertido en una norma imperativa (*jus cogens*)”.³⁷⁰

Señaló además la CIJ que la prohibición de la tortura se “basaba en una práctica internacional generalizada y en la *opinio juris* de

Irala, ILR, vol. 77, p. 169, at pp. 177–179 (1980).

³⁶⁶ Regina v. Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (Nº 3), 24/03/1999, Cámara de los Lores, Reino Unido, 119 ILR, p. 136.

³⁶⁷ Ibidem ant. Y luego recuerda el pensamiento expuesto por Sir Arthur Watts en favor de la responsabilidad individual penal internacional: “While generally international law does not directly involve obligations on individuals personally, that is not always appropriate, particularly for acts of such seriousness that they constitute not merely international wrongs (in the broad sense of a civil wrong) but rather international crimes which offend against the public order of the international community. States are artificial legal persons: they can only act through the institutions and agencies of the state, which means, ultimately through its officials and other individuals acting on behalf of the state. For international conduct which is so serious as to be tainted with criminality to be regarded as attributable only to the impersonal state and not to the individuals who ordered or perpetrated it is both unrealistic and offensive to common notions of justice.”, p. 82.

³⁶⁸ CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar, Bélgica v Senegal, caso Habré, 20/07/2012, disponible en www.icj-cij.org.

³⁶⁹ Ibidem, para. 68.

³⁷⁰ Ibidem, para. 99.

los Estados” obrante “en numerosos instrumentos internacionales de aplicación universal”, que “se ha incorporado al derecho interno de casi todos los Estados” y que “los actos de tortura se denuncian de manera habitual en los foros nacionales e internacionales”.³⁷¹

La naturaleza evolutiva de la inmunidad de jurisdicción frente a posibles actos de tortura ha sido recientemente reconocida en *Jones v. Reino Unido*³⁷², donde cuatro individuos iniciaron un procedimiento civil en el Reino Unido contra el Ministerio del Interior de Arabia Saudita y los agentes estatales por presuntos actos de tortura.

La CtIDH ha calificado a la tortura y los tratos inhumanos o degradantes como normas con carácter de *ius cogens* en el caso *Caesar v. Trinidad y Tobago*.³⁷³

El fallo de la CIJ en *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* da a entender que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad constituye una norma *ius cogens*.³⁷⁴

Ciertas reglas básicas del DIH que establecen estándares mínimos de respeto a los derechos humanos han sido reconocidas como absolutas. La CIJ en su opinión consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, sostuvo que los principios y reglas del DIH constituyen parte del *ius cogens*.³⁷⁵ Se afirma igualmente que el régimen de las violaciones graves del DIH previstas en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y que constituye la base de los

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² CtEDH, *Jones v. United Kingdom*, caso Nos. 34356/06 y 40528/06, 2014.

³⁷³ CtIDH, caso *Caesar v. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11/03/2005. Serie C No. 123, Párrafo 100. La Corte estima que las condiciones de detención a las que ha sido sometido el señor Caesar no han respetado su integridad física, psíquica y moral, tal como lo establece el Art. 5.1 de la Convención y constituyen un trato inhumano y degradante contrario al Art. 5.2 de la Convención, teniendo estos preceptos el carácter de *ius cogens*. Por lo tanto, el Estado es responsable, además, por la violación del Art. 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el Art. 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Caesar.

³⁷⁴ CIJ, *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado*, Sentencia, para. 95, en referencia al fallo dictado en la causa *Orden de Arresto*.

³⁷⁵ CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1996, p. 257, para. 79.

crímenes de guerra, forma hoy parte del DI consuetudinario.³⁷⁶ En igual sentido, mencionamos al art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 como constitutivo del núcleo duro de derechos humanos, al contener normas humanitarias mínimas que se han de respetar “en cualquier tiempo y lugar” y que prohíben categóricamente: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.³⁷⁷

En el ámbito del DI de los Refugiados, se reconoció que el principio del non-refoulement posee carácter de jus cogens.³⁷⁸

En el ámbito del DIDH, la CtIDH reconoció el carácter jus cogens del principio fundamental de la igualdad y la no-discriminación. En la opinión consultiva Condición jurídica de migrantes, la CtIDH identificó al principio como norma imperativa de DI:

³⁷⁶ Henckaerts J. M., *The Grave Breaches Regime as Customary International Law*, 7 *Journal of International Criminal Justice* (2008), pp. 683-701. Véase Convenio I, arts. 49-50; Convenio II, arts. 50-51; Convenio III, arts. 129-130; Convenio IV, arts. 146-147.

³⁷⁷ Véase art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, art. 3 Conflictos no internacionales. Ver Comentario del Protocolo del 08/06/1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12/08/1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del Art. 3 de estos Convenios, CICR. Plaza & Janés Editores, Colombia SA, noviembre de 1998. En el Art. 75 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra de 12/08/1949 y en la Declaración de Normas Humanitarias Mínimas aprobada en Turku por un grupo de expertos el 02/12/1990 (reproducida en el documento E/CN.4/Sub.2/1991/55) figura un conjunto más amplio de derechos protegidos. Ver también Declaración de Normas Humanitarias Mínimas, Instituto Noruego de Derechos Humanos (Oslo) e instituto de Derechos Humanos de la Universidad Abo Akademi (Turku/Abo, Finlandia).

³⁷⁸ Véase Allain J., *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, 13 *International Journal of Refugee Law* (2002) pp. 538-558. El principio prohíbe la devolución de una víctima de persecución al Estado que la reclama, o donde pudiera sufrir nuevos daños.

“(…) en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se reconoció igualmente el carácter de jus cogens del principio fundamental de la igualdad y la no-discriminación”.³⁷⁹

Y en Masacre de Mapiripán, sostuvo:

“(…) existe un vínculo insoluble entre las obligaciones erga omnes de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación, el cual posee carácter de jus cogens (…)”.³⁸⁰

La obligación de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos, así como el delito de desaparición forzada de personas también fueron afirmados como normas imperativas de DI general por la CtIDH. En los casos Velásquez Rodríguez; Goiburú y ot.; y Gelman entre otros, la CtIDH sostuvo que los Estados poseen la obligación de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos³⁸¹, y ante todo, aquellas particularmente graves conforme el tipo de delito y la naturaleza de los derechos violados. En Gelman sostuvo:

³⁷⁹ CtIDH, Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/0, de 17/09/2003 Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, para. 72

³⁸⁰ CtIDH, Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia. Sentencia de 15/09/2005, para. 178.

³⁸¹ CtIDH, caso Velásquez Rodríguez. Fondo, para. 166; Caso Cabrera García y Montiel Flores supra nota 16, para. 215; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), supra nota 16, para. 137.

“Esta Corte ha destacado que la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos [afirmado inicialmente en Velásquez Rodríguez] y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de *ius cogens*”.³⁸²

El reconocimiento de la prohibición de la desaparición forzada como norma *ius cogens* es particularmente importante ya que la figura constituye una potencial violación de múltiples derechos humanos internacionalmente reconocidos.³⁸³ La desaparición forzada es un crimen internacional conforme el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y comprende graves violaciones del DIDH. La Declaración ONU sobre desaparición forzada de personas (1992)³⁸⁴ afirma que cualquier acto de desaparición forzada:

“constituye una violación de las reglas del derecho internacional que garantizan (...) el derecho de toda persona a ser reconocido ante la ley, el derecho a la libertad y seguridad de la persona y el derecho a no ser sometido a tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes. También viola o constituye una grave amenaza al derecho a la vida”.³⁸⁵

³⁸² CtIDH. Caso Gelman v. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24/02/2011. Serie C No. 221, Párrafo 183. En igual sentido Véase Caso Goiburú y otros, para. 84; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), para. 137, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, para. 197.

³⁸³ En la jurisprudencia de la CtIDH, el delito “constituye una violación continua y múltiple de una pluralidad de derechos protegidos por la Convención (Americana)”. Véase CtIDH, Blake v. Guatemala, Petición No. 11.219/1993, Sentencia de 24/01/1998. También en Bámaca Velásquez v. Guatemala, la CtIDH hizo referencia a los “elementos que tipifican el complejo crimen de desaparición forzada de personas”, CtIDH, caso Bámaca Velásquez Efraín v. Guatemala. Sentencia, para. 180, 25/11/2000.

³⁸⁴ AG Res. 47/133, 47. UN GAOR Supp. (No. 49), 207, ONU Documento A/47/49 (18/12/1992).

³⁸⁵ Declaración de NNUU sobre la Protección de todas las personas contra la desaparición forzada, Art. 1.2. . AG Res. 47/133, 47 UN GAOR Supp. (No. 49) en

Y reitera la CtIDH en Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña: “El Tribunal ha afirmado que la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigar y sancionar a sus responsables son normas que han alcanzado carácter de *jus cogens*”.³⁸⁶

Como afirmamos, al discutirse la eventual violación de una norma *jus cogens*, la obligación de los Estados de investigar y sancionar, “adquiere particular intensidad e importancia”. Dijo la CtIDH en Gudiel Álvarez:

“La CtIDH recuerda que, al ser la prohibición de desaparición forzada una norma con el carácter de *jus cogens*, la correlativa obligación de investigar, y en su caso enjuiciar y sancionar a sus responsables, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados”.³⁸⁷

En Gomes Lund y ot., la CtIDH vuelve a caracterizar como norma imperativa a la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones en casos de desaparición forzada:

207. Doc. NU A/47/49 (18/12/1992).

³⁸⁶ CtIDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01/09/2010. Serie C No. 217, Párrafo 197. Continúa diciendo: “Asimismo, la jurisprudencia de este Tribunal, los pronunciamientos de otros órganos y organismos internacionales, así como otros instrumentos y tratados internacionales, como la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 1992; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994; y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006, señalan ciertos estándares que deben guiar la investigación y procesamiento de este tipo de delitos”. Menciona aquí la Corte a los casos Goiburú y otros v. Paraguay, para. 84; Radilla Pacheco v. México, para. 139, y Chitay Nech y otros v. Guatemala, para. 86. También el caso Bámaca Velásquez v. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27/01/2009, Considerando 27, y el caso Trujillo Oroza v. Bolivia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16/11/2009, Considerando 36.

³⁸⁷ CtIDH, caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) v. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20/11/2012, Serie C No. 253, para. 232. Véase Caso Goiburú y otros v. Paraguay, supra, paras. 84, 128, 131 y 192; y Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala, supra, para. 227].

“Desde su primera sentencia esta Corte ha destacado la importancia del deber estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos. La obligación de investigar y, en su caso, enjuiciar y sancionar, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de *jus cogens*”.³⁸⁸

En suma y conforme la CDI, hasta el momento las normas mas frecuentemente citadas como parte del *jus cogens* por la jurisprudencia y doctrina incluyen a:

- i. la prohibición de la piratería;
- ii. la prohibición de la agresión;
- iii. el derecho de autodefensa;
- iv. la prohibición de la esclavitud y el tráfico de esclavos;
- v. la prohibición de genocidio;
- vi. la prohibición de la tortura;
- vii. los crímenes contra la humanidad;
- viii. la igualdad y la prohibición de la discriminación;
- ix. el principio del *non refoulement*;
- x. la prohibición de las hostilidades dirigidas a la población civil (las reglas básicas del DIH) y crímenes de guerra,³⁸⁹ y a ellas sumamos según la CtIDH
- xi. la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de normas imperativas; y
- xii. la prohibición de la desaparición forzada de personas.

Con excepción del derecho de autodefensa y parcialmente la

³⁸⁸ CtIDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2010. Serie C No. 219, para. 137. Cita asimismo los casos Goiburú y otros, para. 84; Caso Chitay Nech y otros, para. 193, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, para. 197.

³⁸⁹ Véase CDI, Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado. Comentario al art. 40, paras. 4-6 en *Official Records of the General Assembly, Fifth-sixth Session (A/56/10)* pp. 283-284. Igualmente Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de Organizaciones Internacionales con comentarios, *Yearbook of the International Law Commission (ONU 2011)*, comentario al art. 26.

prohibición de la agresión, todas las demás normas poseen como beneficiario directo y titular del derecho al individuo. Son normas perentorias de DI general que protegen a la persona humana, provistas por diversos estatutos como el DIDH, el DIH, el DIPenal y el DI de los Refugiados.

II.1. Normas imperativas y efecto erga omnes

El concepto de obligación erga omnes fue introducido en el DIPu positivo por la CIJ en la segunda fase del caso Barcelona Traction Light and Power Company (1970), al determinar que las obligaciones erga omnes existían en interés de todos los Estados. La CIJ distinguió en este caso dos tipos de obligaciones que el DIPu impone a los Estados:

“una distinción esencial debe hacerse entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como conjunto, y aquellas que surgen vis-a-vis otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su verdadera naturaleza, la primera concierne a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, puede afirmarse que todos los Estados poseen un interés legal en su protección, son obligaciones erga omnes”.³⁹⁰

El concepto de las obligaciones erga omnes será luego complementado con la noción de garantía colectiva. La existencia de este tipo de obligaciones es reafirmada en las normas sobre responsabilidad del Estado. En la última redacción de los “Artículos sobre Responsabilidad Estatal por hechos internacionalmente ilícitos” (2001), la CDI distingue entre infracciones de obligaciones bilaterales y aquellas donde existe un interés de naturaleza colectiva, las que incluyen obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto.³⁹¹

³⁹⁰ CIJ, Barcelona Traction, Light and Power Co. Limited, Bélgica c. España, Sentencia 05/02/1970, Segunda Fase, Rep. 1970, p. 32, para. 33. Véase también el caso Relativo a Timor Oriental, Portugal v Australia, 1995, CIJ Rep. 90, p. 102; y Consecuencias Legales de la Construcción de un muro en los Territorios Palestinos Ocupados, 2004, CIJ Rep. 136, p. 199.

³⁹¹ Véanse arts. 42 y 48 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado, en James Crawford The International Law Commission's Articles on State Responsibility,

La CIJ precisó algunas obligaciones que poseen este carácter:

“tales obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la prohibición de actos de agresión, y de genocidio, y también de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos correspondientes de protección ingresaron en el corpus del Derecho Internacional general (...); otros son atribuidos por instrumentos internacionales de carácter universal o casi-universal”.³⁹²

Lo relevante de las obligaciones internacionales que poseen efectos erga omnes en lo que hace a nuestro estudio es la obligación de los Estados de no atentar contra normas imperativas. Como lo afirma Cançado Trindade, “es ampliamente reconocido, en nuestros días, que las normas imperativas del jus cogens efectivamente acarrear obligaciones erga omnes”³⁹³

La prohibición de genocidio fue incluida dentro de las obligaciones erga omnes. En su decisión preliminar sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del delito de Genocidio (1996), la CIJ afirmó: “los derechos y obligaciones contenidos en la Convención [sobre Genocidio] son derechos y obligaciones erga omnes”.³⁹⁴

En su opinión consultiva sobre Namibia (1971), la CIJ hizo referencia a la situación de ocupación ilegal y mantenimiento del apartheid, caracterizándola como “ilegal erga omnes”.³⁹⁵

Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 257.

³⁹² Ibidem, paras. 33-34. Véase también el comentario de la CDI, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, as corrected, p. 33, para. 4.

³⁹³ En la decisión de la CtIDH, Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/0, de 17/09/2003 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, para. 74.

³⁹⁴ CIJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Rep. (1996), p. 616, para. 31.

³⁹⁵ CIJ, Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia no obstante la Resolución 276 (1970) del CS, Opinión Consultiva, 21/06/1971. Rep. (1971) p. 56, para. 126.

En el caso Furundzija, el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (Trial Chamber, 1998) sostuvo que la prohibición absoluta de la tortura, impone a los Estados obligaciones erga omnes³⁹⁶ y que la naturaleza jus cogens de esta prohibición la torna “uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional”, incorporando “un valor absoluto del cual nadie debe desviarse”.³⁹⁷ Y para no dejar lugar a dudas, afirmó el Tribunal:

“En el DIDH, que trata de la responsabilidad del Estado antes que de la responsabilidad individual penal, la tortura se prohíbe como un delito penal a fin que sea castigado bajo el derecho doméstico; además, todos los Estados partes en los tratados relevantes tienen la facultad y se encuentran obligados a ejercer su jurisdicción a fin de investigar, procesar y castigar a los delincuentes”.³⁹⁸

La CIJ sostuvo el carácter erga omnes de la libre determinación de los pueblos en el caso de Timor Oriental (1995), donde afirmó que el “principio de libre determinación... es uno de los principios esenciales del DI contemporáneo”³⁹⁹, que origina una obligación de la comunidad internacional a fin de permitirlo y respetar su ejercicio.⁴⁰⁰ Este carácter de la autodeterminación es reiterado en la opinión consultiva de la CIJ respecto de las Consecuencias Legales de la Construcción de un muro en los Territorios Palestinos Ocupados (2004). La Opinión refiere también la violación de ciertas “reglas básicas del derecho internacional humanitario”.⁴⁰¹

El principio de la igualdad y no discriminación proveniente del DIDH pertenece “al dominio del jus cogens, reviste carácter imperativo y acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a

³⁹⁶ Ibid. para. 151.

³⁹⁷ Ibid. Para. 154.

³⁹⁸ Ibid. Para. 145 y cita a la Convención contra la Tortura, art. 5.

³⁹⁹ CIJ, East Timor, Portugal v. Australia, Sentencia, ICJ Rep. (1995), p. 102, para. 29.

⁴⁰⁰ Véanse entre otros, la Carta ONU, art. 1, inc. 2 y la Declaración sobre los Principios de DI relativos a las relaciones de amistad y cooperación entre Estados de acuerdo con la Carta de Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV) Asamblea General, Anexo, Principio V.

⁴⁰¹ CIJ, Advisory Opinion Concerning Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 09/07/2004, I CJ Reports (2004), p. 136.

todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”.⁴⁰² En el ámbito Interamericano, la CtIDH en su Opinión Consultiva sobre los Migrantes indocumentados (2003) cita 19 tratados y 14 documentos de soft law a fin de fundamentar la “aceptación universal” de la obligación de no discriminación.⁴⁰³

Bariffi resumen las interpretaciones doctrinarias sobre la relación entre normas imperativas y obligaciones erga omnes.⁴⁰⁴ Parte de la doctrina opina que los conceptos de jus cogens y erga omnes están relacionados al punto de constituir dos caras de la misma moneda.⁴⁰⁵ En este sentido, las obligaciones erga omnes constituirían efectos generados por normas jus cogens. Para otros autores, la relación es jerárquica mediante círculos que se superponen, donde existe una pequeña y precisa zona de encuentro entre la norma de jus cogens, la obligación erga omnes y el crimen internacional.⁴⁰⁶ Finalmente, un sector de la doctrina ha defendido la independencia de las teorías.⁴⁰⁷

La característica diferencial de las normas jus cogens es que al constituir obligaciones de efecto erga omnes, todos los Estados poseen un interés común en su protección efectiva. El art. 48 de los “Artículos sobre Responsabilidad del Estado” crea un sistema de responsabilidad por violaciones graves de obligaciones internacionales que son debidas a la comunidad internacional como un todo (*erga omnes*). Conforme este artículo, otros Estados distintos del afectado pueden invocar la responsabilidad en tanto la obligación violada sea

⁴⁰² CtIDH, Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/0, de 17/09/2003. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Ser. A. No. 18 (2003), para. 109.

⁴⁰³ Ibidem.

⁴⁰⁴ Bariffi Francisco J., El principio de la jurisdicción universal a la luz del carácter jus cogens de ciertos crímenes internacionales. *El Derecho Constitucional* (2006), p. 343.

⁴⁰⁵ Simma Bruno, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, *Recueil des Cours*, t. 250, 1994-VI, p. 300; Mariño Menéndez Fernando, *Derecho Internacional Público (Parte General)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, (1999), p. 74.

⁴⁰⁶ Acosta Estévez José B., Normas de jus Cogens, efecto Erga Omnes, Crimen Internacional y la Teoría de los Círculos Concéntricos, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 11, (1995), pp. 4-22; Gaja Giorgio, *Jus Cogens Beyond the Vienna Convention*, *Recueil des Cours*, t. 172, 1981-III, pp. 295-307.

⁴⁰⁷ Ragazzi Maurizio, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 72; Gómez-Robledo, Verduzco A., *Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y Tendencias Relevantes*, México, IJ-UNAM, (1996), pp. 13-14.

debida a la comunidad internacional. En este caso, el Estado reclamante puede exigir al Estado infractor la cesación de la conducta internacionalmente ilícita, la realización de la conducta debida o una reparación en el interés de los beneficiarios.

El *jus cogens* califica a las obligaciones *erga omnes* dotándolas de un carácter necesariamente objetivo, y obligando al poder público, a sus agentes y a los particulares. Ambos conceptos incorporan valores fundamentales para la comunidad internacional, tan importantes que se imponen a la voluntad del Estado. Cançado Trindade sostiene que la consagración de la obligación *erga omnes* de protección de la persona humana representa la superación de un patrón de conducta erigido sobre la autonomía de la voluntad del Estado, del cual el propio DIPu buscó liberarse gradualmente al consagrar el concepto de *jus cogens*.⁴⁰⁸

En suma, toda norma de *jus cogens* genera obligaciones *erga omnes*. Mientras el *jus cogens* es un concepto de derecho material, las obligaciones *erga omnes* se refieren a la estructura de su desempeño por parte de los obligados. La relación entre ambos conceptos no es simétrica: en tanto las normas de *jus cogens* poseen un efecto *erga omnes*, no todas las obligaciones *erga omnes* poseen el carácter de *jus cogens*.⁴⁰⁹

La distinción es útil para nuestro estudio al reparar en la naturaleza de la obligación violada. En tanto el derecho lesionado constituye una norma imperativa de DI general, su efecto *erga omnes* habilita a cualquier Estado a reclamar al Estado infractor. Tal reclamo podría efectuarlo el poder ejecutivo, pero podríamos pensar en que fuera canalizado por el poder judicial dentro de su propia órbita doméstica cumpliendo incluso el imperativo del agotamiento previo de los recursos internos. Presentes las bases de jurisdicción internacionalmente reconocidas, cuando la jurisdicción de un Estado inicia

⁴⁰⁸ Cançado Trindade, A.A., *The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century*, 3 Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional - Castellón (1999) pp. 207-215.

⁴⁰⁹ CIJ, caso Barcelona Traction, Sentencia para. 67, p. 32 y opinión de de Wet, op. cit, p. 15 donde duda respecto de que todas las normas caracterizadas como *jus cogens* posean tal efecto, opinando que tal vez sólo aquellas sobre las que no hay duda alguna lo merezcan (prohibición del uso de la fuerza, genocidio, prohibición de la esclavitud y discriminación racial).

un procedimiento contra un Estado extranjero por la violación grave de una norma imperativa trasciende el reclamo individual y juzga la licitud internacional de la conducta del Estado infractor.

Si bien el plus del efecto “*erga omnes*” nada añade a la fuerza vinculante del *jus cogens* como norma material, sí refuerza la capacidad procesal de los Estados a fin de hacer cumplir las normas imperativas, al sumar el fundamento basado en los principios atributivos de jurisdicción generalmente reconocidos. Si consideramos al cumplimiento efectivo de la norma tan importante como su propio reconocimiento, entonces el efecto *erga omnes* caracteriza *positivamente* a las normas imperativas.

II.2. Utilización del *jus cogens* por los Estados para justificar sus argumentos

En la causa decidida por la CIJ Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (2012), Bélgica enfatizó la prohibición de la tortura como norma *jus cogens*, afirmando que:

“la Convención contra la Tortura se encuentra entre los tratados de derechos humanos más importantes. Hoy posee más de 150 Estados partes. La prohibición de la tortura es aceptada y reconocida como regla de *jus cogens*. Así es enumerada por la CDI en sus comentarios a los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados y en los Artículos sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales”.⁴¹⁰

En la misma causa, Senegal reconoció el carácter de norma imperativa de la prohibición de la tortura en la contra-memoria presentada:

“El art. 9 de la Constitución de Senegal afirma el principio de legalidad respecto de los delitos penales. Antes que el Estatuto de Roma y las Reformas legislativas mencionadas fueran ratificadas, la legislatura Senegalesa, preocupada por la constitucionalidad de las normas, decidió introducir una excepción al

⁴¹⁰ CIJ, Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), procedimiento oral, 13/03/2012 (CR 2012/3), para. 3. La Convención posee 162 Estados partes a Febrero de 2018.

principio conforme el sistema legal para los más serios delitos que se corresponden con el jus cogens y con las provisiones relevantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.⁴¹¹

Aún cuando Alemania intentó limitar los efectos de la violación de una norma jus cogens en la causa *Inmunities Jurisdictionales* (2012), en su propia exposición no sólo no cuestiona la existencia del jus cogens sino que afirma sin duda que algunas normas poseen tal carácter. Sólo a modo de ejemplo, afirma que “[n]o cabe duda, por ejemplo, que el jus cogens prohíbe el genocidio”.⁴¹²

Sudáfrica en el “Informe de la CDI sobre inmunidad jurisdiccional” (2009), resalta su interés en conocer si los ministros de asuntos exteriores y otros funcionarios de alto rango poseen inmunidad total según el DI consuetudinario; si tal inmunidad se aplica en casos de delitos internacionales, si la misma posee límite temporal; si es la misma para todos los funcionarios, y si se mantiene aún cuando los delitos mencionados -crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio- caen bajo la categoría de normas jus cogens.⁴¹³

Portugal destaca en 2013 en el examen por la Sexta Comisión del Informe de la CDI sobre la cuestión, que el jus cogens era un tema de “máxima importancia”.⁴¹⁴

La cuestión de si pueden imponerse nuevas restricciones al instituto de la inmunidad, fue contestada afirmativamente por la Suprema Corte de Grecia en el año 2000. En el caso *Prefectura de Voiotia v. República Federal de Alemania*⁴¹⁵, el Tribunal Supremo decidió que

⁴¹¹ CIJ, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Contramemoria del Senegal, 23/08/2011, para. 51.

⁴¹² CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Memoria de la República Federal de Alemania en la causa, (12/06/2009), para. 86.

⁴¹³ Declaración de Sudáfrica de 29/10/2009 sobre el informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/C.6/64/SR.15, párrs. 69 y 70) citada en el segundo informe del Relator Especial, Sr. Roman Kolodkin, sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, 10/07/2010 (A/CN.4/631), para. 9, en especial nota 13. Véase igualmente la Declaración del Representante de Sudáfrica ante el VI Comité de la AG de ONU, 26/10/2009, A/C.6/64/SR.15, paras. 69-70.

⁴¹⁴ Doc. A/C.6/68/SR.17, 28/10/2013, para. 88.

⁴¹⁵ Corte Suprema Helénica, sentencia de 04/05/2000, *Prefectura de Voiotia v.*

Alemania no podía invocar la inmunidad estatal respecto de actos *iure imperii* que se presentaban como violatorios del *ius cogens*.

Este caso interesa, ya que se trataba de daños reclamados como indemnización por diversas violaciones graves de derechos humanos cometidas por las fuerzas de ocupación Alemanas en la villa de Distomo contra la población civil el 10/06/1944. En el razonamiento de la Corte Griega, toda vez que se produce el quebrantamiento de una norma imperativa DIPu, debe existir una sanción ya que la violación ejecutada por el Estado supondría una renuncia tácita a la inmunidad de jurisdicción que le asegura el DIPu. Juegan aquí elementos similares a los que estuvieron presentes en Pinochet Ugarte y su alegada inmunidad.

Estados Unidos prevé en su legislación ciertas violaciones graves de derechos humanos constitutivas de delitos internacionales. Al respecto sostiene el American Law Institute:

“Un Estado posee jurisdicción para definir y prescribir un castigo para ciertas ofensas reconocidas por la comunidad de naciones como de preocupación universal, tales como la piratería, el tráfico de esclavos, los ataques contra o el secuestro de aeronaves, genocidio, crímenes de guerra, y tal vez algunos actos de terrorismo”.⁴¹⁶

Comentando esta norma, Kaczorowska agrega otras como la tortura y el crimen de agresión.⁴¹⁷

Desde 1789, la Alien Torts Claims Act Estadounidense permite a un extranjero interponer en Estados Unidos una acción civil para la reparación de daños y perjuicios extracontractuales sufridos a causa de la violación del DI general o de un tratado en que los Estados Unidos sea parte. Una norma posterior, la Torture Victim Protection Act (1991) refuerza esta posibilidad. Ambas normas constituyen una

República Federal de Alemania, Caso no. 11/2000, (2001) AJIL 95, p. 95.

⁴¹⁶ Véase art. 4 del Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States. Estas recopilaciones son preparadas por el American Law Institute, no poseen autoridad legal *per-se*, aunque son utilizados por los tribunales y doctrina para resolver los problemas legales.

⁴¹⁷ Kaczorowska Alina, *Public International Law, Textbook*, 3rd edition, Old Bailey Press, Holborn College, London, (2005), p. 130.

temprana afirmación de la jurisdicción universal con un objeto material limitado. Ignorada durante decenios, la invocación con éxito de la primera ley en *Filártiga v. Peña-Irala* (1980), convirtió la decisión de la demanda en *leading case*.⁴¹⁸ No obstante, este principio atributivo de jurisdicción no constituye per se una excepción más a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero. Sólo a modo de ejemplo, en el caso citado, Paraguay negó cualquier relación con los hechos. Con fundamento en las normas citadas, otros casos involucraron a Argentina ante tribunales Estadounidenses.

En *Amerada Hess Shipping Corporation v. República Argentina* (1989)⁴¹⁹, la Corte Suprema de Estados Unidos decidió en favor de la inmunidad jurisdiccional de Argentina. La acción fue incoada por una compañía naviera que había perdido un buque durante un ataque de la Fuerza Aérea Argentina durante el conflicto de las Islas Falkland - Malvinas. Entre otros argumentos, la actora sostuvo que la demandada había renunciado a su inmunidad al ratificar ciertos instrumentos internacionales de los cuales Estados Unidos era parte. A este propósito invocó la ley de inmunidad de los Estados extranjeros Estadounidense (*Foreign Sovereign Immunities Act, FSIA*) que entre sus excepciones, recepta la renuncia expresa o tácita del Estado extranjero. Este argumento fue descartado por el magistrado Rehnquist en los siguientes términos:

“No vemos cómo un Estado extranjero puede renunciar a su inmunidad en los términos del para. 1605A(1) al firmar un acuerdo internacional que no contiene mención de renunciar a la inmunidad a fin de ser juzgado en los tribunales de Estados Unidos...”⁴²⁰

⁴¹⁸ Caso *Filártiga v. Peña-Irala*, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 630 F.2d 876 (1980). La demanda fue iniciada por los familiares de un nacional Paraguayo alegadamente torturado y ejecutado por un inspector general de la policía de Asunción, Paraguay.

⁴¹⁹ USA SC, *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation* (1989), 109 S. Ct., p. 683.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 693.

La Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que la Alien Torts Claim Act sólo permite demandas contra personas individuales, no contra los Estados extranjeros. A estos últimos les son aplicables exclusivamente las reglas de la FSIA.

Otro caso importante fue *Siderman (1992)*⁴²¹, donde se llegó a una decisión similar a la anterior. Una familia Argentina demanda civilmente a nuestro país en Estados Unidos por daños producidos por tortura durante la última dictadura militar. Argentina alegó su inmunidad según la FSIA y la Corte de Apelaciones, sostuvo este argumento aunque con reservas. La actora sostuvo que la prohibición de tortura posee el carácter de norma imperativa. La Corte Estadounidense rechaza este argumento, fundada en el carácter taxativo que otorga a las excepciones previstas en la ley Estadounidense:

“La familia *Siderman* argumenta que desde que la inmunidad soberana es un principio de derecho internacional, es superado por el *jus cogens*. En suma, ellos argumentan que cuando un Estado viola el *jus cogens*, la capa de la inmunidad provista por el derecho internacional cae, dejando al Estado sujeto a ser demandado.” (...) “Desafortunadamente no escribimos en una hoja en blanco. Debemos contemplar no sólo al DI consuetudinario, sino también a una norma del Congreso, la FSIA. Debemos interpretar la FSIA a través del prisma de *Amerada Hess*. Nada en el texto o la historia legislativa de la FSIA refiere expresamente que las violaciones del *jus cogens* podrían tener algún efecto en el manto de inmunidad de la FSIA. Argentina afirma que el fallo de la Corte Suprema en *Amerada Hess* garantiza inmunidad 'en aquellos casos que envuelven supuestas violaciones del DI que no caen dentro de alguna de las excepciones de la FSIA'⁴²², lo cual descarta el fundamento de los *Siderman* del *jus cogens* en este caso. Claramente, la FSIA no provee una excepción específica a la inmunidad de jurisdicción basada en el *jus cogens*. En *Amerada Hess*, la Corte no tuvo ocasión de considerar actos de tortura u otras violaciones de normas imperativas de DI, y tales viola-

⁴²¹ USA, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, (1992) 965 F. 2d p. 699.

⁴²² US SC, caso *Amerada Hess*, 488 U.S. at 436, 109 S. Ct., p. 688.

ciones difieren reconocidamente en especie de las infracciones al *jus dispositivum*, las normas derivadas de los acuerdos internacionales o del DI consuetudinario sobre las cuales trató la Corte en *Amerada*. No obstante, la Corte fue enfática en su pronunciamiento referido a 'que la inmunidad está garantizada en aquellos casos que involucran supuestas violaciones del DI pero que no caen dentro de una de las excepciones de la FSIA'⁴²³, y muy específica en su formulación y metodología.⁴²⁴ (...), concluimos en que si las violaciones del *jus cogens* cometidas fuera del territorio de Estados Unidos han de ser una excepción a la inmunidad, el Congreso debe contemplarlas como tales. El hecho que haya ocurrido una violación del *jus cogens* no confiere jurisdicción bajo la FSIA".⁴²⁵

En los años siguientes, la amenaza terrorista forzó la aprobación de una enmienda a la FSIA que atribuye jurisdicción a los tribunales Estadounidenses⁴²⁶, excluyendo la inmunidad jurisdiccional de Estados extranjeros calificados como "promotores del terrorismo" y de sus agentes, en caso de demandas de daños por muertes o lesiones resultantes de actos de (i) tortura; (ii) homicidio extrajudicial; (iii) sabotaje aéreo o secuestro; o (iv) la provisión de apoyo material o recursos para la comisión de tales actos.⁴²⁷

Otras enmiendas legislativas a la ley Estadounidense previeron la imposición de multas a fin de disuadir y obstaculizar políticas terroristas de Estados extranjeros, permitiendo demandar a éstos en Estados Unidos.

En *Alejandre y ot. v. Cuba*⁴²⁸, se condenó a Cuba al pago de más de 137 millones de dólares estadounidenses como multa punitiva por la muerte de los pilotos de las avionetas de *Hermanos al Rescate*,

⁴²³ *Ibid.* ant.

⁴²⁴ *Ibid.* 439, 109 S.Ct., p. 690 ('Having determined that the FSIA provides the sole basis for obtaining jurisdiction over a foreign state in federal court, we turn to whether any of the exceptions enumerated in the Act apply here').

⁴²⁵ *USA, Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, (1992) 965 F.2d 699, p. 718.

⁴²⁶ Véase Sec. 221 de la *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act*, (1996).

⁴²⁷ La norma se aplica con independencia del lugar de comisión. 28 U.S. Code § 1605A - *Terrorism exception to the jurisdictional immunity of a foreign state.*

⁴²⁸ Corte de Distrito del sur de Florida, EEUU, Sentencia, *Alejandre y ot. v. The Republic of Cuba*, (1997).

derribados el 24/02/1996 sobre el espacio aéreo Cubano donde se encontraban ilegalmente realizando acciones de propaganda anticas-trista. En *Flatow v. Irán*⁴²⁹, se condenó a la República Islámica de Irán al pago de 225 millones de dólares estadounidenses en carácter de multa punitiva por la muerte de una estudiante norteamericana a consecuencia de un atentado suicida el 09/04/1995 en un autobús turístico en la franja de Gaza, atribuido a una facción de la Jihad islámica subvencionada por Irán.⁴³⁰ Las demandas iniciadas ante la Corte de Distrito del este de Nueva York por los herederos de las víctimas de la explosión del B-747 de Pan Am sobre Lockerbie fueron reconducidas atendiendo a la nueva legislación.⁴³¹

En suma, si bien la Corte Suprema Estadounidense entendió que la violación de una norma imperativa ocurrida fuera del territorio Estadounidense no confiere por sí misma jurisdicción a los tribunales Norteamericanos, al no estar prevista como excepción en la ley especial, posteriores enmiendas permiten demandar a un Estado extranjero en foro Estadounidense frente a ciertas violaciones graves sin importar el lugar de comisión.

La Suprema Corte de Canadá en *Sucesores de Kazemi v. Irán* (2014) declaró inadmisibile una demanda fundada en actos de violación y tortura provocada por agentes Iraníes en Irán que condujeron en 2003 a la muerte de la sra. Zhara Kazemi, nacional Canadiense. El fundamento fue simple: se consideró que la ley Canadiense de inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros contiene una enumeración taxativa de las excepciones entre las que no se encuentra la violación de una norma *jus cogens* como la prohibición de la tortura. Además, sostuvo que cuando el Congreso Canadiense quiso sumar excepciones, aprobó otras normas como la que acepta la excepción de ciertos actos relacionados con la amenaza terrorista internacional. Afirmó la Corte:

⁴²⁹ Corte de Distrito de Columbia, EEUU, Sentencia, S.M. *Flatow v. Islamic Republic f Iran y ot.*, (1998).

⁴³⁰ Aunque luego todos los bienes designados por *Flatow* para conseguir la ejecución de la sentencia en Estados Unidos resultaron cubiertos por la inmunidad de ejecución, siendo su victoria pírrica (Corte de Distrito, 1999).

⁴³¹ Véase el caso de *Rein v. Socialist People's Libyan Arab Jmahiriya*, Corte de Distrito del este de Nueva York, (1998).

“El Parlamento posee el poder y la capacidad de decidir si los tribunales Canadienses pueden ejercer la jurisdicción civil. El Parlamento posee la habilidad de cambiar el estado actual de las excepciones referidas a la inmunidad estatal, como lo hizo en el caso del terrorismo y permitir que en aquellas situaciones como las del sr. Hashemi y los familiares de su madre, se encuentre la reparación debida ante las cortes Canadienses. Simplemente, el Parlamento ha elegido no hacerlo aún”.⁴³²

Y cuando los terceros intervinientes (p.e. Amnesty) afirmaron que la ley interna Canadiense debe ceder paso al DIPu, y por lo tanto su articulado no debe considerarse taxativo, la Corte Canadiense sostuvo que el derecho interno Canadiense prevalece sobre el DIPu: “El derecho interno Canadiense, tal como el Parlamento lo ha estructurado, prevalece” (“Canada’s domestic legal order, as Parliament has framed it, prevails”).⁴³³ Esta fundamentación no puede ser sostenida en el derecho Argentino. Dijo la jueza Abella en su opinión en disidencia:

“Los reclamos de daños civiles iniciados por la familia de Zahra Kazemi y su hijo Stephan Hashemi se basan en las obligaciones impuestas a Canadá e Irán por el DIDH y la prohibición jus cogens de la tortura. (...) En lo fundamental, el principio de reparación significa que cuando los derechos legales de un individuo son violados, el infractor debe reparar a la víctima por el daño sufrido”.⁴³⁴

La Jueza de la Suprema Corte Canadiense sostuvo que la cuestión de si la inmunidad estatal niega a las víctimas de tortura un remedio civil

⁴³² Suprema Corte de Canadá SCC, *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran* (2014), SCC 62 Caso no. 35034. Sentencia, 10/10/2014, para. 170. Traducción del autor, original: “Parliament has the power and the capacity to decide whether Canadian courts should exercise civil jurisdiction. Parliament has the ability to change the current state of the law on exceptions to state immunity, just as it did in the case of terrorism, and allow those in situations like Mr. Hashemi and his mother’s estate to seek redress in Canadian courts. Parliament has simply chosen not to do it yet”.

⁴³³ *Ibidem*, para. 60.

⁴³⁴ Corte Suprema de Canadá, *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran* (2014), SCC 62 Caso no. 35034. Sentencia, 10/10/2014, Opinión en disidencia de la Jueza Rosalie Silberman Abella, para. 188.

se encuentra aún en debate: “Jurisprudencialmente, como en las fotografías Polaroid, la imagen se está volviendo clara, aunque todavía le falta foco”.⁴³⁵

En 2005, el Comité contra la Tortura expresó su preocupación sobre la ausencia de medidas efectivas en Canadá a fin de proveer compensación civil a las víctimas de tortura “en todos los casos” incluidos aquellos ocurridos fuera del territorio Canadiense.⁴³⁶ La preocupación fue expresada poco después que la Corte de Ontario en el caso *Bouzari v. Irán*⁴³⁷ (2004), afirmara que la Ley de Inmidades Estatales de Canadá excluye el acceso a un remedio civil respecto de actos ejecutados por Estados extranjeros, a pesar de lo establecido en el art. 14 de la Convención contra la Tortura.⁴³⁸ Años después en 2012, el Comité reiteró su preocupación referida a falta de cumplimiento de Canadá en implementar el art. 14 en su totalidad.

La CSJN Argentina hizo referencia al jus cogens en varios de sus fallos.

Primero, consideró que ciertas violaciones graves de los derechos humanos merecen ese calificativo con independencia de la voluntad de los Estados en reconocerlas como tales. En *Priebke* (1995) la CSJN afirmó: “La calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados... sino de los principios del jus cogens del Derecho Internacional (...)”⁴³⁹

En segundo lugar, la CSJN opinó que la existencia y obligatoriedad de las normas de jus cogens no dependen de un acuerdo convencional. Sostuvo en *Arancibia Clavel* (2004):

“Que las cláusulas de los tratados modernos gozan de la presunción de su operatividad, por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e

⁴³⁵ *Ibidem*, para. 200.

⁴³⁶ Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, “Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention”, UN Doc. CAT/C/CR/34/CAN, (07/07/2005), para. 4.

⁴³⁷ Corte de Apelaciones de Ontario, Canadá, *Bouzari v. Islamic Republic of Irán* (2004), 71 O.R. (3d) para. 675.

⁴³⁸ Véase *Besner Jennifer y Attaran Amir*, Civil liability in Canada’s courts for torture committed abroad: The unsatisfactory interpretation of the State Immunity Act 1985, *Canada* (2008), 16 *Tort L. Rev.* 150, p. 160.

⁴³⁹ CSJN, *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición* (02/11/1995).

individuos sin necesidad de una implementación directa; y además, la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del *jus cogens* (...).⁴⁴⁰

Tercero, en relación con las violaciones de los derechos humanos, afirmó que los Estados deben respetar y garantizar los derechos, aunque su obligación no se agota en tales conductas sino que incluye la investigación y sanción de las conductas antijurídicas:

“Que (...) tomando en cuenta que el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico Interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de garantía: en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos (...).”⁴⁴¹

En cuarto lugar, la obligación de juzgar las violaciones graves de los derechos humanos no posee limitación temporal alguna. En Simón, Julio H. y otro (2005), la CSJN aludió a la progresiva evolución del DIDH y el rango que a dicha normativa, confiere el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (CN), que prohíbe al Estado tomar decisiones cuyo efecto sea la renuncia de la persecución penal de delitos de lesa humanidad. Dijo la CSJN: “... obstaculizan el esclarecimiento y efecto, la sanción de actos contrarios a los derechos reconocidos en los tratados internacionales en la materia –art. 75, inc. 22 CN-, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado argentino, y resultan inadmisibles (...).”⁴⁴²

⁴⁴⁰ CSJN, Recurso de Hecho deducido por el Estado y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, Causa 259 (24/08/2004).

⁴⁴¹ *Ibidem*, para. 36.

⁴⁴² CSJN, Recurso de hecho, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la

Una forma confiable de proteger las normas jus cogens dentro de cada orden jurídico doméstico es proveer su reconocimiento constitucional. Esto lo ha hecho en Suiza en su Constitución Federal revisada de 1999.⁴⁴³ La nueva disposición afirma expresamente que ninguna iniciativa del Pueblo (referéndum) dirigida a enmendar la Constitución puede estar en conflicto con normas de jus cogens. Argentina hizo lo propio en su reforma constitucional de 1994, y el llamado bloque de constitucionalidad incluye hoy instrumentos de derechos humanos que contienen la totalidad de las normas imperativas de DI general protectorias de los derechos humanos mencionadas precedentemente.

III. El jus cogens como fundamento de la jurisdicción de la CIJ

La CIJ ha desarrollado una opinión constante referida a que la violación de una norma imperativa no constituye en sí misma fundamento de su jurisdicción, ante la ausencia de consentimiento estatal. En Orden de Arresto (2002), la CIJ sostuvo:

“va de suyo que en la relación entre las normas imperativas de DI general (jus cogens) y el establecimiento de la competencia de la Corte, el hecho que un conflicto gire en torno de una norma que posee tal carácter, que muy seguramente es el caso de la prohibición de genocidio, no sería en sí mismo fundamento de la competencia de la Corte para conocer en tal caso”.⁴⁴⁴

En el caso *Actividades Armadas en el territorio de Congo* (2006), la RDC afirmó en su demanda que el art. 66 de la CVDT establece la jurisdicción de la CIJ a fin de dirimir conflictos nacidos a partir de la violación de normas jus cogens en el área de los derechos humanos, como tales normas se reflejan en una cantidad importante de

libertad, etc. —causa N° 17.768. S. 1767. XXXVIII (14/06/2005).

⁴⁴³ Citado por de Wet Erika, *Jus cogens y obligaciones erga omnes*, en Dinah Shelton (ed), *Oxford Handbook on Human Rights* OUP, 2013, p. 19. El texto de la nueva Constitución Suiza esta disponible en www.admin.ch/ch/d/sr/101/index.html

⁴⁴⁴ CIJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (DRC v. Belgium)* ICJ Reports (2002), Judgment, para. 64.

instrumentos internacionales.⁴⁴⁵ El art. 66 citado refiere la posibilidad de utilizar los procedimientos de arreglo judicial, arbitraje y conciliación en toda controversia relativa a la aplicación o interpretación de los arts. 53 o 64 de la CVDT relativos a los efectos del jus cogens. La CIJ en su decisión no comparte esta visión y reitera su orden de 2002 donde afirmó su jurisdicción respecto de los Estados sólo en la medida en que hayan prestado su consentimiento y no por el carácter imperativo de la norma violada.⁴⁴⁶

En su decisión en el caso Timor Oriental (1995), la CIJ destacó el carácter erga omnes del derecho a la libre determinación de los pueblos aunque luego afirmó que “el carácter erga omnes de una norma y la regla del consentimiento para ejercer jurisdicción son dos cosas diferentes”.⁴⁴⁷

En Plataformas Petroleras (2003), la CIJ reiteró su criterio relativo a que sólo puede fallar respecto del caso sometido a examen y en la medida que los Estados le han conferido jurisdicción a fin de interpretar y aplicar la norma internacional sobre la que versa la disputa, se encuentre esta norma contenida en la Carta de la ONU, o incluso sea una norma jus cogens.⁴⁴⁸

En suma, queda claro que para la CIJ la violación de una norma imperativa de DI general no constituye per-se base atributiva de jurisdicción ni ante un tribunal internacional, ni tampoco creemos ante un tribunal doméstico, ya que si así fuera, estaríamos confirmando la vigencia de la llamada jurisdicción universal, cuestión que como afirmamos al principio, es sumamente controversial.

⁴⁴⁵ CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002: DRC v. Rwanda)*, ICJ Reports (2006), para. 1.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, para. 64 y 65.

⁴⁴⁷ CIJ, *East Timor (Portugal v. Australia)*, Sentencia (30/06/1995), para. 29.

⁴⁴⁸ CIJ, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* ICJ Reports 2003, 161 (opinión separada del Magistrado Buergenthal), para. 23. Véase también *The Arbitral Award in the Matter between the Government of Kuwait and American Independent Oil Company* (1982) 21 ILM 976, para. 90. *Azanian People's Organisation (AZAPO) v. Truth and Reconciliation* (1996) 4 SA, 562 C, 574 B.

IV. Conclusiones respecto de las consecuencias de la violación de normas imperativas

La consagración del *jus cogens* evoca las nociones de orden público internacional y de jerarquía de las normas jurídicas, así como la prevalencia del “*jus necessarium*” sobre el “*jus voluntarium*”. Como lo expresa Gómez Robledo, el *jus cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional en su conjunto, tomando conciencia de sí misma y de los principios y valores fundamentales que la guían.⁴⁴⁹

En este sentido y en primer lugar, cobran especial importancia las normas del DIPu que se ocupan de la protección de la persona humana frente a los actos y omisiones lesivos del Estado. Los estatutos protectorios del DIDH, el DIH, el DIPenal y el DI de los Refugiados conforman un sistema internacional de protección de la persona humana cuyas normas jusfundamentales poseen el único carácter que puede prevalecer sobre la voluntad soberana estatal: constituyen normas *imperativas* o *jus cogens*.

Segundo, comprobamos que las normas imperativas de DI general que protegen los derechos humanos poseen efectos erga omnes, esto es, son debidas por cada Estado del sistema internacional a todos y cada uno de los restantes miembros, al sistema internacional en su conjunto y al beneficiario último de tales normas: la persona humana.

Tercero, la evolución del DIPu ha enfatizado desde el final de la segunda guerra mundial el carácter absoluto de los derechos humanos fundamentales e inderogables que llamamos “núcleo duro”. Entre las normas imperativas que protegen derechos humanos hallamos la prohibición absoluta de las prácticas de piratería, agresión y uso de la fuerza, esclavitud y tráfico de esclavos, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, y ejecuciones sumarias y extra-legales. A estas prohibiciones absolutas debemos sumar el respeto de las reglas básicas del DIH expresadas en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra de

⁴⁴⁹ Gómez Robledo A., *El jus Cogens Internacional (Estudio Histórico Crítico)*, México, UNAM, (1982), pp. 20- 21, 222-223 y 226, y cf. p. 140; y cf. también R.St.J. Macdonald, *Fundamental Norms in Contemporary International Law*, 25 *Annuaire canadien de Droit international* (1987) pp. 133-134, 140-142 y 148.

1949; el principio del non refoulement del DI de los Refugiados; y el principio de igualdad y no discriminación junto con la obligación de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos, afirmados por el DIDH.

Cuarto, la enumeración de normas imperativas protectorias de la persona humana no es taxativa conforme lo afirma el art. 64 de la CVDT. El jus cogens es una “categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación”.⁴⁵⁰ Por lo tanto, tal como afirma el profesor Crawford, “estos ejemplos se dan, pues, sin perjuicio de que existan o se desarrollen normas de derecho internacional que cumplan los criterios de las normas imperativas a tenor del artículo 53 [CVDT]”.⁴⁵¹

Quinto, la violación de una norma imperativa no constituye por sí misma base de jurisdicción ante la CIJ conforme su jurisprudencia. No obstante, puede dar lugar a una demanda contra el Estado infractor en su propia jurisdicción y eventualmente, hallándose presente alguna base de jurisdicción internacionalmente aceptada y los requisitos de gravedad y denegación de justicia, la posibilidad de demandar al Estado infractor ante otra jurisdicción.

⁴⁵⁰ CtIDH, Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/0, de 17/09/2003. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, para. 68.

⁴⁵¹ Crawford, James, Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado, Segunda parte. Contenido de la responsabilidad internacional del Estado Capítulo III. Violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de Derecho Internacional general. Comentario, Universidad de Cambridge, Lauterpacht Research Centre for International Law, Reino Unido, (2009).

Sección III. La norma procedimental como extensión de la norma sustantiva

I.El derecho a una protección jurídica efectiva y la denegación de Justicia

El DIPu clásico relacionaba el respeto de la soberanía con el territorio del Estado, derivándose así principios tales como la integridad territorial, independencia política, no intervención en asuntos internos e igualdad soberana, entre otros.⁴⁵² El DIPu contemporáneo se debate en torno de las intersecciones de la soberanía con el principio pro-persona. No son éstos conceptos equivalentes. Su relación es de subordinación, la soberanía aparece limitada por el paradigma de los derechos humanos. Para Akehurst-Malanczuk⁴⁵³, cuatro elementos se unen hacia la segunda mitad del siglo XX a fin de elevar el estatus del individuo y sus derechos en el DI: (i) los límites al uso de la fuerza; (ii) los impulsos humanitarios; (iii) el concepto de *jus cogens*; y (iv) el orden público internacional. Estos cuatro elementos sirven por base al sistema internacional integrado de protección de la persona humana, que posee aristas civiles y penales y asigna responsabilidades tanto a las personas jurídicas (estados y otras organizaciones políticas) como a las personas físicas.

La doctrina internacionalista contemporánea, incluyendo el trabajo de instituciones especializadas en DIPu, resuelve gradualmente la tensión entre la inmunidad Estatal y el acceso del individuo a la justicia correctamente a favor de este último, en particular en los casos de violaciones graves de derechos humanos que constituyen crímenes internacionales. Esta solución suma en la lucha contra la impunidad y garantiza la no repetición a futuro. Cançado Trindade

⁴⁵² Malanczuk Peter, Akehurst Michael's *Modern Introduction to International Law*, Routledge, London, (1997), 7th edition, p. 32.

⁴⁵³ Reflejan esta realidad, la protección internacional de los refugiados, la codificación regional y universal de los derechos humanos, el avance del derecho internacional humanitario dentro de los conflictos armados y los desarrollos relativos a la responsabilidad penal individual. Akehurst Michael, *Modern Introduction to International Law*, Peter Malanczuk, Routledge, London, (1997), 7th edition, ps. 30-31.

opina que los actos criminales cometidos por un Estado y la ejecución de atrocidades contra sus propios habitantes no pueden permanecer amparados por el escudo de la inmunidad.⁴⁵⁴

Si preguntamos por el deber ser de la justiciabilidad de violaciones graves a los derechos humanos, la respuesta afirmativa es unívoca. Existe una obligación estatal de prevenir y sancionar violaciones de los derechos humanos a la que se suma el deber de reparar el daño causado. Estas obligaciones deben cumplirse dentro de cada jurisdicción doméstica, y respecto de cierto tipo de violaciones, incluso extra-territorialmente. El DIPu obliga a los Estados a brindar una protección jurídica efectiva a sus habitantes. ¿Hasta qué punto la concesión de inmunidad al Estado extranjero demandado puede violar los derechos mencionados?. El criterio ha evolucionado. Veamos hasta dónde.

II. El reconocimiento normativo del derecho de las víctimas a la jurisdicción

La relevancia de cualquier derecho reconocido es cuestionable si a las víctimas les es negada la capacidad legal de ejercerlos, sea ante un tribunal doméstico, regional o internacional. Como señaló Lord Denning en el caso *Gouriet* (1978): “un derecho sin la posibilidad de interponer recurso no es en absoluto un derecho”.⁴⁵⁵ En todo sistema protectorio de los derechos humanos, el aspecto procedimental debe compatibilizarse con el material. Alexy afirma incluso que las exigencias jusfundamentales al procedimiento “no pueden sustituir las exigencias jusfundamentales al resultado”, lo cual vale para todo proceso jurídico.

El resultado del procedimiento debe garantizar los derechos materiales del titular. Afirma Alexy: “El derecho procesal sirve para la

⁴⁵⁴ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinión en disidencia del Magistrado Cançado Trindade, para. 52.

⁴⁵⁵ Lord Denning en *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, Court of Appeal, 1978, p. 435, citado en R. Higgins, “The role of domestic courts in the enforcement of international human rights: The United Kingdom”, en B.Conforti y F. Franciani (dis.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, (1997), p. 38. Puede consultarse la sentencia de la Cámara de los Lores en <http://www.uniset.ca/other/css/1978AC435.html>.

producción de decisiones conformes a la ley y, desde este punto de vista, correctas pero, además, dentro del marco de esta corrección, *justas*”.⁴⁵⁶

El DIPu afirma el derecho de toda víctima de una violación de derechos humanos a que le sea concedido un recurso efectivo ante la jurisdicción. Los ya citados “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones”⁴⁵⁷, afirman que el contenido del derecho a interponer recursos comprende tres cuestiones: (i) el acceso a la justicia; (ii) la reparación del daño sufrido; y (iii) el acceso a información fáctica sobre las violaciones.⁴⁵⁸ En cuanto a la reparación, los Principios

⁴⁵⁶ Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1993), pp. 472-473.

⁴⁵⁷ Aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en su 56º período de sesiones el año 2000. E/CN.4/2000/62, 18/01/2000. Conforme a su resolución 1989/13, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías encomendó al señor Theo van Boven la tarea de realizar un estudio sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales (E/CN.4/Sub.2/1993/8). El señor Theo van Boven preparó tres versiones de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a obtener reparaciones. La primera versión se halla en el documento E/CN.4/Sub.2/1993/8 del 02/07/1993, sección IX; la segunda, en el documento E/CN.4/Sub.2/1996/17 del 24/05/1996 y la tercera, en el documento E/CN.4/1997/104 del 16/01/1997. La Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 1996/35, consideró que los principios y directrices básicos propuestos por el señor van Boven eran una base útil para dar prioridad a la cuestión de la restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas; en la resolución 1998/43, pidió a su presidente que designara un experto para que preparase una versión revisada de los principios y directrices básicos elaborados por el señor van Boven con miras a su adopción por la Asamblea General. De acuerdo con el párrafo 2 de dicha resolución, el presidente de la Comisión de Derechos Humanos designó para esa función al señor Cherif Bassiouni. Estos Principios tuvieron como antecedente la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobada por la Asamblea General en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985. Se hizo referencia asimismo a la resolución aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28/09/1977 con el objetivo de armonizar las legislaciones nacionales en el ámbito de las indemnizaciones a las víctimas de delitos, resolución (77) 27, aprobada durante su 275º reunión.

⁴⁵⁸ Principio 11, Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos, op. cit. (nota 8).

distinguen varias formas como la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.⁴⁵⁹

El derecho a un recurso efectivo es reconocido en numerosos e importantes documentos internacionales. Dentro del bloque de constitucionalidad Argentino conformado por los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN Argentina), se encuentra receptado en la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (art. 18)⁴⁶⁰; la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8)⁴⁶¹; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25)⁴⁶²; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, inc 1 y 2)⁴⁶³; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

⁴⁵⁹ Principio 21, *ibíd.*

⁴⁶⁰ Artículo 18: Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

⁴⁶¹ Art. 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

⁴⁶² Art. 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Art. 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

⁴⁶³ Art. 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian,

Políticos (art. 2, y especialmente el inc. 3)⁴⁶⁴ y su Protocolo Facultativo (art. 2)⁴⁶⁵; la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio (arts. 5 y 6)⁴⁶⁶; la Convención internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 6)⁴⁶⁷; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discrimi-

sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁴⁶⁴ Art. 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hubieran sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; (...).

⁴⁶⁵ Art. 2. Con sujeción a lo dispuesto en el Art. 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita.

⁴⁶⁶ Art. 5. Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el Art. 3. Art. 6. Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el Art. 3, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

⁴⁶⁷ Art. 6. Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

nación contra la Mujer (art. 24)⁴⁶⁸; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes (art. 14)⁴⁶⁹; la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37, inc. d.)⁴⁷⁰; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (arts. 4 y 9, parr. 3);⁴⁷¹ y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 13).⁴⁷²

Vemos que la casi totalidad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en Argentina, al tiempo de reconocer expresamente los derechos, incluyen en su

⁴⁶⁸ Art. 24. Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención.

⁴⁶⁹ Art. 14 1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

⁴⁷⁰ Art. 37. Los Estados Partes velarán por que: d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

⁴⁷¹ Art. 4. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos: a. Cuando la desaparición forzada de personas o cualesquiera de sus hechos constitutivos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción; b. Cuando el imputado sea nacional de ese Estado; c. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Todo Estado Parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo. (...) Art. 9. No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

⁴⁷² Art. 13 Acceso a la justicia 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

articulado la obligación del Estado de otorgar un recurso efectivo que prevenga, corrija y castigue toda lesión producida.

La CSJN Argentina expresó la mayor importancia del bloque de constitucionalidad compuesto por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Afirmó en *Manauta v. Federación Rusa* (II, 1999):

“VII. (...) procede recordar que, una de las características del llamado “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, establece la necesidad de distinguir los tratados internacionales sobre derechos humanos de los tratados de otra especie; residiendo el fundamento jurídico de esta posición en que los primeros, no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados sino que, por el contrario, buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los estados sino los seres humanos que pueblan sus territorios.

En otros términos, no son ellos tratados multilaterales de tipo usual o tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin radica en la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes (Fallos: 315:1492, cons. 14º del voto de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor), habiendo sido reconocida, incluso, su jerarquía especial y preeminente en la reforma constitucional del año 1994”.⁴⁷³

Además de las citadas, otras normas internacionales afirman el derecho a un recurso efectivo: la Convención de La Haya del 18.10.1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra (Convención IV, art 3)⁴⁷⁴; el Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra de

⁴⁷³ CSJN *Manauta*, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa, Segunda Fase. Apelación de la Embajada de la Federación Rusa. Dictamen Procuración General de la Nación. Fdo. Nicolás E. Becerra, Buenos Aires, (26/04/1999). S.C. M 517, L. XXXIV.

⁴⁷⁴ Art. 3. La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada.

1949 relativo a la protección de víctimas en conflictos armados internacionales (Protocolo I, art. 91)⁴⁷⁵; la Declaración de Viena sobre los derechos humanos (art. 27)⁴⁷⁶; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (arts. 68 y 75, inc. 1.)⁴⁷⁷; y la Declaración de los Principios de Justicia Básicos para las víctimas de delitos y abuso de poder (art. 4).⁴⁷⁸

El “derecho a una protección jurídica efectiva” y en especial, el “derecho a la jurisdicción” han sido reconocidos en los sistemas regionales de protección de derechos humanos. Lo establecen la Carta Africana de derechos humanos y de los Pueblos (art. 7)⁴⁷⁹; la Convención Europea de derechos humanos y libertades fundamenta-

⁴⁷⁵ Art. 91. Responsabilidad. La Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas.

⁴⁷⁶ Art. 27. Cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos. La administración de justicia, en particular los organismos encargados de hacer cumplir la ley y del enjuiciamiento así como un poder judicial y una abogacía independientes, en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de importancia decisiva para la cabal realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables en los procesos de democratización y desarrollo sostenible.

⁴⁷⁷ Art. 68 Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones y Art. 75. Reparación a las víctimas.

⁴⁷⁸ Resolución 40/34 de la Asamblea General, anexo (29/11/1985). Art. 4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

⁴⁷⁹ Art. 7. 1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica: a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes; b) el derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su inocencia; c) el derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección; d) el derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial. 2. Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al trasgresor.

les (art. 13 y 41)⁴⁸⁰; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos ya citados).

En los documentos mencionados, los Estados asumen el deber de garantizar una protección jurídica efectiva a las víctimas de violaciones de derechos humanos. En particular para Argentina, esta protección se encuentra garantizada por los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional. Afirmó la CtIDH en *Gutiérrez v. Argentina* (2013)⁴⁸¹:

“La Corte ha establecido que, de conformidad con la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25)⁴⁸², recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1)⁴⁸³, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ Art. 13. Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Art. 41 Satisfacción equitativa Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

⁴⁸¹ CtIDH, caso *Gutiérrez y familia v. Argentina*, Sentencia de 25/11/2013, Fondo, Reparaciones y Costas, paras. 97 y 99.

⁴⁸² Véase CtIDH, *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales v. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26/06/1987. Serie C No. 2, para. 90, y *Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 04/09/2012. Serie C. No. 250, para. 191.

⁴⁸³ Véase CtIDH, *Caso Godínez Cruz v. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26/06/1987. Serie C No. 3, para. 92, y *Caso Mohamed v. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, para. 82.

⁴⁸⁴ Véase CtIDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26/06/1987. Serie C No. 1, para. 91, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, supra, para. 242

Por otro lado, esta Corte ha señalado que “el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”⁴⁸⁵, y que “los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad”, pues de lo contrario “se conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones”⁴⁸⁶.

La CtIDH señaló en el caso *Bulacio v. Argentina* (2003) que el derecho de acceso a la justicia “debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables.”⁴⁸⁷ En *Juan Humberto Sánchez* (2003), la CtIDH enfatizó que el DIDH recoge un principio básico del DIPu por el que se responsabiliza al Estado por acciones y omisiones violatorias del sistema:

“(…) ya que según las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Véase CtIDH, *Caso Bulacio v. Argentina*, supra, para. 115, y *Caso Suárez Peralta v. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21/05/2013. Serie C No. 261*, para. 93.

⁴⁸⁶ Véase CtIDH, *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101*, para. 211, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2009. Serie C No. 211*, párrs. 120 y 125.

⁴⁸⁷ CtIDH, *Caso Bulacio v. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18/09/2003. Serie C No. 100*, para. 114. Véase también *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, supra, para. 242.

⁴⁸⁸ CtIDH, *caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, Sentencia, 07/06/2003,

Esta doctrina es reiterada en casos posteriores como Cinco pensionistas, Comunidad Mayagna Awas Tingni y 19 Comerciantes⁴⁸⁹. Precisamente en 19 Comerciantes, sostiene la CtIDH que el fin del DIDH es proporcionar al individuo medios de protección frente al Estado:

“La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre), y que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados”.⁴⁹⁰

La jurisprudencia de la CtIDH en este punto deviene fundamental para Argentina, atento el carácter que le reconoce la CSJN Argentina, que ha sostenido repetidamente que “es obligación de los tribunales locales aplicar las normas internacionales y las decisiones de los órganos internacionales de protección (Cortes y Comités)”. Así lo afirmó en importantes precedentes judiciales en base a los artículos 26, 27 y 29 de la CVDT. La CSJN ha reconocido a los “órganos de los tratados” como “intérpretes autorizados” en precedentes como Aquino; Vizzoti; Maldonado; y Torrillo.⁴⁹¹ En Uriarte v. Consejo de la Magistratura⁴⁹², afirmó la CSJN:

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, para. 142.

⁴⁸⁹ CtIDH caso Cinco Pensionistas, *Cinco Pensionistas v. Perú*, Sentencia de 28/02/2003. Fondo, reparaciones y Costas, para. 163; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, 2001, para. 154; caso 19 Comerciantes v. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5/07/2004. Serie C No. 109, para. 181.

⁴⁹⁰ CtIDH, caso 19 Comerciantes v. Colombia. para. 181.

⁴⁹¹ CSJN Argentina, Aquino (Fallos: 327:3753); Vizzoti (Fallos: 327:3677); Maldonado (Fallos: 328: 4343); y Torrillo (Fallos: 332:709 – 31/3/2009).

⁴⁹² CSJN, Uriarte Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, FLP 9116/2015/CAI – Csl, 04/11/2015, para. 8.

“8º) (...) este Tribunal ha señalado que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales de orden internacional (Fallos: 321:3555; 328:1491; 330:3248), el principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso (...)”⁴⁹³

La CSJN se ha expedido ampliamente respecto del derecho a la jurisdicción. En *Manauta*, al revocar la sentencia recurrida y no hacer lugar a la inmunidad jurisdiccional del Estado demandado, afirmó la CSJN respecto de la denegación de justicia:

“una interpretación opuesta... conduciría en el caso, al injusto resultado de obligar al trabajador a una casi quimérica ocurrencia ante la jurisdicción del Estado extranjero o a requerir el auxilio diplomático argentino por vías letradas generalmente onerosas y extrajudiciales. Todo ello conduciría a un grave peligro de su derecho humano a la jurisdicción, peligro que el derecho internacional actual tiende a prevenir y no precisamente a inducir”⁴⁹⁴

La denegación de justicia ha sido considerada por la CSJN como argumento esencial al momento de levantar la inmunidad de jurisdicción de una organización internacional. Su jurisprudencia requiere probar que el procedimiento de solución de controversias al que debería someterse la demanda no es eficaz o conduce a una situación de privación de justicia.⁴⁹⁵ En esta línea, la CSJN sostuvo

⁴⁹³ CSJN, 1095/2008 (44-A) /CS1, *Aparicio Ana Beatriz y otros c/ EN -CSJN- Consejo de la Magistratura-* art. 110 s/ empleo público, fallada el 21/04/2015.

⁴⁹⁴ CSJN *Manauta*, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa, 22/12/1994; Fallos: 317:1880, considerando 13.

⁴⁹⁵ Véase CSJN, *Fibra Constructora c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*; “*Duhalde*, Mario Alfredo c/ Organización Panamericana de la Salud – Oficina Sanitaria Panamericana”; “*Galinger* y otro c/ Estado Nacional y otro (Comisión Técnica Mixta de Salto Grande)”. Respecto de la privación de justicia véase el caso “*Cabrera*, Washington c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, CSJN, 05/12/1983, por lo que la Corte Suprema decidió aceptar la competencia de los tribunales argentinos, en tanto todavía no habían sido constituidos los tribunales arbitrales que entenderían en las controversias vinculadas al ente binacional de Salto Grande; ver CSJN Fallos: 305:2150. Citado por González Napolitano Silvina S.,

que la existencia de algún procedimiento de solución de controversias alternativo y efectivo, es requisito esencial para la concesión de la inmunidad jurisdiccional de una organización internacional. En la causa *Duhalde v. Organización Panamericana de la Salud*⁴⁹⁶, la Corte verificó que los tratados con la organización regional se adecuaban a los principios del derecho público contenidos en la Constitución Nacional (en virtud de lo prescripto por el artículo 27 de la Carta Magna), ya que no se podía pactar una inmunidad de jurisdicción absoluta a favor de la organización internacional que comportase una privación de justicia, por lo que resultaba imprescindible que la organización contara con tribunales propios o se previera una jurisdicción arbitral o internacional con garantías suficientes en la administración de justicia. Reiteró que “la existencia de un mecanismo alternativo satisfactorio de solución de controversias, es condición para el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción que compete a los organismos internacionales”.⁴⁹⁷

III. La denegación de justicia como presupuesto

La protección jurídica efectiva comprende además del acceso a la justicia, el derecho a un remedio efectivo y el derecho a un juicio justo⁴⁹⁸, conformando así una tríada de obligaciones estatales frente a

Evolución de la Jurisprudencia Argentina en Materia de Inmunidad de Jurisdicción de los Estados Extranjeros. En internet:

<http://rincondelfallo.blogspot.com.ar/2011/05/evolucion-de-la-jurisprudencia.html>

⁴⁹⁶ CSJN, caso *Duhalde, Mario Alfredo c. Organización Panamericana de la Salud – Oficina Sanitaria Panamericana s. Accidente Ley 9688*, Sentencia, 31/08/1999. Fallos: 322:1905.

⁴⁹⁷ Cfr. considerando 10. Esta cita de la Corte corresponde al precedente del caso “*Fibrica Constructora c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*”, CSJN, 07/07/1993, CSJN Fallos: 316:1669. La CSJN Argentina ha rechazado la aplicación analógica de las excepciones contenidas en el Art. 2° de la Ley 24.488 a las demandas contra organismos internacionales que gozan de inmunidad de jurisdicción y cuentan con un mecanismo internacional de solución de controversias, como en el caso *Duhalde*. La razón invocada por la Corte es que ambas inmunidades –la de los Estados extranjeros y la de las organizaciones internacionales– tienen distinto fundamento. La primera se basa en una norma consuetudinaria, mientras que la segunda tiene su origen en una norma convencional, por lo que –en este último caso– debe estarse a las reglas establecidas en los convenios.

⁴⁹⁸ Así lo entendieron tanto Alemania como Italia en el caso *Inmunidades*

los habitantes. Los Estados pueden moldear el ejercicio de la protección mediante sus normativas domésticas. Sin embargo, sostiene el Comité Jurídico Interamericano, que las limitaciones deben hallarse determinadas por ley, existir en la medida compatible con la naturaleza del derecho y ser proporcionales y razonables con la finalidad de consolidar los derechos humanos en sociedades democráticas.⁴⁹⁹

A efectos de regular y consecuentemente limitar el acceso a la justicia, la expresión “ley” debe entenderse en sentido formal. Así lo entendió la CtIDH en su Opinión Consultiva No. 6:

“La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”.⁵⁰⁰

Una jurisprudencia constante⁵⁰¹ de la CtEDH sostiene que el acceso a la justicia puede ser limitado en función de un test compuesto por: (i) la persecución de un fin legítimo; (ii) la proporcionalidad; y (iii) el no

Jurisdiccionales del Estado. CIJ, Inmunidades Jurisdiccionales del Estado, Sentencia. Alemania 2011/17, p. 43, para. 24; Contra - Memoria de Italia, para. 4.88.

⁴⁹⁹ Los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad de las limitaciones se desprenden de la opinión del Comité Interamericano en el caso Sra. X v. Argentina, del 15/10/1996.

⁵⁰⁰ CtIDH, Opinión Consultiva 6/86, de 09/05/1986.

⁵⁰¹ Véanse entre otras, las sentencias en los casos Ashingdane v. United Kingdom, de 28/05/1985; Waite and Kennedy v. Germany, de 18/02/1999; T. P. and K. M. v. United Kingdom, de 10/05/2001; Z. and Others v. United Kingdom, de 10/05/2001; Cordova v. Italy, de 30/01/; y Ernst v. Belgium, de 15/07/2003.

perjudicar la esencia del derecho. Este test resume una evolución no exenta de críticas.

Los límites razonables a la tutela judicial vienen siendo debatidos en el sistema Europeo desde el caso *Al-Adsani v. Reino Unido* (2001)⁵⁰², cuya cuestión de fondo era la violación de una norma *jus cogens* por parte de Kuwait. Frente a la declaración de inmunidad de jurisdicción de la demandada en sede Británica, la víctima apeló fundada en que:

- i. la inmunidad no es aplicable a los actos prohibidos por el DI;
- ii. la tortura es contraria al DI, y en particular viola la Convención contra la Tortura de 1984;
- iii. la tortura es un delito penal conforme el derecho interno del Reino Unido.

Tras agotar los recursos internos sin éxito, *Al-Adsani* recurre en marzo de 1997 a la Corte Europea de Derechos Humanos, invocando la violación del acceso a la jurisdicción y a un juicio justo (art. 1 en combinación con los arts. 13 y 6.1 CEDH) y la prohibición de la tortura (art. 3 CEDH). La CtEDH falla: (i) por unanimidad, que no existió violación de la prohibición de la tortura; y (ii) por 9 votos contra 8, que no se violó el derecho a un proceso equitativo. La CtEDH mencionó que el acceso a la jurisdicción no es absoluto, para luego valerse de su doctrina del “margen de apreciación” del cual gozan los Estados al momento de regular los derechos.

El punto que suscitó controversia fue la posible violación del acceso a la jurisdicción de *Al-Adsani*. Un sólo voto fue la diferencia entre reconocer o no a la tortura como excepción a la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero y en consecuencia, la obligación del Reino Unido de brindar el acceso a la justicia a su nacional a fin de demandar civilmente a Kuwait.

⁵⁰² CtEDH, *Al-Adsani v. Reino Unido*, 34 EHRR 11 European Court of Human Rights (2002). Demanda no. 35763/97. El actor que era nacional Kuwaití y poseía pasaporte Británico, demandó en jurisdicción Inglesa al Gobierno Kuwaití y al Shiek Jaber al-Saud al-Sabah por torturas recibidas en la prisión de aquel país.

En primer lugar, la Corte entendió que el instituto de la inmunidad de jurisdicción persigue el legítimo fin de cumplir con el DIPu y promover las buenas relaciones entre Estados.

En segundo lugar, respecto del requisito de proporcionalidad, la CtEDH sostuvo que la ley del Reino Unido sobre inmunidad de jurisdicción de Estados extranjeros conforme fue aplicada por los tribunales Ingleses, cumple con la provisiones relevantes del Convenio de Basilea⁵⁰³ que impone restricciones a la inmunidad estatal a fin de reclamar por daños personales, a menos que el daño sea causado en el territorio de otro Estado. Aún reconociendo que la prohibición de la tortura posee el carácter de norma imperativa, la CtEDH resaltó que la violación había ocurrido en territorio Kuwaití. La CtEDH otorgó primacía al lugar de comisión de los hechos lesivos frente al carácter imperativo de efectos erga omnes de la norma violada. Esto puede entenderse como un guiño a la soberanía estatal, pero también como un reconocimiento del ámbito territorial de aplicación de la ley, ya que para fundamentar su decisión analizó las normas Británica y Europea sobre inmunidad jurisdiccional.

En tercer lugar, a fin de negar las consecuencias producidas por la concesión de inmunidad aún frente a la violación de una norma imperativa, la argumentación de la mayoría distingue entre un procedimiento penal donde la norma jus cogens prevalece y genera consecuencias respecto de la inmunidad estatal, y un procedimiento civil, donde no puede afirmarse igual consecuencia:

“aún no hay aprobación en el DI respecto de la proposición que los Estados no pueden invocar inmunidad respecto de reclamos civiles por daños producidos por tortura cometidas fuera del Estado del foro”.⁵⁰⁴

La minoría opinó que este razonamiento es defectuoso por dos motivos. Uno, los tribunales ingleses jamás distinguieron en el caso en cuestión respecto de su naturaleza civil o penal y su relación con la inmunidad invocada. La posición del juez del foro doméstico fue expuesta por Lord Stuart Smith quien simplemente negó que la

⁵⁰³ Convención Europea sobre Inmunidad del Estado, 1972.

⁵⁰⁴ CtEDH, Al-Adsani v. United Kingdom, demanda No. 35763/97, Sentencia de 21/11/2001, Sentencia, para. 66.

prohibición de la tortura poseyera el carácter de norma *jus cogens*. De la lectura de la decisión de la Corte de Apelaciones Inglesa se desprende que si el tribunal se hubiera convencido del carácter de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, habría admitido que el instituto de la inmunidad no se aplicaba al caso.

Dos, la distinción entre procedimientos civiles y penales en relación con los efectos de la prohibición de la tortura, es inconsistente con la esencia de las normas imperativas. No es la naturaleza de los procedimientos lo que determina los efectos de una norma de *jus cogens* sobre otra norma de DI, sino su carácter de norma perentoria y su interacción con otra jerárquicamente inferior. Constituyendo la prohibición de tortura una norma *jus cogens*, actúa dentro del DIPu y despoja a las reglas de inmunidad de jurisdicción de sus efectos legales en esa esfera. La naturaleza civil o penal del procedimiento doméstico es irrelevante.

Hace ya tiempo, la CtEDH estableció la doctrina de las obligaciones positivas con base en el art. 1 de la CEDH, en virtud de la cual los Estados asumen el compromiso de “respetar” o “garantizar” -según la versión Francesa o Inglesa respectivamente- del cual derivan obligaciones positivas destinadas a asegurar derechos reales y efectivos. Desde el caso *Soering*⁵⁰⁵ en adelante, la doctrina se extiende a otros derechos diferentes de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), incorporando los ámbitos de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Primero, la finalidad fue negar la extradición, luego exigir que los Estados adoptaran las medidas necesarias para que sus habitantes no sufrieran torturas o malos tratos por parte de otros individuos dentro de su jurisdicción y finalmente para afirmar, invocando el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH), la obligación de los Estados de llevar adelante investigaciones efectivas y exhaustivas en caso de denuncias de torturas o malos tratos ejecutados por agentes estatales, a fin de identificar y castigar a los responsables o indemnizar a la víctima en caso contrario. En este punto, la jurisprudencia de la CtEDH se alinea con las decisiones del Comité de Derechos Humanos (Pacto I) y de la CtIDH, en referencia a que de las obligaciones de respetar y

⁵⁰⁵ CtEDH, *Soering* (07/07/1989), Sentencia, Serie A, No. 163, para. 83; o CtEDH *HRL v. Francia* (29/04/1997), Recueil 1997-III, para. 34.

garantizar los derechos reconocidos y del derecho a un recurso efectivo, se deriva para los Estados partes la obligación de investigar, perseguir y reparar violaciones graves de los derechos humanos.⁵⁰⁶

En el caso *McElhinney v. Irlanda* (2001)⁵⁰⁷ volvieron a discutirse los límites al acceso a la jurisdicción. La Gran Sala de la CtEDH sostuvo que mientras que parecía existir “una tendencia en el derecho internacional y comparado hacia la limitación de la inmunidad del Estado” por daños causados por acciones u omisiones cometidas en el territorio del Estado del foro, esta práctica no era universal.⁵⁰⁸ Sostuvo así por 12 votos a 5 que las decisiones de las cortes Irlandesas no habían excedido el “margen de apreciación” al limitar el acceso a la jurisdicción.⁵⁰⁹ En su disidencia el Magistrado Loucaides afirmó que:

“El DI de las inmunidades se originó en un momento en el cual los derechos de los individuos eran prácticamente inexistentes y cuando los Estados necesitaban mayor protección de posibles acosos a través de procedimientos judiciales abusivos. La doctrina de la inmunidad estatal se ha encontrado sujeta contemporáneamente a un número cada vez mayor de restricciones, siguiendo la tendencia a reducir su aplicación en vista de los desarrollos en el campo de los derechos humanos que fortalecen la posición del individuo”.⁵¹⁰

Los magistrados Caflisch, Cabral Barreto y Vajić, en sus opiniones en disidencia apoyaron el ejercicio del derecho a la jurisdicción reconocido en el art. 6.1. de la CEDH. Mencionaron que según el art. 12 de la Convención ONU sobre inmunidades jurisdiccionales de los

⁵⁰⁶ Véase *Ambos Kai*, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2a. ed., Buenos Aires (1998), p. 318

⁵⁰⁷ CtEDH, *McElhinney v. Ireland*, Sentencia, 21/11/2001. La causa refiere un reclamo por daños, correspondiente a una acción iniciada en Irlanda contra un soldado Británico que disparó al demandante y contra la Secretaria de Estado de Irlanda del Norte. Las cortes domésticas Irlandesas rechazaron la demanda sobre la base de la defensa de inmunidad de jurisdicción presentada por el Reino Unido.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, para. 38.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, para. 40.

⁵¹⁰ *Ibidem*, Opinión en disidencia del Magistrado Loucaides, para. 4. Traducción del autor.

Estados y sus bienes, no existe al presente la obligación internacional, por parte de los Estados, de garantizar inmunidad a un Estado extranjero por daños causados por sus agentes. Consideraron además que:

“El principio de inmunidad estatal hace tiempo ha dejado de ser una regla general que exime a los Estados de la jurisdicción de los tribunales de otro (...). El edificio de la inmunidad absoluta de jurisdicción (e incluso de ejecución) se ha comenzado a desmoronar, en el primer cuarto del siglo veinte, con el advenimiento del comercio estatal (...) [Las] excepciones a la inmunidad absoluta han comenzado gradualmente a ser reconocidas por los legisladores y cortes nacionales, inicialmente en Europa continental occidental y bastante después, en los países del common law (...) Las excepciones en cuestión han también encontrado su camino en el DI de las inmunidades estatales, especialmente a través de la excepción de daños”.⁵¹¹

La CIJ hizo referencia a *McElhinney v. Irlanda* en apoyo de su decisión en Orden de Arresto afirmando que “La Gran Sala de la CtEDH (...) sostuvo que esta decisión reflejaba una opinión generalizada de DI referida a que la concesión de inmunidad no puede ser vista como incompatible con la Convención Europea de derechos humanos”.⁵¹²

En *Fogarty v. Reino Unido* (2001)⁵¹³ la CtEDH resaltó la tendencia a limitar la inmunidad estatal respecto de disputas laborales, aunque concluyó que la práctica estatal referida al empleo de personas por parte de embajadas no era uniforme. Reiteró que las limitaciones impuestas al acceso a la justicia no deben “restringir o reducir el acceso dejando al individuo de una manera en que la verdadera

⁵¹¹ *Ibidem*, Opinión en disidencia de los Magistrados Caflisch, Cabral Barreto y Vajić, paras. 2-4. Traducción del autor.

⁵¹² CIJ, Arrest Warrant of 1 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), Sentencia, ICJ Reports (2002), para. 72. La referencia fue hecha a *McElhinney v. Ireland* [GC], application No. 31253/96, Sentencia de 21/11/2001, ECHR Reports 2001-I, p. 39; ILR, Vol. 123, p. 73, para. 38

⁵¹³ CtEDH, *Fogarty v. United Kingdom*, Sentencia, 21/11/2001. Se discutía aquí una situación de discriminación laboral sufrida por un empleado de la Embajada Estadounidense en el Reino Unido

esencia del derecho se altere”⁵¹⁴, pero decidió en igual sentido que en *Al Adsani y McElhinney*.

En el caso *Kalogeropoulou y ot. v. Grecia y Alemania* (2002), el objeto del proceso original era la responsabilidad de Alemania por la comisión de crímenes contra la humanidad, ejecutados en el territorio de Grecia, cuya justicia había aceptado la inmunidad jurisdiccional invocada por Alemania. Una Sala de la CtEDH consideró que el derecho a la jurisdicción podía estar sujeto a limitaciones proporcionales a los fines perseguidos, y por lo tanto declaró inadmisibles la presentación.⁵¹⁵ No obstante, la CtEDH dejó abierta una puerta hacia el futuro al sostener que la decisión tomada no excluía futuros desarrollos en el DIPu consuetudinario referidos a nuevos límites a la inmunidad de los Estados.⁵¹⁶

En América, el enfoque jurisprudencial de la cuestión ha sido distinto. La CtIDH se ha ocupado más de remarcar el carácter fundamental de la protección jurídica efectiva, antes que en resaltar sus límites. Para la CtIDH el acceso a la justicia constituye un verdadero “derecho al Derecho” que se encuentra ya en el dominio del jus cogens, como lo señala *Cançado Trindade*.⁵¹⁷

En una de sus apreciaciones más trascendentes, la CtIDH sostuvo que el acceso a la justicia tal como es entendido por los estatutos internacionales de derechos humanos, constituye una norma imperativa si el derecho material violado posee igual estatus. Así opinó en el caso *Goiburú y ot.* (2006).⁵¹⁸ Conforme esta interpretación, la denegación de justicia implica no sólo impedir el acceso, sino negar a la víctima lo que le es debido: la reparación ante el daño sufrido. Convierte así una obligación de medio -acudir ante un juez- en una obli-

⁵¹⁴ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinión en disidencia del Magistrado Cançado Trindade, para. 33.

⁵¹⁵ CtEDH, *Kalogeropoulou y ot. v. Grecia y Alemania*. Decisión de 12/12/2002. Los demandantes era familiares de víctimas de la masacre de Distomo y basaban su acción en el art. 6 de la CEDH y en el art. 1 del Protocolo No. 1 de la CEDH.

⁵¹⁶ CtEDH, Decisión de 12/12/2002, para. 9.

⁵¹⁷ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinión en disidencia del Magistrado Cançado Trindade, para. 216. Véase CtIDH, caso de la Masacre de Pueblo Bello, relativo a Colombia (sentencia de 31/01/2006), opinión separada del Juez Cançado Trindade, paras. 60-62 y 64.

⁵¹⁸ CtIDH, *Goiburú y ot. v. Paraguay*, Sentencia, 22/09/2006.

gación de fin -obtener alguna forma de reparación por el daño sufrido-. En el caso ventilado ante la CIJ Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (2012), Italia utilizó -lamentamos que sin éxito- igual argumento.⁵¹⁹

La CtIDH ha señalado que el art. 25 de la CADH en conjunto con su art. 1.1 obliga a los Estados partes a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr que los responsables de las violaciones de derechos humanos sean juzgados y a brindar una reparación por el daño sufrido. Dijo la CtIDH: “el artículo 25 constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.⁵²⁰ También sostuvo que la CADH obliga a los Estados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).⁵²¹

La Constitución Argentina no contiene excepciones a la garantía de la defensa en juicio, ni existe excepción alguna al derecho de acceso a la justicia. Mas aún, si el objeto de la demanda se funda en la violación por parte de un Estado extranjero, de un derecho que forma parte del bloque de Constitucionalidad y se trata de una norma imperativa de DI general que protege derechos humanos.

Si la regla general afirma la defensa en juicio de la persona y de sus derechos, cualquier excepción debe figurar en forma expresa e interpretarse restrictivamente. Consistiendo la limitación jurisdiccional una norma de cortesía inter-estatal afirmada por el DI consuetudinario, es vano todo esfuerzo intelectual dirigido a forzar el texto

⁵¹⁹ CIJ, Inmunidades Jurisdiccionales del Estado, *Contra – Memoria de Italia*, p. 76, paras. 4.93-4.94.

⁵²⁰ CtIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Sentencia de 31/08/2001. Serie C No. 79, para. 52; y Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia, 06/02/2001. Serie C No. 74, para. 135.

⁵²¹ CtIDH, *Caso de las Masacres de Ituangó*. Sentencia, 01/07/2006. Serie C No. 148, para. 287.

constitucional a fin de admitir que una norma de menor jerarquía (la inmunidad) clausure el acceso a la justicia de la víctima en las situaciones en estudio.

IV. Denegación de justicia, inmunidad e impunidad

Algunos tribunales al receptar la excepción de inmunidad de jurisdicción invocada por el Estado extranjero demandado, acostumbran mencionar otras vías que el demandante podría accionar en defecto de la que le es negada. Los argumentos son generalmente similares y tienden a negar por anticipado la invocación de denegación de justicia. Intentan prevenir también la identificación que parte de la doctrina realiza entre “inmunidad” e “impunidad”. En Orden de Arresto, la sentencia de la CIJ se toma el trabajo de distinguir entre inmunidad e impunidad, refiriendo otras vías a las que la víctima de violaciones graves de normas imperativas puede acudir, ante el reconocimiento de la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero demandado:

“La Corte enfatiza que, no obstante, la inmunidad de jurisdicción de la que gozan los Ministros en ejercicio de Relaciones Exteriores no significa que ellos gozan de impunidad por crímenes que pudieran cometer, con independencia de su gravedad. La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos nítidamente separados. Mientras que la inmunidad jurisdiccional es de naturaleza procedimental, la responsabilidad criminal es una cuestión de derecho sustantivo. La inmunidad jurisdiccional bien puede excluir el enjuiciamiento por un cierto período o respecto de ciertos delitos; no puede exonerar a la persona a la cual se aplica de toda responsabilidad penal.

En consecuencia, las inmunidades que goza bajo el derecho internacional un ex- o actual Ministro de Relaciones Exteriores no representan una exclusión del enjuiciamiento penal en ciertas circunstancias. Primera, tales personas no gozan de inmunidad penal bajo el derecho internacional en sus propios Estados, y pueden en consecuencia ser juzgados por los tribunales de tales Estados de acuerdo con las normas domésticas relevantes. Segunda, ellos cesan de gozar de inmunidad

respecto de jurisdicciones extranjeras si el Estado al cual representan o han representado, decide renunciar a tal inmunidad. Tercera, luego que una persona termina de ejercer la función de Ministro de Relaciones Exteriores, el o ella no gozan más de las inmunidades garantizadas por el derecho internacional en otros Estados. En la medida que posea jurisdicción bajo el derecho internacional, un tribunal de un Estado podría juzgar a un ex-Ministro de Relaciones Exteriores de otro Estado respecto de actos cometidos antes o luego de su ejercicio del cargo, así como respecto de actos cometidos durante tal periodo del cargo en su capacidad privada. Cuarta, un ex- o actual Ministro de Relaciones Exteriores puede ser sujeto de procedimientos penales frente a ciertos tribunales penales internacionales, donde exista jurisdicción. Los ejemplos incluyen el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, establecidos en virtud de Resoluciones del Consejo de Seguridad bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, y la futura Corte Penal Internacional creada por la Convención de Roma de 1998. (...).⁵²²

Conforme la CIJ, en defecto de la vía jurisdiccional negada por el reconocimiento de la inmunidad, la víctima posee cuatro vías alternativas a fin de acceder a la justicia:

- i. demandar en la jurisdicción del Estado a cuyas órdenes actuó el agente que participó en la violación, y que conforme el DIDH resulta responsable por acción u omisión;
- ii. demandar al responsable en otra jurisdicción habilitada, siempre y cuando el Estado a cuyo servicio cometió los delitos, renuncie a su inmunidad jurisdiccional;
- iii. demandar al responsable una vez que concluya su cargo oficial, aunque sólo por actos anteriores o posteriores al ejercicio del cargo, u actos de carácter privado cometidos durante el ejercicio del mismo; y

⁵²² CIJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (DRC v. Belgium) ICJ Reports 14/02/2002, Sentencia, paras. 60 y 61. Traducción del autor.

- iv. esperar que la Corte Penal Internacional decida estudiar la totalidad de la “situación” dentro de la cual ocurrió el daño a la víctima, o bien, sea creado un tribunal ad-hoc de carácter internacional con jurisdicción sobre tales casos.

Junto a éstas, otras alternativas han sido enunciadas por diversos tribunales:

- v. solicitar la protección diplomática;
- vi. solicitar una indemnización al Estado que ha reconocido la inmunidad jurisdiccional y negado en consecuencia, el acceso a su jurisdicción.

Con excepción de la alternativa (iii) que se refiere estrictamente a circunstancias personales del individuo a quien se pretende responsabilizar, todas las demás vías podrían conducir a una posible responsabilidad del Estado. Proponemos repensar cada una de las alternativas citadas. El criterio de impunidad que nuestro trabajo contempla no se agota en la ausencia de proceso penal que sabemos el Estado no enfrentará, sino que atiende a la existencia efectiva de otros tipos de reparación, sean de carácter civil, administrativo o aún de mera cortesía o relacionamiento entre los Estados. Al preguntarnos si la declaración de inmunidad conduce a la impunidad del Estado infractor, preguntamos si su resultado consiste en una ausencia absoluta de reparación para la víctima.

Esta tensión a la que se enfrenta todo juez que debe decidir respecto de la inmunidad jurisdiccional ha sido resumida por los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en Orden de Arresto: “Uno de los desafíos del DI contemporáneo consiste en proveer estabilidad a las relaciones internacionales y el relacionamiento internacional eficaz al mismo tiempo que garantizar el respeto por los derechos humanos”.⁵²³

La jurisdicción constituye un medio hacia un fin. Al reconocerse la inmunidad estatal, la víctima es ignorada. El acceso a la justicia le brinda la posibilidad de reclamar una reparación en su concepción

⁵²³ *Ibidem*, Opinión por separado de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, para. 5.

amplia: (i) conocer la verdad; (ii) lograr el castigo de los agentes estatales que han participado; (iii) reclamar una indemnización; (iv) obtener la exposición pública de los hechos lesivos; e incluso, (v) solicitar garantías de no repetición, a fin de transformar los contextos estructurales de violencia y exclusión escondidos detrás de las violaciones graves.⁵²⁴ Criticaremos las vías alternativas propuestas, guiados por las necesidades de las víctimas, intentando conocer si alguna de ellas brinda posibilidades efectivas de obtener algún tipo de reparación. Comenzamos.

En primer lugar, concurrir a los tribunales del Estado extranjero infractor supone gastos que eventualmente no puedan afrontarse; o medios que no se encuentren al alcance material de los reclamantes; o que la prueba sustancial se encuentre situada fuera del territorio del Estado del foro. El resultado arroja una disminución de las posibilidades de éxito del reclamo. Puede además ocurrir que la jurisdicción del Estado infractor se declare incompetente; o que exista un retraso injustificado de justicia; o que no exista un recurso adecuado o que aún existiendo, se impida a la víctima ejercerlo. Finalmente, puede ocurrir que la víctima haya acudido a la jurisdicción del Estado extranjero sin haber obtenido satisfacción a su reclamo (como ocurrió en el caso Inmунidades Jurisdiccionales). Cualquiera de las circunstancias referidas torna inverosímil este primer supuesto.

En casos de violaciones graves de derechos humanos, generalmente existe una política estatal dirigida a su comisión, por lo cual es poco probable que el mismo gobierno admita su responsabilidad. A contrario, se utilizan los mecanismos del Estado a fin de eliminar cualquier posibilidad de denuncia o reclamo. Como los participantes individuales son agentes del aparato estatal, la vida de las víctimas y testigos corre peligro. En el mejor de los supuestos, de aceptarse la demanda, es posible que el Estado asegure un trato preferente y una eventual condena atenuada a los inculpados, situación que luego conducirá a la disminución de la responsabilidad estatal.

⁵²⁴ Puede leerse Bernal Sarmiento, C. y Reed Hurtado, M., *Entre la razón y la pasión: reconocimiento y castigo de las atrocidades perpetradas en Colombia*. En *Varios Autores, Desaparición forzada, política criminal y procesos restaurativos. Dilemas y desafíos de la verdad, la justicia y la reparación en el contexto colombiano* (pp. 55-92). Bogotá: Fundación Social (2006).

Nino recuerda que tras la primera guerra mundial, cuando los países agraviados solicitaron a Alemania la entrega de los criminales, ésta intentó ganar tiempo. Finalmente, los Aliados aceptaron la propuesta Alemana de procesar a sus acusados nacionales ante la Corte Suprema Alemana en Leipzig. El juicio se inició con la condena de tres soldados alemanes acusados de golpear a unos prisioneros Británicos, con condenas de seis a diez meses de prisión. Un comandante de submarino acusado de hundir un buque-hospital Británico fue absuelto, estimándose que sólo había cumplido órdenes. El teniente Helmut Patzig, acusado de hundir otro buque-hospital británico, no fue hallado para enfrentar el juicio. En cambio, se acusó a dos subordinados de homicidio simple y fueron sentenciados a cuatro años de prisión, pero escaparon, aparentemente con la ayuda de sus carceleros.⁵²⁵ Respecto del genocidio Armenio recuerda Nino, que si bien el sultán de Turquía deseaba aplacar a los Aliados y particularmente a los Británicos, el resultado de las investigaciones Turcas consistió en la condena de dos oficiales. En el caso de la prisión de Abu Ghraib, el programa 60 minutos reveló al mundo en 2004 las primeras imágenes del trato inhumano y criminal infligido a los prisioneros de guerra. Su resultado: condenas escasas y leves.⁵²⁶ Tal vez el mas notorio ejemplo de impunidad como resultado de la falta de voluntad estatal de investigar y condenar a los responsables lo represente la masacre de My Lai en Vietnam. Se enjuició a treinta supuestos partícipes ante Cortes Militares de Estados Unidos. Hubo un condenado, tres absueltos y los cargos contra otros doce imputados fueron desestimados antes del juicio.⁵²⁷ Frente a cargos de

⁵²⁵ Nino Carlos S. *El Castigo como Respuesta a las Violaciones a los Derechos Humanos: Una Perspectiva Global*, Título original: "Punishment as a Response to Human Rights Violations", publicado en *Radical Evil on Trial*, Carlos Santiago Nino, Yale University Press, New Haven y Londres, 1996, p. 2. Francia y Bélgica declararon inválidos los juicios de Leipzig fundados en el Tratado de Versailles.

⁵²⁶ El resultado consistió en 17 soldados expulsados del servicio, de los cuales 7 recibieron penas de prisión, una sola de ellas importante (10 años); las demás oscilaron entre 6 meses y dos años.

⁵²⁷ Véase Goldstein Joseph, Marshall Burke y Schwartz Jack, *The Limits of Law: On Establishing Civilian Responsibility or the Enforcement of Laws Against War Crimes, The My Lai Massacre and Its Cover-Up: Beyond the Reach of Law? The Peers Commission Report, with a Supplement and Introductory Essay on the Limits of Law* (New York: Free Press, 1976), p. 7. En 1968, tropas del ejército de los

violaciones graves de derechos, prácticamente ningún Estado entrega a sus nacionales acusados a la justicia de otro Estado, ni enjuicia a sus propios gobernantes.

En segundo lugar, la renuncia del Estado a su inmunidad es la posibilidad mas improbable, ya que de haber brindado una protección jurídica efectiva, el caso jamás hubiera llegado a otra jurisdicción. Esta cuestión constituye el corazón del problema de la inmunidad: se trata de situaciones en que las autoridades nacionales no poseen voluntad o capacidad para investigar o enjuiciar y en consecuencia, los crímenes quedan impunes. Esto es lo que expresa el Magistrado van den Wyngaert en Orden de Arresto, cuando sostiene que el Congo acusa a Bélgica de ejercer la jurisdicción universal *in absentia* contra el Ministro del Exterior en ejercicio, pero este Estado ha omitido ejercer su jurisdicción *in presentia* respecto de Yerodia, violando las Convenciones de Ginebra e incumpliendo con un cúmulo de resoluciones de Naciones Unidas a este efecto.⁵²⁸ Esta segunda vía constituye una situación teóricamente correcta, aunque puramente especulativa. Es poco probable que si el Estado infractor no acepta juzgar los hechos en su propia jurisdicción, renuncie a su inmunidad a fin de someterse a otra jurisdicción. Solo podría entenderse como una imposición del sistema internacional expresado en la creación de una jurisdicción internacional o mixta, como el tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia o para Sierra Leona, respectivamente.

La mayoría de los Estados no reconoce por voluntad propia, su participación y responsabilidad en la violación grave de derechos humanos. Y en caso que se lleve adelante algún tipo de reparación, es decidida por un gobierno distinto del que perpetró las violaciones. El hecho que Argentina constituya en el siglo XX el único ejemplo de un

Estados Unidos masacraron a un gran número de civiles: ancianos, mujeres y niños. Entre los crímenes hubo unos 175 a 400 asesinatos, mutilaciones individuales y grupales, violación, sodomía, agresiones y maltratos a prisioneros. Los soldados estadounidenses también destruyeron propiedad, mataron ganado, destruyeron cosechas, clausuraron pozos de agua y quemaron viviendas. El asunto no hubiera sido investigado de no ser por una carta escrita en 1969 por un veterano al Secretario de Defensa. La investigación de la masacre y su posterior encubrimiento fue dirigida por el Tte. Gral. William Peers y concluyó en 1970.

⁵²⁸ CIJ, Orden de Arresto, Opinión en disidencia del Magistrado van den Wyngaert, para. 35.

Estado que juzga a través de su justicia común a sus ex-gobernantes y al propio Estado por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos -cambio de régimen mediante- explica que adjudiquemos un carácter altamente “improbable” a las dos primeras vías alternativas ofrecidas por la CIJ.

En tercer lugar, afirma la CIJ que la víctima podrá demandar al responsable por actos anteriores o posteriores al ejercicio del cargo, aunque respecto de los ocurridos durante su ejercicio, sólo podrá hacerlo en relación con aquellos “actos ejecutados a título privado”. La Corte nada dice sobre si las violaciones graves de normas imperativas -como son los delitos internacionales- constituyen actos privados. Debiera concluirse que los considera actos públicos, actos de gobierno a juzgar por su decisión. A diferencia de la CIJ, la Cámara de los Lores en el caso Pinochet claramente afirmó que tales violaciones jamás caen en la categoría de actos privados, cuando son ordenados o ejecutados por funcionarios y/o agentes del Estado. Lord Steyn en el caso Pinochet (I) sostuvo que: “La consecuencia es que cuando Hitler ordenó la 'solución final', su acto debe ser visto como un acto oficial derivado del ejercicio de su función como Jefe de Estado”.

Van den Wyngaert sostiene que incluso algunos delitos concebidos por el DIPu, como ciertas formas de comisión del genocidio y la agresión, pueden sólo ser cometidos con los instrumentos y mecanismos del Estado y como parte de una política estatal. Desde esta perspectiva no pueden ser otra cosa que actos oficiales, y finaliza diciendo: “La inmunidad jamás debería ser aplicada a delitos internacionales, ni ante tribunales internacionales ni cortes domésticas”.⁵²⁹

No obstante, la idea de concebir a las violaciones graves de derechos humanos como actos del Estado es a los fines de responsabilizar al mismo, no de otorgarle inmunidad jurisdiccional.

En cuarto lugar, la CIJ afirma que los agentes estatales acusados de la violación grave de derechos humanos pueden ser enjuiciados ante algún tribunal internacional que posea jurisdicción. Opina van den Wyingaert que la Corte sobrestima enormemente el rol que un tribunal internacional penal puede desempeñar en casos en que los Estados en cuyo territorio ocurrieron los delitos o cuyos nacionales

⁵²⁹ *Ibidem*, para. 36.

son sospechados, no demuestren voluntad de investigarlos.⁵³⁰ La intervención de un tribunal internacional aparece como interesante, considerando la imposibilidad de invocar la inmunidad jurisdiccional atento su naturaleza. En general todos los tribunales ad-hoc creados desde la última década del siglo XX al presente delimitan en su estatuto las competencias (material, espacial, personal y temporal) bajo las cuales desempeñan su tarea. La cooperación de las autoridades del Estado infractor deviene esencial para el éxito de los procedimientos. El caso de la Corte Penal Internacional es distinto ya que el hecho que sólo juzgue individuos respecto de ciertos delitos penales junto con su competencia temporal acota el tipo de reclamo. Las propuestas de creación de una Corte Internacional que juzgue la responsabilidad estatal por violaciones a los derechos humanos sería útil, basta con reparar en los avances logrados en los sistemas regionales donde existen tales órganos.

En quinto lugar, la protección diplomática es básicamente un derecho del Estado, que éste ejerce discrecionalmente. Los casos en que un Estado ha demandado a otro ante tribunales internacionales en defensa de daños sufridos por sus nacionales son pocos, y mayormente centrados en la protección de intereses económicos. En las dos primeras Conferencias Interamericanas celebradas en Washington (1889-1890) y Méjico (1901-1902) se admitió la posibilidad de reclamaciones diplomáticas en casos en que existiera denegación de justicia. A modo de ejemplo, en el caso Ahmadou Sadio Diallo (2010)⁵³¹ fallado por la CIJ, Guinea ejerce la protección diplomática por supuestos ilícitos internacionales cometidos por la República Democrática del Congo contra el Sr. Diallo. La Corte decide por unanimidad que la RDC tiene la obligación de reparar de manera apropiada a Guinea. Lo interesante es que la Corte otorga un plazo de seis meses a las partes para que lleguen a un acuerdo compensatorio, lo cual constituye una característica de los tribunales regionales de derechos humanos. El Magistrado Cançado Trindade resalta en su opinión separada, que la sentencia revela que la Corte resuelve hoy

⁵³⁰ CIJ, Orden de Arresto, Opinión en disidencia del Magistrado van den Wyngaert, para. 37.

⁵³¹ CIJ, Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Sentencia, 30/11/2010.

casos sobre la base del DIDH universal y regional, circunstancia también mencionada por el Juez Bruno Simma.⁵³²

En sexto lugar, la posibilidad de solicitar una indemnización al Estado que ha reconocido la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero demandado, y negado en consecuencia el acceso a su jurisdicción parece ser la opción más realista, aunque sólo resuelve reclamos indemnizatorios. Esta solución hace depender de la voluntad del Estado del foro que debe legislar al efecto o llegar a un acuerdo con las víctimas. No obstante, quedan sin resolver pretensiones basadas en otras formas de reparación, como el derecho a la verdad o las garantías de no repetición. Esta es la solución provista por las legislaciones de Estados Unidos, Reino Unido, Francia e Italia.

La existencia de denegación de justicia en el caso concreto debe interpretarse de manera amplia. Un principio elemental del DIDH obliga a conceder a la víctima un abanico de posibilidades a fin de ser escuchada. Quien solicita auxilio a la jurisdicción debe probar mínimamente que de no admitirse su demanda, se produciría una imposibilidad fáctica de reclamar con éxito en otra jurisdicción. Ante la duda, debe prevalecer el derecho de la víctima a una protección jurídica efectiva. Sólo a modo de ejemplo, la víctima podría demostrar:

- i. que intentó en forma previa y sin éxito algunas de las principales vías alternativas como es la propia jurisdicción del Estado infractor o del Estado donde ocurrieron las violaciones, si fuera distinto (principio atributivo de territorialidad); o
- ii. la demora injustificada del reclamo iniciado en jurisdicción del Estado infractor, tras un plazo razonable; o
- iii. la voluntad del Estado infractor de no cooperar o impedir la denuncia en otros ámbitos estatales, regionales o internacionales; o

⁵³² *Ibidem*, Opinión Separada concurrente con la mayoría, 30/11/2010, p. 729 y ss. Véase Bruno Simma: Derechos humanos ante la Corte Internacional de Justicia, en *Aquiescencia*, 23/09/2010. En <http://aquiescencia.net/2010/11/23/bruno-simma-derechos-humanos-ante-la-corte-internacional-de-justicia/>.

- iv. la carencia de medios económicos a fin de litigar ante la jurisdicción del Estado infractor, o la inexistencia de recursos judiciales o la imposibilidad legal de ejercerlos.

Remiro Brotons opina en referencia a la necesidad de acreditar algún nivel de agotamiento de reclamo previo en el juez territorial: “Ha de bastar con que, de oficio o por la parte actora, se aporten indicios serios y razonables de la inactividad judicial que acrediten una falta de capacidad o de voluntad para la persecución efectiva de los crímenes”.⁵³³ Creemos que éste es el camino adecuado. No puede agregársele a la víctima de violaciones graves de derechos humanos, el deber de probar acabadamente que no ha obtenido justicia en el foro donde debió ser resarcida primariamente.

V. Conclusiones sobre la denegación de justicia

Ciertas ideas sobre lo hasta aquí expuesto.

Primera, cuando la CIJ afirma que los conceptos en crisis -violación grave de derechos humanos e inmunidad jurisdiccional- poseen distinta naturaleza y concluye entonces en la inexistencia de conflicto, vuelve imposible toda discusión futura. Conforme este criterio, el rechazo de la excepción en estudio deviene absoluto, ya que al tratarse de normas que actúan en diferente ámbito, jamás podrán confrontar.

Segunda, no obstante lo dicho, la CIJ afirma cuatro alternativas a fin de remediar las consecuencias negativas del conflicto de normas

⁵³³ Remiro Brotons, Antonio, *La Persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el Principio de universalidad*, Capítulo XXX. *El Castigo como Respuesta a las Violaciones a los Derechos Humanos: Una Perspectiva Global*, Título original: “Punishment as a Response to Human Rights Violations”, publicado en *Radical Evil on Trial*, Carlos Santiago Nino, Yale University Press, New Haven y Londres, 1996 (parágrafo CLII) de la obra *Derecho Internacional*, de la que es autor principal. Edición 2007 (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia), p. 504. El autor opina que es un criterio de razonabilidad procesal y político-criminal, y no una ordenación jerárquica, la que favorece la prioridad del iudex loci delicti commissi. Afirma también en el caso concreto que analiza que la Audiencia Nacional Española se había extralimitado al requerir de los denunciantes la acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad del juez territorial.

cuya inexistencia declara previamente y que resulta en denegación de justicia.

Tercera, aceptamos que la ecuación que iguala “inmunidad a impunidad” es controversial. Concedemos que en los casos en que la inmunidad estatal es reconocida, en general subsisten una o más vías alternativas de reclamo para las víctimas, aunque constituyen básicamente especulaciones teóricas. En este contexto, cabe preguntar si aún así existe denegación de justicia. Entendemos que sí:

- i. por la naturaleza de los derechos en juego, que constituyen derechos humanos reconocidos y emplazados en la cúspide de la pirámide jurídica Argentina;
- ii. por constituir normas imperativas de DI general que protegen los derechos de las personas frente a los Estados, y que además poseen efecto erga omnes;
- iii. por el carácter grave de las violaciones, que incluyen conductas sistemáticas o flagrantes en las que la participación del Estado es fundamental y que en ciertos casos pueden corresponderse con crímenes internacionales;
- iv. por las obligaciones asumidas por Argentina frente a los demás Estados y al sistema internacional y regional en su conjunto, referidas a la promoción y protección de los derechos humanos; y
- v. porque en las circunstancias comentadas, ante la duda respecto del posible desamparo de la víctima, no puede la jurisdicción desentenderse del reclamo.

Cuarta, al preguntarnos por la razonabilidad de ciertos límites impuestos al acceso a la jurisdicción, debemos tener presente que estamos frente al supuesto de violaciones graves de normas imperativas de DI general que protegen derechos humanos, y por si algo faltara, se corresponden -en su mayoría- con delitos internacionales. La CIJ en el caso Inmunidades Jurisdiccionales del Estado afirma la existencia de una “nítida separación” entre una norma de fondo (*jus cogens*) y una norma procedimental (inmunidad) a fin de distinguir la inmunidad de la eventual impunidad sobreviniente. Utilizar una circunstancia real como es que las normas en juego pertenecen a distintos ámbitos, a fin de argumentar su imposibilidad de conflicto, arroja como consecuencia el despojar a las

víctimas de violaciones graves de derechos humanos de la reparación que les es debida. Tanto como esto. Si aceptamos lo dicho, entonces la inmunidad se nos presenta como negación de la reparación. Esta idea de separar la sustancia de un derecho del procedimiento necesario para su goce efectivo es tan vital como peligrosa al momento de identificar o no ambos términos. Sobre este punto girará el próximo capítulo.

Frente a la posibilidad de declarar la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero demandado por una violación grave de derechos humanos, cada juez debe preguntarse si arriesgaría algún bien preciado -por ejemplo su fortuna o su vida- a la existencia efectiva de la vía jurisdiccional alternativa que propone como remedio a la que niega. Este “test de la vía alternativa efectiva” que proponemos arrojaría una aceptación mas frecuente de la excepción de violaciones graves de derechos humanos frente a la inmunidad jurisdiccional del Estado.

El accionante debe convencer al juez interviniente que la vía que intenta constituye su “último recurso” a fin de obtener reparación y/o delimitar la responsabilidad del Estado infractor y de sus agentes. Ciertos argumentos pueden ayudar al juez del foro al momento de resolver cuestiones de admisibilidad de demandas contra Estados extranjeros por violaciones graves de derechos humanos, por ejemplo:

- i. la obligación de garantía de derechos se encuentra en cabeza de los Estados, y éstos pueden cumplirla de diversas maneras;
- ii. las formas en que se cumple ese deber de garantía depende de cada derecho específico y de las necesidades de protección;
- iii. en algunas situaciones, el deber de garantía impone el deber de investigar efectivamente las violaciones denunciadas;
- iv. en estos casos, la obligación de investigar adquiere intensidad e importancia en base a dos parámetros: (iv.a) la gravedad de los delitos y (iv.b) la naturaleza de los derechos lesionados;

- v. las normas jus cogens en su carácter de normas sustanciales incluyen también los procedimientos necesarios para lograr su efectiva vigencia;
- vi. la norma imperativa lesionada extiende su carácter de jus cogens a la obligación de investigar su violación y brindar una reparación adecuada.

Las cuestiones mencionadas colaboran en crear en el juez interviniente la convicción referida a que su negativa a admitir la demanda incoada provocará la indefensión de la víctima.

Finalmente, cuando no existe acceso a la justicia, no existe estado de Derecho en absoluto.

CAPÍTULO III

RESPUESTA A LAS OBJECIONES Y JUSTIFICACIONES A LA ADMISIBILIDAD DE LA EXCEPCIÓN EN ESTUDIO

I. Introducción

¿Existe alguna posibilidad de convivencia entre la inmunidad de jurisdicción estatal y el juzgamiento de las violaciones graves de normas imperativas que protegen derechos humanos? Preferir una excluyendo a la otra implica, cualquiera sea el fundamento aplicado, generar responsabilidad internacional para el Estado. Es menester entonces alcanzar algún nivel de coexistencia que respete las respectivas naturalezas, al menos con un sentido práctico, si no de justicia, ya que son los mismos Estados que violan derechos, los mejor capacitados para protegerlos y en su caso, reparar las violaciones.

Enfrentados al dilema final de proteger los derechos de la persona humana o el derecho a la igualdad soberana de los Estados, interesa preguntar por las consecuencias de una u otra elección.

Si Argentina reconociera la violación grave de normas imperativas de DI general que protegen derechos humanos como excepción a la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros, eventualmente incurriría en responsabilidad internacional conforme la última jurisprudencia de la CIJ. Si por el contrario, ante igual situación Argentina reconociera la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero demandado, generaría responsabilidad internacional fundada en la ausencia de protección jurídica efectiva reconocida en la casi totalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el país -que además poseen jerarquía constitucional- y afirmados por una jurisprudencia constante de la CtIDH.

Sin entrar por ahora en los matices, ambas elecciones producen igual efecto: generan responsabilidad internacional para el Estado Argentino. En el primer caso, sería el Estado extranjero quien reclamara, ante una vía jurisdiccional aceptada por ambos estados o en su defecto, mediante otros medios pacíficos alternativos. Esta imagen presenta una contienda entre iguales, entre Estados soberanos.

En el segundo caso, será la víctima de una violación grave a sus derechos humanos quien deberá soportar una nueva carga: la de reclamar al Estado cuya jurisdicción le negó una protección jurídica efectiva. Esta segunda imagen no revela igualdad de armas: sólo una contienda desigual entre víctimas y Estados con previsible final: la ausencia de reparación, eventualmente la victoria de la impunidad.

Presentadas así las cosas, la respuesta es simple si entendemos al Derecho como la mas genial invención humana de protección del débil. Sin embargo, pretendemos que nuestra propuesta sea viable. Debemos considerar todos los intereses en juego, ya que los Estados continúan siendo los principales hacedores del DI. Este tercer y último capítulo está dedicado a caracterizar la “respuesta/propuesta” que formularemos, con los pies en el derecho positivo pero la vista orientada a los valores, sin los cuales el DIPu abandona su esencia para transformarse en la voluntad normatizada de los poderes de turno. Llegados al tercer capítulo de nuestro trabajo, contamos ya con algunas certezas. Las expresamos bajo el título siguiente.

II. Respuesta a objeciones comunes

II.a. Explicación negatoria: inexistencia de conflicto

Es la tesis presentada por Alemania y receptada por la CIJ en Inmunities jurisdiccionales del Estado (2012). Se funda en el análisis de la relación entre normas *jus cogens* y normas procesales (normas primarias y secundarias del DI). Explica que tales normas actúan en órbitas distintas, y concluye en la imposibilidad de conflicto entre ambas dado que los sistemas estancos no se afectan recíprocamente.⁵³⁴ Alemania argumenta que no puede existir conflicto entre dos reglas de DI general, la cuestión sólo consiste en saber si una de ellas ha sido modificada por la operatoria de la otra. En el caso, según Alemania, la práctica de los Estados no indica que las reglas clásicas de la inmunidad estatal hayan sido modificadas en forma alguna.⁵³⁵

En respuesta, la argumentación de Italia en el caso citado afirma que el concepto de *jus cogens* no se encuentra confinado al dominio de las reglas primarias, sino que también se relaciona con los remedios disponibles en casos de violaciones graves de tales normas. Conforme esta visión, cuando existe un conflicto entre las reglas que previenen a los individuos el acceso a la justicia y la aplicación efecti-

⁵³⁴ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinión en disidencia del Magistrado Cançado Trindade, para. 133.

⁵³⁵ *Ibidem*, paras. 121 y 134.

va de reglas *jus cogens*, no existe otra posibilidad que abrir el camino a fin de obtener el cumplimiento efectivo de las normas imperativas: “la prioridad debe ser dada al *jus cogens* removiendo la inmunidad, y en consecuencia, permitiendo el acceso a la justicia de las víctimas individuales”.⁵³⁶ Agrega Italia que las normas *jus cogens* generan efectos en el dominio de la responsabilidad estatal, incluida la prevención de violaciones al DIPu.⁵³⁷

Por su parte, Grecia sostiene que de acuerdo a los Tribunales de su país, si las normas dotadas de un carácter perentorio han sido violadas, la inmunidad estatal no puede ser invocada.⁵³⁸ En su visión, el intento de distinguir entre normas sustantivas (*jus cogens*) y normas de procedimiento (inmunidad estatal) no posee valor legal. Una norma procedimental no tiene precedencia sobre la norma sustantiva de *jus cogens*, desde que tal situación sería inconsistente con el propósito y la razón de la regla sustantiva, y resultaría en la impunidad de los Estados que han cometido violaciones graves de normas perentorias.⁵³⁹

Desde una perspectiva de justicia y a la luz del DIPu contemporáneo debemos confrontar los fundamentos de la decisión de la CIJ. La idea básica que subyace al análisis de Alemania y de la sentencia de la CIJ es separar el mundo de las normas sustantivas de las formas que tienden a su protección y efectivo cumplimiento. En esta visión lo sustantivo y lo formal corren por carriles separados e inconnexos. Como no se afectan recíprocamente, la norma de fondo existe y si es violada, genera “responsabilidades en potencia”. Sin embargo, la práctica revela una realidad distinta que pasa por la negación del derecho de la víctima a una protección jurídica efectiva, incluyendo la falta de reparación en cualquiera de sus formas. La única cláusula de escape que esta concepción afincada en la idea de soberanía estatal permite es, claro está, el consentimiento del Estado infractor a fin que reconozca las violaciones y brinde alguna forma de reparación. Este razonamiento peca por simple, ya que de existir tal voluntad, no existiría este debate.

⁵³⁶ *Ibidem*, para. 89.

⁵³⁷ *Ibidem*, para. 135.

⁵³⁸ *Ibidem*, para. 138.

⁵³⁹ *Ibidem*, para. 139.

La separación entre normas primarias y secundarias deja librada la reparación a la exclusiva voluntad del Estado infractor. El victimario decide si responde y cómo lo hace. Esta respuesta jurídica suena ilógica y peor aún, injusta. Podría constituir una solución de hecho, en caso de ausencia de normas y de órganos decisores, pero no es ésta la mejor solución que puede proveer el DIPu contemporáneo.

Oponiéndose a la distinción entre normas sustantivas y procesales, el Magistrado Al-Khasawneh se pregunta en su disidencia en Orden de Arresto si la inmunidad se convierte en impunidad de facto para las conductas criminales cuando éstas ocurren en cumplimiento de una política estatal. Al-Khasawneh opina que el voto mayoritario de la sentencia elude esta cuestión moralmente embarazosa, recurriendo a una distinción existente pero artificial entre la inmunidad como defensa sustantiva y la inmunidad como defensa procesal. Lo artificial de la distinción se deduce del comentario de la CDI al art. 7 del “Proyecto de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad” que afirma:

“La ausencia de cualquier inmunidad procedimental respecto de la persecución y castigo en procedimientos judiciales apropiados (...) es un corolario esencial de la ausencia de cualquier inmunidad sustantiva o defensa”.

Remarca Al-Khasawneh que el “Proyecto” fue pensado para ser aplicado tanto por tribunales internacionales como domésticos. Resulta paradójico impedir a un individuo invocar su posición oficial para evitar la responsabilidad por un delito sólo para permitirle luego invocar igual calidad, a fin de evitar el inicio del proceso donde se analizará tal responsabilidad.⁵⁴⁰ Así, la inmunidad estatal en ningún caso constituye una defensa de fondo, esto es, no exime de responsabilidad a agentes o funcionarios del Estado que han ejecutado crímenes internacionales conforme el DI, ni tampoco constituye una defensa procedimental cuando se intenta

⁵⁴⁰ CIJ, Orden de Arresto, Opinión en disidencia del Magistrado Al-Khasawneh, paras. 5 y 6. Véase Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Report of the International Law Commission, (1996), United Nations Doc. A/51110. p. 41.

responsabilizar al mismo Estado por violaciones graves de normas imperativas que protegen derechos humanos.

Se parte de un supuesto verdadero, esto es, que las normas imperativas poseen una naturaleza sustantiva, distinta de aquellas normas de carácter procedimental, para llegar a una conclusión errada aunque necesaria para mantener el imperio de la soberanía por sobre los derechos humanos. En este punto, creemos que la protección jurídica efectiva incluye la reparación debida a la víctima por el Estado infractor. La obligación de reparar hace que la norma secundaria o procedimental se integre a la norma sustantiva violada a fin de extender sus efectos mas allá de la responsabilidad teórica afirmada por ésta hasta convertirse en alguna de las formas de reparación admitidas. Norma sustantiva y procedimental se constituyen en dos etapas del deber de reparar: una determina el nacimiento de la obligación y la otra admite el reclamo dirigido a la extinción de la misma.

II.b. Inexistencia de relación jerárquica entre jus cogens e inmunidad

El DIPu es más consistente que los derechos domésticos en el sentido que en éstos, cuanto mayor es la cantidad de normas, mayor será la posibilidad de conflicto entre ellas, lo cual genera incertidumbre y retrasa la solución. En el DI, existe una exigua cantidad de “reglas-derechos” básicos que pueden considerarse como parte del jus cogens, por lo cual la posibilidad de conflicto de normas es sensiblemente menor. Sin embargo, a modo de aspecto negativo, el DIPu enfrenta a la soberanía estatal como su restricción más importante al momento de ejecutar las decisiones de sus órganos. El DIDH soluciona posibles conflictos entre normas protectorias, mediante la aplicación del principio pro-homine: una norma deberá aplicarse prefiriéndola por sobre las demás cuando conduzca a la solución que mejor promueva o proteja los derechos de la persona humana.

Alexy afirma que “los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las posibili-

dades jurídicas”⁵⁴¹ que están determinadas por los principios y reglas opuestos. Por esta razón, los principios contienen mandatos *prima facie*: se cumplirán en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible. Los principios se unen con los valores en una relación deontológica-axiológica. En tanto los principios determinan lo posible, los valores buscan lo bueno. Tal relación es progresiva: “el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores”.⁵⁴²

El valor Justicia se expresa a través de la existencia de normas imperativas de DI general que al sintetizar aspiraciones universales, prevalecen sobre la voluntad contraria de uno o mas Estados aisladamente considerados. Desde esta perspectiva, las normas *jus cogens* constituyen principios de DIPu que, en lo que respecta a los derechos humanos, se traducen en reglas que establecen obligaciones de promoción y protección del individuo y prohibiciones absolutas impuestas a los Estados. Su sujeción a las mismas les asegura la pertenencia al sistema. El respeto de las reglas -obligaciones y prohibiciones- implica un aspecto positivo y otro negativo. El Estado está obligado a promover y proteger los derechos humanos, incluyendo la lucha contra la impunidad en caso de violación de las normas imperativas. El carácter negativo implica abstenerse de las conductas prohibidas y en caso de lesión, reparar el daño causado.

Si el Estado desconoce estos mandatos, se sitúa voluntariamente fuera del orden jurídico internacional que sirve de sustento a la ficción de su subjetividad internacional. No puede entonces prevalecerse de los derechos derivados de tal subjetividad -como la inmunidad jurisdiccional- cuando desconoce los valores y principios que resumen el orden público del sistema internacional toda vez que viole las reglas derivadas.

Alexy opina que la importancia de las normas *jusfundamentales* para un sistema jurídico resulta de (i) su fundamentalidad formal y (ii) su fundamentalidad material. La primera se relaciona con su

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 86.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 138. Allí afirma que el Derecho trata acerca de qué es lo debido dentro de un marco de posibilidades actuales. Si deseáramos conocer lo que es debido *jus*-constitucionalmente, debiéramos entonces pasar del modelo de principios al de valores.

ubicación en la cúspide de la estructura del orden jurídico y es directamente vinculante para los órganos del poder. La fundamentalidad material es útil para la toma de decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad, y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia.⁵⁴³ En este sentido, el “núcleo duro” de derechos humanos contiene normas materialmente fundamentales porque con ellas se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad. Según este autor, una teoría sobre las normas jusfundamentales que incorpore diferentes perspectivas resultará superior al brindar la más efectiva protección frente a las inevitables violaciones.⁵⁴⁴

Las normas jus cogens revisten la mayor jerarquía a la que puede aspirar una regla de DI general. Es lógico suponer que esta jerarquía debe ser reconocida por los derechos internos de cada Estado, bajo pena de generar responsabilidad basada en la violación del orden público internacional. Argentina cumple con este aspecto formal referido a las normas fundamentales al reconocer y ubicar al jus cogens en lo más alto de su pirámide jurídica interna. No obstante, al analizar el respeto de la fundamentalidad material, encontramos que la legislación Argentina no autoriza de manera expresa a una víctima de violaciones graves de normas imperativas que protegen derechos humanos a demandar al Estado infractor. Y ésta es una deuda del sistema que puede ser pagada incorporando la excepción que proponemos.

En Orden de Arresto (2002), la CIJ analizó la cita que Bélgica hizo del caso Pinochet a fin de argumentar la precedencia y mayor jerarquía de una norma imperativa por sobre aquella que afirma la inmunidad jurisdiccional del Estado infractor:

⁵⁴³ Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1993), ps. 503-505.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 37. Entre las teorías que debieran incorporarse menciona cinco visiones: (a) liberal; (b) institucional; (c) axiológica; (d) democrática; y (e) del estado social de los derechos fundamentales. Allí menciona a E. W. Bockenferde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation" en V/11.- 1974, p. 1530; de manera similar. K. Kroger, *Grundrechtstheorie ala Verjassungsproblem*, Baden Baden (1978); además, M. Kloepfer, *Datenschutz als Grundrecht*. Kronstein (1980), p. 20; E. Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*. Gotinga (1979), ps. 63 y ss.

“Entonces, de acuerdo con Bélgica, la decisión en Pinochet reconoce una excepción a la regla de la inmunidad cuando Lord Millet afirmó que 'se supone que el DI no estableció un delito con carácter de jus cogens y al mismo tiempo proveyó una inmunidad que se extiende a la obligación que intenta imponer’⁵⁴⁵

En este sentido el Magistrado Al-Khasawneh en su opinión en disidencia sostuvo que si las normas que prohíben los crímenes internacionales son parte del jus cogens, deben entonces prevalecer, aún como excepción, sobre las normas que establecen la inmunidad de jurisdicción:

“El combate efectivo contra los delitos graves ha asumido el carácter de jus cogens reflejando el reconocimiento que la comunidad internacional hace de intereses comunitarios vitales y valores que busca proteger y resaltar. En consecuencia, cuando esta norma jerárquicamente superior entra en conflicto con las reglas de la inmunidad, la primera debe prevalecer’⁵⁴⁶

En el ya citado precedente Al-Adsani (2001) las carencias de la argumentación de la mayoría de la CtEDH son comentadas en la opinión conjunta en disidencia de los Magistrados Rozakis y Caflisch a quienes acompañan Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić.⁵⁴⁷ Todos ellos concluyen que donde existe un conflicto entre una norma perteneciente al jus cogens y cualquier otra norma de DI, la primera prevalece, con la consecuencia que la norma secundaria no produce efectos legales que contradigan el contenido de la norma perentoria.⁵⁴⁸

⁵⁴⁵ CIJ, Arrest Warrant of 11 April (2000), DRC v. Belgium, ICJ Reports (2002), Judgment, para. 56.

⁵⁴⁶ CIJ, Arrest Warrant of 11 April (2000), DRC v. Belgium, ICJ Reports (2002), Judgment, Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh, para. 7.

⁵⁴⁷ CtEDH, Al-Adsani v. Reino Unido, 34 EHRR 11 European Court of Human Rights (2002). Aplicación no. 35763/97. Sentencia, opinión en disidencia, jueces Rozakis y Caflisch a la que adhieren los jueces Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić.

⁵⁴⁸ CIJ, Jurisdictional Immunities of the State, Opinión en disidencia del Magistrado Cançado Trindade, para. 153.

Como argumento contrario, sosteniendo la inmunidad, la CIJ hizo referencia en *Inmunidades Jurisdiccionales* (2012) a los trabajos preparatorios de la Convención sobre Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2004):

“Durante los subsiguientes debates en el Sexto Comité ningún estado sugirió que una limitación basada en el *jus cogens* a la inmunidad debiera ser incluida en la Convención. La Corte considera que esta historia indica que, al momento de la adopción de la Convención de Naciones Unidas en 2004, los Estados no consideraban que el DI consuetudinario limitara a la inmunidad de la manera sugerida por Italia”.⁵⁴⁹

Consecuentemente, la CIJ concluye que aún asumiendo que los procedimientos ante las Cortes Italianas involucraran violaciones del *jus cogens*, la aplicabilidad del DI consuetudinario relativo a la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero no se encontraba afectada.⁵⁵⁰

Se entiende que al momento de codificar la costumbre internacional referida a las excepciones a la inmunidad jurisdiccional, la excepción en estudio no se incluyera. Es un hecho anterior a 2004 y puede obedecer a más de una razón, entre ellas la dificultad en consensuar el contenido del *jus cogens*. Esto no significa que llegado el momento en que una jurisdicción doméstica deba admitir una demanda basada en la violación grave del *jus cogens*, carezca de la facultad de sopesar las normas en conflicto a efectos de decidir la admisión o rechazo del reclamo incoado.

En suma, en todo sistema jurídico existe una jerarquía de normas. El DIPu no es la excepción. Las normas imperativas se sitúan en lo alto de la pirámide del sistema. No es suficiente que los Estados reconozcan esa situación formal, sino que deben legislar a fin que tal precedencia guíe la conducta de los órganos del poder en el Estado, permitiendo en el caso que analizamos, asumir la obligación que el sistema impone frente a la violación grave de una norma imperativa

⁵⁴⁹ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, ICJ Reports (2012), para. 89.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, para. 97.

que protege derechos humanos. Esto es, dar curso a la denuncia, presentes ciertos requisitos.

II.c. La inmunidad del Estado extranjero prevalece sobre la territorialidad del acto lesivo

Cuando las violaciones graves son cometidas por un Estado en el territorio de otro, colisionan el principio de territorialidad -que habilita al Estado del foro a juzgar los hechos ilícitos- con la inmunidad jurisdiccional del Estado infractor que inhibe al Estado del foro a dar curso a la acción. La esencia del primer argumento Italiano en *Inmunidades Jurisdiccionales* (2012) es que el DIPu consuetudinario se ha desarrollado a punto tal de afirmar hoy que un Estado no posee inmunidad respecto de actos que ocasionan la muerte, daños a la persona o a la propiedad ocurridos en el territorio del Estado del foro, aún en caso que el acto lesivo posea carácter *iure imperii*.⁵⁵¹ Al respecto, opina el Relator Especial Kolodkin:

“Al enjuiciar graves delitos de interés universal, los Estados deberían, como cuestión de política, acordar prioridad a la territorialidad como base de jurisdicción, desde que estos delitos, a la par de ofender a la comunidad internacional en su conjunto al violar valores universales, primariamente dañan a la comunidad donde han sido perpetrados y violan no sólo los derechos de las víctimas sino también la exigencia general de orden y seguridad en esa comunidad. Además, dentro del territorio del estado donde la presunta violación se ha cometido generalmente se encuentra el grueso de la evidencia”.⁵⁵²

La CIJ sostiene que la inmunidad del Estado no se extiende a procedimientos civiles respecto de daños cometidos en el territorio del Estado del foro que causen muertes, daños a la persona o a los bienes originados en situaciones tales como accidentes de tráfico y otros riesgos asegurables. Sin embargo, a renglón seguido limita este reconocimiento, afirmando que la excepción de daños causados en el

⁵⁵¹ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Sentencia, ICJ Reports (2012), para.62.

⁵⁵² CDI, Doc. A/CN.4/631, Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, por Roman Anatolevich Kolodkin, Relator Especial, p. 42.

territorio del foro se limita a los actos *iure gestionis*.⁵⁵³ No brinda la CIJ mayores fundamentos para esta distinción. Es más, reconoce que ninguna de las legislaciones que provee la excepción de “daños territoriales” distingue expresamente entre *acta iure gestionis* y *acta iure imperii*.

La excepción de “daños personales” se encuentra reconocida en el art. 12 de la Convención ONU sobre Inmunidades Jurisdiccionales. En el comentario de la CDI a este art. 12 deja en claro que la disposición no tuvo por objeto limitarse a los *acta iure gestionis*.⁵⁵⁴ Durante los alegatos orales en el caso Inmunidades Jurisdiccionales, Alemania afirmó que esta provisión no codificaba DI consuetudinaria y que además no se aplicaba a las acciones de las fuerzas armadas, ya que la práctica internacional de los Estados las excluye de cualquier excepción a la inmunidad. En respuesta, Italia sostuvo que la excepción de daños permite el levantamiento de la inmunidad si el acto viciado tuvo lugar en todo o en parte dentro del Estado del foro, como sucedía en el caso citado. Recordó además que el art. 12 de la Convención referida no distingue entre *acta iure imperii* y *acta iure gestionis*.

La CIJ sostuvo que el art. 12 no codificó en su momento la costumbre internacional, fundando esta afirmación en que dos Estados -China y EEUU- realizaron observaciones referidas a que este artículo debía ser entendido aplicando la distinción entre actos de imperio y de gestión. En el criterio de la CIJ, la práctica estatal evidenciada en forma de decisiones judiciales sostiene la proposición que la inmunidad Estatal por *acta iure imperii* se extiende a los procedimientos civiles por actos que ocasionan muerte, daños a la persona o a los bienes (cubiertos por el art. 12 de la Convención sobre Inmunidades Jurisdiccionales) cometidos por las fuerzas armadas y otros órganos del Estado durante el transcurso de un conflicto armado, aún si los actos relevantes tienen lugar en el territorio del Estado del foro.⁵⁵⁵ Es una afirmación temeraria que podría barrer con las

⁵⁵³ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Sentencia, ICJ Reports (2012), para.64.

⁵⁵⁴ *Yearbook of the International Law Commission*, (1991), Vol. II (2), p. 45, para. 8.

⁵⁵⁵ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Sentencia, ICJ Reports (2012), para. 77. Véase igualmente el caso *Arrest Warrant of 1 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Sentencia, paras. 72, 73 y 76. ICJ Reports (2002).

consecuencias de los crímenes internacionales, y en especial los crímenes de guerra.

El punto central aquí consiste en calificar a las violaciones graves de normas imperativas como actos de imperio. Ciertamente no son actos privados, ya que su comisión revela o bien una política estatal criminal, o bien la utilización de la maquinaria estatal para la comisión de todo o parte de los actos lesivos. Dicho esto, queda claro el carácter de *acta iure imperii* de las conductas que lesionan gravemente los derechos humanos.

No obstante, las consecuencias de esta afirmación en nuestro concepto, difieren de lo que afirma la CIJ.

Primero, porque la caracterización de las violaciones graves de normas imperativas como *acta iure imperii* es a los efectos de imputar responsabilidad al Estado, evitando que pretenda excluirla, trasladándola en forma exclusiva a los participantes individuales de los actos.

Segundo, porque los *acta iure imperii* son aquellos ejecutados en el ejercicio de la soberanía estatal, avanzando fines públicos. Ni atendiendo a la naturaleza del acto, ni a su finalidad, podríamos afirmar que la comisión de violaciones graves de derechos humanos pueda ser calificada como un acto de soberanía o una actividad que avanza los fines del Estado de forma tal que el Estado infractor pueda invocar los efectos que lo benefician. En tal caso el beneficio de la inmunidad quedaría neutralizado por la obligación de reparar tal violación grave, y en caso de no hacerlo, habilitaría a que otro Estado con jurisdicción suficiente lo intentara. No es razonable afirmar que el DIPu otorga a los Estados el derecho de violarlo *impunemente*. Este sería el resultado de aceptar que un Estado violara gravemente los derechos humanos e invocara luego inmunidad por ser actos de imperio.

Tercero, porque la doctrina nacida para excluir a los actos comerciales de la inmunidad jurisdiccional del estado extranjero y así facilitar el comercio internacional, no tuvo en miras ni consideró jamás la comisión de graves violaciones a los derechos humanos. Por lo tanto, resulta hoy inadecuada e insuficiente.⁵⁵⁶ Afirma Cançado Trindade en Inmunidades Jurisdiccionales:

⁵⁵⁶ Así también lo expresa Cançado Trindade en CIJ, Jurisdictional Immunities of the State, Opinión en disidencia, para. 171.

“(…) Estamos aquí frente a la invocación de la inmunidad estatal respecto de la comisión de crímenes internacionales (...) ¿Cuál es la relevancia de aquella distinción entre *acta iure imperii* y *acta iure gestionis* para la consideración del caso presente ante el Tribunal? Ninguna”.⁵⁵⁷

Y continúa:

“Las violaciones graves de derechos humanos y del DIH que constituyen crímenes internacionales no son en absoluto *actos iure imperii*. Ellos son actos antijurídicos, son violaciones del *jus cogens*, que no pueden ser simplemente removidas o arrojadas al olvido por el recurso a la inmunidad Estatal. Esto bloquearía el acceso a la justicia, e impondría la impunidad”.⁵⁵⁸

Cuarto, en el campo del DIPenal, la excepción a la inmunidad estatal referida a las violaciones graves de derechos humanos que constituyen delitos internacionales, incluye todo tipo de conductas individuales sin distinguir entre actos de imperio o gestión.

Quinto, si la CIJ afirma en su interpretación de la excepción de “daños territoriales” la vigencia de la distinción entre actos de imperio y gestión, e incluye entre los primeros a los actos de las fuerzas armadas y otras agencias estatales durante un conflicto armado, quedan fuera de esta interpretación todos los actos que causen muertes, daños a la persona o a los bienes ocurridos en el territorio de otro Estado (el citado art. 12) “*en toda situación en que no exista un conflicto armado*”.

Sexto, la interpretación de la CIJ desconoce la existencia de Nüremberg, Tokio y otros tribunales internacionales, e invalida sus consecuencias. Si los actos de las fuerzas armadas y otras agencias estatales que provocan en el territorio de otro, muertes y daños a las personas y los bienes, se consideran actos de imperio y se los beneficia con la inmunidad jurisdiccional, jamás hubieran sido juzgadas las

⁵⁵⁷ *Ibidem*, para. 177.

⁵⁵⁸ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinión en disidencia del Magistrado Cançado Trindade, para. 129.

atrocidades cometidas por el Nazismo y sus socios del Eje en los territorios de los Estados invadidos y ocupados.

En séptimo lugar, y por si algo faltara para invalidar esta interpretación de la CIJ, la naturaleza del acto -iure imperii o iure gestio- nis- es determinada por la *lex fori*.

II.d.Desestabilización del orden jurídico internacional

Una cuarta objeción afirma que el reconocimiento de la excepción que proponemos, provocaría la desestabilización del sistema internacional, al erosionar el principio de igualdad soberana. La CIJ menciona este fundamento en la sentencia de Inmunities Jurisdiccionales, según el cual los tribunales de un Estado decidirían sobre la licitud de la conducta de otro Estado soberano. En la visión de Alemania en Inmunities Jurisdiccionales, el bien común no puede ser minado por el bien individual y en consecuencia, los derechos humanos no pueden ser reconocidos si su efecto es poner en peligro la estructura de la sociedad internacional. En esta argumentación, el bien común parece corresponderse con el interés de los Estados y el bien individual, con la protección de los derechos humanos. Extraño criterio donde el histórico victimario de la persona humana es identificado con el bien común y los derechos de las víctimas de -por ejemplo- genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra son asimilados a los de individuos que persiguen un bien egoísta.

Caçado Trindade expresa que lo que desestabiliza al sistema internacional es la comisión de crímenes internacionales y no las demandas individuales en busca de justicia.⁵⁵⁹ En su opinión, cuando los Estados persiguen una política criminal de asesinar a segmentos de su propia población, y de la población de otros Estados, no pueden, posteriormente, situarse ellos mismos detrás del escudo de la inmunidad soberana, ya que jamás fue concebida con tal propósito. Las violaciones graves de derechos humanos y del DIH que constituyen crímenes internacionales -continúa Caçado Trindade- son actos antijurídicos, verdaderas violaciones del *jus cogens* que no pueden ser

⁵⁵⁹ CIJ, Jurisdictional Immunities of the State, Opinión en disidencia del Magistrado Caçado Trindade, para. 129.

fácilmente removidos o arrojados al olvido recurriendo a la inmunidad. Esto bloquearía el acceso a la justicia, consolidando la impunidad: “Las violaciones del jus cogens deben remover las defensas de inmunidad estatal, a fin que la justicia pueda ser realizada”.⁵⁶⁰

La nueva excepción que admite demandar a Estados extranjeros por la violación de normas imperativas que protegen derechos humanos, lejos de poner en peligro el sistema internacional, lo consolida en sus raíces, sus valores y principios y constituye un paso fundamental hacia la supremacía de la persona humana frente al Estado, como cuando nació el derecho de gentes, por el hombre, para los hombres y pueblos.

II.e. Interpretación estado-céntrica del sistema internacional: la persona como objeto de protección del DI.

En la visión de Cançado Trindade, la entera perspectiva desde la que la CIJ plantea la discusión “norma imperativa v. inmunidad jurisdiccional” se centra exclusivamente en los intereses del Estado. Por esto la llama “estado- céntrica”.

Cuando se menciona la evolución del DIPu se lo hace desde la perspectiva de los Estados, y de las concesiones en forma de límites que han ido aceptando. Una visión más amplia puede utilizarse, una que integre al individuo y a otros actores como sujetos con capacidades limitadas en la medida que contribuyen a la formación del DIPu.⁵⁶¹ En su opinión en disidencia en *Inmunidades Jurisdiccionales* (2012), Cançado Trindade sostiene que mantener la inmunidad absoluta del Estado cuando se encuentra en conflicto la violación de una norma imperativa que protege los derechos humanos: “(...) no posee ningún sentido [...], y conduce a la impunidad y a una manifiesta injusticia”.⁵⁶²

La legislación doméstica que recepta la inmunidad jurisdiccional estatal debe ser interpretada a la luz de las normas imperativas de DI general. En este sentido, afirmar que al presente existen otros sujetos y actores del DIPu, y luego analizar los derechos de la persona

⁵⁶⁰ *Ibidem*.

⁵⁶¹ *Ibidem*, para. 5

⁵⁶² *Ibidem*, para. 16.

humana frente al Estado desde la perspectiva unicéntrica del Estado para la cual el individuo es “objeto” de protección, resulta contradictorio. Peor aún, desconocer subjetividad internacional a la persona humana es injusto, ya que su consecuencia es negar el ejercicio práctico de sus derechos. Recuerda Cançado Trindade el peligro de una concepción estado-céntrica del DI, citando a La Pradelle quien ya en la década de 1930 afirmaba:

“Es sumamente grave y peligroso que el DI se forme sobre la concepción de los derechos y obligaciones recíprocos de los diferentes Estados. (...) Es esencial alejarse de este proceso de definición. (...) [ya que] plantea un peligro inmediato, conduciendo a los Estados a interesarse únicamente, respecto de la organización y desarrollo del DI, en sus libertades particulares agrupadas bajo una nueva expresión, la de soberanía”.⁵⁶³

Para Jacques Maritain, el verdadero progreso significaba la ascensión de la conciencia, de la igualdad y comunión de todos en la naturaleza humana, realizando así el bien común y la justicia.⁵⁶⁴ La CtIDH en su opinión consultiva sobre los migrantes indocumentados afirmó:

“(...) urge buscar la reconstrucción del derecho de gentes, en este inicio del siglo XXI, con base en un nuevo paradigma, ya no más estado-céntrico, sino situando al ser humano en posición central y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo”.⁵⁶⁵

⁵⁶³ A. de La Pradelle, *Droit international public (cours stenographique)*, Paris, Institut des hautes études internationales/Centre européen de la dotation Carnegie, November 1932/ May 1933, pp. 33-34.

⁵⁶⁴ Maritain J., *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, (1982), reimpr., pp. 12, 18, 38, 43 y 94-96, y cf. p. 69. Se imponía la liberación de las servidumbres materiales, para el desarrollo sobre todo de la vida del espíritu; en su visión, la humanidad sólo progresa cuando marcha en el sentido de la emancipación humana (*ibid.*, pp. 50 y 105-108). Al afirmar que “la persona humana trasciende el Estado”, por cuanto tiene “un destino superior al tiempo”, agregó que “cada persona humana tiene el derecho de decidir por sí misma en lo que concierne a su destino personal (...)” (*ibid.*, pp. 79-82, y cf. p. 104).

⁵⁶⁵ CtIDH, Opinión Consultiva 18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17/09/2003, para. 113.

Afirma Bos que el reconocimiento de ciertos valores fundamentales, sobre la base de un sentido de justicia objetiva, en mucho ha contribuido a la formación de la *opinio juris communis*⁵⁶⁶ en las últimas décadas del siglo XX, que cabe seguir desarrollando en nuestros días para hacer frente a las nuevas necesidades de protección del ser humano.

La visión “estado-céntrica” de la que habla Cançado Trindade es lentamente reemplazada por una visión antro-po-céntrica. En este sentido, la llamada “cláusula democrática” además de reaseguro de la voluntad popular, actúa como límite de la soberanía del Estado.

Cláusula democrática y derechos humanos se encuentran intrínsecamente unidos. La *raison d'être* de la cláusula democrática reside justamente, en la promoción y protección de los derechos humanos y en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Esto es así porque el sistema democrático se funda en el reconocimiento pleno de los derechos individuales, a la par que prioriza la solución pacífica de controversias. Con la entronización de la democracia como sistema político preferente, la subjetividad del individuo y de los pueblos se consolida un enfoque antropocéntrico de las relaciones internacionales.

Europa adopta la cláusula democrática en relación con el reconocimiento de los nuevos estados de Europa del Este, tras la desintegración de la ex-URSS y luego, la ex-Yugoslavia. En sendas Declaraciones⁵⁶⁷ se somete el reconocimiento de los nuevos Estados a que éstos cuenten con una base democrática y se comprometan a respetar una serie de obligaciones internacionales, derivadas de la Carta de la ONU, el Acta de Helsinki de 1975 y la Carta de París de 1990 y otros compromisos referidos a los derechos humanos, los derechos de las minorías, la inviolabilidad de las fronteras, el desarme, la no proliferación nuclear, el arreglo pacífico de controversias y el no reconocimiento de los entes nacidos de la agresión.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ Maarten Bos, *A Methodology of International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984, p. 251, y cf. pp. 246 y 253-255.

⁵⁶⁷ Véase la Declaración relativa a las líneas directrices sobre el reconocimiento de nuevos estados en Europa Oriental y en la Unión Soviética y la Declaración sobre Yugoslavia adoptadas por la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores.

⁵⁶⁸ Así lo explica Barboza Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavalía Editor, 1a. ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, pág. 182.

En la órbita del MERCOSUR, existen cláusulas de este estilo que actúan como requisito de admisibilidad de nuevos Estados miembros, o bien como estándar para mantener la calidad de miembro pleno. El Protocolo de Ushuaia⁵⁶⁹ afirma el carácter esencial del gobierno democrático para afianzar la integración regional. Venezuela ha sido suspendida en sus derechos en virtud del mismo.⁵⁷⁰

Los países asociados a la UNASUR dispusieron la vigencia de la “cláusula democrática” con la intención de proteger a sus miembros de posibles intentos de golpe contra el orden constitucional.⁵⁷¹ Según se dispone, el instrumento se aplicará:

“en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos.”⁵⁷²

⁵⁶⁹ Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile. 24/07/1998. En este instrumento se afirma que en caso de ruptura del orden democrático en un Estado Parte del Protocolo, los demás estados promoverán consultas entre sí y con el Estado afectado. En caso que tales consultas resultaren infructuosas, los demás estados partes considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Estas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos.

⁵⁷⁰ La República Bolivariana de Venezuela se encuentra suspendida en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte del MERCOSUR, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 5º del Protocolo de Ushuaia. Reunión de Cancilleres de los Estados partes del MERCOSUR. San Pablo, Decisión de 05/08/2017.

⁵⁷¹ UNASUR, IV Reunión de Presidentes, Cumbre de Guyana, 26/10/2010. Firmada en forma unánime por los representantes de los países que en ese momento componían el bloque: Argentina, Venezuela, Ecuador, Guyana, Surinam, Brasil, Colombia, Paraguay, Uruguay, Chile, Perú y Bolivia.

⁵⁷² Protocolo Adicional al Tratado constitutivo de la UNASUR, Art. 1. Entre las posibles sanciones, se prevé el cierre parcial o total de fronteras; la suspensión del comercio, del tráfico aéreo y marítimo, de las comunicaciones, de la provisión de energía, de los servicios y suministros; el sugerir la suspensión del Estado en otros organismos regionales e internacionales; la promoción de penalizaciones ante terceros países y otras sanciones políticas y diplomáticas adicionales, Art. 4.

Los presidentes de América del Sur a través del Comunicado de Brasilia⁵⁷³ afirmaron la “cláusula democrática”, sosteniendo que:

“El mantenimiento del estado de derecho y el pleno respeto al régimen democrático en cada uno de los doce países de la región, constituyen un objetivo y un compromiso compartidos, tornándose desde hoy, condición para la participación en futuros encuentros sudamericanos.”⁵⁷⁴

No satisfechos con responder las principales objeciones esgrimidas en favor de la inmunidad jurisdiccional, creemos relevante expresar nuestros argumentos a favor de la existencia de una excepción a incorporar en la ley Argentina. Los ubicamos bajo el título:

III. Justificaciones de la nueva excepción en la ley Argentina

La esencia del DIPu está constituida por su orden público expresado por el jus cogens, normas cuyo contenido se sobrepone a la voluntad aislada de uno o más Estados y que obliga a todos. Intentamos fundamentar desde el DIPu vigente la existencia de una nueva excepción a la inmunidad jurisdiccional del Estado basada en la violación grave de normas imperativas del DI general que protegen los derechos humanos. Primero, una certeza: la justicia de la solución que otorga primacía a los derechos humanos frente a la soberanía nos parece autoevidente en tanto el Derecho existe a fin de otorgar al débil herramientas de defensa frente al Poder. Segundo, aceptamos la duda: concedemos que la fundamentación de la excepción propuesta requiere un desarrollo no exento de controversia.

Los fundamentos a favor de la supremacía de la soberanía estatal difieren de aquellos que avalan el carácter absoluto -y limitante- de las normas imperativas que protegen derechos humanos, en:

- i. la apreciación de la naturaleza de las normas en crisis;
- ii. la subjetividad internacional de la persona humana;
- iii. la existencia de un derecho individual a la reparación;

⁵⁷³ Comunicado de Brasilia, Reunión de Presidentes de América del Sur. Brasilia, 01/09/2000. El "Compromiso andino por la Democracia" de 1998 marcha en igual sentido.

⁵⁷⁴ Comunicado de Brasilia, para. 23.

- iv. la importancia del derecho sustantivo lesionado en la interpretación de la inmunidad jurisdiccional;
- v. las fuentes utilizadas y las omitidas en la interpretación de la CIJ;
- vi. los límites razonables al acceso a la justicia y la probable denegación de justicia;
- vii. la actuación de los tribunales domésticos como complemento del DI;
- viii. la relevancia del aporte jusnaturalista al DI;
- ix. la obligación de renunciar a la inmunidad en ciertos casos.

Analizamos cada uno a fin de comprender las razones por las cuales debe incluirse la excepción propuesta en la legislación interna Argentina.

III.a. Naturaleza de las normas en crisis

La cuestión de la inmunidad jurisdiccional del Estado puede analizarse desde dos prismas: el del Estado o el del individuo. El primero protege la igualdad soberana estatal, el segundo garantiza los derechos de la persona humana. Cada interrogante y su respuesta varían según consideremos que estamos frente a un conflicto vinculado con la soberanía o bien, con los derechos humanos.

La CIJ ha tomado partido. Considera lo primero. En el caso *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (2012), rechaza que ciertas violaciones graves de derechos humanos constituyan una excepción a la inmunidad jurisdiccional del Estado infractor. La metodología utilizada por la Corte al plantear la cuestión; su posterior enfoque de las temáticas a considerar; su razonamiento sustanciado de las cuestiones planteadas; y finalmente, la conclusión a la que arriba en la sentencia, se encuentran todos orientados a defender la soberanía estatal, aún en perjuicio de la protección efectiva de los derechos de la persona.

La CtIDH por su parte, prioriza un enfoque protectorio de los derechos humanos frente al Estado. Existe aquí un desarrollo juris-

prudencial imposible de ocultar o de no referenciar relativo a masacres ejecutadas por el Estado en contra de sus habitantes.⁵⁷⁵

Hasta aquí podríamos afirmar que no existe contradicción en los desarrollos jurisprudenciales referidos. Mientras la CIJ no encuentra fundamentos en las fuentes del DIPu para afirmar que la jurisdicción de un Estado pueda juzgar a otro por violaciones de normas imperativas protectorias de derechos humanos, la CtIDH afirma expresamente que un tribunal internacional sí puede hacerlo. Esta afirmación es admitida en cierta medida por la CIJ cuando enumera las vías alternativas con que cuenta la víctima al ser reconocida la inmunidad jurisdiccional del Estado demandado.

Sin embargo, el problema no es procedimental. No se trata de conocer si existe acuerdo sobre la jurisdicción en que la víctima debe presentar la denuncia o aún, si tal jurisdicción existe. La verdadera cuestión que reclama solución subyace en los fundamentos de las opiniones de los tribunales internacionales mencionados. Existen diferencias esenciales entre la jurisprudencia de la CIJ y fallos de la CtIDH y otros tribunales y agencias del sistema de NNUU encargados de proteger los derechos humanos.⁵⁷⁶ Éstos últimos se han pronunciado como vimos a lo largo del trabajo, respecto de la necesidad que los Estados brinden una protección jurídica efectiva y otorguen reparación a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos. En este discurso, el Estado existe para proteger a la persona humana y ésta puede reclamar tal protección, a diferencia del

⁵⁷⁵ Para un análisis reciente véase Autores varios, *Reparer les violations graves et massives des droits de l'homme: La Cour interaméricaine, pionnière et modèle?* (eds. E. Lambert Abdelgawad and K. Martin-Chenut), París, Société de législation comparée (2010), pp. 17-334. El desarrollo jurisprudencial de la CtIDH se demuestra en las sentencias pronunciadas en los casos *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Sentencia de 29/04/2004. Fondo; *Masacre de Mapiripán v. Colombia*. Sentencia de 15/09/2005; *Masacres de Ituango v. Colombia*. Sentencia de 1/07/2006; *Goiburú y ot. v. Paraguay*. Sentencia de 22/09/2006; *Almonacid Arellano v. Chile*. Sentencia de 26/09/2006. Excepciones Preliminares, Fondo, *Reparaciones y Costas*; *Penal Miguel Castro-Castro v. Perú* (25/11/2006); y *La Cantuta v. Perú*. Sentencia de 29/11/2006.

⁵⁷⁶ Como por ejemplo, los tribunales ad hoc creados desde fines del siglo XX en adelante, la Corte Penal Internacional, la Comisión y ahora el Consejo de Derechos Humanos, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, el Comité Internacional de la Cruz Roja, entre los destacados.

enfoque de la CIJ donde el ser humano es sólo un objeto de protección.

La excepción propuesta para la legislación Argentina constituye una forma de brindar protección efectiva a los habitantes, a la vez que garantiza la aplicación real de las reglas imperativas de DI general derivadas de principios tales como el respeto de la subjetividad de la persona humana y la promoción y protección de los derechos humanos. Estos principios explicitan valores universales que deben ser protegidos por constituir la esencia misma del sistema internacional que crea, garantiza y contiene a los Estados soberanos.

III.b. Subjetividad internacional de la persona humana

La aceptación de la subjetividad internacional del individuo constituye un punto de quiebre al momento de analizar la relación “violaciones graves – inmunidad”. Los diversos estatutos de DIPu protectorios de la persona humana le reconocen subjetividad, brindándole distintas capacidades. Así lo expresa de manera constante la jurisprudencia de la CtIDH y otros tribunales internacionales como los tribunales ad-hoc para la ex-Yugoslavia, Rwanda, Sierra Leona, Líbano, Camboya, Timor Este, Kosovo, Bosnia Herzegovina, Burundi y la Corte Penal Internacional. Por su parte, el DI clásico expresado en una jurisprudencia reciente de la CIJ aún considera a la persona como objeto de protección del DI. En sus efectos, la jurisprudencia reciente de la CIJ deposita a los derechos de la persona en un limbo jurídico donde prima la voluntad arbitraria del Estado infractor a efectos de amparar a la víctima mediante su protección diplomática; o bien concederle reparación; o someterse a proceso; o incluso detener o continuar la comisión de violaciones a los derechos humanos. Desde una visión opuesta, afirmó la CDI:

“la responsabilidad estatal por la violación de una obligación convencional relativa a la protección de los derechos puede existir respecto de todas las partes del tratado, pero los individuos involucrados deberían ser considerados como los bene-

ficiarios finales y en este sentido los titulares de los derechos relevantes”.⁵⁷⁷

La excepción en estudio tiende a reforzar la subjetividad internacional de la persona humana. Es una herramienta legal más que se suma - presentes ciertas circunstancias- a las defensas con que cuenta cualquier víctima del accionar ilícito estatal.

Los instrumentos internacionales de protección de la persona humana reconocen al individuo la titularidad de los derechos y libertades fundamentales, así como la necesaria capacidad procesal para hacerlos efectivos. Malanczuk expresa dudas sobre si realmente el DIDH constituye un ejemplo aceptable sobre la nueva tendencia de reconocer derechos a la persona, o si, por el contrario, su contenido sólo demuestra el carácter de simple beneficiario de normas internacionales que los Estados acuerdan conceder al individuo. En todo caso, duda sobre si tales reglas constituyen verdaderas obligaciones legales o son simples aspiraciones morales.⁵⁷⁸ Frente a estas objeciones, sostiene que una posible vía de solución puede consistir en la creación de procedimientos jurisdiccionales de carácter internacional que tiendan a efectivizar los derechos, o bien a reparar los daños generados por incumplimiento. En este sentido y cuando de legitimación procesal se trata, el derecho procesal posee un valor superlativo en relación con la afirmación de la subjetividad individual.

Brownlie se muestra partidario de aceptar la subjetividad individual, aunque reconoce la falta de conveniencia de hablar de la persona como sujeto de DI.⁵⁷⁹ Cassese llama “sujetos derivados” tanto a la persona como a las organizaciones internacionales, por su carácter de beneficiarios de derechos creados exclusivamente por los Estados:

“...los individuos, así como las organizaciones internacionales, sólo existen como personas jurídicas internacionales, si

⁵⁷⁷ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries”, UN doc. A/56/10, of 2001, Art. 33, para. 3, p. 95.

⁵⁷⁸ Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK (1997), ps. 100-101

⁵⁷⁹ Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th ed., (1990), Oxford, UK, p. 67.

son creadas por grupos de estados. En consecuencia, ellos permanecen dependientes de la voluntad de sus “creadores”. De esto se sigue que, al igual que las organizaciones internacionales, los individuos son sujetos derivados, en la medida en que derivan su existencia de las decisiones formales (normalmente un tratado) de otros sujetos [Estados]...”⁵⁸⁰

Barboza⁵⁸¹ se muestra partidario de una “personalidad estrictamente limitada”, conferida tanto por el DIPu de fuente convencional como consuetudinaria, a la vez que afirma que en tanto el DIPu conoce y acepta personas no plenas, “no puede entenderse por qué el individuo, también una entidad de personalidad limitada, no sería a su vez un sujeto de aquel derecho”.⁵⁸²

Moncayo - Vinuesa - Gutiérrez Posse afirman que “La sola imputación directa de derechos y obligaciones internacionales confiere al individuo subjetividad dentro del ordenamiento jurídico internacional. Y esto es así, independientemente de que el individuo haya sido habilitado o no, para el ejercicio directo de las acciones correspondientes”.⁵⁸³ Concuerdan estos autores con Cassese sobre el carácter no originario de la personalidad del individuo.

No encontramos entonces en el DI general normas que reconozcan al individuo como sujeto de derecho pleno. En este punto, la doctrina se divide entre quienes lo consideran sólo un sujeto derivado -de la voluntad estatal- y otros autores que lo reconocen como un sujeto relativo. Mas allá de los matices, existen temáticas donde la persona se constituye en sujeto de DIPu con distintas capacidades dirigidas a ejercer los derechos de los que es titular. Mencionamos (i) la protección internacional de los trabajadores; (ii) la protección de la persona como víctima de los conflictos armados; (iii) los sistemas internacionales y regionales de protección de derechos humanos; (iv)

⁵⁸⁰ Cassese Antonio, en Bedjaoui ed., *International Law: process and prospects*, Kluwer Law International, (1991), ps. 114-120.

⁵⁸¹ Barboza Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavalía Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, p. 588.

⁵⁸² Ídem, p. 589. En relación con el reconocimiento de personas no plenas realizado por el DI, este autor menciona a Egipto mientras era vasallo de Turquía; los laender del Imperio Alemán de Bismarck; y Baviera que gozaba del derecho de legación.

⁵⁸³ Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse, *Derecho Internacional Público*, Tomo 1, Ed. Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires, Argentina (1990), p. 16.

la responsabilidad individual por la participación en delitos internacionales; y (v) las peticiones y reclamos a título personal ante instancias internacionales.

En todo caso, aún aceptando que los derechos derivan del previo reconocimiento estatal, su titularidad se encuentra en cabeza de la persona humana, nunca del Estado.

III.c. Existencia de un derecho individual a la reparación

El derecho individual a la reparación es parte de la protección jurídica efectiva. El DIPu lo reconoce a las víctimas de violaciones graves del DIH, con fundamento en el art. 3 de la Convención de la Haya de 1907 (IV) 77, el art. 91 del Protocolo Adicional I de 1977, la Regla 150 de la Codificación del DIH del CICR, el art. 33 (2) de los Artículos sobre Responsabilidad Estatal de la CDI y la práctica internacional.⁵⁸⁴ Por su parte, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI en adelante) en su opinión consultiva sobre el servicio postal en Danzig (1925)⁵⁸⁵, concluyó en que no existe en el DIPu prohibición alguna que impida a los individuos adquirir derechos en forma directa a partir de un tratado, probado sea que tal fue la intención de los Estados contratantes. En el caso *Danzig Railway Officials*⁵⁸⁶, el TPJI afirmó:

“No puede discutirse que el verdadero objeto de un acuerdo internacional, según la intención de las partes contratantes, puede ser la adopción por las Partes de ciertas reglas definidas que creen derechos y obligaciones individuales exigibles ante los tribunales nacionales”.⁵⁸⁷

Así, el TPJI decidió que los funcionarios de trenes de Danzig poseían el derecho de accionar contra el estado Polaco -en la persona de su administración de trenes-, para hacer efectivos los derechos de los

⁵⁸⁴ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinión en disidencia del Magistrado Cançado Trindade, paras. 69-70.

⁵⁸⁵ TPJI, *Reports Series B*, No. 11 (1925).

⁵⁸⁶ TPJI, *Serie B*, No. 15 (1928).

⁵⁸⁷ Original inglés. La traducción es nuestra. Ver también Brownlie Ian, *Basic documents on Human Rights*, 2nd edition, (1981), p. 242.

cuales eran beneficiarios en razón del tratado.

Bajo las provisiones relativas a la protección de las minorías existentes en los Tratados de Paz de Versailles de 1919⁵⁸⁸, se autorizaba a los individuos a recurrir ante un tribunal internacional bajo determinadas circunstancias. De igual manera, el Tribunal creado por la Convención para la Alta Silesia de 1922 decidió su competencia para juzgar acciones iniciadas por individuos contra los Estados de su nacionalidad.⁵⁸⁹

El régimen de reparaciones para las violaciones graves de derechos humanos y del DIH no se agota en el nivel inter-estatal y las víctimas individuales pueden dirigir sus reclamos hacia los tribunales domésticos. Existe al presente una clara tendencia evidenciada en documentos internacionales dirigida a la creación de derechos y obligaciones, y que reconoce legitimación activa al individuo para llevar a juicio a los Estados.⁵⁹⁰

En cuanto al ejercicio del derecho a la reparación por violaciones graves de derechos humanos, el Estado sólo puede renunciar a reclamos en su propio nombre, pero no respecto de derechos que pertenecen a las víctimas de violaciones. Estos derechos subsisten aun cuando el Estado de nacionalidad de la víctima pretenda renunciar en su nombre, sea ya en forma unilateral o a través de acuerdos con otros Estados. Aún más, algunas formas de reparación -como el derecho a la verdad- son privativos de la víctima, y si bien se enmarcan en un contexto histórico, también lo hacen en un marco personal respecto del cual sólo las instituciones estatales pueden revelar los hechos ignorados. Afirma Cançado Trindade:

“Los estados pueden, si así lo desean, renunciar a reclamos relativos a sus propios derechos. Pero no pueden renunciar a re-

⁵⁸⁸ Art. 304 (b), Tratado de Versailles, 1919, por el cual los nacionales de las potencias aliadas y asociadas podían presentar demandas contra Alemania ante el Tribunal Arbitral Mixto.

⁵⁸⁹ Ver *Steiner and Gross v. Polish State*, 4 AD, p. 291.

⁵⁹⁰ Puede citarse la Convención Europea sobre Derechos Humanos, 1950; los Tratados de las Comunidades Europeas, 1957; la Convención Interamericana de derechos humanos, 1969; el Protocolo Opcional del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, 1966; la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 1965; y la Convención para la solución de Conflictos de Inversión, 1965.

clamos de reparaciones derivadas de violaciones graves de derechos que no son propios, derechos que son inherentes a la persona humana. Cualquier pretendida renuncia a estos efectos va contra el orden público internacional y viola el jus cogens.”⁵⁹¹

El levantamiento de la inmunidad jurisdiccional es justificado cuando el recurso a tribunales domésticos representa el último o único medio disponible para obtener reparación en cualquiera de sus formas.

III.d. Importancia del derecho sustantivo lesionado al interpretar la inmunidad jurisdiccional

¿Debe el juez del foro considerar el objeto del proceso antes de declarar la inmunidad jurisdiccional de un Estado extranjero?. Nuevamente en este punto encontramos opiniones encontradas. Si conforme el criterio de la CIJ ya expresado, la norma procedimental actúa en una dimensión distinta de la norma sustantiva, la concesión de inmunidad es siempre previa al análisis del objeto procesal y el derecho alegadamente violado. Para la CIJ, las reglas de la inmunidad estatal son procedimentales en su carácter y se encuentran confinadas a determinar si los tribunales de un Estado pueden ejercer jurisdicción respecto de otro Estado.⁵⁹² En su opinión, se trata de un problema lógico: las cortes nacionales tienen que determinar la cuestión de la inmunidad al inicio del procedimiento. De esta manera, la concesión de inmunidad se independiza de las circunstancias del caso y se desinteresa del tipo y grado de violación y del daño causado a las víctimas. Dice la CIJ:

“Si la inmunidad dependiera de que el Estado hubiera cometido una grave violación del DIDH o del derecho de los conflictos armados, entonces sería necesario para el tribunal nacional realizar una investigación sobre el fondo a fin de determinar si posee jurisdicción. Si, en el caso contrario, la mera alegación de que un Estado ha cometido tal tipo de violacio-

⁵⁹¹ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade, para. 72.

⁵⁹² CIJ, *Arrest Warrant of 1 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Sentencia, ICJ Reports (2002), para. 93.

nes fuera suficiente para privar a un Estado de su derecho a la inmunidad, la inmunidad en efecto podría ser negada simplemente por la construcción habilidosa del reclamo”.⁵⁹³

Hemos expresado ya serios reparos a esta argumentación. Esta línea de pensamiento sería válida sólo si el privilegio de la inmunidad jurisdiccional fuera absoluto. En tal caso no sería necesario iniciar la discusión ya que el Estado poseería un escudo imposible de atravesar. No es el caso. El argumento cae frente al carácter relativo de la inmunidad jurisdiccional. La ya antigua teoría que distingue entre actos de imperio y actos de gestión, asume implícitamente el análisis previo de la naturaleza del hecho generador del conflicto y la pretensión procesal. Antes de declarar la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero, el juez debe decidir si los hechos tal como son denunciados, caen dentro de alguna de las excepciones admitidas en la ley doméstica si existiera, o internacional. No existe inmunidad “en blanco”, tal como afirma el Magistrado Loucaides en *Al-Adsani* (2001):

“Cualquier forma de inmunidad en blanco basada en el DIPu o interno que se aplique a fin de bloquear la elucidación de un reclamo civil sin balancear los intereses en juego constituye una violación desproporcionada del art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos”.⁵⁹⁴

Las excepciones a la inmunidad jurisdiccional reconocidas por el DIPu y las normativas domésticas asumen igual procedimiento: la alegación del supuesto de excepción abre el proceso, a fin de sustanciar el reclamo. Para sostener lo dicho, la CIJ asimila la admisibilidad del reclamo con la decisión de fondo que hace lugar al mismo, o bien identifica a la admisibilidad con la violación de la inmunidad jurisdiccional del Estado, entendiendo a ésta como absoluta. Ambas posibilidades son jurídicamente insostenibles.

⁵⁹³ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Sentencia, ICJ Reports (2012), para. 82.

⁵⁹⁴ CtEDH, *Al-Adsani v. Reino Unido*, 34 EHRR 11 European Court of Human Rights, (2001). Aplicación no. 35763/97. Opinión en disidencia del Magistrado Loucaides.

En suma, la inmunidad no puede ser interpretada en el vacío como una abstracción metodológica. Es “inmunidad” en el caso concreto, donde una víctima real demanda justicia frente a una acción u omisión lesiva situada en tiempo y espacio. Así como cada derecho doméstico provee distintas vías de acceso a la justicia dependiendo de los matices del caso en cuestión y de la importancia del derecho violado, no puede analizarse la norma procedimental haciendo abstracción de las circunstancias en que es invocada y de la finalidad perseguida por el accionante. Afirma Cançado Trindade que en el caso Inmunidades Jurisdiccionales, el análisis de la concesión de inmunidad debió ser hecho junto a la evaluación de las causas del reclamo, esto es, el trabajo esclavo y las reparaciones de guerra solicitadas. Cuando una víctima de violaciones graves de los derechos humanos recurre a la jurisdicción de su propio Estado en busca de auxilio, constituye simple denegación de justicia informarle que debe litigar ante la justicia del Estado infractor, máxime cuando ya lo ha intentado sin éxito.

III.e. Fuentes utilizadas y omitidas en la jurisprudencia de la CIJ

El método de observación de la realidad jurídica internacional que utiliza la CIJ en 2012 para fundamentar su rechazo a la posible nueva excepción refiere la “práctica de los estados” y la “opinio juris”. Este método adolece de un criterio sistemático que ofrezca una visión completa y confiable de la totalidad de las conductas y jurisprudencias estatales del sistema internacional. Por otra parte, no es el único posible. En igual nivel de importancia se encuentran los principios generales del DIPu que deben guiar la solución práctica a la que se arriba, en función del interés último de toda solución de controversias: la realización del valor justicia a partir de intereses enfrentados. La CIJ en su interpretación debió recurrir a otras manifestaciones del DIPu enumeradas en el art. 38 de su Estatuto como fuentes formales del DIPu.

Basta resaltar que al referir la jurisprudencia de las cortes nacionales, la CIJ sostuvo que salvo la justicia Italiana, no existía práctica sobre la excepción en estudio. Sólo a modo de ejemplo, ignoró las

sentencias de la justicia Argentina en las causas Amia (2006); Falun Gong (2009); y Genocidio Armenio (2010)⁵⁹⁵, procedimientos en los cuales se descartó la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero demandado, con fundamento en la naturaleza de los hechos denunciados: graves violaciones de los derechos humanos y normas imperativas de DI general.

En la causa AMIA, el juez Canicoba Corral pidió la captura de nueve ex funcionarios Iraníes, entre ellos el ex presidente de Irán Alí Rafsanjani. También solicitó la captura del ex embajador de Irán en Buenos Aires Hadi Soleimanpour. El fallo menciona la palabra “genocidio” y califica al atentado contra la mutual AMIA como “crimen de lesa humanidad”.⁵⁹⁶

La causa Falun Gong cobró notoriedad internacional el 17/12/2009 cuando tras 4 años de investigación, el juez Argentino Aráoz de Lamadrid emitió el orden de captura contra el ex Presidente de la República Popular China Jiang Zemin y el ex Secretario de Asuntos Políticos y Legales del Comité Central del Partido Comunista Luo Gan, con el objeto de traerlos a la Argentina para ser indagados y procesados por la persecución y crímenes contra la humanidad iniciados en 1999 y aún en curso, ejecutados por el gobierno Chino contra millones de practicantes de la disciplina espiritual Falun Dafa

⁵⁹⁵ Falladas por los jueces federales de Argentina, Magistrados Canicoba Corral, Aráoz de Lamadrid y Oyarbide respectivamente. Véase en relación con la causa Amia Página 12, viernes 10/11/2006 <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-75969-2006-11-10.html>. En relación con la causa Falun Gong, véase <http://www.lagranepoca.com/archivo/29765-cronologia-del-caso-falun-gong-argentina-genocidio-que-continua-hoy.html>; véase también Luis Andres Henao, Argentine judge asks China arrests over Falun Gong, Reuters, 22/12/2009. Respecto de la causa del genocidio Armenio, véase Universidad de Rosario: El juez Oyarbide declara a Turquía culpable del genocidio Armenio, en internet <http://www.unr.edu.ar/noticia/3365/el-juez-norberto-oyarbide-declara-a-turquia-culpable-del-genocidio-armenio>; y también Akçam, Taner, Un Acto Vergonzoso- El Genocidio Armenio y la cuestión de la responsabilidad de Turquía, Ed. Colihue (2010). Fundación Luisa Hairabedian, Bs. As. Argentina.

⁵⁹⁶ Argentina, causa AMIA. En 01/12/2006 la Justicia Argentina declara prófugos a nueve ciudadanos Iraníes, entre ellos, el ex presidente Hashemi Rafsanjani, acusándolos de complicidad en el atentado. Anteriormente cuando la causa tramitaba bajo el juez Galeano, se había detenido en Londres (21/08/2003) al Iraní Hade Soleimanpour, embajador de Irán en Argentina al momento del atentado, aunque no fue concedida la extradición.

(o Falun Gong) en China. Un mes después, el juez renuncia, la orden de captura es cancelada y la causa queda prácticamente cerrada hasta que en 2013 la Cámara de Casación Penal Argentina decide reabrir la permitiendo juzgar en Argentina los hechos comentados.⁵⁹⁷

La causa Genocidio Armenio fue fallada en 2010 en el marco de la búsqueda del derecho a la verdad y la lucha contra la impunidad del Genocidio de Armenios por parte del Estado de Turquía durante los años 1915/23. Iniciada en diciembre del año 2000, la causa sorteó resoluciones desfavorables de primera instancia, hasta que la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Capital Federal ordenó al Juez de Primera Instancia que llevara a cabo una investigación en el marco de un “Juicio por la Verdad”. En la sentencia de 2010 el juez Oyarbide resuelve que Turquía cometió genocidio contra el pueblo armenio y puntualmente contra la familia del accionante Gregorio Hairabedian.⁵⁹⁸

La CIJ afirmó que la práctica de los Estados demostraba que la inmunidad estatal no dependía de la gravedad del acto. Si bien reconoció la existencia de la decisión de la Corte del Reino Unido en el caso Pinochet, indicó que este caso nada tenía que ver con la inmunidad del Estado sino con la conducta de un funcionario -aunque lo que se debatía era su inmunidad derivada-. Las sentencias Argentinas referidas fueron ignoradas por la CIJ y es difícil saber si existieron otras similares en las distintas jurisdicciones de las casi dos centenas de Estados soberanos, que hayan sido ignoradas o desconocidas al momento de la decisión.

En cuanto a la legislación interna de los países, la CIJ reconoció la enmienda de la ley Estadounidense “Foreign Sovereign Immunities Act” de 1996, la cual niega inmunidad estatal por ciertos actos tales como la tortura y las ejecuciones extrajudiciales cometidos por

⁵⁹⁷ Argentina, causa Asociación Falun Dafa y ot. v. Jian Zemin y ot. . En 17/04/2013, la Cámara de Casación Penal Argentina ordena reabrir la causa, el 03/06/2014, el Juez Luis Rodríguez, a cargo del Juzgado Federal N° 9, decide su archivo. En 28/10/2014, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (Sala I) revoca el fallo del Juez Rodríguez y ordena que profundice la investigación y actualice la información sobre los juicios en el resto del mundo.

⁵⁹⁸ Argentina, causa 2610/2001 “Imp. NN s/ Denuncia. Querellante Gregorio Hairabedian” (genocidio Armenio), Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 5, Sentencia de 01/04/2011.

Estados considerados patrocinadores del terrorismo. Sin embargo la Corte admitió que éste era un acto aislado y no halló paralelo en otras legislaciones internas. Como ya hemos referido, la legislación de Canadá contiene una provisión similar en sus efectos respecto del terrorismo, en tanto existe consenso en las normas especiales de derecho interno en aceptar a los “daños personales perpetrados en el territorio del Estado del foro” como excepción a la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero (art. 12 de la Convención ONU sobre inmunidades jurisdiccionales).

En lo que hace a los instrumentos internacionales, la CIJ sostuvo: “Puede también comprobarse que no existe limitación de inmunidad referida a la gravedad de la violación o al carácter perentorio de las normas violadas, en la Convención Europea, la Convención de Naciones Unidas o el Proyecto de Convención Interamericana. Durante los debates en el Sexto Comité ningún Estado sugirió que una limitación a la inmunidad basada en el *jus cogens* debiera ser incluida en la Convención”⁵⁹⁹, excepción hecha -agregamos- de la excepción de daños personales, presente en todos los instrumentos mencionados por la CIJ y dentro de la cual puede subsumirse parcialmente la reparación solicitada por una víctima del supuesto de estudio.

Al mencionar a los tribunales internacionales, la CIJ sólo reparó en la CtEDH en aquellos casos en que el tribunal Europeo limitó el acceso a la jurisdicción, ignorando a su vez valiosos antecedentes de la CtIDH y otros tribunales internacionales y mixtos de carácter ad-hoc. Aún en el caso *Al-Adsani* citado por la CIJ en apoyo de su decisión, la misma CIJ en su sentencia (i) aceptó el carácter consuetudinario de las reglas sobre inmunidad (de inferior jerarquía entonces que las normas imperativas); y (ii) reconoció que tales reglas se encuentran en un estado de transición; y que además (iii) es posible imponer límites a la jurisdicción aún cuando el acto del Estado sea considerado *iure imperii*. Todo esto, parece dejar abierta una puerta a la CIJ para futuros desarrollos de su jurisprudencia en el sentido correcto.

⁵⁹⁹ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Sentencia, ICJ Reports (2012), para. 89.

III.f. Límites al acceso a la justicia y la probable denegación de justicia

Afirmada la obligación internacional de los Estados de brindar a sus habitantes una protección jurídica efectiva y entendiendo que el acceso a la jurisdicción es uno de sus componentes fundamentales, la cuestión consiste en decidir si ciertos límites al ejercicio de la jurisdicción en el caso de estudio constituyen una restricción contraria a obligaciones emergentes del DI.

La CIJ opina que las reglas que determinan el ámbito, la extensión y el momento en que la jurisdicción puede ser ejercida no menoscaban las reglas sustantivas con estatus de *ius cogens*, como que tampoco hay nada inherente en el concepto de *ius cogens* que requiera la modificación o desplace la aplicación de sus normas procedimentales. En Orden de Arresto (2002), sostuvo la CIJ que el hecho que un Estado posea inmunidad jurisdiccional frente a los tribunales de otro, es una cuestión distinta de la responsabilidad internacional de tal Estado y de la existencia de una obligación de reparar.⁶⁰⁰ Y en el caso *Actividades Militares en el Territorio del Congo* (2006), la CIJ sostuvo que el hecho que una norma revista el carácter de *ius cogens* no confiere al tribunal una jurisdicción que no poseyera ya sobre otra base. En el caso *Inmunidades Jurisdiccionales* (2012) se debatió el argumento extremo del acceso a la justicia, cuando Italia afirmó que el acceso a la jurisdicción constituía el último recurso jurisdiccional a fin de obtener una respuesta efectiva para víctimas de violaciones graves de derechos humanos. El argumento fue rechazado por la CIJ afirmando no encontrar base suficiente ni en el DI consuetudinario ni convencional. No obstante, reconoció que su rechazo impedía a los nacionales Italianos obtener la reparación solicitada, encomendando una eventual solución a la -buena- voluntad del Estado infractor a través de negociaciones directas.

Vimos ya que la tensión entre el acceso a la justicia y la inmunidad estatal se debatió en distintas jurisdicciones nacionales e internacionales.

⁶⁰⁰ CIJ, *Arrest Warrant of 1 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Sentencia, ICJ Reports (2002), para. 100.

Mencionamos la jurisprudencia de la CtEDH que acepta límites a la jurisdicción utilizando su doctrina del “margen de apreciación” estatal que sirve a efectos de respetar la soberanía de los Estados miembros. No obstante, este permiso aparentemente amplio dirigido a limitar el acceso a la justicia, se estrecha al considerar las escasas mayorías de ciertos precedentes -recordamos que *Al-Adsani* fue decidido por 9 votos contra 8⁶⁰¹-, y que además, las opiniones de la mayoría han dejado a salvo que la institución de las inmunidades jurisdiccionales constituye una materia en continua evolución abierta a nuevos desarrollos y excepciones. La opinión en disidencia en el *leading case* *Al-Adsani* resaltó cuestiones esenciales:

- i. un Estado no puede esconderse tras las reglas de la inmunidad para evadir las consecuencias de sus acciones y evitar un procedimiento civil por un reclamo de tortura ante un tribunal de otra jurisdicción.⁶⁰²
- ii. la distinción realizada por el voto mayoritario entre los procesos civiles y penales no se encuentra en línea con la esencia de la operatoria de las normas *jus cogens*. Lo que realmente interesa no es la naturaleza civil o penal del procedimiento, sino el hecho que se ha producido una violación de una norma *jus cogens* y en consecuencia, cualquier barrera jurisdiccional debe ser levantada “por la propia interacción de las reglas internacionales involucradas”.⁶⁰³

El Magistrado Loucaides agregó que una vez aceptada la prohibición de la tortura como norma *jus cogens*, la consecuencia es que ninguna inmunidad puede ser invocada respecto de procedimientos cuyo objeto es la atribución de responsabilidad por actos de tortura.⁶⁰⁴

La CtIDH se ha ocupado en resaltar el acceso a la jurisdicción y ha sostenido que la obligación en cabeza del Estado adquiere el

⁶⁰¹ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinión en disidencia del Magistrado Cançado Trindade, para. 152.

⁶⁰² *Ibidem*, para. 154.

⁶⁰³ *Ibidem*, para. 155.

⁶⁰⁴ CtEDH, *Al-Adsani v. Reino Unido*, 34 EHRR 11 European Court of Human Rights (2001). Aplicación no. 35763/97. Opinión en disidencia del Magistrado Loucaides. para. 156.

carácter de norma de *ius cogens*, presentes ciertas circunstancias. Así, la norma procedimental es elevada a la categoría de la norma sustantiva que ayuda a proteger. Ésta es, sin duda, la interpretación correcta porque no defiende intereses del poder, sino que protege a la persona frente al Estado y realiza el valor justicia.

El acceso a la jurisdicción se constituye en la verdadera naturaleza del derecho sustantivo violado cuando existe consenso sobre su esencialidad, y esto ocurre con el “núcleo duro” de derechos humanos. Resumiendo lo expuesto, el ejercicio efectivo de los derechos -la existencia real de procedimientos de defensa de los derechos humanos frente a los Estados-, mueve a que afirmemos con Gearty⁶⁰⁵ que en este siglo XXI, “el efectivo cumplimiento constituye 9/10 del derecho” - *enforcement is nine tenths of the law* -.

III.g. Actuación de los tribunales domésticos como complemento del DIPu

El DI consuetudinario permite a cada Estado ejercer su jurisdicción extraterritorial respecto de la responsabilidad individual de agentes y funcionarios de un Estado extranjero por violaciones de derechos humanos que satisfagan criterios relevantes. No obstante, se requiere legislación doméstica que faculte a los litigantes a iniciar los procesos y a los jueces a admitirlos como excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero. En Orden de Arresto se expresó en la opinión separada de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergethal, que existe consenso internacional respecto a que los perpetradores de crímenes internacionales no deben evitar el castigo. A este fin mencionan el “surgimiento de una estrategia flexible, en la que los nuevos tribunales internacionales de carácter penal, las obligaciones contenidas en los tratados y también los tribunales nacionales tienen un rol que representar”.⁶⁰⁶

El Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional afirma el principio de complementariedad según el cual las jurisdic-

⁶⁰⁵ Gearty Conor, *The Right's Future* website project, London School of Economics, UK, Track 20, 2011. En internet therightsfuture.com/t20-enforcement-nine-tenths-of-the-law. Traducción: el ejercicio efectivo constituye el 90% del derecho.

⁶⁰⁶ CIJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (DRC v. Belgium)* ICJ Reports 14/02/2002, Judgment, Separate Opinion Judges Higgins, Kooijmans y Buergethal, para. 51.

ciones nacionales tienen prioridad para el juzgamiento de los crímenes internacionales.⁶⁰⁷ La idea básica de la complementariedad reside en que la jurisdicción internacional sólo interviene en aquellos casos excepcionales en que, por diversas razones, los Estados no pueden o no están dispuestos a juzgar a los responsables.⁶⁰⁸

En los casos en que se encuentra comprometida la responsabilidad internacional del Estado y de sus agentes y funcionarios, el mismo Estado es quien tiene la obligación internacional de investigar los hechos ocurridos. No obstante, en función del principio de agotamiento previo de los recursos domésticos, y ante la inacción del Estado infractor, otro Estado con jurisdicción suficiente -conforme los principios atributivos de jurisdicción internacionalmente aceptados-, puede conocer respecto de las violaciones ocurridas. De esta forma se cumple con el principio de complementariedad, permitiendo que las jurisdicciones nacionales con interés primario en la cuestión, asignen las responsabilidades jurídicas y sólo excepcionalmente, la situación sea examinada por una jurisdicción internacional.

En suma, frente a la inacción de los Estados que han sido partícipes de la violación grave de normas imperativas, aquellos otros que poseen jurisdicción, podrían invocar el principio de complementariedad. El mismo les concede primacía frente a tribunales internacionales, en tanto puedan realmente llevar a cabo la investigación (criterio objetivo) y estén dispuestos a hacerlo (criterio subjetivo).

⁶⁰⁷ Esbozado en su Preámbulo, el sistema es recogido en varias disposiciones del Estatuto, en particular los artículos 17, 18 y 19 relativos a las cuestiones de admisibilidad y en el Art. 20 referido al principio "ne bis in idem".

⁶⁰⁸ Fernandez de Gurmendi, Silvia A., Relaciones de la Corte Penal interancional con los sistemas nacionales y con el Consejo de Seguridad, OEA Departamento de Asuntos Legales Internacionales, en internet:

<http://www.oas.org/juridico/english/Seminar11.htm>. Véase Fuentes Torrijo Ximena, El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional. En Estudios Internacionales 169- ISSN 0716-0240 • 119-140 Instituto de Estudios Internacionales. Universidad de Chile (2011).

III.h. La relevancia del aporte jusnaturalista al DI

“Palabras, palabras, palabras... ¿Dónde están los valores?”.⁶⁰⁹ Con esta frase concluye el Magistrado Cançado Trindade uno de los últimos párrafos de su opinión en disidencia en el caso Inmunidades Jurisdiccionales del Estado. En el fallo de la CIJ que niega la existencia de una excepción basada en la violación grave de los derechos humanos y/o normas imperativas, no existe una sola mención al valor “justicia”. Las únicas citas de la palabra se realizan a efecto de referir agencias estatales que prestan el servicio de justicia. La continua referencia a la práctica de los Estados o a la opinión juris se contraponen con la ausencia de valoración respecto de la solución a la que se arriba. Sólo en un momento la CIJ “lamenta” que Alemania niegue compensación a un numeroso grupo de víctimas de crímenes contra la humanidad.⁶¹⁰ Lo que ciertamente entristece es que el criterio de la sentencia desvincule los fundamentos jurídicos de la realización del valor justicia. Continuar por este camino puede convertir a la Corte Internacional de “Justicia” en un “tribunal internacional de consolidación de la soberanía estatal”, cuya jurisdicción sería probablemente más aceptada por los Estados, en la seguridad que su soberanía prevalecerá sobre los derechos del individuo.

El criterio de la CIJ enfatiza los formalismos y prescinde de los hechos generadores del conflicto -la violación de normas imperativas que protegen derechos humanos-. En suma, ignora la evolución acaecida desde la segunda guerra mundial hasta el presente. La sentencia en Inmunidades jurisdiccionales del Estado se sostiene en una prolífica argumentación del siglo XVIII. Afirma Cançado Trindade en su disidencia:

“Las inmunidades estatales son, después de todo, una prerrogativa o un privilegio, y ellos no pueden seguir haciendo abstracción de la evolución del DI, que ocurre hoy día, a luz de los valores humanos fundamentales”.⁶¹¹

⁶⁰⁹ CIJ, Jurisdictional Immunities of the State, Opinión en disidencia del Magistrado Cançado Trindade, para. 294.

⁶¹⁰ CIJ, Jurisdictional Immunities of the State, Sentencia, para. 99.

⁶¹¹ CIJ, Jurisdictional Immunities of the State, Opinión en disidencia del Magistrado

No obstante, no intenta ser la nuestra una reivindicación del idealismo. Reiteramos que los valores y principios que actúan a modo de *jus-fundamentación* del sistema se encuentran positivizados hoy en reglas concretas expresadas en las fuentes convencionales y consuetudinarias de DIPu y obligan a los Estados de manera efectiva.

III.i. ¿Una obligación estatal de renunciar a la inmunidad?

Una cuestión olvidada en las argumentaciones negatorias de la excepción en estudio han sido las obligaciones de los Estados relativas a la promoción y protección de los derechos humanos, de las que dimos cuenta a lo largo del trabajo. Destacamos en especial aquellas vinculadas con las violaciones graves de derechos humanos, como (i) la lucha contra la impunidad; (ii) el deber de juzgar o extraditar; (iii) el brindar una protección jurídica efectiva incluyendo el acceso a la justicia, las garantías del debido proceso, y el obtener una satisfacción adecuada, entre las relevantes.

Mientras cada incumplimiento individual genera responsabilidad internacional para el Estado, consideradas en conjunto, podrían transformar el derecho del Estado de renunciar a su inmunidad en la obligación de hacerlo. Esto cree el Instituto de Derecho Internacional, que en su Resolución relativa a la “Inmunidad de jurisdicción del Estado y de las personas que actúan en su nombre en caso de delitos internacionales” consideró que:

“De conformidad con los tratados y el DI consuetudinario, los Estados tienen una obligación de prevenir y reprimir los crímenes internacionales. Las inmunidades no deberían constituir un obstáculo a la reparación apropiada a la cual las víctimas de crímenes dirigidos por esta Resolución tienen derecho. Los Estados deberían considerar el renunciar la inmunidad en aquellos casos en que los crímenes internacionales han sido supuestamente cometidos por sus agentes.”⁶¹²

Cançado Trindade, para. 292.

⁶¹² IDI, Relatora Lady Fox, Resolución adoptada en Nápoles, Italia, en la sesión de 2008, arts. II (2) y (3).

Afirmada la obligación de luchar contra la impunidad y su consecuencia, el cooperar en la persecución y castigo de los delitos internacionales, puede argumentarse que una de las vías de cumplimiento consiste en la obligación de renunciar a su inmunidad jurisdiccional, en caso de ser demandado en extraña jurisdicción cuando el objeto procesal se dirige a obtener una reparación por las violaciones graves de derechos humanos. Queda claro que esa obligación nace en la medida que el Estado infractor no haya demostrado voluntad de reparar el daño ocasionado.

La contracara de esta obligación sería el derecho del Estado del foro -que ejerce jurisdicción- a no reconocer la inmunidad del Estado extranjero infractor, aplicando una contramedida frente al accionar internacionalmente ilícito del Estado demandado.

La posición de Italia en el caso Inmunidades jurisdiccionales consistió en afirmar que en algunos casos específicos, existe un derecho estatal a levantar la inmunidad del Estado extranjero en orden a aplicar las reglas *jus cogens*.⁶¹³ Explica así la exactitud de la decisión de la Corte Italiana de Casación al levantar la inmunidad de Alemania frente a casos de violación de normas *jus cogens*, poniendo fin a la continuidad de la violación cometida por los tres principales poderes de Alemania, incluido su sistema de justicia.⁶¹⁴

IV. Síntesis del análisis efectuado

1. Estudiamos tanto el derecho positivo de Estados que cuentan con normativa específica sobre la inmunidad de jurisdicción estatal, como el DI de fuente consuetudinaria y convencional. Podemos afirmar que:

- i. si bien la inmunidad relativa no posee aceptación universal, existe una clara tendencia dirigida a imponer límites y aceptar nuevas excepciones a la inmunidad jurisdiccional;
- ii. no existe costumbre ni normativa internacional que prohíba en general establecer excepciones o algún tipo

⁶¹³ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinión en disidencia del Magistrado Cançado Trindade, para. 136.

⁶¹⁴ *Ibidem*, para. 137.

- de excepción en particular a la inmunidad jurisdiccional;
- iii. la mayoría de los Estados no posee legislación específica. En este caso, debería aplicarse el DIPu especial y general. En lo primero, importa la costumbre internacional sobre inmunidad de jurisdicción estatal, su codificación y trabajos preparatorios. En lo segundo, destacan los estatutos protectorios de la persona humana -DIDH, DIH, DIPenal y DI de los Refugiados- en la medida que sean aplicables conforme el objeto procesal de la demanda y la naturaleza del derecho lesionado;
 - iv. entre los Estados que cuentan con normativa específica, existen criterios comunes respecto de las excepciones. Destacamos aquí a la excepción de “daños personales” ocasionados por un Estado en el territorio de otro;
 - v. la distinción entre actos de imperio y de gestión es generalmente utilizada en los Estados que no han legislado sobre las excepciones. Esta doctrina no se aplica a la excepción de “daños personales”;
 - vi. sólo tres legislaciones han contemplado el supuesto de estudio. Las leyes Estadounidense y Canadiense permiten demandar a un Estado extranjero en casos especiales de violación de normas imperativas de DIPu que protegen derechos humanos. Tal el caso de la lesión del derecho a la integridad y seguridad personales (reflejado en la prohibición de la tortura) y otros daños a la persona y bienes asociados con el terrorismo internacional. La ley Argentina intentó brindar una solución que sin constituir una excepción, refería un trato especial, pero el artículo pertinente fue observado por no respetar ciertas obligaciones internacionales sobre derechos humanos.

2. El supuesto de la “violación grave de una norma imperativa que protege derechos humanos” puede parcialmente subsumirse en dos excepciones generalmente admitidas:

- i. la que refiere el consentimiento del Estado infractor, tanto expreso como tácito;
- ii. la ya citada excepción de “daños personales” cometidos por un Estado en el territorio de otro.

Ambas están previstas en la ley Argentina. Sin embargo son insuficientes. La primera, porque nuestra investigación presupone la negativa del Estado infractor a reparar del daño. La segunda, porque de las varias formas que asume la reparación debida a la víctima, el reclamo de daños es sólo una.

3. Ensayamos una definición de violaciones “graves” de derechos humanos que permita distinguir casos que por sus especiales características habiliten a levantar la valla de la inmunidad estatal. Afirmamos que una violación de derechos humanos debe calificarse como “grave” cuando:

- i. lesiona al menos una norma imperativa de DI general que protege derechos humanos; *y*
- ii. es generalizada, abarcando una cantidad relevante en el contexto de las potenciales víctimas; *o*
- iii. se dirige contra un tipo de víctima especialmente vulnerable; *o*
- iv. es ejecutada en forma sistemática o flagrante evidenciando una deliberada política estatal.

4. Destacamos el énfasis puesto por el DIPu desde la segunda guerra mundial respecto del carácter absoluto de ciertos derechos humanos fundamentales e inderogables, conformando así el “núcleo duro” del DIDH. Éste incluye los derechos a la vida, libertad, integridad física y síquica y seguridad personal, considerados en un contexto de igualdad, no discriminación y dignidad.

Recopilamos las normas imperativas de DI general que protegen derechos de la persona humana. Incluimos a las prohibiciones absolutas de las prácticas de piratería, agresión y uso de la fuerza, esclavitud y tráfico de esclavos, genocidio, crímenes contra la humanidad, discriminación racial, apartheid, tortura, desaparición forzada de personas, ejecuciones sumarias y extra-legales, el respeto de las normas básicas del DIH expresadas en el art. 3 común a los Conve-

nios de Ginebra de 1949, el principio del non refoulement del DI de los Refugiados, y el principio de igualdad y no discriminación derivado del DIDH. Esta enumeración no es taxativa: el jus cogens constituye una categoría abierta. Las normas mencionadas constituyen obligaciones de los Estados con efecto erga omnes.

5. Establecimos la correspondencia entre el núcleo diamantino (en calidad de bienes jurídicos protegidos) y su violación tipificada en los crímenes internacionales reconocidos en el Estatuto de Roma, que según pudimos confirmar constituyen prohibiciones absolutas (normas jus cogens). Estas prohibiciones absolutas entrañan obligaciones de resultado. Concluimos en que el núcleo duro de derechos humanos se superpone parcialmente con las normas imperativas de DI general y totalmente con los delitos internacionales.

Comprobamos que el DIPu protege a la persona humana frente a los actos y omisiones lesivos del Estado mediante distintos estatutos protectorios. El DIDH, el DIH, el DIPenal y el DI de los Refugiados conforman un sistema internacional de protección de la persona humana. La intersección de sus normas jusfundamentales poseen el único carácter que prevalece sobre la voluntad soberana estatal: son normas *imperativas* o *jus cogens*. Las mismas poseen efectos *erga omnes*.

Encontramos en estas intersecciones el contenido jusfundamental que nos interesa oponer a la inmunidad jurisdiccional del Estado.

6. Entendimos que la confluencia de los estatutos protectorios se expresa a través de la justicia reparatoria que incluye el acceso a la justicia, las garantías del debido proceso y el deber de reparar en forma satisfactoria. La reparación debida por el Estado infractor puede consistir en (i) la indemnización por el daño causado a la persona y bienes; (ii) el reconocimiento del accionar estatal ilícito o su determinación por un órgano jurisdiccional; (iii) el derecho a conocer la verdad; (iv) la obligación de juzgar o extraditar a los responsables individuales; y (v) las garantías de no repetición, entre las más importantes.

7. Verificamos que las violaciones graves de normas imperativas que protegen derechos humanos constituyen una excepción a la inmunidad jurisdiccional en el caso de los agentes del Estado que han participado de la comisión de delitos internacionales, lesionando el núcleo duro de derechos humanos. Ellos pueden ser demandados tanto civil como penalmente por el daño causado, aunque los mismos instrumentos se ocupan en afirmar que nada de lo anterior afectará la responsabilidad del Estado a cuyas órdenes ejecutaron las violaciones.

Afirmamos que en el supuesto de estudio, la responsabilidad del Estado no es borrada, sustituida o atenuada por la responsabilidad de sus agentes, sino que subsiste como obligación de reparar.

Aún así, un principio de economía procesal y la necesidad de evitar el *forum shopping* impone requerir la competencia del juez del foro, respetando los principios atributivos de jurisdicción internacionalmente reconocidos (básicamente territorialidad y nacionalidad) y acreditando en forma sumaria la calidad de “último recurso” de la acción intentada, esto es, que la concesión de inmunidad en el caso produciría denegación de justicia a la víctima.

8. El análisis de la inmunidad jurisdiccional no se realiza en el vacío, es “inmunidad” dentro del sistema internacional de Estados soberanos pero además, provoca consecuencias en el sistema del DIPu protectorio de la persona humana, las que se traducen en responsabilidad estatal.

Las normas *jus cogens* como normas sustantivas incluyen los procedimientos necesarios para su vigencia efectiva. Una norma procedimental que existe en función de proteger a una norma imperativa adquiere su carácter. Si así no ocurriera, se convertiría en la llave para su violación y conduciría a la desprotección de la víctima y la impunidad del victimario. Cuando se analiza el acceso a la justicia como última instancia efectiva, su denegación equivale a ausencia de estado de Derecho.

9. Presentes los supuestos referidos, y por imperativo de las obligaciones mencionadas, los Estados pueden considerar a las violaciones graves de normas imperativas de DI general que protegen derechos humanos como excepción a la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero infractor, habilitando a las víctimas el acceso a su

justicia en busca de reparación. No existe norma en DIPu que prohíba a los Estados dar curso a demandas contra un Estado extranjero por violaciones de derechos humanos ocurridas en su territorio o en presencia de otra base jurisdiccional habilitante.

En suma, es necesario incorporar una nueva excepción a la ley local que contemple expresamente el supuesto. La misma debe basarse en un tipo especial de violación -"grave"- que afecte a un tipo especial de norma de DI general -"imperativa"-, relacionada con la defensa de los derechos humanos y finalmente, que constituya un último recurso material para que la víctima obtenga reparación -"denegación de justicia"-

10. *Excursus*. Una pregunta simple motivó nuestro estudio cuando prácticamente nada conocíamos del tema. En relación con las excepciones a la inmunidad jurisdiccional, el Professor H. H. Koh realizó hace tiempo su hoy famosa pregunta, "*if contracts, why not torture?*"⁶¹⁵ (¿si se aceptan los contratos, por qué no la tortura?). La respuesta sigue siendo simple: hasta el momento, el Congreso no ha aprobado una excepción a la inmunidad jurisdiccional basada en la violación grave de una norma imperativa que proteja los derechos humanos.

V. Propuesta de legislación

Finalmente, redactamos nuestra propuesta de legislación nacional basada en una convivencia desigual de los paradigmas de soberanía y derechos humanos, intentando compatibilizar las obligaciones internacionales del Estado Argentino (i) vis-a vis el resto de los Estados del sistema internacional; y (ii) frente a sus propios habitantes.

Con base en la normativa Argentina vigente tanto de fuente interna como internacional, expresamos la posibilidad de incluir una nueva excepción a la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros que quedaría eventualmente formulada de la siguiente manera:

⁶¹⁵ Koh Harold H., *Transnational Public Law Litigation*, 100 *Yale L.J.* 2347, p. 2365 (1991).

“Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en el siguiente caso:

(i) cuando fueren demandados por violaciones graves de normas imperativas de DI general que protejan derechos humanos ocurridas en lugares sometidos a la jurisdicción Argentina o que afecten a víctimas de nacionalidad Argentina, previa acreditación sumaria referida a que el reconocimiento de inmunidad produciría denegación de justicia”.

Es sin duda, una respuesta humanista que prioriza los derechos humanos sobre la soberanía estatal y al mismo tiempo posee pretensión de efectividad. Hasta aquí avanzamos. Es hora del legislador. Y de jueces valientes.

Las espadas permanecen en alto.

Acrónimos

ACDH	Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas
AG	Asamblea General de Naciones Unidas
CartaIDH	Carta Internacional de Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justicia
ComDH	Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas
ComitéDH	Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas
CtEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CtIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CVDT	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados
DIPu	Derecho Internacional Público
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DI	Derecho Internacional
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DIPenal	Derecho Internacional Penal
IDI	Instituto de Derecho Internacional
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
NNUU	Naciones Unidas
ONU	Organización de Naciones Unidas
Pacto I	Pacto Internacional de derechos civiles y políticos
Pacto II	Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales
PEN	Poder Ejecutivo Nacional
TPJI	Tribunal Permanente de Justicia Internacional

Jurisprudencia de Cortes internacionales y regionales

II.a. Corte Internacional de Justicia. Casos Contenciosos

- Actividades Armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Uganda). Sentencia, 19/12/2005.
- Actividades armadas en el territorio de Congo (Nueva demanda, 2002). República Democrática de Congo v. Rwanda, Jurisdicción y Admisibilidad, 2006. CIJ Rep. 6.
- Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Sentencia, 30/11/2010.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)) Judgement, 26/02/2007.
- Barcelona Traction, Light and Power Co. Limited, (Bélgica v. España), Sentencia 05/02/1970, Segunda Fase, Rep. 1970.
- Caso Relativo a Timor Oriental, (Portugal v Australia), 30/06/1995, CIJ Rep. 90
- Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar, (Bélgica v. Senegal), caso Habré, 20/07/2012.
- Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening). 03/02/2012.
- Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America) Request for the Indication of Provisional Measures, ICJ Reports 02/06/1999.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua. v. United States), ICJ Reports 1986.
- North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) ICJ Reports 20/02/1969.
- Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) ICJ Reports 06/11/2003.

II.b. Corte Internacional de Justicia. Opiniones Consultivas.

- Opinión Consultiva relativa a la validez de ciertas reservas a la Convención para prevención y sanción del delito de genocidio, 28/05/1951.
- Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia no obstante la Resolución 276 (1970) del CS, Opinión Consultiva, 21/06/1971.
- Consecuencias Legales de la Construcción de un muro en los Territorios Palestinos Ocupados, 09/07/2004.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion, ICJ Rep. 08/07/1996.

II.c. Tribunal Permanente de Justicia Internacional

TPJI, causa Oscar Chinn, Series A/B, N° 63 (1934) (opinión separada del Magistrado Schücking).

II.d. Corte Interamericana de derechos humanos. Casos Contenciosos

19 Comerciantes v. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5/07/2004.

Almonacid Arellano v. Chile. Sentencia de 26/09/2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Bámaca Velásquez Efraín v. Guatemala. Sentencia, 25/11/2000. Fondo.

Barrios Altos v. Perú, Sentencia del 14/03/2001.

Blake Nicholas Chapman v. Guatemala, Petición No. 11.219/1993, Sentencia de 24/01/1998.

Bulacio Walter David v. Argentina, Sentencia, 18/09/2003.

Cabrera García y Montiel Flores v. México, Sentencia de 26/11/2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Caesar v. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11/03/2005.

Cinco Pensionistas v. Perú, Sentencia de 28/02/2003. Fondo, reparaciones y Costas.

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua. Sentencia de 31/08/2001. Fondo, reparaciones y Costas.

Dilcia Oliven Yean y Violeta Bosico Cofi v. República Dominicana, Sentencia, 08/09/2005.

Fairén Garbí y Solís Corrales v. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26/06/1987.

García Prieto y otro v. El Salvador, Sentencia de 20/11/2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Gelman v. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24/02/2011.

Godínez Cruz v. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26/06/1987.

Goiburú y ot. v. Paraguay, Sentencia, 22/09/2006.

Gomes Lund y ot. (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil, Sentencia de 24/11/2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Gomez Paquiyauri v. Perú, Sentencia, 08/07/2004.

Gudiel Álvarez (Diario Militar) v. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20/11/2012.

- Gutiérrez y familia v. Argentina, Sentencia de 25/11/2013. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Heliodoro Portugal v. Panamá, Sentencia de 12/08/2008. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia, Sentencia de 01/09/2010
- Ivcher Bronstein v. Perú. Sentencia, 06/02/2001. Reparaciones y Costas.
- La Cantuta v. Perú, Sentencia, 29/11/2006.
- Masacre de la Rochela v. Colombia, Sentencia, 11/05/2007.
- Masacre de las Dos Erres v. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 24/11/2009.
- Masacre de Mapiripán v. Colombia. Sentencia de 15/09/2005.
- Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, Sentencia, 31/01/2006.
- Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, Sentencia de 29/04/2004. Fondo
- Masacres de Ituangó v. Colombia. Sentencia, 01/07/2006.
- Masacres de Río Negro v. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 04/09/2012.
- Mohamed v. Argentina. Sentencia de 23/11/2012. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Moiwana Village v. Suriname, Sentencia, 15/06/2005.
- Myrna Mack Chang v. Guatemala. Sentencia de 25/11/2003. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Oscar José Blanco-Romero v. Venezuela, Decisión, 28/11/2005.
- Penal Miguel Castro-Castro v. Perú. Sentencia de 25/11/2006.
- Perozo y otros v. Venezuela. Sentencia de 28/01/2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Tiu Tojin v. Guatemala, Sentencia, 26/11/2008.
- Trujillo Oroza v. Bolivia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la CtIDH de 16/11/2009.
- Valle Jaramillo y otros v. Colombia. Sentencia de 27/11/2008. Fondo, reparaciones y Costas.
- Vargas Areco v. Paraguay. Sentencia de 26/09/2006. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Velásquez Rodríguez v. Honduras. Sentencia de 29/07/1988. Fondo.
- Vera-Vera et al. v. Ecuador, Sentencia, 19/05/2011.
- Villagrán-Morales v. Guatemala (caso de los niños de la calle). Sentencia, 19/11/1999.

II.e. Corte Interamericana de derechos humanos. Opiniones Consultivas.

El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la CADH (artículos 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24/09/1982.

Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/0, de 17/09/2003 Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

II.f. Comisión Europea de Derechos Humanos.

Irlanda v. Reino Unido, YECHR (1977).

Tas v. Turquía, Decisión de admisibilidad del 14/03/1996.

II.g.Corte Europea de Derechos Humanos. Casos contenciosos.

Al-Adsani v. Reino Unido, Demanda no. 35763/97. 34 EHRR 11, 2002.

Akdeniz and Other v. Turquía, Demanda no. 23954/94, Decisión de admisibilidad, 03/04/1995.

Cakici v. Turquía, Demanda n° 23657/94, Decisión de admisibilidad, 15/05/1995

Chipre v. Turquía, Sentencia, 28/06/1996.

El-Masri v. Ex República Yugoslava de Macedonia, Sentencia, 13/12/2012.

Eremiasova and Pechova v. República Checa, Sentencia, 16/02/2012.

Fogarty v. United Kingdom, Sentencia, 21/11/2001.

Gadamauri and Kadyrbekov v. Rusia, Sentencia, 05/07/2011

Ghimp y ot. v. República de Moldova, Sentencia, 30/10/2012.

HRL v. Francia, Sentencia 29/04/1997, Recueil 1997-III.

Irlanda v. Reino Unido, Sentencia, 1978.

Jones v. Reino Unido, caso Nos. 34356/06 y 40528/06, 2014.

Khatayev v. Rusia, Sentencia, 11/10/2011.

Kurt v. Turquía, Sentencia, 22/05/1995.

Kuzmenko v. Rusia, Sentencia, 21/12/2010.

McElhinney v. Ireland, Sentencia, 21/11/2001.

Soering, Sentencia, 07/07/1989), Serie A, No. 163.

Timurtas v. Turquía, demanda no. 23531, Decisión de admisibilidad del 11/09/1995.

Timus y Tarus v. República de Moldova, Demanda no. 70077/11 Sentencia, 15/10/2013.

Tyagunova v. Rusia, Demanda no. 19433/07, Sentencia, 31/07/2012.

Velikova v. Bulgaria, Sentencia, 18/05/2000.

II.f. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia.

TIPY-ICTY, Trial Chamber, Furundzija Case, Sentencia 10/12/1998.

II.h. Comisión Africana de derechos humanos y de los Pueblos

Centre for Minority Rights Development v. Kenya, Decisión, 2009.
Jawara Dawda v. Gambia, Decisión, Com. Nos. 147/95 y 149/96 (2000).
República Democrática de Congo v. Burundi, Decisión, 2003.
Organización de derechos Humanos de Sudán v. Sudán, 2010.
Organización Mundial contra la Tortura v. Zaire, 1996.

II.i. Corte Africana de derechos humanos y de los Pueblos

Comisión Africana de derechos humanos y de los Pueblos v. Libia, App. 004/2011, Orden de Medidas provisionales, 25/03/2011.

III. Jurisprudencia de Cortes nacionales

III.a. CSJN Argentina

Aparicio, Ana Beatriz y otros c/ EN, 1095/2008 (44-A) /CS1, Consejo de la Magistratura- art. 110 s/ empleo público, fallada el 21/04/2015.
Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA, 21/09/2004. (Fallos: 327:3753).
Cabrera, Washington c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, 05/12/1983. Fallos: 305:2150.
Causas Amia (2006); Falun Gong (2009); y Genocidio Armenio (2010) Falladas por los jueces federales de Argentina, Magistrados Canicoba Corral, Araújo de Lamadrid y Oyarbide respectivamente. Véase en relación con la causa Amia Pagina 12, viernes 10/11/2006 <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-75969-2006-11-10.html>. En relacion con la causa Falun Gong, véase <http://www.lagranepoca.com/archivo/29765-cronología-del-caso-falun-gong-argentina-genocidio-que-continua-hoy.html>; véase también Luis Andres Henao, Argentine judge asks China arrests over Falun Gong, Reuters, 22/12/2009. Respecto de la causa del genocidio Armenio, véase Universidad de Rosario: El juez Oyarbide declara a Turquía culpable del genocidio Armenio, en internet <http://www.unr.edu.ar/noticia/3365/el-juez-norberto-oyarbide-declara-a-turquia-culpable-del-genocidio-armenio>.
Duhalde, Mario Alfredo c. Organización Panamericana de la Salud – Oficina Sanitaria Panamericana s. Accidente Ley 9688, Sentencia, 31/08/1999. Fallos: 322:1905.
Fibrica Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta Salto Grande. 07/07/1993.

- Galinger, Carlos Alberto y otro c/ Estado Nacional y otro (Comisión Técnica Mixta Salto Grande). 15/07/2003.
- Maldonado, Daniel Enrique (Fallos: 328: 4343).
- Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa, 22/12/1994 y Segunda Fase. Apelación de la Embajada de la Federación Rusa. Dictamen Procuración General de la Nación. Fdo. Nicolás E. Becerra, Buenos Aires, 26/04/1999. S.C. M 517, L. XXXIV.
- Priebke, Erich s/ solicitud de extradición”, 2/11/1995.
- Recurso de Hecho deducido por el Estado y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, Causa 259 de 24/08/2004.
- Recurso de hecho, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. —causa N° 17.768. S. 1767. XXXVIII de 14/06/2005.
- Torrillo, Atilio Amadeo y Otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y Otro, 31/3/2009. Fallos: 332:709.
- Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, FLP 9116/2015/CAI – 04/11/2015.
- Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A. s/despido. Fallos: 327:3677.

III.b. Israel, District Court of Jerusalem, en Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann case, ILR, vol. 36 (1961).

III.c. Estados Unidos

- The Schooner Exchange v. Mc Faddon, Juez Marshall, 11 US, 116, 3 L Ed., 287, 1812.
- United States Court of Appeals, Second Circuit, en Filartiga v. Pena-Irala, ILR, vol. 77, p. 169, (1980).
- United States Court of Appeals, Ninth Circuit, en Siderman de Blake and Others v. The Republic of Argentina and Others, ILR, vol. 103, p. 455, (1992);
- Corte de Distrito del sur de Florida, EEUU, Sentencia, Alejandro y ot. v. The Republic of Cuba, 1997.
- Corte de Distrito de Columbia, EEUU, Sentencia, S.M. Flatow v. Islamic Republic of Iran y ot., 1998.

III.d. Canadá

- Corte Suprema de Canadá, Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran. 2014 SCC 62 Caso no. 35034. Sentencia, 10/10/2014
- Corte de Apelaciones de Ontario, Canadá, Bouzari v. Islamic Republic of Iran (2004), 71 O.R. (3d) 675.

III.e. Japón, Suprema Corte de Japón, Caso No. 1231 (2003). En www.courts.go.jp

III.f. Alemania, German Constitutional Court, Empire of Iran case Judgment 30/04/1963.

III.g. Reino Unido

the United Kingdom Court of Appeal en *Al Adsani v. Government of Kuwait and Others*, ILR, vol. 107, 1996.

Regina v. Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (Nº 3), 24/03/1999, Cámara de los Lores, 119 ILR.

III.h. Grecia, Corte Suprema Helénica, sentencia de 04/05/2000, *Prefectura de Voiotia v. República Federal de Alemania*, Caso no. 11/2000, 2001 AJIL 95.

Bibliografía

Libros

- Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Ambos Kai, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2a. ed., Buenos Aires, 1998.
- Autores Varios, *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, What amounts to 'a serious violation of international human rights law'?*, Academy Briefing No. 6, Universidad de Ginebra, Agosto de 2014.
- Autores Varios, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Martín Abregú, Christian Courtis (Compiladores). CELS Centro de Estudios Legales y Sociales Edit. Del Puerto srl, 1a reimpresión 2004, Bs. As. Argentina.
- Bankas Ernest K., *The State immunity controversy in International Law*, Springer Berlin, Germany, 2005.
- Barboza Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavalía Editor, 1a ed., Buenos Aires, 1999.
- Bariffi, Francisco J., *El principio de la jurisdicción universal a la luz del carácter jus cogens de ciertos crímenes internacionales*. *El Derecho Constitucional* 2006.
- Bassiouni M. Cherif, *Report of the Independent Expert on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Grave Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, presentado conforme la Resolución 1998/43 de la Comisión de Derechos Humanos.
- Bassiouni M. Cherif, *Searching for Peace and Achieving Justice: the need for accountability*, *Law and Contemporary problems*, Vol. 59, No. 4. Duke University, North Carolina, EEUU, 1996.
- Bassiouni M. Cherif y Rothenberg Daniel (editores), *The Chicago Principles*, borrador de Noviembre de 2005.
- Bidart Campos Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1994.
- Bidart Campos, Germán, *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*, tomo II, Ed. Ediar, Buenos Aires.
- Blanc Altemir Antonio, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, Bosch, 1990.
- Brownlie Ian, *Principles of Public International Law*, 4th edition, Oxford, UK, 1990.
- Buergenthal, Thomas, Grossman, Claudio, Nikken, Pedro. *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 01/01/1990.

- Cançado Trindade, A. A., *Evolution du droit international au droit des gens L'accès des individus à la justice internationale le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008.
- Cançado Trindade, A.A., *The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century*, 3 Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional. Castellón, 1999.
- Cassese Antonio, en Bedjaoui ed., *International Law: process and prospects*, Kluwer Law International, 1991.
- Cassese Antonio, *International Law in a divided world*, Clarendon Press, Oxford University Press, Reino Unido, 1986.
- Fisler Damrosch L., *Gross and Systematic Human Rights Violations*, Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, Febrero de 2011.
- Goldschmidt Werner, *Derecho Internacional Privado*, segunda edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974.
- Gómez Robledo Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.
- Gómez Robledo Verduzco Alonso, *Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y Tendencias Relevantes*, México, IJ-UNAM, 1996.
- Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2a ed., 2008.
- Hey Hilde, *Gross Human Rights Violations: A Search for Causes. A Study of Guatemala and Costa Rica*. Martinus Nijhoff Publishers, 11/10/1995.
- Janis M. W. Y Noyes J. E., *Cases and Commentary on International Law*, Second Edition, West Group, St. Paul, Minn., USA, 2001.
- Kaczorowska Alina, *Public International Law*, Textbook, 3rd edition, Old Bailey Press, Holborn College, London, 2005.
- Maarten Bos, *A Methodology of International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984.
- Malanczuk Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997.
- Mariño Menéndez Fernando, *Derecho Internacional Público (Parte General)*, 3^a ed., Madrid, Trotta, 1999.
- Maritain J., *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 (reimpr.).
- Medina Quiroga C., *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988.
- Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse, *Derecho Internacional Público*, Tomo 1, Ed. Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires, Argentina, 1990.

- Nikken Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas S. A., Madrid, 1987.
- Nino Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Paidós, Bs. As. Argentina, 1984.
- Nino Carlos S., *El Castigo como Respuesta a las Violaciones a los Derechos Humanos: Una Perspectiva Global*, Título original: “Punishment as a Response to Human Rights Violations”, publicado en *Radical Evil on Trial*, Carlos Santiago Nino, Yale University Press, New Haven y Londres, 1996.
- Ougergouz F., *The African Charter of Human and People’s Rights: A Comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*, Kluwer, 2003.
- Peters Anne, Lagrange Evelyne, Oeter Stefan, Christian Tomuschat (eds), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Bilingual Edition. Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, 2014.
- Piechowiak Marek, *What are human rights?, An introduction to the International Protection of Human Rights*, 2nd revised edition, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Finland, 2002.
- Pinto Mónica, *Temas de derechos Humanos*. Editores del Puerto S.R.L., 1998.
- Ragazzi Maurizio, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- Remiro Brotons Antonio, *La Persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el Principio de universalidad*, Capítulo XXX. *El Castigo como Respuesta a las Violaciones a los Derechos Humanos: Una Perspectiva Global*, Título original: “Punishment as a Response to Human Rights Violations”, publicado en *Radical Evil on Trial*. Edición 2007 (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia)
- Sanjosé Gil Amparo, *La protección internacional de los derechos humanos en el ámbito del derecho internacional*, Valencia Tirant lo-Blanch, 1992.
- Shelton Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, UK, 2006.
- Simma Bruno, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, *Recueil des Cours*, t. 250, 1994-VI.
- Travieso Juan Antonio, *Derechos humanos y Derecho internacional*, Helias-ta, 2a edición, Bs. As. Argentina. 1996.
- Travieso Juan Antonio, *Derecho Internacional Público*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- Travieso Juan Antonio y Campi Germán, editores, *El Derecho Internacional Público. Su ingeniería y Arquitectura en el siglo XXI*. *ElDial Biblioteca Jurídica.*, 1a edición, Buenos Aires, 2016.

- van Boven Theo, Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms, Informe Final enviado por el Relator Especial, Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 02/07/1993.
- Verdross Alfred, Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, 1973.
- Warner Daniel, Derechos Humanos y derecho humanitario: en búsqueda de la universalidad (Human rights and humanitarian law: the quest for universality), The Hague; Boston: M. Nijhoff, 1997.

Artículos en Libros y Revistas

- Abi-Saab G., The Concept of “International Crimes” and its Place in Contemporary International Law, en J. Weiler, M. Spinedi, y A. Cassese (eds.), International Crimes of State: a Critical Analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility, W. de Gruyter, Berlin/New York, 1989.
- Abramovich V., From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System, SUR International Journal of Human Rights, Vol. 11 (2009).
- Acosta Estévez, José B., Normas de Ius Cogens, efecto Erga Omnes, Crimen Internacional y la Teoría de los Círculos Concéntricos, Anuario de Derecho Internacional, vol. 11, 1995
- Aguilar Cavallo Gonzalo, Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil, Revista Ius et Praxis, Año 14, No. 2, 2008.
- Akçam Taner, Un Acto Vergonzoso- El Genocidio Armenio y la cuestión de la responsabilidad de Turquía, Ed Colihue, 2010. Fundación Luisa Hairabedian, Bs. As. Argentina.
- Allain J., The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement, 13 International Journal of Refugee Law, 2002.
- Atteritano A., Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years, 19 Italian Yearbook of International Law, 2009.
- Barberis J.A., Nouvelles questionnes concernant la personnalité juridique internationale, en Hague Recueil 179, 1983-I.
- Bariffi Francisco J., El principio de la jurisdicción universal a la luz del carácter jus cogens de ciertos crímenes internacionales. El Derecho Constitucional 2006.
- Bassiouni M. Cherif (ed.), International Criminal Law, Vol. I, Crimes, Transnational Publishers, Inc. Dobbs Ferry, N.Y., 1986.

- Besner Jennifer y Attaran Amir, Civil liability in Canada's courts for torture committed abroad: The unsatisfactory interpretation of the State Immunity Act 1985 (Canadá), 2008, 16 Tort L. Rev. 150.
- Bodansky Daniel y Crook John R., Symposium: The ILC's State responsibility articles introduction and overview, *The American Journal of International Law*, Vol. 96.
- Bulygin Eugenio, Sobre el status ontológico de los derechos humanos, en DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 4, 1987.
- Cançado Trindade, A.A., A Denegação de Justiça no Direito Internacional: Doutrina, Jurisprudência, Prática dos Estados, 62 Revista de Informação Legislativa do Senado Federal – Brasília, 1979.
- Cançado Trindade, A.A., Denial of Justice and Its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law, 53 *Philippine Law Journal - University of the Philippines*, 1978, n. 4.
- Carrera Hernández, F. J., La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007.
- Chueca Sancho, A., Las reservas a los tratados de derechos humanos, *Documentación Jurídica*, tomo XIX, núm. 74, abril-junio de 1992, pp. 195-357;
- Crawford, James, Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado, Segunda parte. Contenido de la responsabilidad internacional del Estado Capítulo III. Violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de Derecho Internacional general. Comentario, Universidad de Cambridge, Lauterpacht Research Centre for International Law, Reino Unido, 2009.
- de Wet Erika, Jus cogens y obligaciones erga omnes, en Dinah Shelton (ed), *Oxford Handbook on Human Rights OUP*, 2013.
- Díaz Barrado C. M., Reservas a la convención sobre tratados entre estados: declaraciones, reservas y objeciones a las reservas, formuladas a la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, Madrid, Tecnos, 1991.
- Ermacora F., Procedures to Deal with Human Rights Violations: A Hopeful Start in the United Nations?, *Human Rights Journal*, Vol. 7 1974.
- Fernández Silvia, Elementos para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional Eficaz e Independiente, en revista "IIDH", n° 23, enero-junio 1996.
- Fuentes Torrijo Ximena, El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional. En *Estudios Internacionales* 169. Instituto de Estudios Internacionales. Universidad de Chile, 2011.

- Gaeta P., The Character of the Breach, en J. Crawford, A. Pellet, and S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010.
- Gaja Giorgio, *Jus Cogens Beyond the Vienna Convention*, *Recueil des Cours*, t. 172, 1981-III.
- Garnett R., *Should Foreign State Immunity Be Abolished?* 20 *Australian Year Book of International Law*, 1999.
- Goldstein, Joseph, Marshall, Burke y Schwartz, Jack, *The Limits of Law: On Establishing Civilian Responsibility or the Enforcement of Laws Against War Crimes, The My Lai Massacre and Its Cover-Up: Beyond the Reach of Law? The Peers Commission Report, with a Supplement and Introductory Essay on the Limits of Law* (New York: Free Press, 1976
- Gutiérrez Espada, Cesáreo, *La adhesión Española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes* (2005). *Universidad de Murcia, Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol., 3, núm. 2, octubre 2011.
- Higgins Rosalyn, *Human Rights: Some Questions of Integrity*, 15 *Commonwealth Law Bulletin*, 1989.
- Jorgensen Nina H. B., *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, 2000.
- Macdonald R. St.J., *Fundamental Norms in Contemporary International Law*, 25 *Annuaire canadien de Droit international* 1987.
- Méndez Juan E., *Accountability for Past Abuses*, en *Human Rights Quarterly*, vol. 19, n° 2, mayo 1997, Johns Hopkins University Press
- Méndez Juan E., *Introduction*, en *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, A. James McAdams (ed.), U. of Notre Dame Press, 1997.
- Miaja de la Muela Adolfo, *jus cogens y jus dispositivum en Derecho Internacional Público*, *Estudios Jurídico - Sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela, 1960, T. II, pp. 1121-1153.
- Nikken Pedro.; *la Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno DIDH*, en *Revista IIDH*, mayo de 1989, número especial.
- Nino Carlos S., *The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina*. 100 *Yale Law Journal* 2619. 1991.
- Nino, Carlos S., *El Castigo como Respuesta a las Violaciones a los Derechos Humanos: Una Perspectiva Global*, Título original: "Punishment as a Response to Human Rights Violations", publicado en *Radical Evil on Trial*, Carlos Santiago Nino, Yale University Press, New Haven y Londres, 1996.
- Orentlicher Diane, *Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation*, en *Human Rights an Agenda for the Next*

- Century, Louis Henkin y John L. Hargrove (eds.), American Society of International Law, Washington, 1994.
- Parra Vera Oscar, La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, ISSN 0328-5642, Año 13, N. 1. Noviembre de 2012.
- Pavoni R. y Beaulac S., L'immunité des Etats et le jus cogens en droit international - Etude croisee Italie/Canada, 43 *Revue juridique Themis*, Montreal, 2009.
- Pinto Mónica, El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Autores varios. Martín Abregú, Christian Courtis (Compiladores). CELS Centro de Estudios Legales y Sociales Edit. Del Puerto srl, 1a reimpression 2004, Bs. As. Argentina, ps. 163-171.
- Salmon J., Duration of the Breach, en J. Crawford, A. Pellet, and S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010.
- Sands Phillippe, QC, Immunities before international courts, Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, 18/11/2003, The Hague.
- Schabas William A. Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform 32 *Canadian Yearbook of International Law*, 1994.
- Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime, en 100 *Yale Law Journal* 2537. 1991.
- Tardu M. E., United Nations response to Gross Violations of Human Rights: The 1503 Procedure, *Santa Clara Law Review*, Vol. 20, 1980.
- Travieso Juan A., Los nuevos paradigmas. Enfoques con nuevas consideraciones metodológicas, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Autores varios. Martín Abregú, Christian Courtis (Compiladores). CELS Centro de Estudios Legales y Sociales Edit. Del Puerto srl, 1a reimpression 2004, Bs. As. Argentina, ps. 127-145.
- Xiaodong Yang, Jus Cogens and State Immunity, 3 *New Zealand Yearbook of International Law*, 2006.

Webgrafia

- Bariffi Francisco, Respuestas del ordenamiento jurídico internacional a violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos: ¿un marco legal para la justicia transicional?, versión inédita en poder del autor, 2013.

- Fernández de Gurmendi Silvia A., Relaciones de la Corte Penal internacional con los sistemas nacionales y con el Consejo de Seguridad, OEA Departamento de Asuntos Legales Internacionales, en internet <http://www.oas.org/juridico/english/Seminar11.htm>.
- Gaukrodger David, Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors, OECD Working Papers on International Investment 2010/02, en www.oecd.org/daf/investment/workingpapers.
- González Napolitano Silvina S., Evolución de la Jurisprudencia Argentina en Materia de Inmunidad de Jurisdicción de los Estados Extranjeros. En internet <http://rincondelfallo.blogspot.com.ar/2011/05/evolucion-de-la-jurisprudencia.html>.
- Liesbeth Zegveld, Recursos jurisdiccionales para las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario, Artículo, Revista Internacional de la Cruz Roja, 30-09-2003.
- Negro Alvarado Dante, La inmunidad jurisdiccional de los Estados: El caso Alemania contra Italia – Corte Internacional de Justicia (2012), Agenda Internacional, Año XIX, N° 30, 2012. ISSN 1027-6750. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/6269>.
- Talmon Stefan A. G., Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished, 16/06/2012). Leiden Journal of International Law 25 (2012); Bonn Research Papers on Public International Law No 4/2012. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=2085271> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2085271>.
- Villa Quintana Carmen Rosa, Mecanismos de Protección de derechos humanos, Sistema de Naciones Unidas, Ponencia, XXV Curso Interamericano de derechos humanos, 2010. En http://iidh-webs-ver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XXVCurso_Inter_en_Derechos_Humanos_Discursos_ponencias/22.%20RVilla_doc.pdf.

