

**SOBRE LA EMERGENCIA DE UNA EXCEPCIÓN  
A LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE  
LOS ESTADOS ANTE LAS VIOLACIONES GRAVES  
DE DERECHOS HUMANOS**

por CARLOS ESPÓSITO MASSICCI

Catedrático de Derecho Internacional Público,  
Universidad Autónoma de Madrid.



## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes desafíos pendientes del Derecho internacional consiste en lograr un equilibrio razonable entre un sistema basado en la soberanía de los Estados y un sistema centrado en los derechos humanos<sup>1</sup>. Esta necesidad se manifiesta especialmente en los casos en que se contraponen la inmunidad del Estado y los derechos humanos<sup>2</sup>, «dos conjuntos de normas que tienen objetivos muy diferentes»<sup>3</sup>. Las inmunidades jurisdiccionales de los Estados, que son fundamentalmente un límite al ejercicio de la jurisdicción territorial de los Estados establecido por el Derecho internacional, tienen por objeto hacer respetar el principio sobre el que se asientan, es decir, el principio de igualdad e independencia de los Estados<sup>4</sup>. En cambio, los derechos humanos protegen ciertos derechos y libertades fundamenta-

---

<sup>1</sup> En la opinión separada que los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal adjuntaron a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *orden de detención de 11 de abril de 2000*, República Democrática del Congo c. Bélgica, sentencia de 14 de febrero de 2002, ICJ Reports 2002, se describe este desafío en los siguientes términos:

«One of the challenges of present-day international law is to provide for stability of international relations and effective international intercourse while at the same time guaranteeing respect for human rights. The difficult task that international law today faces is to provide that stability in international relations by a means other than the impunity of those responsible for major human rights violations».

En el mismo sentido, Christian Tomuschat, «International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law», *Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, tomo 281, 1999, pp. 11 y ss., afirma que la tensión entre las normas básicas de un Derecho internacional centrado en los Estados y otro centrado en los individuos no ha encontrado aún el equilibrio adecuado y que:

«It is the great challenge for today's lawyers to define an appropriate dividing line, taking into account that State power may on the one hand become an oppressive force, but that on the other hand it operates as protective umbrella for the human beings under its jurisdiction» (p. 162).

<sup>2</sup> Este trabajo está basado en un estudio más amplio sobre las inmunidades jurisdiccionales frente a la violación de los derechos humanos que he publicado bajo el título *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

<sup>3</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la fragmentación y expansión del derecho internacional*, U.N. Doc. A/CN.4/L.702, 18 de julio de 2006; y U.N. Doc. A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006 (completado por Martti Koskeniemi), párrafo 24, disponible en [http://untreaty.un.org/ilc/texts/1\\_9.htm](http://untreaty.un.org/ilc/texts/1_9.htm).

<sup>4</sup> Ver J. A. Carrillo Salcedo, «Droit international et souveraineté des états», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 257, 1996, pp. 35 y ss.

les de las personas frente a los Estados y garantizan una reparación efectiva en el caso de que se produjera una violación de esos derechos.

Esta pugna entre dos objetivos legítimos del Derecho internacional se ha visto reflejada en los últimos años en casos concretos donde individuos demandan civilmente a Estados extranjeros ante tribunales nacionales alegando violaciones graves de derechos humanos, como la tortura o el genocidio, por las que solicitan una reparación efectiva. Un caso paradigmático que ilustra la tensión que nos ocupa es el asunto *Al-Adsani*, que tras ser decidido a favor de la aplicación de la inmunidad jurisdiccional de Kuwait en los tribunales del Reino Unido, fue confirmado en una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque por una exigua minoría<sup>5</sup>.

En este contexto, aunque las normas generales de Derecho internacional no la contemplen<sup>6</sup> y sean contados los casos en que la práctica la admite<sup>7</sup>, en la doctrina se

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Al-Adsani v. United Kingdom*, de 21 de noviembre de 2001, asunto núm. 35763/97, decidido por el voto de 9 jueces contra 8. Este caso ha generado una discusión enorme. A favor, ver A. Sánchez Legido, «*Jus cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto *Al-Adsani* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, 2001, n. 1-2, pp. 313 y ss.; Christian Tomuschat, «L'immunité des États en cas de violations graves des droits de l'homme», *Revue Générale de Droit International Public*, 2005, n. 1, pp. 51 y ss.; Lee M. Caplan, «State Immunity, Human Rights and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory», *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, n. 4, pp. 741 y ss.; David Lloyd Jones, «Article 6 ECHR and Immunities Arising in Public International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, pp. 463 y ss. En contra, ver Isabelle Pingel, «Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité: la Cour de Strasbourg persiste», *Revue Générale de Droit Internationale Public*, 2002, n. 106, pp. 893 y ss.; Andrea Bianchi, «L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du Droit international», *Revue Générale de Droit International Public*, 2004, n. 108, pp. 63 y ss.; Alexander Orakhelashvili, «Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, n. 3, pp. 529 y ss. Ver también de Alexander Orakhelashvili: «State Immunity and International Public Order Revisited», *German Yearbook of International Law*, vol. 49, 2007, pp. 327 y ss.; y su monografía *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, especialmente capítulo 10 sobre inmunidad de los Estados y normas imperativas, pp. 320-359. En la doctrina española, ver las páginas que le dedica a este tema el profesor C. Fernández de Casadevante Román en su libro *Derecho Internacional Público*, Madrid, Dilex, 2003, pp. 193-210 y 229-232.

<sup>6</sup> En el Derecho internacional no hay normas generales que amparen una excepción basada en Derechos humanos. Se podría mencionar en este sentido la excepción a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados basada en la violación del Derecho internacional contenida en la *Foreign Sovereign Immunities Act* (1976) de Estados Unidos de América, respecto de la «expropiación contraria al Derecho internacional». El problema es que dicha excepción no ha logrado ni la práctica ni la *opinio iuris* necesaria para ser considerada una norma consuetudinaria internacional, ya que no ha sido reproducida en otras legislaciones nacionales sobre la materia ni en las codificaciones internacionales, ni parece ser aceptada en la práctica de los tribunales de otros Estados. Ver Christoph H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, Grotius Publication Limited, 1988, p. 55. Ver también Michael Akehurst, «Jurisdiction in International Law», *British Yearbook of International Law*, vol. 46, 1972-1973, pp. 145 y ss., en pp. 252-257, donde concluye que «third States (particularly in cases of expropriation) are under no duty to withhold recognition from acts which violate international law» (p. 257).

<sup>7</sup> Ver *Ferrini c. Alemania*, sentencia de 11 de marzo de 2004, reproducida en *Rivista de Diritto Internazionale*, vol. 87, 2004, pp. 539 y ss. Sobre este caso ver Pasquale De Sena y Francesca De Vittor, «State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini* Case», *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005, n. 1, pp. 89 y ss.; Carlo Focarelli, «Denying Foreign State Im-

discuten propuestas específicas relativas a la creación de una nueva excepción a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados frente a las violaciones graves de derechos humanos<sup>8</sup>. Esta tendencia ha sido incluso reconocida en el informe de 1999 del Grupo de trabajo sobre inmunidades jurisdiccionales establecido por la Sexta Comisión de la Asamblea General para analizar el estado de la codificación sobre la materia, donde se habla de un argumento cada vez más esgrimido en el sentido de que la inmunidad debe ser denegada cuando los actos de un Estado llevados a cabo en violación de normas de derechos humanos con carácter de *ius cogens*, en particular la prohibición de la tortura<sup>9</sup>, causan muertes o lesiones personales<sup>10</sup>. Esa advertencia en un anexo del mencionado informe, que fue tomado en cuenta para decidir las cuestiones importantes que quedaban por resolver para lograr un consenso sobre un proyecto de convenio para regular las inmunidades jurisdiccionales, no tuvo como resultado la incorporación de una excepción de este tipo en la Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus bienes de 2004<sup>11</sup>. Actualmente, si por cualquier motivo surgiese una voluntad de los Estados de introducir tal excepción, habría que negociar la adopción de un protocolo sobre derechos humanos a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, que previese una excepción a la inmunidad de los Estados en los casos de violaciones graves de derechos humanos<sup>12</sup>.

Estas páginas tienen por objeto estudiar la plausibilidad de esas propuestas doctrinales que pretenden establecer una excepción de derechos humanos a la inmunidad de jurisdicción del Estado en materia civil. Todas las doctrinas favorables a una excepción de ese carácter defienden que al menos ciertos actos contrarios al Derecho internacional no merecen ser amparados por las inmunidades jurisdiccionales de los

---

munity for Commission of International Crimes: The *Ferrini Decision*», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 951 y ss.; Andrea Bianchi, comentario de jurisprudencia en *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 242 y ss.; Andrea Gattini, «War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision», *Journal of International Criminal Law*, vol. 3, 2005, pp. 224 y ss.

<sup>8</sup> Además de los estudios citados en las notas anteriores, cf. también el capítulo de Thomas Giegerich, «Do Damages Claims Arising from Jus cogens Violations override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?», en Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus cogens and Obligations Erga omnes*, The Hague, Kluwer, 2006.

<sup>9</sup> Sobre la tortura, en especial, ver Andrew Clapham, «The jus cogens Prohibition of Torture and the Importance of Sovereign State Immunity», en Marcelo G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law: liber amicorum Lucius Caflisch*, The Hague, Nijhoff, 2007; Kate Parlett, «Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception», *European Human Rights Law Review*, 2006, pp. 49 y ss.

<sup>10</sup> Ver el Apéndice al Informe del Grupo de Trabajo en el Doc. A/54/10, Suplemento núm. 10, pp. 414-416.

<sup>11</sup> La Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de diciembre de 2004, Res. A/59/208, aunque aún no ha entrado en vigor. Sobre esta Convención, Gerhard Hafner, «The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Properties», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35, 2004, pp. 3 y ss.

<sup>12</sup> Christopher Keith Hall, «UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, pp. 411 y ss.; y Lorna McGregor, «State Immunity and Jus Cogens», *ibid.*, pp. 437 y ss.

Estados en los tribunales internos. Entre ellas, hay algunas que abogan por una excepción general y otras que intentan crear una excepción limitada, con la esperanza de reconciliar las inmunidades estatales y la eficacia de los derechos humanos. Comenzaré por las iniciativas de reconciliación entre inmunidad soberana y derecho a la reparación. Luego presentaré algunas propuestas en torno a nociones tradicionalmente interestatales, como es el consentimiento implícito como excepción o la calificación de la declaración de competencia como una contramedida frente a las violaciones graves de derechos humanos. Seguidamente me detendré en las propuestas fundadas en una idea sustantiva de comunidad internacional, que favorecen la vigencia de jerarquías normativas en Derecho internacional. Los últimos dos apartados presentan desarrollos que vislumbran la posibilidad de una jurisdicción civil universal y una solución ideal a la falta de una excepción al principio de inmunidades jurisdiccionales en los casos de violaciones graves de derechos humanos, esto es, la creación de una Corte Internacional de Derechos Humanos para salvaguardar el derecho de las víctimas a una reparación efectiva en Derecho internacional.

## II. LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN DE BIENES

La teoría de la ponderación de bienes busca la reconciliación entre los intereses en juego, es decir, los derechos humanos conculcados y la soberanía amparada por la inmunidad de los Estados. Un esfuerzo notable de conciliación ha sido llevado a cabo por Jürgen Bröhmer, que postula una solución que pasa por la distinción entre diferentes tipos de violaciones de derechos humanos y la asunción de riesgos por parte de los Estados en el contexto de demandas de daños y perjuicios<sup>13</sup>. En concreto, propone una disposición que excepcione la inmunidad jurisdiccional del Estado si la causa de la demanda es la muerte o lesiones personales y el acto u omisión que dio lugar a la muerte o las lesiones, sea de naturaleza gubernamental o no, constituye una violación de un derecho humano fundamental que comporte el carácter de *ius cogens* en Derecho internacional, como por ejemplo la prohibición de la tortura o las ejecuciones extrajudiciales, siempre y cuando el acto u omisión esté dirigido a causar ese daño a los individuos, no sea a la vez una violación de normas que protejan los derechos de grandes grupos humanos, como el genocidio, y no haya ocurrido en el contexto de un conflicto armado. Bröhmer excluye la competencia cuando se prevea una avalancha de demandas y en los casos en que el Estado demandado aporte pruebas de que ha llevado el asunto ante un tribunal internacional o lo ha sometido a alguna otra forma de solución de diferencias que garantice un remedio efectivo a la controversia<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Jürgen Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, La Haya, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 196 y ss. Cf. asimismo A. Sánchez Legido, «*Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, 2001, pp. 313 y ss., que propugna una «ponderación de los intereses contradictorios en juego y una adecuada valoración de la posibilidad de utilizar otras vías a través de las cuales atender los derechos de las víctimas» (p. 330).

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 214-215.

Esta propuesta es problemática en su conjunto, pero sobre todo llama la atención el hecho de que su autor se preocupe tanto por salvaguardar aspectos muy discutidos de la soberanía de los Estados. La única clara ventaja de esta propuesta frente a la clásica excepción por daños y lesiones admitida en el Derecho internacional general<sup>15</sup> es que no se exige la conexión territorial respecto del daño o lesión producidos<sup>16</sup>, pero por lo demás es realmente desafortunada y, al buscar una extrema individualización de la reparación, resulta contraria a lo que pretende defender, es decir, el punto de vista de las víctimas.

Como contrapunto, cabe mencionar la concepción del juez Loucaides en su voto particular en el asunto *Al-Adsani v. Reino Unido*, donde se refirió a la ponderación de bienes rechazando los conceptos de inmunidad ilimitada, bien basados en el Derecho internacional o en el Derecho nacional, que impiden absolutamente el ejercicio de la capacidad judicial de determinar un derecho civil sin sopesar los intereses en juego<sup>17</sup>. Este tipo de ponderación es necesaria e indica el modo en que debe actuar un tribunal constitucional o de derechos humanos que se ocupe de salvaguardar los derechos fundamentales de los individuos mediante una verificación de la finalidad legítima de la norma en cuestión y de la proporcionalidad en su aplicación<sup>18</sup>. Sin embargo, es exactamente este tipo de mandato el que pone de manifiesto que quizá la relación entre los dos conjuntos normativos sólo pueda describirse como una contradicción irreductible de imposible conciliación<sup>19</sup>.

### III. LA TEORÍA DE LA RENUNCIA IMPLÍCITA A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS

En Derecho internacional la inmunidad jurisdiccional de un Estado puede ser excepcionada sobre la base del propio consentimiento estatal. Ese consentimiento,

---

<sup>15</sup> Ver artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, y el análisis en profundidad de esa excepción que hago en el capítulo III de mi libro *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, *supra* nota 2, pp. 109-153.

<sup>16</sup> Sobre esta condición, muy restrictiva, ver mi obra *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, *supra* nota 2, pp. 123-127.

<sup>17</sup> Voto particular del Juez Loucaides en el caso *Al-Adsani v. Reino Unido*, donde se afirma que:

«Any form of blanket immunity, whether based on international law or national law, which is applied by a court in order to block completely the judicial determination of a civil right without balancing the competing interests, namely those connected with the particular immunity and those relating to the nature of the specific claim which is the subject matter of the relevant proceedings, is a disproportionate limitation on Article 6 § 1 of the Convention and for that reason it amounts to a violation of that Article.»

<sup>18</sup> Ver Emmanuel Voyiakis, «Access to Court v. State Immunity», *International Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, pp. 297 y ss., quien correctamente pone de relieve que ante la inexistencia de un foro alternativo es difícil saber cómo el Tribunal podría negar la desproporcionalidad de la medida que reconoce la inmunidad de los Estados (p. 312). Sobre el requisito de la proporcionalidad, cf. David Lloyd Jones, «Article 6 ECHR and Immunities Arising in Public International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, pp. 463 y ss., que fue abogado del Reino Unido en los casos objeto de las sentencias de 21 de noviembre de 2001 en este asunto.

<sup>19</sup> Son palabras de Paul Lagarde recogidas en las conclusiones del coloquio publicado bajo la dirección de Isabelle Pingel, *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, París, Pedone, 2004, pp. 149 y 153.

en general, debe ser expresado por escrito, salvo que el Estado decida interponer una demanda en el extranjero o participar en un juicio como demandado sin alegar la norma de la inmunidad de los Estados<sup>20</sup>. En este sentido, es apropiado preguntarse si, en el contexto que nos ocupa, cabe considerar el consentimiento implícito como una renuncia a la inmunidad de jurisdicción del Estado.

La *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 admite que la exclusión de la inmunidad del Estado puede hacerse por consentimiento expreso o implícito<sup>21</sup>. El legislador y los tribunales de Estados Unidos de América han entendido que el consentimiento implícito para someterse a un foro externo por parte del Estado debe basarse en algún tipo de manifestación de la intención de renunciar a la inmunidad, condición que además ha sido interpretada restrictivamente por los tribunales. En consecuencia, la jurisprudencia no sólo construye el concepto de consentimiento implícito de manera restrictiva<sup>22</sup>, sino que exige que éste se apoye en una decisión consciente del Estado extranjero de participar en un proceso ante los tribunales del foro de otro Estado<sup>23</sup>. Esa decisión consciente del Estado se traduce generalmente en la existencia de cláusulas arbitrales, en la negociación de cláusulas de elección del derecho aplicable o en la falta de solicitud del Estado de la defensa de inmunidad cuando se haya presentado al juicio.

Ahora bien, algunos autores han hecho una interpretación evolutiva del consentimiento implícito de manera tal que corresponda a una renuncia a la inmunidad cuando media un acto ilícito internacional de carácter imperativo<sup>24</sup>. Es un esfuerzo interesante basado en la idea de que dichas violaciones van más allá de la mera relación interestatal y que afecta a individuos con derechos reconocidos por el Derecho internacional.

Esta excepción aplicada a las violaciones graves de derechos humanos ha sido denegada siempre en los tribunales de Estados Unidos<sup>25</sup>. El caso *Princz contra Alemania* es particularmente interesante al respecto, porque plantea una contradicción manifiesta entre normas imperativas e inmunidades de jurisdicción de los

<sup>20</sup> Ver, por ejemplo, el artículo 7 de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes de 2004, que establece la improcedencia de la regla de la inmunidad para los casos en que los Estados hayan consentido el ejercicio de jurisdicción por acuerdo internacional, por contrato escrito o por una declaración o comunicación escrita ante los tribunales. Además, según el artículo 8 la participación en un procedimiento implica la renuncia a la inmunidad siempre que dicha participación no sea específicamente dirigida a argüir esa regla procesal.

<sup>21</sup> 28 U.S.C. § 1605 (a) (1), donde se establece que un Estado no será inmune a los tribunales del foro en los casos «*in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication...*».

<sup>22</sup> Ver *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F 3d 1166 (DC Cir. 1994), p. 1174; *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F 3d 239 (2d Cir. 1996), p. 243, cert. denied, 520 US 1204 (1997).

<sup>23</sup> Ver Andrew Dickinson, Rae Lindsay y James P. Loonam, *State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 248-251.

<sup>24</sup> Ver Adam C. Belsky, Mark Merva, y Naomi Roth-Arriaza, «Implied Waiver under FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violators of Peremptory Norms of International Law», *California Law Review*, vol. 17, 1989, pp. 365 y ss.

<sup>25</sup> Ver *Sampson v. Federal Republic of Germany*, 250 F 3d 1145 (7<sup>th</sup> Cir. 2001).



Estados que fue alegada por la parte demandante para excepcionar la inmunidad. Hugo Princz fue detenido en el territorio que hoy corresponde a Eslovaquia e internado junto a su familia en campos de concentración nazi donde se le obligó a trabajos forzados en beneficio de compañías privadas alemanas. Sus padres y sus tres hermanos murieron en los campos de concentración. El se salvó y comenzó una lucha para conseguir una reparación frente al Estado alemán, primero por la vía administrativa en Alemania<sup>26</sup> y luego por la vía judicial en Estados Unidos. Tras una sentencia favorable al demandante del Tribunal de Distrito de Columbia<sup>27</sup>, la inmunidad jurisdiccional del Estado alemán fue reconocida en la sentencia de la Corte de Apelaciones de 1994<sup>28</sup>.

Los defensores de la interpretación favorable a una renuncia implícita citan con entusiasmo la opinión disidente de la juez Patricia Wald adjuntada a la sentencia de

---

<sup>26</sup> Alemania implantó diversos sistemas de compensación para las víctimas de la Segunda Guerra Mundial. Princz solicitó una compensación sobre la base de la Bundesentschädigungsgesetz de 1 de octubre de 1953, pero esta ley requería que sus beneficiarios fuesen refugiados o residentes en Alemania. Luego estos requisitos se eliminaron, pero Princz no solicitó una compensación dentro del plazo que expiraba en 1969. Para un estudio de los programas de compensación para víctimas de guerra en Alemania ver R. Bank, «The New Programs for Payments to Victims of National Socialist Injustices», *German Yearbook of International Law*, vol. 44, 2001, pp. 307 y ss. Posteriormente Princz acudió al Gobierno de EE.UU., que intercedió sin éxito en la década de 1980 ante Alemania para lograr una compensación. Esta actitud es coherente con la posición de los gobiernos alemanes en el sentido de considerar que el Derecho internacional aplicable en la época de la Segunda Guerra Mundial no reconocía un derecho de compensación monetaria a las víctimas de violaciones de Derecho humanitario ante los tribunales alemanes y que dichas compensaciones sólo eran obligatorias sobre la base de leyes alemanas, posición que se ha mantenido hasta hoy en los tribunales de ese país. Ver la sentencia del Tribunal Supremo Federal de 26 de junio de 2003 en el caso *Distomo*, BVerfGE, vol. 94, pp. 315 y ss., y la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 28 de junio de 2004 en el caso de los militares italianos, reproducida en *Neue Juristische Woche*, 2004, pp. 3257 y ss. Sobre la existencia de un derecho de reparación por daños de guerra ver, a favor, Frits Kalshoven, «State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 1991, pp. 827 y ss., que defiende el derecho a una reparación directa de las víctimas de actos de guerra basándose en el Artículo 3 del Convenio de La Haya (IV) sobre el derecho y las costumbres de la guerra en el territorio. Cf. Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, Martinus Nijhoff, 1987, comentario al artículo 91, p. 1057, nota marginal 3657; y también en sentido negativo Christian Tomuschat, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 294-295; Pierre D'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, Bruselas y París, Bruylant y L.G.D.J., 2002, pp. 807 y ss.; y Andrea Gattini, *Le riparazioni de guerra nel diritto internazionale*, Padova, 2003, pp. 653 y ss. Una visión general y sintética sobre las compensaciones alemanas puede consultarse en Rainer Hofmann, «Compensation for Victims of War – German Practice after 1949 and Current Developments», en *Meeting of the Japanese Society for International Law*, Sapporo, 8 y 9 de octubre de 2005, disponible en [http://www.soc.nii.ac.jp/jsil/annual\\_documents/2005/2005\\_autumn/Hofmann.pdf](http://www.soc.nii.ac.jp/jsil/annual_documents/2005/2005_autumn/Hofmann.pdf).

<sup>27</sup> *Princz v. Federal Republic of Germany*, 813 F. Supp. 22 (D.D.C. 1992).

<sup>28</sup> *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F 3d 1166 (DC Cir. 1994). El Gobierno de EE.UU. intercedió nuevamente a favor de Princz logrando un acuerdo de compensación con Alemania para víctimas de la Segunda Guerra Mundial que no hubieran recibido otra compensación antes de la firma de ese acuerdo el 19 de septiembre de 1995, reproducido en *International Legal Materials*, vol. 35, 1996, pp. 193 y ss.

la Corte de Apelaciones, donde la juez afirmó que Alemania había renunciado a su inmunidad soberana al violar las normas de *ius cogens* del Derecho internacional que condenan la esclavitud y el genocidio<sup>29</sup>.

Aun en el supuesto de que esta argumentación prosperase, algo que parece difícil dada la práctica en contrario<sup>30</sup>, presenta algunos inconvenientes significativos para su extensión al Derecho internacional general. En efecto, dicha construcción teórica se basa en la ley y jurisprudencia de Estados Unidos, particularmente a la luz de la sentencia de su Tribunal Supremo en el caso *Amerada Hess*<sup>31</sup>, y si pudiera extenderse más allá de esa jurisdicción no sería sobre la base del consentimiento implícito, cuya virtualidad es bastante limitada, sino más bien buscando una forma de desligarse de la atadura del consentimiento<sup>32</sup> o apoyándose en la potencia normativa del *ius cogens*<sup>33</sup>.

#### IV. CONTRAMEDIDAS FRENTE A LAS VIOLACIONES GRAVES DE DERECHOS HUMANOS

El Derecho internacional permite, bajo ciertas condiciones, que se excluya la ilicitud de ciertas medidas adoptadas por un Estado como respuesta al incumplimiento de obligaciones internacionales de otro Estado<sup>34</sup>. Estos actos, denominados

<sup>29</sup> Opinión disidente de la Juez Patricia Wald en el caso *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F 3d 1166 (DC Cir. 1994).

<sup>30</sup> La doctrina de la renuncia implícita en un sentido similar también fue rechazada en el caso *Frolova v. USSR* 761 F 2d 370 (7<sup>th</sup> Cir 1985), comentado en el *American Journal of International Law*, vol. 80, 1985, pp. 177 y ss. Ver también Lyle Brooks, «Frolova v. U.S.S.R.: Towards a Human Rights Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act?», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 13, 1987, pp. 159 y ss.

<sup>31</sup> *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 US 428 (1989).

<sup>32</sup> Algunos autores de la doctrina alemana han intentado separarse de la dependencia del consentimiento mediante la teoría del decaimiento en el derecho a alegar la inmunidad de jurisdicción del Estado en casos de violación de normas de derechos humanos que comporten el carácter de *ius cogens*, y esto sobre la base de considerar el decaimiento (*Verwirkung*) un principio general del Derecho. Esta doctrina resulta interesante en la medida en que no queda condicionada a unos requisitos tan graves como los que impone el consentimiento implícito, sin embargo, resulta difícil aceptar que la institución del decaimiento en el derecho sea un principio de Derecho internacional general. Ver Juliane Kokott, «Mißbrauch und Verwirkung von Souveränitätsrechten bei gravierenden Völkerrechtsverstößen», en Ulrich Beyerlin et al. (eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für Rudolf Bernhardt*, 1995, Berlin, Springer Verlag, pp. 135 y ss.

<sup>33</sup> Riemann equipara la concesión de inmunidad en los casos de violaciones graves de derechos humanos a una denegación de justicia y, partiendo de que los derechos humanos fundamentales forman parte del *ius cogens*, sostiene que la inmunidad se bloquea frente a este tipo de derechos. Ver Mathias Riemann, «A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on *Princz v. Federal Republic of Germany*», *Michigan Journal of International Law*, vol. 16, 1995, pp. 403 y ss.; y la respuesta crítica de Andreas Zimmermann, «Sovereign Immunity and Violations of International *ius cogens* - Some Critical Remarks», *Michigan Journal of International Law*, vol. 16, 1995, pp. 433 y ss.

<sup>34</sup> Entre la extensa bibliografía sobre el tema, cabe mencionar los trabajos del Profesor Gutiérrez Espada *La responsabilidad internacional. Las consecuencias del hecho ilícito*, Murcia, Diego Marín, 2005 y «Las contramedidas de Estados 'terceros' por violación de ciertas obligaciones internacionales», *Anuario argentino de Derecho internacional*, vol. 11, 2002, pp. 15 y ss. También Elizabeth

contramedidas, están destinados a instar al cumplimiento de las obligaciones internacionales y requieren que efectivamente se haya cometido un ilícito anterior por otro Estado, así como que la medida coactiva haya sido precedida de un requerimiento de cesación del ilícito<sup>35</sup>.

Si se parte de la base de que las inmunidades jurisdiccionales de los Estados constituyen una norma de Derecho internacional<sup>36</sup>, la falta de aplicación de la norma comportaría un hecho ilícito internacional<sup>37</sup>. Teniendo en cuenta que, como acabo de decir, las contramedidas son uno de los medios para hacer cumplir el Derecho internacional<sup>38</sup>, surge la pregunta de si podría considerarse una contramedida justificada en Derecho internacional la exclusión de la inmunidad jurisdiccional de un Estado extranjero por parte del Estado del foro como reacción a un hecho ilícito anterior del primero consistente en la violación grave de normas imperativas de Derecho internacional<sup>39</sup>.

Esta solución podría ser acertada en cuanto a su resultado, pero es inaceptable desde el punto de vista sustantivo. En efecto, su presupuesto implica reconocer que la denegación excepcional de inmunidad de jurisdicción en casos de violaciones graves de derechos humanos es un hecho ilícito internacional, algo que no sólo conllevaría problemas de prueba y establecimiento de conexiones jurisdiccionales<sup>40</sup>, sino que acabaría con la posibilidad de reconocer la existencia de una obligación derivada de una norma de jerarquía superior. En todo caso, se trataría de una solución bilateralista y estatalista, ya que al ser una conducta del Estado frente a un ilícito anterior, no otorga al individuo víctima de las violaciones graves de derechos humanos el papel protagonista que le corresponde en la búsqueda de una reparación.

## V. LA TEORÍA DE LA JERARQUÍA NORMATIVA

En el Derecho internacional contemporáneo existen ciertas normas imperativas cuya importancia para la comunidad internacional en su conjunto es tan esencial que no admiten ser derogadas por consentimiento de los Estados. Así quedó establecido en los artículos 53 y 63 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que estipulan la nulidad o terminación de cualquier tratado que contravenga una norma im-

---

Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures*, Nueva York, Transnational Publishers, 1984; Omer Y. Elagab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1988; Paul Alland, *Justice privée et ordre juridique international: Étude théorique des contre-mesures en droit international publique*, París, Pédone, 1994.

<sup>35</sup> Ver el artículo 22 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001.

<sup>36</sup> Defiendo este punto de vista en mi libro *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, *supra* nota 2, pp. 72-83.

<sup>37</sup> Cf. caso de la orden de detención de 11 de abril de 2000, República Democrática del Congo c. Bélgica, sentencia de 14 de febrero de 2002, ICJ Reports 2002.

<sup>38</sup> Cf. Fiona McKinnon, «Reprisals as a Method of Enforcing International Law», *Leiden Journal of International Law*, vol. 4, 1991, pp. 221 y ss.

<sup>39</sup> Ver Jürgen Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, Boston, Londres, 1997, pp. 192-193.

<sup>40</sup> Este argumento es resaltado por Bröhmer, *ibid.*, p. 193.

perativa de Derecho internacional general<sup>41</sup>. El efecto predeterminado para las normas convencionales es la nulidad, como ocurriría, por ejemplo, con un acuerdo para esclavizar a seres humanos. Pero otros efectos menos rigurosos podrían caer para distintos supuestos, como por ejemplo la no aplicabilidad de la norma en contradicción con la norma de *ius cogens*. Éste sería el caso del desplazamiento de la norma general de la inmunidad cuando hay de por medio una alegación de violación grave de derechos humanos.

El tema ha sido abordado últimamente en diversos tribunales nacionales<sup>42</sup> e internacionales<sup>43</sup> y, aunque el resultado final de los procesos en la práctica totalidad

---

<sup>41</sup> Sobre las normas de *ius cogens*, ver Gaja, «*Jus Cogens Beyond the Viena Convention*», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 172, 1981, pp. 271 y ss.; Bruno Simma, «From Bilateralism to Community Interest in International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1994-IV, pp. 286- 293; y la reciente monografía de Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

<sup>42</sup> Además del caso *Ferrini v. República Federal de Alemania* en el Tribunal Supremo Italiano, citado *supra* nota 7, con referencias doctrinales, cabe mencionar los siguientes casos:

–*Prefectura de Voioitia v. República Federal de Alemania* la sentencia del Tribunal de Casación griego de 17 de septiembre de 2002, caso núm. 6/2002, que revoca por una mayoría mínima (6-5) una decisión anterior del Tribunal de Casación (Areios Pagos), de 11 de mayo de 2000, caso núm. 11/2000, en la que se afirmaba la competencia de los tribunales griegos a costa de la inmunidad de jurisdicción de Alemania y se establecían reparaciones. Esta litigación tuvo una interesante vertiente de inmunidad del Estados respecto de medidas de coacción. Al respecto, el Tribunal Supremo alemán (BGH), dictó una sentencia de 26 de junio de 2003, por la que se deniega el exequatur a la sentencia griega sobre el caso *Prefectura de Voioitia c. República Federal de Alemania*, disponible en <http://www.bundesgerichtshof.de>; doctrina confirmada también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su decisión de inadmisión en el caso *Kalogeropoulos v. Grecia y Alemania*, núm. 59021/00, de 12 de diciembre de 2000. Sobre el caso ver Maria Panezi, «Sovereign Immunity and Violation of *Ius Cogens* Norms», *Revue Hellenique de Droit International*, vol. 56, 2003, pp. 199 y ss.; Elena Vournas, «Prefecture of Voioitia v. Federal Republic of Germany: Sovereign Immunity and the Exception of *Jus Cogens* Violations», *New York School Journal of International and Comparative Law*, vol. 21, 2002, pp. 629 y ss.; y K. Bartsch y B. Elberling, «*Jus cogens* vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the *Kalogeropoulos et al. v. Greece and Germany* Decision», *German Yearbook of International Law*, vol. 46, 2003, pp. 486 y ss.

–*Bouzari v. República Islámica de Irán*, decidido por el Tribunal Superior de Justicia de Ontario en Canadá (sentencia de 1 de mayo de 2002, reproducido en *International Law Reports*, vol. 125, pp. 427 y ss.), que negó efecto de excepción a la inmunidad de jurisdicción a la alegación de violación de normas de *ius cogens*, i.e. tortura.

–*Jones v. Ministry of the Interior Al-Manlaka Al-Arabiya AS Sudiya (The Kingdom of Saudi Arabia)* [2006] 2 W.L.R 1424, donde la House of Lords niega que las alegaciones de torturas en un procedimiento civil por daños y perjuicios puedan excepcionar la regla de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, que comprende y ampara también, según los Lores y revirtiendo la decisión del Tribunal de Apelaciones, a los funcionarios oficiales acusados de esos crímenes. Ver Jillaine Seymour, 'Immunity from Torture: The State and its Representatives Reunited', *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006, pp. 479 y ss. (advertiendo que esta decisión acaba con las expectativas de concebir la decisión en Pinochet 3 como el primer paso hacia la denegación de inmunidad cuando mediasen alegaciones de torturas); Elina Steinerte and Rebecca Wallace, 'Jones v Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia', *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, pp. 901 y ss. (acusando a la House of Lords de ver sólo una cara de la moneda en sus argumentos a favor de la inmunidad). Para una defensa de la posición de la House of Lords, ver Ed Bates, «State Immunity for Torture», *Human Rights Law Review*, vol. 7, núm.4, 2007, pp. 651 y ss.

<sup>43</sup> Especialmente, la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Al-Adsani v United Kingdom*, decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Además de las referencias citadas

de los casos es contrario a admitir una nueva excepción de derechos humanos a la inmunidad de jurisdicción con fundamento en el *ius cogens*, los pronunciamientos son heterogéneos y van trazando una tendencia agrietante de la inmunidad de jurisdicción cuando median violaciones graves de derechos humanos, que ha sido admitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la prohibición de la tortura<sup>44</sup>.

El problema central para hacer avanzar la teoría de la jerarquía está en la resolución del choque entre una norma de *ius cogens* y la norma general de la inmunidad de jurisdicción de los Estados. En efecto, dado que la naturaleza imperativa de ciertas normas está aceptada generalmente, como es el caso de la prohibición de la tortura<sup>45</sup>, la cuestión es resolver si la inmunidad de jurisdicción puede prevalecer frente a crímenes internacionales incorporados en normas que amparan valores universales que trascienden el interés de los Estados<sup>46</sup>. Ésta fue la solución, por ejemplo, en los casos *Ferrini* y *Prefectura de Voiotia*, mediante la utilización de dos fundamentos jurídicos diferentes: en el último caso se argumentó sobre la base de la doctrina del consentimiento o renuncia implícita<sup>47</sup>, mientras que en el primero se hicieron prevalecer los derechos imperativos cual cartas de triunfo<sup>48</sup> frente a la norma que prescribe la inmunidad de jurisdicción de los Estados<sup>49</sup>. Ésta es, por otra parte, la tesis defendida en el voto particular de los jueces Rozakis, Cafilisch, Wildhaber, Costa Barreto y Vajić en el caso *Al-Adsani*, cuando dicen que el reconocimiento de la naturaleza imperativa de la prohibición de la tortura implica que el Estado contra el que se alega su violación no puede invocar normas jerárquicamente inferiores para evadir las consecuencias de la ilegalidad de sus actos<sup>50</sup>. Las

---

*supra* en la nota 5, sobre la aportación de este Tribunal en este tema, ver Christos L. Rozakis, «The Contribution of the European Court of Human Rights to the Development of the Law on State Immunity», en Lucius Cafilisch et al. (ed.), *Liber amicorum Lucius Wildhaber : Human Rights : Strasbourg Views*, Engel, 2007.

<sup>44</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom*, párrafo 66.

<sup>45</sup> Ver la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia recaída en el caso *Furundzija*, de 10 de diciembre de 1998, reproducida en *International Legal Materials*, vol. 38, 1999, pp. 317 y ss.; y el análisis de Erika De Wet, «The Prohibition of Torture as an International Norm of *ius cogens* and its Implications for National and Customary Law», *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, n. 1, pp. 97 y ss.

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Ferrini v. República Federal de Alemania*, párrafo 7.

<sup>47</sup> Ver *supra*, epígrafe 3 de este trabajo.

<sup>48</sup> Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977.

<sup>49</sup> Ver los comentarios de Pasquale De Sena y Francesca De Vittor; Carlo Focarelli; y Andrea Bianchi citados *supra* nota 7.

<sup>50</sup> En el párrafo 1 de su voto particular, estos jueces afirman que:

«By accepting that the rule on prohibition of torture is a rule of *ius cogens*, the majority recognise that it is hierarchically higher than any other rule of international law, be it general or particular, customary or conventional, with the exception, of course, of other *ius cogens* norms. For the basic characteristic of a *ius cogens* rule is that, as a source of law in the now vertical international legal system, it overrides any other rule which does not have the same status. In the event of a conflict between a *ius cogens* rule and any other rule of international law, the former prevails. The consequence of such prevalence is that the conflicting rule is null and void, or, in any event,

normas inferiores a las que se refieren incluyen, dicho explícitamente por los autores del voto particular, la inmunidad de jurisdicción.

Esta teoría ha sido criticada especialmente por dos causas. Primero, porque se erige sobre presuposiciones acerca de la inmunidad del Estado que se consideran falsas, fundamentalmente la idea de que la norma que prescribe la inmunidad de jurisdicción de los Estados es una norma consuetudinaria de Derecho internacional, cuando más bien se trataría de un privilegio de los Estados del foro que opera como una excepción al principio general de competencia<sup>51</sup>. Esta crítica no me parece plausible en la medida en que la inmunidad de jurisdicción de los Estados no es un mero privilegio otorgado por el Estado del foro, sino una verdadera norma de Derecho internacional<sup>52</sup>. Si fuese un mero privilegio, entonces no tendría sentido toda esta discusión, porque podría denegarse sin mayor justificación que la que exige el ordenamiento interno, haciendo innecesaria una argumentación de Derecho internacional. Es curioso que Caplan, uno de los autores que ha defendido esta tesis, sea partidario de una suerte de excepción de derechos humanos que en los resultados es similar a la que propugna la teoría de la jerarquía normativa. En efecto, él propone una excepción basada en una teoría del beneficio colectivo de la sociedad internacional, en la que no caben los actos que comportan violaciones graves de derechos humanos<sup>53</sup>. Es evidente que Caplan quiere evitar el complicado problema de determinar qué es el *ius cogens* y cuáles son sus efectos concretos respecto de la inmunidad de los Estados y en general, pero su posición resta capacidad a los individuos, ya que en su teoría del beneficio colectivo parece primar el beneficio de los Estados.

La segunda crítica que quiero resaltar alega que la teoría de la jerarquía desconoce la distinción fundamental entre normas primarias y normas secundarias de Derecho internacional<sup>54</sup>. Esta crítica ha sido defendida vigorosamente por Christian

---

does not produce legal effects which are in contradiction with the content of the peremptory rule.»

Luego en el párrafo 3, tras sostener que la regla de la inmunidad de los Estados no es una norma de *ius cogens*, afirman que:

«The acceptance therefore of the *jus cogens* nature of the prohibition of torture entails that a State allegedly violating it cannot invoke hierarchically lower rules (in this case, those on State immunity) to avoid the consequences of the illegality of its actions.»

<sup>51</sup> Lee M. Caplan, «State Immunity, Human Rights and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory», *supra* nota 5.

<sup>52</sup> Cf. la opinión de Lord Mollet en el caso *Matthews v Minister of Defence* (2003) UKHL 4, All E R 689, pp. 718-9: «State immunities is a creature of customary international law; it is not a self imposed restriction on the jurisdiction of the courts which the UK has chosen to adopt. It is a limitation imposed from without upon the sovereignty of UK itself». Citado por Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 59.

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 776-780.

<sup>54</sup> Las reglas primarias prescriben obligaciones para los sujetos del Derecho, mientras que las secundarias se ocupan de las reglas sustantivas permitiendo su identificación (normas de reconocimiento), posibilitando su evolución (normas de cambio) y otorgando competencias (normas de adjudicación). Esta distinción fue introducida por el profesor Herbert Hart en su libro *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961 (ed. 1994 a cargo de Joseph Raz).

Tomuschat<sup>55</sup>, que sostiene que los defensores de la teoría de la jerarquía normativa olvidan que en Derecho internacional tal como hoy existe sólo se puede predicar un grado superior en normas primarias, pero que dichas normas no implican necesariamente la existencia de normas secundarias que regulen las consecuencias de las primeras. Tomuschat pone varios ejemplos -el rechazo de los daños punitivos en el régimen de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos, las contramedidas, las inmunidades personales y la competencia de la Corte Internacional de Justicia- para demostrar que esas normas secundarias no son una mera consecuencia lógica de las primarias, al contrario, dichas normas no deben presuponerse, sino que operan sobre la base de las fuentes del Derecho internacional. El ejemplo de la competencia de la Corte Internacional de Justicia resalta por su claridad en la medida en que la Corte desliga la naturaleza de la norma supuestamente violada de la cuestión relativa a la jurisdicción. Esto ha sido muy claro en el asunto *Timor Oriental*<sup>56</sup>, donde la Corte admitió el carácter *erga omnes* de la obligación de respetar el derecho a la libre determinación de los pueblos, pero denegó su competencia sobre la base de la teoría del tercero indispensable. Tomuschat subraya que en el caso sobre la *aplicación de la Convención contra el genocidio*<sup>57</sup>, cuya prohibición es una norma de *ius cogens*, la jurisdicción de la Corte se basa en el artículo 9 de la Convención y no en una regla de derecho consuetudinario<sup>58</sup>. La misma división entre normas de procedimiento y sustantivas ha sido aplicada en el asunto *Congo contra Bélgica* en materia de inmunidades e impunidad<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Christian Tomuschat, «L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme», *Revue Générale de Droit international public*, 2005, pp. 51 y ss., en las pp. 57-63.

<sup>56</sup> ICJ Reports 1996. Ver mi comentario «El asunto Timor oriental ante la Corte Internacional de Justicia», *Anuario español de Derecho internacional*, vol. XII, 1996, pp. 617 y ss.

<sup>57</sup> Corte Internacional de Justicia, asunto de *la aplicación de la Convención sobre la prevención y represión del crimen de genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia), ICJ Reports 2007.

<sup>58</sup> Esto concuerda con la posición de Tomuschat, que niega la existencia de un derecho individual a reclamar con base en el Derecho internacional. Ver Christian Tomuschat, «Individual Reparations Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law», en Albrecht Randelzhofer y Christian Tomuschat (eds.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1999, pp. 1 y ss.. Cf. Riccardo Pisillo-Mazzeschi, «International Obligations to Provide for Reparation Claims?», *ibid.*, pp. 149 y ss.

<sup>59</sup> Caso de la *orden de detención de 11 de abril de 2000*, República Democrática del Congo c. Bélgica, sentencia de 14 de febrero de 2002, ICJ Reports 2002, en cuyo párrafo 60 la Corte subraya que:

«the immunity from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy *impunity* in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity. Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility.»

Sobre el caso, entre la gran cantidad de comentarios, ver Antonio Cassese, «When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case», *European Journal of International Law*, vol. 13, 2002, pp. 853 y ss.; J. Ferrer Lloret, «Impunidad versus Inmunidad de Jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)», *Anuario de Derecho Internacional*,

Es indudable que el Derecho internacional no es un sistema jurídico con un desarrollo completo de las normas secundarias análogo al que existe en los ordenamientos internos. Sin embargo, creo que en los ejemplos de Tomuschat hay demasiado apego a un tipo de Derecho internacional vinculado a un valor excesivo del consentimiento como base del funcionamiento del sistema, algo que la aceptación misma del *ius cogens* socava. En este sentido, creo importante volver a remarcar la tendencia hacia una cierta ruptura de la inmunidad de jurisdicción en casos de violaciones graves de derechos humanos tal y como se refleja, por ejemplo, en el caso *Al-Adsani*. En efecto, en ese caso se acepta la naturaleza de *ius cogens* de la norma cuya violación se alega, i.e., la prohibición de la tortura, y luego se dice que no hay suficientes evidencias de que ello implique el desplazamiento de la inmunidad del Estado en supuestos similares. Ése es en mi opinión un reflejo del bilateralismo estatalista que por necesidades de la globalización tendrá que acomodar nuevas estructuras<sup>60</sup> normativas e interpretaciones<sup>61</sup> que reconozcan efectos apropiados a las obligaciones imperativas, especialmente en los tribunales de derechos humanos.

## VI. ¿HACIA EL RECONOCIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN CIVIL UNIVERSAL?

La dimensión penal del principio de jurisdicción universal viene siendo objeto de profundos estudios en Derecho internacional<sup>62</sup>. En cambio, la doctrina ha pres-

---

vol. XVIII, 2002, pp. 305 y ss.; Chanaka Wickremasinghe, «The Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)», *International and Comparative Law Journal*, vol. 50, 2001, pp. 670 y ss.

<sup>60</sup> Cf. la opinión de Jean Combacau, quien afirma que el concepto de *ius cogens* «implique des conséquences que le système ne tolère pas actuellement et ne pourrait tolérer sans perdre l'un de ses éléments constitutifs». En «Le droit international: bric-à-brac ou système?», *Archives de philosophie du droit*, 1986, pp. 85 y ss., citado por Pierre-Marie Dupuy, «L'unité de l'ordre juridique international», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 297, 2002, pp. 9 y ss., en la p. 269. Combacau habla de un orden jurídico esencialmente horizontal que nunca se verticalizará. Su concepción coincide con la de Lady Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 517 y ss., para quien la excepción de derechos humanos a la inmunidad de los Estados no cabe hoy porque «given the present structure of the international community with no agreed allocation of jurisdictional authority, State immunity serves as the indicador and supervisor of the boundary line between the sphere of international relations and relations between private individuals conducted on the bases of private law»; además, la autora sostiene que las «violations of international law in general remain on the international relations side of the line and can only made subject to adjudication, whether of international or of regional human rights or of national tribunals, with the consent of the alleged wrongdoer State» (pp. 517-518).

<sup>61</sup> Cf. Andrea Bianchi, «L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du Droit international», *supra* nota 5, p. 79, donde afirma que el examen de la jurisprudencia «se réduit à une question d'interprétation». El autor pone de relieve que esa cuestión de interpretación «est résolue de manière différente selon que l'affaire est portée devant les juridictions d'un Etat qui a codifié la matière ou d'un autre qui effectue une application directe du droit international».

<sup>62</sup> Ver, por ejemplo, A. Sánchez Legido, *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003; Luc Reydam, *Universal Jurisdiction. International and Municipal*



tado menor atención a la dimensión civil de la jurisdicción universal. Ése es un hecho que comienza a modificarse<sup>63</sup> al hilo de desarrollos normativos<sup>64</sup> y jurisprudenciales<sup>65</sup>. Esta tendencia ha sido señalada por los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión separada del caso *Congo contra Bélgica*<sup>66</sup>. Estos jueces, como se dijo al comienzo de este trabajo, subrayan la idea de lograr un equilibrio entre la estabilidad de las relaciones internacionales y el respeto a los derechos humanos sin comprometer la lucha contra la impunidad.

A pesar de la actual falta de consenso sobre las bases de jurisdicción, como lo prueba la ausencia de normas generales sobre esa materia en el articulado de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004<sup>67</sup>, parece conveniente que ese equilibrio se busque en materia de jurisdicción universal civil a través de una delimitación adecuada de su alcance, que tendría que reducirse a las normas de *ius cogens* que el Derecho internacional ya reconoce como crímenes sujetos a la jurisdicción penal universal. Además, sería necesario establecer un requisito de previa confirmación acerca de la falta de disponibilidad de un foro más apropiado antes de declarar la competen-

---

*Legal Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

<sup>63</sup> Ver Donald F. Donovan y Anthea Roberts, «The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction», *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, pp. 142 y ss. También Kate Parlett, «Universal Civil Jurisdiction for Torture», *European Human Rights Law Review*, Vol. 4, 2007, pp. 385 y ss.

<sup>64</sup> Cf. las normas de jurisdicción del Convenio de la Haya sobre reconocimiento de sentencias de 2005. Ver Donovan y Roberts, *supra* nota 63, pp. 151-152; y Beth Van Schaak, «In Defence of Civil Redress: The Domestic Enforcement of Human Rights Norms in the Context of the Proposed Hague Judgments Convention», *Harvard International Law Journal*, vol. 42, 2001, pp. 141 y ss.

<sup>65</sup> Ver *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692 (2004), comentado por Brad R. Roth en *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, pp. 798 y ss.

<sup>66</sup> Opinión de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el caso de la *orden de detención de 11 de abril de 2000*, República Democrática del Congo c. Bélgica, sentencia de 14 de febrero de 2002, ICJ Reports 2002, en donde los citados jueces afirmaban dicho párrafo de su voto que:

«In civil matters we already see the beginnings of a very broad form of extraterritorial jurisdiction. Under the Alien Tort Claims Act, the United States, basing itself on a law of 1789, has asserted a jurisdiction both over human rights violations and over major violations of international law, perpetrated by non-nationals overseas. Such jurisdiction, with the possibility of ordering payment of damages, has been exercised with respect to torture committed in a variety of countries (Paraguay, Chile, Argentina, Guatemala), and with respect to other major human rights violations in yet other countries. While this unilateral exercise of the function of guardian of international values has been much commented on, it has not attracted the approbation of States generally».

Cf. la opinión del entonces Presidente Guillaume, que refiriéndose a la jurisdicción penal en el párrafo 15 de su opinión individual sostiene que nunca se ha pretendido que los crímenes internacionales se persigan en todos los tribunales del mundo, quienquiera que sea el autor o la víctima y con independencia de donde se encuentre el supuesto criminal. Para Guillaume, eso equivaldría al «caos judicial total». Según Guillaume, esa solución fomentaría la arbitrariedad de los poderosos.

<sup>67</sup> Ver Hazel Fox, «In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, pp. 402-403. Ver también la explicación del relator especial de la Comisión de Derecho Internacional, Sr. Ogiso, en A/CN.4/415 Anuario de la CDI 1988, punto 1, p. 109, párrafos 118-119, sobre el artículo 11; Comentario del borrador de artículos de 1991, Art. 10, párrafos 3-5.

cia con base en el principio de jurisdicción universal<sup>68</sup>. La determinación de un foro más apropiado habría de decidirse tanto en referencia a foros nacionales donde se puedan alegar con eficacia verosímil las violaciones graves de derechos humanos pertinentes con fundamento en conexiones tradicionales de jurisdicción, así como en referencia a tribunales internacionales competentes. Este tipo de limitaciones aumentaría la legitimidad de las decisiones y su posterior efectividad, y evitaría en alguna medida la acusación de imperialismo judicial a la que se suelen ver sometidos los tribunales que justifican su competencia sobre el principio de jurisdicción universal.

En ordenamientos jurídicos como el español podría darse la paradoja de que el ejercicio de la jurisdicción universal penal lleve aparejada una reparación civil, una responsabilidad civil subsidiaria, caso en el que la norma que establece la inmunidad de jurisdicción de los Estados quedaría obsoleta. Por eso tiene sentido, quizá, aplicar principios uniformes para los supuestos donde, como en la tortura, confluyan un delito civil y un crimen.

## VII. LA NECESIDAD DE UN FORO UNIVERSAL: UNA CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

La disponibilidad de un foro para que los individuos puedan hacer valer sus derechos frente a los Estados es uno de los elementos esenciales para la existencia de remedios efectivos y reparaciones adecuadas a las violaciones de derechos humanos<sup>69</sup>. El foro natural para que un individuo interponga una reclamación de reparación civil por la inobservancia de derechos humanos es el foro del lugar donde se ha cometido el crimen. Sin embargo, los foros nacionales de los Estados supuestamente responsables contra los que se presentan reclamaciones no siempre están abiertos para las demandas de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos<sup>70</sup>. Hay dos tipos de situaciones que cabría destacar. Por un lado, aquéllas donde las disposiciones de los ordenamientos internos impiden a las víctimas reclamar una reparación, como ocurrió en los asuntos *Ferrini*<sup>71</sup> y *Prefectura de Voioitia*<sup>72</sup> en los tribunales alemanes, que aplican las normas relativas a las compensaciones por violaciones de derechos humanos cometidas durante la Segunda Guerra

<sup>68</sup> Cf. *Amicus Curiae* de la Comisión Europea en el asunto *Sosa v. Alvarez-Machain*.

<sup>69</sup> Cf. Marta Requejo Isidro, «Transnational Human Rights Claims and acceso a la jurisdicción civil en Europa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, 2007, pp. 511-548, que trata sobre la ausencia o escasez de foros para acciones civiles relativas a derechos humanos, y analiza algunas alternativas, como la jurisdicción civil universal, la doctrina del foro de necesidad y los foros exorbitantes.

<sup>70</sup> En Derecho internacional, este dato afecta directamente al requisito del agotamiento de los recursos internos de los Estados en relación con la inmunidad jurisdiccional Cf. Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 520-522. Ver asimismo J. Quel López, «El agotamiento de los recursos internos. Criterios uniformes de aplicación en la jurisprudencia y en la codificación internacional», *Pacis Artis, Libro Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 499 y ss.

<sup>71</sup> Ver *supra* nota 7.

<sup>72</sup> Ver *supra* nota 42.

Mundial. Por otro lado, existen situaciones en las que los foros nacionales no ofrecen garantías de un juicio justo, donde la exigencia de agotamiento de los recursos internos no es procedente por su ineficacia e insuficiencia<sup>73</sup>. Los ejemplos de *Al-Adsani*<sup>74</sup> en relación con Kuwait o *Jones*<sup>75</sup> en relación con Arabia Saudita son sólo un botón de muestra.

Los foros internacionales no son de mucha ayuda para las víctimas individuales de violaciones graves de derechos humanos. La Corte Internacional de Justicia prevé legitimidad activa y pasiva exclusivamente de los Estados en su jurisdicción contenciosa y los tribunales regionales de derechos humanos sólo cubren algunos casos de reparación<sup>76</sup>.

Por ese motivo, y en coherencia con el objetivo de tener una sociedad internacional más y mejor institucionalizada, cabe constatar la necesidad de crear un mecanismo internacional de reclamaciones individuales, una *Corte Internacional de Derechos Humanos*<sup>77</sup>. Esta Corte podría tener las competencias clásicas de un tribunal de derechos humanos y también competencias civiles en materia de reparación. Con ello quedaría salvada la más grave deficiencia del sistema, es decir, la ausencia de un foro internacional donde interponer las reclamaciones de reparación para las víctimas de violaciones graves de derechos humanos<sup>78</sup> para los casos en que los foros nacionales no estén disponibles. Por supuesto, en un foro internacional no tendría operatividad la norma de la inmunidad de jurisdicción de los Estados<sup>79</sup>. No es una meta imposible, como lo demuestran la creación de la Corte Penal Internacional y el sistema establecido por el Convenio de Washington de 1965 para la solución de controversias sobre inversiones entre Estados y particulares<sup>80</sup>. Los Estados, además, estarán cada vez más incentivados para establecer una jurisdicción internacional de derechos humanos en la medida en que las víctimas insistan ante los foros nacionales para interponer sus reclamaciones contra Estados recalcitrantes y recurrentes en la violación de normas imperativas y obligaciones universalmente exigibles de derechos humanos.

---

<sup>73</sup> Ver, en general, A. Remiro Brotons, J. Díez-Hochleitner, L. Pérez-Prat Durbán, R. Riquelme Cortado, E. Orihuela Calatayud, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 506-508.

<sup>74</sup> Ver *supra* nota 5.

<sup>75</sup> Ver *supra* nota 42.

<sup>76</sup> Me ocupo de este tema en mi libro *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, *supra* nota 2, pp. 198 y ss.

<sup>77</sup> Cf. Manfred Nowak, «The Need for a World Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 7, núm. 1, 2007, pp. 251-259.

<sup>78</sup> Por ejemplo, Tomuschat lo ha expresado de la siguiente forma: «the concept of reparation claims under international law has fairly weak foundations, given the absence of an international forum where such claims could be filed». En su libro *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 309.

<sup>79</sup> Cf. la decisión del Tribunal Especial para Sierra Leona en el caso *Prosecutor v. Charles Taylor*, de 31 de mayo de 2004, donde se afirma que «the principle of state immunity derives from the equality of sovereign states and therefore has no relevance to international criminal tribunals which are not organs of a state but derive their mandate from the international community» (párrafo 51).

<sup>80</sup> Una obra de referencia se debe a Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

