

El derecho humano a la jurisdicción efectiva como norma jus cogens

The human right to effective jurisdiction as a jus cogens rule

Favio FARINELLA*

RESUMEN: Analizamos en este artículo la posible caracterización del derecho a la jurisdicción efectiva como norma jus cogens. Las normas imperativas de derecho internacional se imponen a la voluntad soberana de los Estados. En este sentido la limitan y contienen, formando parte del creciente orden público internacional impulsado en la segunda posguerra a partir de la teoría de los derechos humanos. La gran pregunta y posible desarrollo futuro consiste en saber si el acceso a la jurisdicción puede interpretarse como una de las normas imperativas de derecho internacional -con los efectos comentados- cuando el derecho violentado por el cual se pretende acceder a la jurisdicción, posee ese mismo carácter, idea afirmada por el Dr. Cancado Trindade en su disidencia en el caso Alemania-Italia, fallado por la Corte Internacional de Justicia (2012). Presentamos argumentos a favor de la hipótesis planteada, concluyendo que la interpretación propuesta es la única compatible con un régimen jurídico respetuoso del derecho internacional de los derechos humanos.

* PhD, University of Mar del Plata, PhD Candidate University of Buenos Aires (Argentina). BSc in International Politics, University of London, London School of Economics (Reino Unido). Erasmus Mundus Human Rights invited Scholar, Roehampton University, London (Reino Unido). Profesor Titular Derecho Internacional Público. Contacto: <faviofarinella@hotmail.com>; <IG/Fb @faviofarinella>. Fecha de recepción: 06/11/2019. Fecha de aprobación: 22/01/2020.

PALABRAS CLAVE: derecho a la jurisdicción; inmunidad; normas imperativas; derecho a la verdad; justicia transicional.

ABSTRACT: We analyze in this article the possible characterization of the right to effective jurisdiction as *jus cogens*. Peremptory norms of international law are imposed on the sovereign will of States. In this sense they limit and contain it, forming part of the growing international public order promoted from the second postwar on by the theory of human rights. The main question and eventual future development is to know if the right to jurisdiction can be interpreted as a peremptory rule of international law - with the aforementioned effects - when the violated right by which it is intended to access the jurisdiction, has that same character, idea affirmed by Prof. Cancado Trindade in his dissent in the Germany-Italy case, ruled by the International Court of Justice (2012). We explain arguments in favor of the hypothesis raised, concluding that the proposed interpretation is the only one compatible with a legal regime respectful of international human rights law.

KEYWORDS: right to jurisdiction; immunity; peremptory norms; right to truth; transitional justice.

I. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO A LA JURISDICCIÓN EFECTIVA

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”.¹

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 procedimiento jurídico. El resultado del procedimiento debe garantizar los derechos materiales del titular. Afirma Alexy: “El derecho procesal sirve para la producción de decisiones conformes a la ley y, desde este punto de vista, correctas pero, además, dentro del marco de esta corrección, *justas*”.²

El Derecho Internacional Público (DIPU en adelante)³ afirma el derecho de toda víctima de una violación de derechos humanos

¹ 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 CONFORTI, B. y FRANCIANI, F. (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>>.

² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 472-473.

³ Acrónimos empleados en el presente trabajo. CADH: Convención Americana de Derechos Humanos. CDI: Comisión de Derecho Internacional. CEDH: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. CFB: Constitución de la República Federativa de Brasil. CIJ: Corte Internacional de Justicia. CN: Constitución Nacional Argentina. CNP: Constitución Nacional de Paraguay. CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. CtIDH: Corte Interamericana de Derechos

a que le sea concedido un recurso efectivo ante la jurisdicción. Los “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”⁴, 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

Humanos. CtEDH: Corte Europea de Derechos Humanos. CVDT: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. DI: Derecho Internacional. DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos; DIH: Derecho Internacional Humanitario. DIPu: Derecho Internacional Público; Mercosur: Mercado Común del Sur. ONU: Organización de las Naciones Unidas.

⁴ Aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en su 56° 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 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 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 275° reunión.

violaciones.⁵ En cuanto a la reparación, los Principios distinguen varias formas como la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.⁶

El derecho a un recurso efectivo es reconocido en numerosos e importantes documentos internacionales como la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (art. 18)⁷; la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8)⁸; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25)⁹; el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, inc 1 y 2)¹⁰; el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos

⁵ Principio 11, Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos, *op. cit.*

⁶ Principio 21, *ibidem.*

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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

(art. 2, y especialmente el inc. 3)¹¹ y su Protocolo Facultativo (art. 2)¹²; la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (arts. 5 y 6)¹³; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las

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, 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.

¹¹ 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 hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; (...).

¹² 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.

¹³ 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 especialmen-

formas de discriminación racial (art. 6)¹⁴; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 24)¹⁵; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes (art. 14)¹⁶; la Convención sobre los derechos del niño (art. 37, inc. d.)¹⁷; la Convención Interameri-

te 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ Art. 14 1. Todo Estado Parte velará porque 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.

¹⁷ Art. 37. Los Estados Partes velarán porque: 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

cana sobre desaparición forzada de personas (arts. 4 y 9, parr. 3);¹⁸ y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 13).¹⁹

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)²⁰; el Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra de 1949 relativo a la protección de víctimas en conflictos

de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

armados internacionales (Protocolo I, art. 91)²¹; la Declaración de Viena sobre los derechos humanos (art. 27)²²; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (arts. 68 y 75, inc. 1.)²³; y la Declaración de los Principios de Justicia Básicos para las víctimas de delitos y abuso de poder (art. 4).²⁴

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)²⁵;

²¹ 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.

²² 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.

²³ Art. 68 Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones y Art. 75. Reparación a las víctimas.

²⁴ 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.

²⁵ 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

la Convención Europea de derechos humanos y libertades fundamentales (art. 13 y 41)²⁶; 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. Veamos la respuesta normativa interna del Mercosur a partir de la legislación de los Estados miembros originarios.

A) SITUACIÓN EN ARGENTINA

La República Argentina ha incorporado trece instrumentos internacionales relativos a la protección de derechos humanos en su Constitución, conformando el llamado “bloque de constitucionalidad”, gozando en consecuencia, de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN Argentina).²⁷ Así, el derecho a una tutela judicial

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.

²⁶ 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.

²⁷ A saber, Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de derechos económicos,

efectiva se encuentra situado en lo más alto de la pirámide jurídica doméstica. El derecho Argentino menciona en forma expresa la obligación del Estado de otorgar un recurso efectivo que prevenga, corrija y castigue toda lesión producida. Afirmó la Corte Interamericana de derechos humanos (CtIDH) en *Gutiérrez v. Argentina* (2013)²⁸:

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)²⁹, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1)³⁰, 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

sociales y culturales; Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y su Protocolo Facultativo; Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio; Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes; Convención sobre los derechos del niño; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra; Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; y Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

²⁸ CtIDH, caso *Gutiérrez y familia v. Argentina*, Sentencia de 25/11/2013, Fondo, Reparaciones y Costas, paras. 97 y 99.

²⁹ 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.

³⁰ 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.

*la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).*³¹

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”³², 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.”³³

La jurisprudencia de la CtIDH en este punto deviene fundamental, atento el carácter que le reconoce la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) Argentina, la cual 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 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. La CSJN ha

³¹ 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

³² 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.

³³ 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 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 120 y 125.

reconocido a los “órganos de los tratados” como “intérpretes autorizados” en precedentes jurisprudenciales como Aquino; Vizzoti; Maldonado; y Torrillo.³⁴ En *Uriarte v. Consejo de la Magistratura*³⁵, afirmó la CSJN:

*8° (...) 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 (...).*³⁶

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.”³⁷ En Juan Humberto Sánchez (2003), la CtIDH enfatizó que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH en adelante) recoge un principio básico del DIPu por el que se responsabiliza al Estado por acciones y omisiones violatorias del sistema:

³⁴ CSJN Argentina, Aquino (Fallos: 327:3753); Vizzoti (Fallos: 327:3677); Maldonado (Fallos: 328: 4343); y Torrillo (Fallos: 332:709 – 31/3/2009).

³⁵ CSJN, *Uriarte, Rodolfo Mareelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*, FLP 9116/2015/CA1 – CS1, 04/11/2015, para. 8.

³⁶ CSJN *Aparicio Ana Beatriz y otros c/ EN -CSJN- Consejo de la Magistratura- art. 110 s/ empleo público 1095/2008 (44-A)*, (21/04/2015).

³⁷ 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.

*(...) 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.*³⁸

Esta doctrina es reiterada en casos posteriores como Cinco pensionistas, Comunidad Mayagna Awas Tingni y 19 Comerciantes³⁹. 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.*⁴⁰

La CSJN Argentina se ha expedido ampliamente respecto del derecho a la jurisdicción. Cuando no se provee a la víctima del derecho a una tutela judicial efectiva, podemos hallarnos frente a una denegación de justicia. En el caso *Manauta*, al revocar la

³⁸ CtIDH, caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Sentencia, 07/06/2003, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, para. 142.

³⁹ 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.

⁴⁰ CtIDH, caso 19 Comerciantes v. Colombia. para. 181.

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.⁴¹

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.⁴² En esta línea, la CSJN sostuvo que la existencia de algún procedimiento de solu-

⁴¹ CSJN Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa, 22/12/1994; Fallos: 317:1880, considerando 13.

⁴² Véase CSJN, Fibraca 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. 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>

ción de controversias alternativo y efectivo, es requisito esencial para la concesión de la inmunidad jurisdiccional de una organización internacional.⁴³

La afirmación de la tutela judicial efectiva ha sido afirmada en el caso “V.v.M, D. A”, donde a través de los votos de los jueces Moliné O’Connor y López se afirmó la necesidad de brindar una “protección jurídica efectiva”.⁴⁴ En cuanto a la tutela judicial efectiva para las víctimas, la CSJN Argentina señaló que, habida cuenta que la inmunidad de arresto constituye una excepción al principio de igualdad ante la ley, debe admitirse únicamente en razón de la necesidad de garantizar el funcionamiento de los poderes del Estado que emanan de la Constitución Nacional. Por ello, descartó que el legislador Argentino pueda conferir inmunidad a autoridades distintas de las establecidas en la Constitución Nacional.

B) SITUACIÓN EN BRASIL

La Constitución Brasileira emplaza ciertos tratados internacionales de derechos humanos y derechos fundamentales en un lugar de privilegio. Su texto incorporó del escenario internacional una gama de derechos individuales, sociales, políticos, difusos y colectivos, elevándolos a la condición de cláusula constitucional pétrea respecto del poder derivado. Además, al situarse en la primera parte de la Constitución, se convierten en un instrumento para la organización y realización de los órganos del poder en el Estado ubicados en la segunda parte.⁴⁵

Respecto del derecho a una tutela judicial efectiva, la Constitución Federal Brasileira de 1988, en su art. 5 garantiza la igualdad

⁴³ 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.

⁴⁴ CSJN Argentina, S.V.v.M.D.A, Sentencia, 03/04/01, Fallos 324:975.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel, *Direito fundamentais e relações privadas*, ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006: parte I, cap. II, ítem 5, p. 85.2.

y en forma expresa menciona que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o la amenaza de derechos” (art. 5, inc. 35 CFB).

Si bien la garantía del acceso a la Justicia no está prevista en forma expresa, se asegura un conjunto de otros derechos subjetivos procesales identificados con ella.⁴⁶ Así, la Constitución destaca en el capítulo denominado “Derechos y Garantías Fundamentales”, una serie de garantías del proceso entre las que se mencionan: (i) el proceso jurisdiccional; (ii) el acceso a la justicia; (iii) no exclusión del control jurisdiccional; (iv) la asistencia jurídica, asistencia judicial y gratuidad de justicia; (v) la duración razonable del proceso y celeridad; (vi) la igualdad procesal; (vii) el juez natural; (viii) la doble instancia de jurisdicción; (ix) la publicidad de los actos procesales; (x) el contradictorio y la defensa amplia; (xi) la prohibición de la prueba ilícita; y (xii) la fundamentación de las decisiones judiciales.

Por otra parte, el Código Civil Brasileiro afirma que “a todo derecho corresponde una acción que lo asegura”.⁴⁷

Otra normativa importante a los efectos de asegurar la efectiva tutela de derechos, es la que regula la Acción Popular (ley 4717/65) y la Ley de Acción Civil Pública (ley 7347/85).

Cobra importancia entonces el naciente concepto de “tutela específica” prevista en el art. 461 del Código de Proceso Civil y en el art. 84 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil. Enseña el profesor Marinoni⁴⁸ que la “tutela específica” del derecho material consiste en la protección jurisdiccional que no se limita a

⁴⁶ Véase PIRES ROCHA, Eliana y GUEDES JEFFERSON Carús, “Derechos Fundamentales y Proceso Civil en el Brasil: Algunas técnicas procesales compensatorias de desigualdades sociales y la protección judicial de los derechos fundamentales” en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. 11, 2010, pp. 451-492.

⁴⁷ Código Civil de Brasil, art. 75.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva*, consultado en: <www.marinoni.adv.br; guilherme@marinoni.adv.br>.

otorgar al lesionado un valor equivalente al del daño sufrido, sino que además inhibe la práctica del acto lesivo, remueve los efectos concretos derivados del ilícito o sólo condena al resarcimiento en especie. Continúa afirmando Marinoni que los derechos fundamentales generan un deber de protección debido por el legislador, el administrador y el juez. Este último posee el deber de dar tutela (o protección) a los derechos fundamentales que no fueron protegidos por el legislador o por el administrador.⁴⁹

C) SITUACIÓN EN PARAGUAY

Paraguay recepta la idea de la tutela judicial, aún cuando no la mencione en forma expresa en su Constitución Nacional reformada en 1992. Al no figurar expresamente, el derecho a la tutela judicial puede considerarse dentro de los derechos implícitos como en todo sistema abierto de protección de derechos fundamentales, con base en el art. 45 de la Constitución de Paraguay: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuran expresamente en ella”. Los artículos 46 y 47 afirman los derechos a la igualdad en el acceso a la justicia y la igualdad ante la ley, respectivamente. De ellos también derivan el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Reza el art. 47 de la Constitución “El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: “la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efectos allanará los obstáculos que la impidiesen”.

Menciona Ramírez Palacios que existe una relación de género a especie entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho

⁴⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, Almedina, 2a ed., 2003. Véase MARINONI, Luiz Guilherme *Curso de Processo Civil*, v. 1, Teoria Geral do Processo, Thomson Reuters, *Revista dos Tribunais*, 3a. ed., 2017, pp. 83 y ss.; Luiz Guilherme Marinoni *et al.*, *Fundamentos del Proceso Civil*, 2010, pp. 80 y ss.

al debido proceso, por lo cual si bien la Constitución Nacional de Paraguay no contempla expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva, sí contiene sus elementos tales como (i) el derecho a la defensa en juicio (art. 16 CNP); (ii) el derecho a una sentencia definitiva fundada en las leyes y el derecho a que dicha sentencia sea cumplida y/o ejecutada por la propia jurisdicción, en el marco del debido proceso, justo y legal (art. 17 CN); a fin de obtener la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales enumerados en la Constitución y de sus garantías (arts. 132, 133, 134 y 135 de la CN).⁵⁰

La Constitución Paraguaya provee también procedimientos de garantías tales como el recurso de Inconstitucionalidad (art. 132), y los Recursos de Amparo (art. 134), Hábeas Corpus (art. 133) y Hábeas Data (art. 135).⁵¹ Por otra parte Paraguay, al igual que el resto de los Estados partes del Mercosur, ha ratificado la Convención Americana de derechos humanos (CADH) y demás documentos relevantes sobre derechos humanos, que contienen el derecho a la tutela judicial en su articulado.

La CtIDH tuvo oportunidad de expedirse respecto del derecho a la tutela judicial efectiva en Paraguay. En el caso Yakye Axa reconoció la necesidad de resguardar la dimensión colectiva de los derechos del pueblo indígena habitante del territorio Paraguayo. En la etapa anterior del procedimiento, la Comisión Interamericana había afirmado la responsabilidad del Estado Paraguayo fundada en la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25 CADH), por no proveer a la comunidad Yakye Axa de un recurso efectivo y eficaz con el cual tramitar su derecho de propiedad ancestral. Afirmó la sentencia

⁵⁰ RAMÍREZ PALACIOS, Blas Eduardo, “El derecho a la tutela judicial efectiva en el derecho procesal Paraguayo”, 2015. Consultado en: <<https://juristapy.wordpress.com/2015/08/30/el-derecho-a-la-tutela-judicial-efectiva-en-el-derecho-procesal-paraguayo/>>

⁵¹ Véase GRAJALES AMÓS Arturo, *Seguridad Jurídica y Mercosur*, Argentina Ed. Utopía, Ushuaia, 2011.

la inexistencia en la legislación Paraguaya, de un recurso judicial efectivo destinado a proteger las reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas del Paraguay. La CtIDH estableció como medida de satisfacción y garantía de no repetición, la obligación del Estado de adoptar medidas tendientes a crear un mecanismo efectivo para la reclamación territorial por parte de las comunidades indígenas.⁵²

También la demora injustificada en obtener una respuesta material implica una violación de la tutela judicial efectiva. En *Canese v. Paraguay* afirmó la CtIDH “(...) una demora prolongada puede llegar incluso a constituir por sí misma, en ciertos casos, una violación de las garantías judiciales y eso debe ser señalado por la CIDH y rectificado por el Estado Paraguayo”.⁵³

Y en relación con la falta de acceso a la justicia, en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* dijo la CtIDH:

*1. En el caso que ahora nos ocupa quedan de manifiesto nuevamente (...) los problemas asociados a la tutela efectiva – jurisdiccional o no– de los derechos individuales (...) 2. Ciertamente (...) por la puerta que brinda acceso a la justicia discurre la defensa de todos los derechos: he aquí un supuesto del goce y el ejercicio, requisito de vitalidad, si se me permite la expresión, de facultades, libertades y prerrogativas.*⁵⁴

⁵² CtIDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay Fondo, Reparaciones y Costas: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf> (17/06/2005). Véase también CtIDH, *ibidem*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf> (6/02/2006).

⁵³ CtIDH, caso *Canese Ricardo v. Paraguay*, Sentencia (31/08/2004).

⁵⁴ CtIDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, voto del Juez Sergio García Ramírez, Sentencia (29/03/2006), paras. 1 y 2.

D) SITUACIÓN EN URUGUAY

La Constitución de Uruguay reformada en 1997, afirma el derecho de los habitantes a la protección de la ley (art. 7). El derecho a una tutela judicial efectiva se encuentra reconocido en sus normas infra-constitucionales. El Código General del Proceso refiere tanto el derecho a una pronta y eficiente administración de justicia (art. 9), como el derecho al proceso (art. 11). Al igual que sus socios Mercosureños, Uruguay ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH en más), donde se reconocen las garantías judiciales (art. 8) y el derecho a la protección judicial efectiva (art. 25), aceptando la jurisdicción de la CtIDH.⁵⁵

En relación con los procedimientos administrativos, el Decreto 500 (27/09/1991) recepta la debida tutela efectiva, estableciendo en su art. 5 que:

Los interesados en el procedimiento administrativo gozarán de todos los derechos y garantías inherentes al debido proceso, de conformidad con lo establecido por la Constitución de la República, las leyes y las normas de Derecho Internacional aprobadas por la República. Estos derechos implican un procedimiento de duración razonable que resuelva sus pretensiones.

La CtIDH tuvo oportunidad de expedirse respecto de la amnistía concedida por el Ejecutivo Uruguayo (1986) a los responsables de actos de desaparición forzada y otros crímenes internacionales en el contexto del Plan Cóndor.⁵⁶ Entre los considerandos

⁵⁵ Uruguay, ley 15737 (08/03/1985). Su art. 16 reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, bajo condición de reciprocidad.

⁵⁶ Internamente, la Suprema Corte de Justicia Uruguaya, competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, se pronunció en 1988 en el

de la Sentencia de la CtIDH declarando incompatible la norma doméstica con las obligaciones asumidas por Uruguay al incorporar la CADH en su ordenamiento jurídico, destacan: “(...) b) la ley de amnistía uruguaya ha impedido que los familiares de la víctima fueran oídos por un juez, lo cual violó el derecho a la protección judicial, impidió la investigación, captura, procesamiento y condena de los responsables de los hechos (...)”⁵⁷

Y asimismo: “(...) Uruguay asumió nuevas obligaciones con respecto al debido proceso y a la protección judicial de la víctimas al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada en abril de 1996 y la Convención Interamericana contra la Tortura en noviembre de 1992.”⁵⁸

Finalmente, y en relación con la totalidad del sistema Interamericano, el estándar básico en materia de tutela judicial efectiva fue establecido por la CtIDH en el caso Velásquez Rodríguez (1988):

La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el res-

sentido que la Ley de Caducidad no era inconstitucional. Mas tarde en 2009, declaró que lo era. En Uruguay la inconstitucionalidad de las leyes es declarada caso a caso y no tiene efectos generales derogatorios. Finalmente, esta ley fue derogada en 2011.

⁵⁷ CtIDH, caso Gelman v. Uruguay, Sentencia (24/02/2011), p. 42, para. 140, inc. a).

⁵⁸ *Ibidem*, inc. g.

*tablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.*⁵⁹

Desde aquel fallo queda claro que las circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituyen una violación de la CADH, generando además responsabilidad del Estado en cuestión.

En la jurisprudencia hasta ahora comentada referida particularmente a los Estados democráticos miembros plenos del Mercosur, hemos visto que han sido condenados por la violación del derecho a la tutela judicial efectiva de sus habitantes. Asimismo, se les indicó adecuar su normativa interna a fin de respetar el derecho en examen. En los casos citados se distingue un patrón de conducta: los Estados incumplen un deber de hacer, esto es, o bien no han legislado o bien su legislación es insuficiente a fin de proteger materialmente los derechos fundamentales.

La falta de tutela judicial efectiva nacida a partir del reconocimiento de la inmunidad jurisdiccional de agentes de un Estado extranjero constituye un supuesto distinto. Es aquí el Estado receptor quien, a partir de su legislación –y en cumplimiento de compromisos internacionales–, impone a sus habitantes, la carga de no acudir a su jurisdicción en reclamo de un daño causado por personas que gozan de inmunidad de jurisdicción estatal. Esta carga que aparece en el presente como excesiva, ha surgido hace siglos y se mantiene vigente como una norma fundamental de las relaciones internacionales. Sobre ella trata el próximo punto.

II. Acceso a la jurisdicción e inmunidad estatal como norma de DI general

⁵⁹ CtIDH, caso Velásquez Rodríguez, Sentencia (29/07/1988). Serie C No. 4, para. 166. Véase CtIDH, caso Godínez Cruz, Sentencia (20/01/1989). Serie C No. 5, para. 175. También CtIDH, Opinión Consultiva (OC) N° 11/90 (10/08/1990), paras. 23 y 24.

La lógica de la inmunidad de jurisdicción del Estado descansa en los fundamentos vertidos por los tribunales Estadounidenses en el caso *The Schooner Exchange v. Mc Faddon* (1812).⁶⁰ En su sentencia, el juez Marshall afirma que ningún soberano entra a territorio extranjero sin el entendimiento implícito de poseer inmunidad respecto de la jurisdicción foral.⁶¹ Marshall enumera ejemplos tales como la exención 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 del Estado que les ha dado permiso. 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. Se expresa a través del latinazgo “*par in parem non habet imperium*” (entre iguales no hay imperio). Afirmaba el Profesor Goldschmidt cuarenta años atrás:

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,

⁶⁰ 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.

⁶¹ *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.

*procedería indemnizar al demandante, si éste lograra convencer al juez que su demanda habría prosperado.*⁶²

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 de reparación integral a las víctimas.

III. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y SUS LÍMITES

Dentro de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas se menciona mantener la paz y la seguridad internacionales (art. 1.1); fomentar las relaciones de amistad (art. 1.2); y realizar la cooperación internacional (art. 1.3). Junto a ellos, los Principios de igualdad soberana (art. 2.1) y de no intervención (art. 2.7) terminan de dar marco a la inmunidad jurisdiccional de la que gozan funcionarios y agentes estatales. Considerando a la Carta como la piedra fundacional del DI general convencional que rige el actual sistema internacional, su peso jurídico es evidente.

Por otro lado, la teoría de los derechos humanos que se ha venido abriendo paso desde la segunda posguerra, goza de un importante reconocimiento normativo en la propia Carta ONU.⁶³ Todo derecho reconocido normativamente carecería de existen-

⁶² GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1974, p. 416.

⁶³ Sólo a modo de ejemplo, véanse el Preámbulo -"derechos fundamentales del hombre"-; y los artículos 1.2 libre determinación; 1.3 respeto ddhh;

cia material sin un procedimiento que le insuflara el aire vital del auxilio jurisdiccional. La protección jurídica efectiva comprende además del acceso a la justicia, el derecho a un remedio efectivo y el derecho a un juicio justo⁶⁴, conformando así una tríada de obligaciones del Estado frente a los habitantes en un marco democrático.

Los Estados pueden moldear el ejercicio de la protección mediante sus normativas domésticas. Sin embargo, ha afirmado el Comité Jurídico Interamericano que las eventuales limitaciones que se impongan (i) deben hallarse determinadas por ley, (ii) existir en la medida compatible con la naturaleza del derecho y (iii) ser proporcionales y razonables con la finalidad de consolidar los derechos humanos en sociedades democráticas.⁶⁵

Las limitaciones del acceso a la justicia han sido aceptadas tanto en el sistema de protección de derechos Europeo como Interamericano, conforme lo demuestra la jurisprudencia de ambas Cortes. La Corte Europea de derechos humanos (CtEDH) sostiene de manera constante 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 perjudicar la esencia del derecho.⁶⁶ Este test resume una evolución jurisprudencial no exenta de críticas.

13.b Asamblea General y ddhh; 55.c respeto universal por los ddhh; 62.2 y 68 CeyS respeto por los ddhh; y 76.c Rég. Adm. Fiduciaria, entre otros.

⁶⁴ Así lo entendieron tanto Alemania como Italia en el caso Inmunidades Jurisdiccionales del Estado. CIJ, Inmunidades Jurisdiccionales del Estado, Sentencia. Alemania 2011/17, p. 43, para. 24 ; Contra - Memoria de Italia, para. 4.88.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ 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*

Los límites razonables a la tutela judicial vienen siendo debatidos en el sistema Europeo desde el caso *Al-Adsani v. Reino Unido* (2001)⁶⁷, cuya cuestión de fondo era la violación de una norma jus cogens por parte de Kuwait.⁶⁸ Tras agotar los recursos internos sin éxito, *Al-Adsani* recurre en marzo de 1997 a la Comisión Europea de Derechos Humanos, invocando la violación del acceso a la jurisdicción y a un juicio justo (art. 6.1 CEDH) y la prohibición de la tortura (art. 3 CEDH). El caso llega finalmente a la CtEDH que 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*. 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

Kingdom, de 10/05/2001; *Cordova v. Italy*, de 30/01/; y *Ernst v. Belgium*, de 15/07/2003.

⁶⁷ 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 1992 en jurisdicción Inglesa al Gobierno Kuwaití y al Shiek Jaber al-Saud al-Sabah por torturas recibidas en la prisión de aquel país.

⁶⁸ Frente a la declaración de inmunidad de jurisdicción de Kuwait 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; y (iii) la tortura es un delito penal conforme el derecho interno del Reino Unido.

tribunales Ingleses, cumple con la provisiones relevantes del Convenio de Basilea⁶⁹ 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 constituye una norma imperativa de derecho internacional, 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 el caso *McElhinney v. Irlanda* (2001)⁷⁰ volvieron a discutirse los límites al acceso a la jurisdicción. La Gran Sala de la CtEDH sostuvo que mientras 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.⁷¹ Sostuvo 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.⁷² En su disidencia el Magistrate Loucaides afirmó que:

⁶⁹ Convención Europea sobre Inmunidad del Estado, 1972.

⁷⁰ 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 Secretaría de Estado de Irlanda del Norte. Las cortes Irlandesas rechazaron la demanda sobre la base de la defensa de inmunidad de jurisdicción presentada por el Reino Unido.

⁷¹ *Ibidem*, para. 38.

⁷² *Ibidem*, para. 40.

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.⁷³

Los magistrados Cafilisch, Cabral Barreto y Vajić, en sus opiniones en disidencia apoyaron el ejercicio del derecho a la jurisdicción reconocido en el art. 6.1. CEDH. Mencionaron que según el art. 12 de la Convención ONU sobre inmunidades jurisdiccionales de los 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.⁷⁴

⁷³ *Ibidem*, Opinión en disidencia del Magistrado Loucaides, para. 4. Traducción del autor.

⁷⁴ *Ibidem*, Opinión en disidencia de los Magistrados Cafilisch, Cabral Barreto y Vajić, paras. 2-4. Traducción del autor.

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”⁷⁵

En *Fogarty v. Reino Unido (2001)*⁷⁶ la CtEDH resaltó la tendencia a limitar la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros 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 esencia del derecho se altere”⁷⁷. Aun así decidió en igual sentido que en *Al Adsani y McElhinney*.

La CtEDH consideró que como la inmunidad se aplica en relación con todas las disputas laborales, sin considerar su objeto, sexo, nacionalidad, lugar de residencia u otros atributos de la demandante, ésta no fue tratada en forma diferente de cualquier otra persona que hubiera deseado entablar procedimientos en el Reino Unido contra la embajada de un Estado extranjero. En este sentido, la Corte falló que la denegación del acceso a la justicia de la que fue objeto no había sido discriminatoria y consecuentemente no había violación del art. 14 de la Convención Europea sobre derechos y libertades fundamentales.

⁷⁵ 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

⁷⁶ 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

⁷⁷ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinión en disidencia del Magistrado Cançado Trindade, para. 33.

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 inadmisibile la presentación.⁷⁸ 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.⁷⁹

En América el enfoque jurisprudencial ha sido radicalmente distinto.

La CtIDH se ha ocupado más de remarcar el carácter fundamental de la protección jurídica efectiva 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.⁸⁰

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).⁸¹ Ya Cambi había expresado que el acceso a la justicia no se limita a la mera admisión al

⁷⁸ CtEDH, *Kalogeropoulou y ot. v. Grecia y Alemania*. Decisión de 12/12/2002. Los demandantes era familiares de victimas de la masacre de Disto y basaban su acción en el art. 6 de la CEDH y en el art. 1 del Protocolo No. 1 de la CEDH.

⁷⁹ CtEDH, Decisión de 12/12/2002, para. 9.

⁸⁰ 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.

⁸¹ CtIDH, *Goiburú y ot. v. Paraguay*, Sentencia, 22/09/2006.

proceso o a la posibilidad de acceso al juicio, sino que comprende: (i) el acceso al juicio; (ii) la observancia de las garantías del debido proceso legal; (iii) el principio del contradictorio; (iv) el análisis del juez natural e imparcial a fin de llegar a una decisión justa y motivada; y (v) la construcción de técnicas procesales adecuadas para la tutela de los derechos materiales.⁸²

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 obligación de fin -obtener alguna forma de reparación por el daño sufrido-.

Lamentamos que en el caso ventilado ante la CIJ: Inmuni-
dades Jurisdiccionales del Estado (2012), Italia utilizó -sin éxito-
igual argumento.⁸³

La CtIDH ha señalado que el art. 25 de la CADH en conjunto con su art. 1.1 obliga al Estado 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 obtener así una reparación del 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”.⁸⁴

También sostuvo la CtIDH que la CADH obliga a los Estados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser

⁸² Véase Cambi Eduardo, “Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo”, en *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, ítem n. 2.2, p. 674.

⁸³ CIJ, Inmuni-
dades Jurisdiccionales del Estado, *Contra – Memoria de Italia*, p. 76, paras. 4.93-4.94.

⁸⁴ CtIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas 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.

sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general de los Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1).⁸⁵

En suma, presentes ciertos recaudos, el acceso a la justicia -aun cuando constituya uno de los más relevantes elementos de la tutela judicial efectiva- puede ser limitado.

Hasta ahora hemos comprobado que la aplicación de una norma de DI general receptada ampliamente por el derecho interno de los Estados -la concesión de inmunidad jurisdiccional a funcionarios y agentes estatales- provoca una situación jurídica injusta -la negación del acceso a la jurisdicción- respecto de las víctimas del daño.

Ahora preguntamos: ¿existe alguna posibilidad de reconciliar la oposición entre la inmunidad jurisdiccional y el derecho a la tutela efectiva con la idea de justicia?. Intentamos responder a continuación.

A) LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL Y LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA COMO CONSECUENCIA

La tutela judicial efectiva implica que la víctima del daño acceda ante un órgano judicial, sea escuchada y finalmente que su reclamo obtenga -al menos- algún tipo de respuesta satisfactoria. Ahora bien, ¿implica la inmunidad jurisdiccional denegación de justicia y constituye en consecuencia una directa violación del derecho a la tutela judicial efectiva?. Veamos.

Algunos tribunales al pronunciarse afirmativamente sobre la inmunidad de jurisdicción invocada por el Estado extranjero demandado, acostumbran mencionar otras vías que el demandante

⁸⁵ CtIDH, Caso de las Masacres de Ituangó. Sentencia, 01/07/2006. Serie C No. 148, para. 287.

puede accionar en defecto de la que le es negada. Los argumentos son generalmente similares y tienden a negar anticipadamente la invocación de denegación de justicia. Intentan prevenir también la identificación que parte de la doctrina realiza entre “inmunidad” e “impunidad”. En el caso Orden de Arresto, la sentencia de la CIJ distingue entre inmunidad e impunidad, refiriendo otras vías a las que la víctima de violaciones graves de derechos humanos puede acudir:

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 gozan 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, él 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. (...).⁸⁶

Conforme la CIJ, en defecto de la vía jurisdiccional negada por el reconocimiento de la inmunidad, la víctima posee cuatro alternativas a fin de acceder a la justicia y lograr una tutela judicial efectiva:

(i) demandar en la jurisdicción del Estado a cuyas órdenes actuó el agente que participó en la violación;

(ii) demandar al responsable en otra jurisdicción habilitada, siempre y cuando el Estado a cuyo servicio cometió los delitos, renuncie a la 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

(iv) que en ciertas circunstancias -extremadamente excepcionales- la Corte Penal Internacional decida estudiar la totalidad de la “situación” dentro de la cual ocurrió el daño, 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;

⁸⁶ CIJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (DRC v. Belgium) ICJ Reports 14/02/2002, Sentencia, paras. 60 y 61. Traducción del autor.

(vi) solicitar una indemnización al Estado que ha reconocido la inmunidad jurisdiccional.

Al preguntar si la concesión de inmunidad jurisdiccional conduce a la denegación de justicia, debemos considerar si provoca una ausencia absoluta de reparación para la víctima, sea de carácter civil, penal, administrativo o aún de mera cortesía entre los Estados. Esta tensión a la que se enfrenta todo juez que debe decidir sobre 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.⁸⁷

La jurisdicción constituye un medio hacia un fin. Al reconocerse la inmunidad jurisdiccional estatal, la víctima es ignorada. El acceso a la justicia le brinda la posibilidad de reclamar una reparación en su concepción amplia: conocer la verdad; lograr el castigo de los agentes estatales involucrados; reclamar una indemnización; exponer públicamente los hechos lesivos; incluso solicitar garantías de no repetición, a fin de transformar los contextos estructurales de violencia y exclusión escondidos detrás de las violaciones graves.⁸⁸ Criticaremos cada una de las vías alternativas propuestas, guiados por las necesidades de las víctimas orientadas hacia su tutela judicial efectiva. Comenzamos.

⁸⁷ *Ibidem*, Opinión por separado de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, para. 5.

⁸⁸ 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*, Bogotá, Fundación Social, 2006, pp. 55-92.

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 del reclamante; 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 suceder que la víctima haya acudido a la jurisdicción extranjera sin haber obtenido satisfacción a su reclamo. Por todo lo referido, este primer supuesto deviene inverosímil.

En segundo lugar, la renuncia del Estado extranjero a su inmunidad es la posibilidad más improbable, ya que de haber deseado brindar una solución -aun extrajudicial-, el caso no hubiera llegado a otra jurisdicción. Es una situación teóricamente correcta, aunque especulativa. Los Estados son siempre reacios a ser juzgados por jurisdicciones ajenas, y aun cuando sucediera, debemos tener presente el instituto de la inmunidad de ejecución, que sigue entendiéndose como absoluta, a pesar de tímidos avances. Como ejemplo, esta solución se encuentra prevista en ambas convenciones de Viena respecto de los diplomáticos y cónsules de carrera: ‘El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos y de las personas que gocen de inmunidad’ (art. 32.1 CVRD y 45 CVRC).

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”.

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 Wngaert 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 son sospechados, no demuestren voluntad de investigarlos.⁸⁹ La intervención de un tribunal internacional aparece como interesante, considerando la imposibilidad de invocar la inmunidad jurisdiccional atento su naturaleza. La cooperación de las autoridades del Estado infractor deviene esencial para el éxito de los procedimientos. Los atentados terroristas ocurridos en Argentina de los cuales la justicia local responsabilizó a funcionarios Iraníes, entre ellos personal de la Embajada, son un claro ejemplo de la imposibilidad de avanzar en el proceso cuando el Estado acreditante niega todo tipo de cooperación.

En quinto lugar, podría el Estado de nacionalidad de la víctima reclamar en su nombre. Sin embargo, la protección diplomática es 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.

En sexto lugar, la víctima podría solicitar una indemnización al Estado receptor que le ha negado el acceso a la jurisdicción. Esta parece ser la opción más realista, aunque sólo resuelve reclamos indemnizatorios. La solución depende del Estado del foro que debe legislar al efecto o llegar a un acuerdo con las víctimas. Consideramos a ésta, la solución más práctica y realista y es provista por las legislaciones de Estados Unidos, Reino Unido, Francia e Italia.

⁸⁹ CIJ, Orden de Arresto, Opinión en disidencia del Magistrado van den Wyngaert, para. 37.

IV. CONCLUSIONES

El análisis normativo efectuado en el inicio del presente trabajo sirve para confirmar la existencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, tanto en el plano del derecho internacional público como del derecho interno de los Estados. Vimos cómo los Estados miembros originarios del Mercosur, unidos por la cláusula democrática establecida en el Protocolo de Ushuaia, reconocen el derecho a la jurisdicción efectiva.⁹⁰

Analizamos luego la especial situación del derecho a la jurisdicción efectiva de víctimas de violaciones graves de derechos humanos imputables al Estado. En este punto, el derecho en examen enfrenta un opositor formidable: la soberanía estatal y su consecuencia, la inmunidad de jurisdicción. Notamos aquí que la concesión de inmunidad jurisdiccional no equivale de manera lineal a denegación de justicia, ya que existen varias vías opcionales. Algunas más costosas, otras de improbable resultado. No obstante, existen.

La intersección de la inmunidad jurisdiccional con el derecho a la tutela judicial efectiva implica resolver cuestiones legales de consecuencias injustas. Aquí el Estado se enfrenta a obligaciones contradictorias, unas asumidas convencionalmente frente a los demás Estados, otras de carácter *erga omnes* referidas a la promoción y protección de los derechos humanos. Para comenzar a resolver el dilema, debe distinguirse entre la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos del Estado y la que surge de la comisión de delitos internacionales a partir de violaciones graves de derechos humanos.

En el primer caso, se impone el respeto de la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero y de probarse una situación de denegación de justicia, cabría que la víctima fuera indemnizada por el Estado que ha reconocido la inmunidad. La tutela judicial efectiva incluye la reparación debida a la víctima. Quién es aquél

⁹⁰ Protocolo de Ushuaia, Mercosur mas Bolivia y Chile, 24/07/1998.

llamado a responder, es una cuestión abierta a debate. Lo que no puede afirmarse en un sistema democrático del siglo XXI es que el daño deba ser soportado por la víctima.

El segundo supuesto es más controvertido. Si la responsabilidad estatal nace por la violación de normas con carácter de *jus cogens*, entonces creemos que debería habilitarse la jurisdicción como excepción a la inmunidad jurisdiccional invocada. La CIJ se ha expedido de manera contraria a esta opinión en el caso Inmunidades jurisdiccionales del Estado (2012), brindando vías opcionales de jurisdicción. Como vimos, todas ellas de difícil o nulo resultado positivo. Es aquí donde entendemos que la denegación de justicia debe ser interpretada 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. Tan sólo a modo de ejemplo, la víctima debería demostrar:

(i) que intentó en forma previa y sin éxito algunas de las principales vías alternativas como la propia jurisdicción del Estado demandado; o

(ii) la demora injustificada del reclamo iniciado en jurisdicción del Estado demandado, tras un plazo razonable; o

(iii) la renuencia del Estado demandado en cooperar o su voluntad de impedir la denuncia en otros ámbitos estatales, regionales o internacionales; o

(iv) la carencia de medios económicos para litigar ante la jurisdicción del Estado responsable, 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: *“Ha de bastar con que, de oficio o por la parte actora, se aporten indicios serios y ra-*

zonables de la inactividad judicial que acrediten una falta de capacidad o de voluntad para la persecución efectiva de los crímenes”.⁹¹

Finalmente y en cuanto a la hipótesis principal del presente artículo, afirmamos que el problema central no es procedimental. Cuando ocurre una violación grave de derechos humanos, lo esencial no consiste en elucidar si existe acuerdo o no sobre la jurisdicción en que la víctima deba presentar su denuncia o aún mas, si tal jurisdicción existe. La verdadera cuestión que reclama solución subyace en brindar el derecho a una jurisdicción efectiva.

Al analizar las opiniones de los tribunales internacionales, notamos diferencias esenciales entre la jurisprudencia de la CIJ y la CtEDH por un lado, y los fallos de la CtIDH y otros tribunales y agencias del sistema de la ONU.⁹² Estos últimos han afirmado 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 enfoque de la CIJ donde el ser humano es sólo un objeto de protección, o de la opinión de la CtEDH focalizada en resaltar los límites del derecho de acceso a la jurisdicción, con lo cual el mismo pierde efectividad.

⁹¹ 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” 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*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 504.

⁹² Como por ejemplo, los tribunales ad hoc creados desde fines del siglo XX, la Corte Penal Internacional, el Consejo de Derechos Humanos, el Alto Comisionado ONU para los Derechos Humanos, el Alto Comisionado ONU para los Refugiados, el Comité Internacional de la Cruz Roja, entre los destacados.

La CtIDH en cambio, se ha ocupado en resaltar el acceso a la jurisdicción y ha sostenido que la obligación en cabeza del Estado adquiere el carácter de norma de jus 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 derecho de acceso a la jurisdicción efectiva se constituye en la verdadera naturaleza del derecho sustantivo que intenta proteger, cuando existe consenso sobre la esencialidad del último. Esto ocurre respecto del “núcleo duro o diamantino” de derechos humanos. El ejercicio efectivo de los derechos -la existencia real de procedimientos de defensa de los derechos humanos frente al Estado-, mueve a que afirmemos con Gearty que en este siglo XXI, “el efectivo cumplimiento constituye 9/10 del derecho” (“enforcement is nine tenths of the law”).⁹³

Resumiendo lo expuesto, creemos tal como Cançado Trindade explica en la fundamentación de su voto en disidencia en el citado Inmunidades Jurisdiccionales, que una protección jurídica efectiva de los derechos de la víctima, incluye no sólo su acceso a la justicia sino el respeto de las garantías del debido proceso y una respuesta efectiva por parte de la autoridad judicial. Esto se logra cuando al Estado le es impedido invocar su inmunidad soberana frente al reclamo de las víctimas. Y para que esto suceda, cuando han sido violados derechos que poseen el carácter de jus cogens, la norma procedimental que garantiza el acceso a la jurisdicción adquiere virtuosamente el carácter de norma imperativa.

⁹³ GEARTY, CONOR, *The Right's Future website project*, UK, London School of Economics, 2011. Consultado en: <therightsfuture.com/t20-enforcement-nine-tenths-of-the-law>. Traducción: el ejercicio efectivo constituye el 90% del derecho.