

LA INEVITABLE SUPREMACÍA DEL *IUS COGENS* FRENTE A LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS ESTADOS*

NICOLÁS CARRILLO SANTARELLI**

Resumen: cuando se verifica la contradicción entre las normas de inmunidad jurisdiccional de los Estados y previsiones de *ius cogens*, el derecho vigente exige que aquéllas se anulen o sean inaplicadas en tanto normas de derecho dispositivo. Un análisis sistemático y teleológico del subsistema de las inmunidades jurisdiccionales indica que debe existir una excepción implícita de derecho imperativo para obtener los anteriores efectos. Se han formulado críticas jurídicas y políticas que pretenden atacar las anteriores tesis, pero un estudio detenido muestra que las objeciones en cuestión son infundadas. La jerarquía normativa permite humanizar el derecho internacional y evita que se consume su fragmentación.

Palabras clave: *ius cogens*, inmunidad jurisdiccional, fragmentación, humanización, primacía.

Abstract: Whenever State immunity from jurisdiction norms oppose *ius cogens*, the law in force demands the former to be void or unapplied since they are relative law. A contextual analysis that takes law purposes into account shows that there must be an implicit exception of peremptory law in order to achieve the previous effects. Legal and political objections have been raised against the previous theses, but a detailed study indicates that they have no solid grounds. Normative hierarchy theory allows international law to be more human and prevents its fragmentation.

Keywords: *ius cogens*, jurisdictional immunity, fragmentation, humanization, prevalence.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. NORMAS IMPERATIVAS Y NORMAS (DISPOSITIVAS) SOBRE INMUNIDAD JURISDICCIONAL; 1. Primacía del *ius cogens* frente a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados; 2. La tensión entre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y las normas imperativas a la luz del régimen de responsabilidad internacional del Estado; 3. El *ius cogens* y los regímenes internos de inmunidad jurisdiccional del Estado; III. LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA JERARQUÍA NORMATIVA; 1. ¿Naturaleza procedimental o sustantiva de las normas enfrentadas?; 2. La teoría de la cortesía judicial o estatal: ¿ataque al presupuesto de la teoría de la jerarquía normativa?; 3. Críticas políticas y de conveniencia contra la teoría de la jerarquía normativa; IV. CONCLUSIONES.

* Fecha de recepción: 14 de julio de 2008.

Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2008.

** Estudiante del doctorado en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales y becario de investigación.

Correo electrónico: nicolas.carrillo@uam.es.

I. INTRODUCCIÓN

Se han escrito muchas letras sobre la necesidad o conveniencia de incorporar una nueva excepción al régimen sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados, con el fin de procurar el cumplimiento de las normas jurídico-internacionales de protección de los derechos humanos relativas a la reparación de las víctimas de violaciones graves¹. Este propósito lleva implícita una consideración del derecho internacional como un orden jurídico que debe tener siempre en cuenta a su destinatario último: el ser humano².

Tal como ha sido puesto de manifiesto por diversos autores, en el anterior campo nos enfrentamos a una disyuntiva: dar primacía a las normas sobre derechos humanos o, por el contrario, a aquellas que protegen la inmunidad jurisdiccional de los Estados, que impiden a los jueces de un Estado conocer casos contra Estados extranjeros o sus bienes. Este dilema indica que el conflicto entre derechos humanos e inmunidades jurisdiccionales refleja uno de los aspectos más conflictivos e interesantes del derecho internacional contemporáneo: la cuestión de su fragmentación y sectorialización³.

El anterior panorama, no debemos olvidarlo, constituye un *riesgo* y no una situación consolidada, y para su superación el propio ordenamiento jurídico internacional ofrece una serie de herramientas, una de las cuales está conformada por las normas que tienen el carácter de derecho imperativo o *ius cogens*, el cual es un “principio al servicio de la unidad del sistema”⁴ debido a que sus normas forman parte del “núcleo duro” del derecho internacional⁵, el cual permite “garantizar [su] unidad”⁶. Al respecto, Stefan KIRCHNER señala que se reconoce que existe una necesidad de normas fundamentales con tal de asegurar que el ordenamiento jurídico pueda operar⁷.

¹ Al respecto, ver *infra*, apartado I.

² *Cf.*: los párrafos 6 y 7 del Voto concurrente del juez A.A. Cançado Trindade a la siguiente sentencia: Corte interamericana de derechos humanos, Caso *Castillo Petruzzi vs. Perú*, Sentencia de excepciones preliminares. 4 de septiembre de 1998.

³ Al respecto, Antonio REMIRO BROTONS ha señalado que existe un riesgo de fragmentación del derecho internacional, el cual se consumaría si los “regímenes normativos sectoriales” que lo componen “ignoran las reglas de otros sectores con los que se solapan”. En: Antonio REMIRO BROTONS *et al.*, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 81. Sergio Salinas Alcega y Carmen Tirado Robles, por su parte, han manifestado que los “ordenamientos jurídicos especiales” o ámbitos específicos del derecho plantean “el problema de la articulación de esos ordenamientos especiales con el Derecho internacional común, de forma que si [el] problema [no] se resuelve [...] pueden derivar amenazas importantes para su unidad y [...] eficacia”. En: Sergio SALINAS ALCEGA y Carmen TIRADO ROBLES, *Adaptabilidad y fragmentación del derecho internacional: la crisis de la sectorialización*, Real Instituto de Estudios Europeos, 1999, p. 163.

⁴ Antonio REMIRO BROTONS *et al.*, *op. cit.*, p. 82.

⁵ Sergio SALINAS ALCEGA y Carmen TIRADO ROBLES, *op. cit.*, p. 68.

⁶ *Ibid.*, p. 55.

⁷ Stefan KIRCHNER, “Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A place for Values in the International Legal System?”, *German Law Journal*, vol. 5, n.º. 1, 2004, p. 49.

Al respecto, hemos de decir que al enfrentarnos con un problema de fragmentación del derecho internacional concretado en el enfrentamiento de disposiciones pertenecientes a dos subsistemas jurídicos, es imprescindible aplicar las normas del derecho internacional imperativo para garantizar la unidad del ordenamiento jurídico, el cual, a diferencia de la concepción tradicional, ya no está conformado por normas de igual valor y presenta una verdadera jerarquía normativa⁸ que hace que dicho ordenamiento sea un sistema vertical⁹.

A pesar de lo anterior, los tribunales nacionales e internacionales han *fallado* y decidido los casos que les han sido presentados desconociendo que el derecho internacional se ha transformado radicalmente merced al *ius cogens*, cuya introducción ha supuesto la reducción de la importancia del consentimiento de los Estados¹⁰, y que toda norma jurídica debe subordinarse al derecho imperativo para que pueda producir efectos¹¹. El anterior desconocimiento se ha logrado merced al empleo de argumentaciones *políticas* o basadas en concepciones *anacrónicas* que ya no son sostenibles, y ha seguido empleando un sistema normativo tradicional e inexistente en la actualidad, por lo cual, en los casos en los cuales se ha negado la primacía del *ius cogens* para rechazar la inmunidad jurisdiccional de los Estados, los tribunales han *inaplicado* el derecho positivo referente al derecho imperativo¹². En palabras de los jueces disidentes a propósito del asunto *Al-Adsani*, se suele aceptar que ciertas reglas, como la prohibición de la tortura, tienen el rango de *ius cogens*, pero se niega el reconocimiento de las consecuencias de esta aceptación¹³.

Podríamos resumir lo manifestado hasta el momento señalando que la solución del conflicto entre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y la reparación por violaciones de derechos humanos refleja y es la consecuencia de dos rasgos característicos del derecho internacional contemporáneo: su fragmentación y la introducción de un sistema normativo vertical, jerárquico y de “normatividad relativa”¹⁴. Como ha señalado Carlos ESPÓSITO MASSICCI, las respuestas a las preguntas sobre aquél conflicto “podría[n] ofrecer una especie de termómetro de la *evolución* del Derecho internacional y de la *estructura* de la sociedad internacional”¹⁵ (la cursiva es nuestra).

⁸ Antonio REMIRO BROTONS *et al.*, *op. cit.*, p. 82.

⁹ Opinión disidente conjunta de los jueces Rozakis, Caflisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Al-Adsani v. The United Kingdom*, Sentencia de 21 de noviembre de 2001, párr. 1.

¹⁰ Stefan KIRCHNER, *op. cit.*, p. 48.

¹¹ Nicolás CARRILLO SANTARELLI, *Los retos del ius cogens: la transformación de los derechos internacional y colombiano gracias al ius cogens internacional*, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 130.

¹² Tal como se recoge, *inter alia*, en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y en los artículos 40 y siguientes del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

¹³ Opinión disidente conjunta de los jueces Rozakis, Caflisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic, *op. cit.*, párr. 4.

¹⁴ Stefan KIRCHNER, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵ Carlos ESPÓSITO MASSICCI, *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Editorial Aranzadi, Thomson Civitas, 2007, p. 18.

Como consecuencia de todo lo anterior, no sería acertado afirmar que la consideración del derecho imperativo debe ser introducida *de lege ferenda* como una herramienta adicional o novedosa para solucionar la tensión entre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y derechos humanos toda vez que, según el derecho positivo vigente, la aplicación del *ius cogens* es ineludible y prevalece frente a otras normas jurídicas internacionales, por lo cual no puede ser considerada *opcional* y *subsidiaria*.

En el presente escrito nos proponemos estudiar con detalle el papel que debe desempeñar el *ius cogens* en la solución del conflicto entre derechos humanos e inmunidades jurisdiccionales de los Estados estudiando en un primer apartado los efectos del *ius cogens* en el ámbito que constituye el objeto de nuestro estudio y, en un segundo acápite, las objeciones en contra la teoría de la jerarquía normativa.

II. IUS COGENS Y NORMAS DISPOSITIVAS SOBRE INMUNIDAD JURISDICCIONAL

Como aclaración preliminar, es necesario decir que no toda norma internacional sobre derechos humanos pertenece a la categoría del derecho imperativo. Se han diseñado diversas propuestas teóricas para identificar qué normas sobre derechos humanos tienen el carácter de *ius cogens*¹⁶. En todo caso, el criterio abierto de identificación de las normas imperativas recogido en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1953, a pesar de sus ambigüedades y dificultades¹⁷, nos parece el mejor método de identificación, por cuanto permite la evolución de sus normas. Por otra parte, es necesario tener presente que puede haber normas sobre derechos humanos pertenecientes al *ius cogens* que no hayan sido declaradas como tales por ningún órgano internacional¹⁸.

En segundo lugar, es necesario advertir que las normas internacionales sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados, en tanto admiten excepciones en contrario¹⁹, no cumplen con los requisitos señalados en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de

¹⁶ Cfr., *inter alia*, Nicolás CARRILLO SANTARELLI, *op. cit.*, pp. 113–116.

¹⁷ Cfr. Lee M. CAPLAN, “State immunity, human rights and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory”, *American Journal of International Law*, vol. 97, n.º 4, 2003, pp. 772–773.

¹⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 772. Teniendo en cuenta lo anterior, no es necesario restringir el estudio sobre la tensión entre normas sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y derechos humanos imperativos a las violaciones graves de estos últimos o a los eventos de comisión de “crímenes internacionales”, debido a que algunas de las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación del *ius cogens* no distinguen la gravedad de la violación que menoscaba el derecho imperativo –salvo en lo referente a la responsabilidad internacional de los Estados– y a que la identificación de los derechos cuya violación equivalga a un crimen internacional como pertenecientes al *ius cogens* es tan sólo uno entre los múltiples criterios de su identificación.

¹⁹ Basadas en diferentes factores tales como, *inter alia*, el consentimiento, la renuncia u otros, como los recogidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

los Tratados de 1969 –en adelante, CV69– y pertenecen, por tanto, al derecho *dispositivo*, por lo cual son inferiores jerárquicamente a las normas sobre derechos humanos que puedan tener el carácter de *ius cogens*. Ello ha sido reconocido de manera expresa por algunos jueces de la Corte Europea de Derechos Humanos²⁰.

En tercer lugar, es necesario advertir que las normas internacionales sobre protección de derechos humanos, analizadas a la luz de su objeto y fin y de manera sistemática, exigen a los Estados dotar a las víctimas de sus violaciones de mecanismos y garantías para procurar una reparación acorde con estándares internacionales²¹. En consecuencia, si los Estados no proveen a los individuos el acceso a la anterior reparación de manera *efectiva*, se vulnerarían dimensiones adicionales –procesales– de los derechos humanos y de sus garantías de protección²². Para determinar si la inmunidad jurisdiccional de los Estados entra en contradicción con los derechos humanos es necesario analizar las disposiciones de estos últimos a la luz del principio del *efecto útil*²³. En este sentido, se ha dicho que las normas internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretadas de manera que sus garantías resulten prácticas y efectivas²⁴. Por ello, serán los hechos de un caso concreto los que determinarán si la denegación de jurisdicción a un demandante en virtud de la noción de la inmunidad jurisdiccional de un Estado demandado bloquea en términos efectivos su derecho a la reparación²⁵ o si, por el contrario, tiene acceso *real, efectivo y accesible* en el Estado presuntamente responsable. Por lo demás, los mecanismos diplomáticos de protección o aquéllos cuyo titular no sea la víctima –tales como la protección diplomática o las contramedidas– no presentan, a nuestro juicio, un carácter de garantía efectiva, debido a que su invocación y empleo están sujetos a una potestad discrecional del Estado.

Finalmente, es necesario advertir que el *ius cogens* no puede ser concebido de manera restringida ni en cuanto a sus efectos ni en lo relativo al ámbito en el cual opera. En cuanto a lo primero, la doctrina y la jurisprudencia²⁶ han reconocido que la aplicación del *ius cogens* tiene consecuencias *alternativas* a la anulación de normas de inferior jerarquía que le

²⁰ Opinión disidente conjunta de los jueces Rozakis, Cafilisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic, *op. cit.*, párr. 2.

²¹ *Cfr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 25 y 61; Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

²² Las obligaciones de garantía de los Estados, adicionales al deber de no vulnerar los derechos humanos mediante el comportamiento de agentes estatales, exige al Estado que adopte medidas previas, concomitantes y posteriores a la verificación de la violación de los derechos humanos para garantizar su goce y ejercicio.

²³ Antonio REMIRO BROTONS *et al.*, *Derecho internacional*, McGraw-Hill, 1997, p. 386.

²⁴ Alexander ORAKHELASHVILI, “State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong”, *European Journal of International Law*, vol. 18, n.º 5, 2008, p. 959.

²⁵ Consagrado en el Principio VII de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, de 2005.

²⁶ Carlos ESPÓSITO MASSICI, *op. cit.*, p. 246.; Opinión disidente conjunta de los jueces Rozakis, Cafilisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic, *op. cit.*, párr. 1.

son contrarias. En lo referente a la segunda cuestión, también se ha reconocido que el *ius cogens* no se limita a operar en el ámbito convencional. Al respecto, hemos de decir que el *ius cogens* también actúa frente a las normas internacionales consuetudinarias con dos efectos principales: la inoperancia de la noción del objetor persistente y la inaplicación de la máxima *consuetudo est servanda* frente a normas consuetudinarias contrarias al derecho imperativo.

La multiplicidad de efectos y ámbitos en que opera el *ius cogens* son consecuencia de su naturaleza constitucional²⁷. Entre los múltiples efectos del *ius cogens*, tres son particularmente relevantes para la solución de la tensión entre derechos humanos e inmunidades jurisdiccionales de los Estados: el efecto de primacía; los efectos del *ius cogens* en materia de responsabilidad internacional; y la posición del *ius cogens* frente a las disposiciones de derecho interno sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados. A continuación estudiaremos cada uno de estos efectos con detenimiento.

1. Primacía del *ius cogens* frente a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados

Las normas que incluyeron la noción de derecho internacional imperativo por vez primera²⁸ disponen que toda norma convencional de inferior jerarquía que contravenga al *ius cogens* debe ser anulada en virtud de la primacía de aquél. Con posterioridad, se reconoció que el derecho imperativo tiene aplicabilidad fuera del ámbito del derecho de los tratados, extendiendo su facultad de anular normas que le sean contrarias frente a disposiciones que emanen de cualquiera de las fuentes del derecho internacional. Dada su consagración textual y original, el efecto anulador es una de las consecuencias normativas más conocidas del *ius cogens*.

Lo anterior, empero, no debe llevar al equívoco de considerar que las funciones del *ius cogens* se agotan en la anulación de normas inferiores que lo contravengan²⁹. La jurisprudencia y la doctrina han manifestado, en este sentido, que el derecho imperativo produce otros efectos, como la vinculación normativa de terceros que no tengan la voluntad de someter su comportamiento a sus disposiciones³⁰, y sanciones menos drásticas a la anulación en caso de contradicción normativa (como se verá adelante)³¹.

²⁷ Stefan KIRCHNER, *op. cit.*, p. 59.

²⁸ Los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

²⁹ En este sentido, por ejemplo, la Comisión de Derecho Internacional ha recogido, en su proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, consecuencias adicionales y diversas en materia de responsabilidad frente a las violaciones graves del *ius cogens*.

³⁰ Rompiendo así con el tradicional principio de *pacta tertiis neque nocent neque prosunt* vid. Nicolás CASTILLO SANTARELLI, *op. cit.*, pp 154-158.

³¹ *Supra*, nota al pie 26.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario indagar si las normas consuetudinarias y convencionales sobre inmunidad jurisdiccional (cuya naturaleza es dispositiva) que contravengan disposiciones de derechos humanos pertenecientes al *ius cogens* deben ser anuladas o si, por el contrario, están llamados a producirse efectos menos severos, para lo cual será necesario que analicemos brevemente la justificación y condiciones para excluir la anulación de una norma de derecho dispositivo a pesar de que contradiga –en apariencia– al *ius cogens*.

En diversas oportunidades se ha reconocido que “en caso de contradicción con la norma de *ius cogens*” es posible predicar efectos menos rigurosos, como “la no aplicabilidad” de la norma dispositiva en cuestión³². En este sentido, algunos jueces de la Corte Europea de Derechos Humanos han manifestado que, en caso de conflicto normativo, la consecuencia puede ser la anulación de la norma dispositiva o la no producción de los efectos jurídicos que contravengan al *ius cogens*³³.

La explicación de lo anterior suele adolecer de un fallo: no se suele argumentar en qué ocasiones se permite que la oposición con una norma perentoria no conlleve la anulación de la norma dispositiva³⁴. Con todo, compartimos la idea de que no toda contradicción normativa en términos verticales debe generar una anulación. Para determinar cuándo debe generarse éste efecto, propondremos a continuación una teoría que permita dilucidar lo anterior frente a un caso concreto. Posteriormente, analizaremos las normas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados a la luz de dicha teoría, para determinar si procede su anulación en términos de derecho positivo.

En primer lugar, es necesario recordar que las normas de *ius cogens* gozan de una naturaleza “constitucional”³⁵ en el plano internacional. Esta condición permite trasplantar al derecho internacional, en cuanto sea compatible con las características de la sociedad internacional –atendiendo la concepción sobre los principios generales del derecho³⁶ y las ideas de Michel VIRALLY³⁷–, ciertas nociones o principios sobre la relación entre normas constitucionales y normas de inferior jerarquía.

Uno de estos principios es el denominado principio de “conservación” del ordenamiento jurídico, el cual indica que el intérprete, en caso de conflicto *aparente* entre una

³² Carlos ESPÓSITO MASSICI, *op. cit.*, p. 246.

³³ Opinión disidente conjunta de los jueces Rozakis, Cafisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic, *op. cit.*, párr. 1.

³⁴ Ello, a nuestro entender, acarrea el riesgo de que los operadores jurídicos opten por aplicar la anulación o por invocar una sanción menos rigurosa atendiendo a criterios políticos o de conveniencia, lo cual es particularmente grave toda vez que con este criterio “discrecional” o basado en el parecer del intérprete se desconoce una consecuencia jurídica consagrada de forma expresa en la CV69.

³⁵ *Supra*, nota al pie 28.

³⁶ Antonio REMIRO BROTONS *et al.*, *op. cit.*, p. 515.

³⁷ Michel VIRALLY. *El devenir del derecho internacional: ensayos escritos al correr de los años*. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pp. 113–116.

norma constitucional y una norma que no goce de dicho carácter, debe procurar interpretar las normas inferiores de manera que sean coherentes con la Constitución. En caso que sea *posible* lograr dicha armonía conforme a los criterios de interpretación establecidos en el derecho positivo, la validez de la norma no constitucional se debe conservar a condición de que se excluya la interpretación que refleje la contradicción normativa.

Es necesario advertir que la anterior concepción no es del todo extraña para los *ius* internacionalistas. En primer lugar, algunos autores han sugerido que uno de los métodos para atenuar los graves riesgos que entraña la fragmentación del derecho internacional es el llamado principio de integración sistémica, el cual tiene una faceta de “presunción negativa”, consistente en presumir que las partes desean actuar respetando el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho³⁸, y una dimensión positiva, la cual asume “que las partes se remiten a tales normas y principios en todas las cuestiones” no resueltas por un tratado³⁹.

Entendemos que si el principio de integración sistémica tiene vocación de operar en relación con normas convencionales frente a otras fuentes dispositivas del derecho, con mayor razón se debe presumir que los sujetos, al obligarse por normas jurídicas, no persiguen vulnerar justamente aquellos preceptos de mayor importancia para la comunidad internacional en su conjunto, los cuales no admiten ningún tipo de excepción. En el mismo sentido, se debe entender que todo vacío en las normas dispositivas debe ser llenado, al menos, teniendo en cuenta las exigencias del *ius cogens*. Esta aplicación del principio de integración sistémica en el terreno del derecho imperativo permitirá al intérprete entender que toda interpretación contraria al *ius cogens* es incorrecta, y hará que opte por una interpretación alternativa siempre y cuando sea válida y factible a la luz de los criterios de interpretación del derecho internacional.

Esta última aclaración es ineludible pues, en caso de no tenerse en cuenta, llevaría a un empleo incorrecto del *ius cogens*. La armonización o integración sistémica de una norma con las otras disposiciones del ordenamiento jurídico debe ser un segundo paso posterior al empleo de los métodos primarios de interpretación⁴⁰. Si el empleo de dichos criterios arroja diversas opciones de interpretación válidas, es acertado elegir entre las opciones que sean compatibles con el *ius cogens*. En caso contrario, se estaría forzando una compatibilidad artificial.

Las anteriores consideraciones permiten concluir que el criterio para determinar si una contradicción entre una norma imperativa y una dispositiva debe generar la anulación o la inaplicación de esta última es el siguiente: si una norma dispositiva sólo admite interpretaciones que sean contrarias al derecho imperativo, dicha norma estará viciada de nulidad, tal

³⁸ Antonio REMIRO BROTONS *et al.*, *op. cit.*, p. 84.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Consideramos que esta afirmación se sustenta, de manera implícita, en Alexander ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 958.

como exigen los artículos 53 y 64 de la CV69 –que operan, por analogía, en materia consuetudinaria–. Si, por el contrario, al menos una de las interpretaciones admisibles guarda armonía con el derecho internacional imperativo, la norma en cuestión deberá conservar su validez, a condición de que se excluya toda interpretación que no sea conforme con el *ius cogens*.

Por otra parte, el principio de conservación normativa también parecería sugerir que, si no se evidencia en términos abstractos la incompatibilidad de una norma dispositiva con el derecho imperativo pero se comprueba que la norma entra en contradicción con el *ius cogens* tan sólo si se reúnen ciertas condiciones específicas en un caso concreto, es necesario estimar que la norma debe conservarse en el ordenamiento jurídico internacional pero debe ser inaplicada en tales eventos.

La posibilidad de condicionar la interpretación o aplicación de una norma dispositiva se debe, en últimas, al efecto de irradiación del *ius cogens* en la totalidad del ordenamiento jurídico, el cual debe adecuarse en toda faceta, incluso interpretativa, al derecho imperativo, tal como acontece en los ordenamientos internos con su derecho constitucional⁴¹, en virtud del efecto o principio de irradiación interpretativa.

Con base en las anteriores consideraciones, procederemos a analizar la regulación jurídica internacional de la inmunidad jurisdiccional de los Estados a la luz de los efectos de primacía del *ius cogens* en sus múltiples vertientes.

En primer lugar, se debe resaltar que, actualmente, no se defienden concepciones absolutas sino restringidas de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados⁴². En segundo lugar, es necesario advertir que las normas vigentes sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados no recogen, de manera expresa, ninguna excepción general a la aplicación de la inmunidad en eventos de violaciones de derechos humanos⁴³ –más adelante proponemos la existencia de una excepción implícita–.

La concepción jurídica internacional de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, con todo, no es pacífica, y puede decirse que existen tres concepciones sobre la misma. Es necesario que estudiemos cada una de estas tres posturas por separado, por cuanto las consecuencias de la contradicción entre el *ius cogens* y la inmunidad jurisdiccional de los Estados podrían variar según se opte por asumir una de las mismas.

Según la primera postura, normas internacionales tales como el artículo 5 de la Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes⁴⁴ reconocen una norma general según la cual los Estados gozan de inmunidades

⁴¹ Nicolás CARRILLO SANTARELLI, *op. cit.*, pp. 298, 326–327, 333, y 336–344.

⁴² *Cfr.*, *inter alia*, Carlos ESPÓSITO MASSICI, *op. cit.*, pp. 55–72.

⁴³ *Ibid.*, p. 153.

⁴⁴ Cuya importancia es innegable dado que recoge un consenso de los Estados sobre la materia. *Cfr. ibid.*, *op. cit.*, p. 65.

jurisdiccionales, con la salvedad de ciertas excepciones taxativas reconocidas por aquellas normas⁴⁵.

En caso de ser acertada la postura descrita, sería innegable la existencia de una tensión en los eventos en que las normas sobre derechos humanos exigiesen la reparación de una violación contraria al *ius cogens* y las víctimas no tuviesen acceso a la justicia ante los tribunales internacionales, del Estado presuntamente responsable⁴⁶ ni del Estado del foro, en virtud de la reglamentación sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados frente a los últimos. En estos eventos, un análisis a la luz del principio del efecto útil⁴⁷ mostraría que, dada la inexistencia de una excepción expresa a la inmunidad por violación de los derechos humanos y ante la falta de acceso a la justicia, la inmunidad jurisdiccional del Estado demandado entraría en clara contradicción con el derecho imperativo en tanto constituiría un bloqueo *efectivo* al acceso a la reparación de las víctimas –lo cual debe demostrarse y no se comprueba en todos los eventos–.

En virtud de lo anterior, frente a la concepción que estamos analizando es posible afirmar que la contradicción entre el *ius cogens* y la regulación de la inmunidad jurisdiccional de los Estados no es *inehndible*, pues la misma dependerá de la reunión de ciertas condiciones fácticas y normativas que no se verifican en todos los supuestos de reconocimiento de la inmunidad jurisdiccional. Cuando se presente una contradicción, se deberá inaplicar la inmunidad jurisdiccional del Estado demandado, con el fin de conservar el ordenamiento jurídico vigente y garantizar la primacía del derecho imperativo.

Es necesario advertir, por otra parte, que no somos partidarios de la tesis de las excepciones taxativas a la inmunidad jurisdiccional de los Estados, pues nos parece irreal y contraria a la práctica internacional, que ha reconocido excepciones adicionales a las previstas expresamente en instrumentos internacionales específicos, tal como ocurre con la excepción de expropiación contraria al derecho internacional⁴⁸. Debe señalarse, además, que la concepción restrictiva que analizamos no admite excepciones implícitas, dado que condiciona toda excepción a su reconocimiento expreso. En consecuencia, no es posible dar un segundo paso de integración sistémica (ver la nota al pie 40).

La segunda concepción sobre la regulación internacional de las inmunidades jurisdiccionales sugiere que las excepciones expresas contempladas en normas internacionales están recogidas a título *indicativo* o enunciativo o, en palabras de Carlos ESPÓSITO

⁴⁵ Al respecto, se ha discutido si tan sólo las excepciones previstas en el instrumento donde se inscribe la regla general del artículo 5 de la Convención citada tienen validez –a la luz de dicha Convención, evidentemente–, o si la misma admite excepciones adicionales, cuestión que “no está resuelta”. *Cfr. ibid.*, p. 93.

⁴⁶ Debido a diversos factores tales como la existencia de persecución, la escasez de recursos económicos, la inexistencia o el carácter ilusorio de los recursos internos, etc.–.

⁴⁷ Alexander ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p.959.

⁴⁸ En este sentido, *Cfr.* Carlos ESPÓSITO MASSICI, *op. cit.*, pp. 92–93.

MASSICCI, que las listas de dichas excepciones son “instructiva[s] por lo que incluye[n] y excluye[n]”⁴⁹.

Hemos de preguntarnos si es posible que la segunda concepción, pese a admitir excepciones adicionales que no estén previstas en un instrumento único que consagre la regla general sobre inmunidades jurisdiccionales, permite que dichas inmunidades se opongan al *ius cogens* en materia de derechos humanos. Al respecto, hemos de decir que el derecho internacional actual no ha desarrollado una excepción a la inmunidad jurisdiccional relativa a la violación de normas imperativas de derechos humanos. En este sentido, es dicente que en el asunto *Al-Adsani* la Corte Europea de Derechos Humanos, pese a reconocer la naturaleza imperativa de la prohibición de la tortura⁵⁰, manifestase que no existía en el derecho internacional una regla por la cual los Estados no pudiesen escudarse en la inmunidad frente a demandas civiles de responsabilidad por la comisión de torturas fuera del territorio del Estado del foro⁵¹.

A pesar de la ausencia de una excepción *expresa* en materia de derecho imperativo, estimamos que el carácter *abierto y no excluyente* de las excepciones propugnado por la segunda teoría analizada, el criterio de la “integración sistémica”⁵² y el efecto de irradiación interpretativa del *ius cogens* hacen que sea posible hablar de una excepción implícita de *ius cogens* en materia de inmunidades jurisdiccionales de los Estados, toda vez que, tal como lo ha puesto de manifiesto la Comisión de Derecho Internacional⁵³, las cuestiones no resueltas de manera expresa o diversa por una norma internacional deben resolverse bajo el entendido de la voluntad de considerar aplicables a efectos interpretativos otras normas⁵⁴, lo cual cubre a nuestro juicio las normas imperativas.

Esta tesis cuenta con un beneficio insólito: dado el carácter restrictivo y desactualizado –por no tener debidamente en cuenta exigencias normativas y humanitarias superiores– de las excepciones al principio general sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados, autores y jueces han intentado acomodar el *ius cogens* dentro de las categorías de excepciones existentes. En este sentido, por ejemplo, se ha intentado afirmar que toda violación del *ius cogens* comporta una *renuncia implícita* a la invocación de la inmunidad jurisdiccional por parte del presunto responsable⁵⁵. Tal como lo manifiesta CAPLAN, el anterior ejercicio es deficiente debido a que recurre a ficciones⁵⁶ y hace a las normas decir lo que *no desean* manifestar. Resulta artificioso y es forzar demasiado el contenido de las excepciones afirmar, por ejemplo, que la renuncia –cuestión volitiva– puede ser reemplazada por un deber

⁴⁹ *Ibid.*, p. 86.

⁵⁰ Tribunal europeo de derechos humanos, Caso *Al-Adsani v. The United Kingdom*, Sentencia de 21 de noviembre de 2001, párr. 61.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 66.

⁵² *Supra*, nota al pie 41.

⁵³ Antonio REMIRO BROTONS *et al.*, *op. cit.*, p. 603.

⁵⁴ *Ibid.* y *supra*, nota al pie 41.

⁵⁵ Lee M. CAPLAN, *op. cit.*, pp. 767 y 769.

⁵⁶ *Cfr. ibid.*, pp. 774–775.

ético de ejercer dicha renuncia. Por último, reiteramos que las excepciones implícitas a la inmunidad jurisdiccional de los Estados basadas en el *ius cogens* deben tener aplicación al ser conformes con el derecho internacional positivo.

En consecuencia, estimamos que la introducción de una excepción implícita del derecho imperativo hace innecesario preguntarse por la necesidad de inaplicar las normas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados cuando resulten contrarias al *ius cogens*, toda vez que aquella excepción hace que sea inaplicable la regla general sobre la inmunidad al *interior* de su propio régimen. Si nuestra concepción no se comparte, es posible aplicar la misma argumentación que expusimos a propósito de la primera concepción (restringida y taxativa) de las excepciones a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados para inaplicar el principio general de inmunidad invocando normas superiores existentes ubicadas fuera del régimen de la inmunidad cuando la aplicación del aquel principio, aunado a la falta de una excepción que pueda ser empleada, devenga en un desconocimiento del *ius cogens*.

Finalmente, nos enfrentamos con la tercera y polémica concepción sobre la regulación internacional de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados, que sostiene que la consagración textual del principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados es equívoca y su errada transcripción no se ajusta al verdadero sentido de su regulación internacional. Según esta concepción, la interpretación acertada de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados consistiría en entender que tan sólo un puñado de regímenes especiales consagran el principio de inmunidad en el plano internacional, mientras que toda cuestión no regulada por uno de dichos regímenes especiales internacionales podría ser regulado libremente por el Estado, dado que éste posee la facultad de determinar su jurisdicción en su territorio. Debido a la falta de regulación en el ordenamiento internacional sobre el régimen de inmunidad jurisdiccional *vis-a-vis* la violación de derechos humanos, la resolución de esta tensión correspondería al derecho interno. Según este planteamiento, la inmunidad estatal no es un derecho absoluto, pues opera como una excepción al principio de jurisdicción estatal, y no hay una norma consuetudinaria que proteja las conductas contrarias a los derechos humanos, por lo cual el Estado del foro es la máxima autoridad para modificar los privilegios de inmunidad de otros Estados⁵⁷.

En caso que la anterior teoría resultase ser cierta, la contradicción entre el *ius cogens* y otra norma internacional en materia de inmunidades jurisdiccionales de los Estados tan sólo se podría verificar, eventualmente, en una de las pocas regulaciones internacionales aisladas y especiales sobre inmunidad jurisdiccional, frente a las cuales serían aplicables las consideraciones expuestas a propósito de las dos teorías precedentes. Frente a esta teoría es interesante, sin embargo, el análisis de la posible confrontación entre el *ius cogens* y la legislación interna de un Estado que regule las inmunidades jurisdiccionales. Esta posibilidad, que no es exclusiva de la presente teoría, será analizada con detenimiento en un acápite posterior (apartado 3).

⁵⁷ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 744.

De esta manera concluimos nuestro estudio sobre el efecto de primacía del *ius cogens* frente a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados. A continuación, proseguiremos con el estudio de otros efectos del derecho imperativo pertinentes para nuestro estudio.

2. La tensión entre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y las normas imperativas a la luz del régimen de responsabilidad internacional del Estado

El ámbito de la responsabilidad internacional ha sido impregnado por la superioridad normativa del *ius cogens*, como se observa en el capítulo III de la Segunda Parte del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional –en adelante, CDI– sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en el cual se recogen las consecuencias adicionales que se generan con ocasión de las violaciones graves del derecho imperativo, entendiéndose por tales aquéllas que posean un carácter flagrante o sistemático⁵⁸.

A propósito de la tensión entre derechos humanos e inmunidades jurisdiccionales, la doctrina y la jurisprudencia han llamado la atención sobre el artículo 41.2 del proyecto, en el cual se prohíbe a todo Estado distinto al responsable reconocer la licitud de “una situación creada por una violación grave” o prestar “ayuda o asistencia para mantener esa situación”.

Al respecto, diversos autores han manifestado que en las ocasiones en las cuales el reconocimiento de la inmunidad jurisdiccional de un Estado devenga en impunidad se estaría consolidando y reconociendo la situación generada por la violación de la norma imperativa⁵⁹, toda vez que el *ius cogens* procura prevenir la impunidad frente a las violaciones graves de derechos humanos⁶⁰. En consecuencia, se desconocería el artículo 41.2 citado atrás, donde se consagra un deber general de abstenerse de incurrir en actos o actitudes que impliquen el reconocimiento de violaciones del derecho imperativo⁶¹.

Lee M. CAPLAN ataca esta postura de ORAKHELASHVILI con dos argumentos: en primer lugar, considera que para incurrir en complicidad se exige, a la luz del capítulo IV de la Primera Parte del proyecto de la CDI, un requisito de conciencia o conocimiento del presunto cómplice acerca de la comisión de un hecho ilícito, el cual no se verificaría con la simple concesión de inmunidad⁶². En segundo lugar, afirma que el reconocimiento de la inmunidad jurisdiccional no equivale a la impunidad absoluta⁶³.

⁵⁸ Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, artículo 40.

⁵⁹ Alexander ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 964

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Lee M. CAPLAN, *op. cit.*, pp. 775–776.

⁶³ *Ibid.*, p. 776.

La primera crítica de CAPLAN podría parecer acertada a un lector desprevenido, pues los términos de ayuda o asistencia coinciden en los artículos 16 y 41 del proyecto de la CDI y exigen una ayuda voluntaria *para la comisión* de un hecho internacionalmente ilícito⁶⁴, lo cual no se verificaría con la concesión o el reconocimiento de una inmunidad jurisdiccional, que sería en todo caso posterior a la comisión de una presunta violación de derechos humanos.

Sin embargo, esta tesis es engañosa pues desconoce que la misma Comisión de Derecho Internacional, al comentar su proyecto de artículos, manifestó que la prohibición de su artículo 41.2 va más allá de la regulación de la ayuda o asistencia a la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, cuestión cubierta por el artículo 16 de su proyecto. Por el contrario, el artículo 41.2 versa sobre la conducta *posterior* a la comisión del hecho ilícito, con independencia de que éste continúe o haya finalizado. Este tipo de ayuda presupone que el Estado que la proporciona conoce las circunstancias del hecho ilícito⁶⁵.

La opinión de la CDI nos indica que, en realidad, hay un requisito que se exige para estimar que un Estado incurre en la prohibición del artículo 41.2: su conciencia de la *existencia* de una situación *generada* por un comportamiento contrario al *ius cogens*.

En relación con el debate debe recordarse, como lo indica Carlos ESPÓSITO, que la “inmunidad del Estado se hace efectiva mediante la abstención del ejercicio de jurisdicción por parte de los tribunales del foro en los procesos en que se demande a Estados extranjeros”⁶⁶, lo cual presupone la previa presentación de una demanda y la presencia de un juez que deba pronunciarse a propósito de la inmunidad jurisdiccional. La figura del juez es central para la solución del problema por dos cuestiones: en primer lugar, puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado, como lo ha reconocido el artículo 4 del proyecto de la CDI al que nos hemos venido refiriendo, donde se dispone que se “considerará hecho del Estado [...] el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones [...] judiciales”⁶⁷.

En segundo lugar, estimamos que en el campo de los derechos humanos el juez interno debería aplicar el principio *iura novit curia* a semejanza de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. Este principio indica que “el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente”⁶⁸. En virtud de lo anterior, cuando se le presente una demanda por violación de derechos humanos contraria al

⁶⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (A/56/10), p. 66.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 115.

⁶⁶ Carlos ESPÓSITO MASSICI, *op. cit.*, p. 84.

⁶⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, art. 4.

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 163.

derecho internacional imperativo que pueda verse eventualmente obstaculizada por la inmunidad jurisdiccional del Estado demandado, el juez interno debe tener presentes los hechos expuestos por el demandante y los eventuales motivos que haya esgrimido para optar por demandar en el Estado del foro. Si al juez se le presentan elementos que le permitan concluir que se generará *de facto* una situación de impunidad, teniendo en cuenta el principio del efecto útil en materia de derechos humanos, deberá optar por inaplicar el principio general de inmunidad o por esgrimir la excepción implícita de *ius cogens*⁶⁹. En caso contrario, teniendo en cuenta que a través del juez el Estado ha sido consciente de la situación contraria al *ius cogens*, éste colaboraría en la denegación de la última esperanza del peticionario –entendida en términos amplios y no *formalistas restringidos*–, con lo cual se comprometería su responsabilidad internacional en virtud de la norma recogida –codificada, a nuestro entender– en el artículo 41.2 del proyecto de la CDI. Al respecto, es menester recordar que, en virtud del artículo 3 del proyecto, es irrelevante el derecho interno del Estado responsable para justificar su comportamiento.

Las consideraciones del anterior párrafo están íntimamente relacionadas con la segunda crítica de CAPLAN: según este autor, la inmunidad jurisdiccional de un Estado frente a los tribunales de otro no equivale a la impunidad total. Estimamos que es acertada la opinión contraria de Alexander ORAKHELASHVILI, quien ha manifestado que estas posturas reconocen una “carta blanca” de impunidad, toda vez que ignoran que existen *situaciones* en las cuales, *en la práctica*, los individuos no tienen acceso a los tribunales del Estado agresor o a otros mecanismos, lo cual genera, efectivamente, una situación en la cual la presunta víctima no obtendrá justicia⁷⁰. Como hemos manifestado a lo largo de estas páginas, es imprescindible tener en cuenta la situación fáctica y las posibilidades reales de acceso a la justicia que tenga el peticionario, a la luz del principio del *efecto útil* de sus derechos humanos. Por ello estimamos que, en ocasiones, la concesión automática y ciega de la inmunidad jurisdiccional de un Estado puede equivaler a una conducta prohibida en virtud del artículo 41.2 del proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados.

3. El *ius cogens* y los regímenes internos de inmunidad jurisdiccional del Estado

Dada la importancia del *ius cogens* como el conjunto de las normas fundamentales y mínimas reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, y la vocación que muchas de ellas tienen de ser aplicadas a nivel interno, tal como acontece en el terreno de los derechos humanos, es necesario reconocer ciertos efectos del derecho internacional imperativo frente a las normas internas.

⁶⁹ Sobre la cual tratamos en el apartado anterior.

⁷⁰ Alexander ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 959.

En su célebre fallo sobre el asunto Furundzija, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia consideró que una prohibición con la categoría de *ius cogens* (la proscripción de la tortura, en el caso *sub judice*) servía para deslegitimar cualquier medida interna de naturaleza legislativa, administrativa o judicial que la desconozca, la cual adolecería de nulidad *ab initio*, tal como acontecería con las medidas internas que autorizaran o condonaran comportamientos contrarios a la norma imperativa en cuestión. A más de lo anterior, estas medidas no podrían ser reconocidas en el plano internacional, y podrían entablarse procedimientos para que, entre otras cosas, las víctimas presentasen demandas por daños en un tribunal extranjero⁷¹.

Es evidente que la competencia del Tribunal se ciñe al ámbito específico del derecho penal internacional y que se pronuncia en particular acerca de la responsabilidad de quienes incurren en comportamientos que constituyen crímenes internacionales. No obstante, llama la atención el hecho de que advierte la existencia de una exigencia de que el derecho interno respete al *ius cogens* del mismo modo en que las normas internacionales dispositivas deben ceñirse a él.

La anterior exigencia es particularmente interesante en el ámbito de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados en dos eventos: la defensa de los Estados que son demandados ante Tribunales Internacionales de Derechos Humanos bajo el argumento de que han desconocido normas sobre derechos humanos al reconocer la inmunidad jurisdiccional de otro Estado; y el proceder de los jueces internos en procesos donde se indague por la operatividad de las inmunidades jurisdiccionales en los casos en que aquéllos jueces puedan tener en cuenta el derecho internacional –a título interpretativo o como normas *self-executing*–.

En relación con la primera cuestión, la Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que el derecho de acceso a la justicia admite ciertas restricciones inherentes, entre las cuales se encuentra la doctrina de la inmunidad de los Estados⁷². Por otra parte, para determinar la licitud de las restricciones en los casos que le han sido presentados, la Corte ha analizado la legislación interna del Estado demandado a la luz del régimen internacional sobre las inmunidades jurisdiccionales⁷³, lo cual justifica manifestando que es necesario, tal como se dispone en el artículo 31.3.c) de la CV69, tener en cuenta el derecho internacional en su conjunto al emitir sus sentencias en materia de derechos humanos⁷⁴, por cuanto los tratados de esta rama del derecho internacional no están aislados y pertenecen a un sistema jurídico.

A nuestro juicio, la Corte se queda a medio camino en su razonamiento, toda vez que el régimen sobre las inmunidades jurisdiccionales, al igual que las normas sobre derechos

⁷¹ Tribunal internacional para la ex-Yugoslavia, caso *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 155.

⁷² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Al-Adsani v. The United Kingdom*, *op. cit.*, párr. 56.

⁷³ *Ibid.*, párr. 66.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 55.

humanos, también pertenece, a su vez, a un conjunto normativo mayor, y la validez u operatividad de sus normas está condicionada al respeto de normas superiores con jerarquía especial.

En virtud de los principios de integración sistémica y jerarquía normativa, cuando en el plano internacional se juzgue a un Estado por abstenerse de ejercer su jurisdicción en virtud del principio de inmunidad jurisdiccional, tal como se ha reconocido y regulado en su legislación interna, es menester analizar la compatibilidad de ese derecho interno con el *ius cogens* internacional y concluir que, si se presenta una contradicción en un caso concreto, la restricción en el derecho de acceso a la justicia es automáticamente ilegítima, con lo cual se debe declarar la inoperatividad de la norma interna de manera análoga a como acontecería en el caso en que fuese una disposición internacional, como se indica y sugiere en el caso *Furundzija*.

Por otra parte, en lo concerniente a los jueces internos que deban determinar la procedencia de la inmunidad jurisdiccional de los Estados frente a demandas por violaciones de derechos humanos contrarias al *ius cogens* y puedan aplicar el derecho internacional o interpretar su propio derecho interno a la luz del mismo, estimamos que es necesario que tengan en cuenta los parámetros sobre los efectos del *ius cogens* en los eventos de concurrencia de normas (arriba, apartado 1) pues, en caso contrario, estarán aplicando o interpretando las normas internacionales en su conjunto de manera errónea.

Por último, se debe advertir, tal como lo ha apuntado con acierto Alexander ORAKHELASHVILI⁷⁵, que en pro de la coherencia sistemática del derecho internacional es insostenible mantener que el *ius cogens* prevalece sobre inmunidades de naturaleza penal establecidas en virtud de los derechos interno e internacional pero no puede primar en igual sentido frente a disposiciones de índole civil, pues no se advierte ningún criterio que justifique una distinción razonable y, como consecuencia de esto, la diferencia en la respuesta jurídica a las violaciones de las normas imperativas podría ser considerada discriminatoria.

III. LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA JERARQUÍA NORMATIVA

En la primera parte de este trabajo hemos pretendido demostrar que es jurídicamente obligatorio –y no discrecional o teórico– aplicar las normas imperativas sobre derechos humanos frente a las reglas de inmunidad jurisdiccional de los Estados. A continuación, analizaremos algunas objeciones que se han alzado contra quienes hemos postulado la necesidad –para nosotros– o conveniencia –para otros– de tener presente el *ius cogens* en el conflicto entre derechos humanos e inmunidades jurisdiccionales de los Estados (postulación que ha sido denominada por muchos como la “teoría de la jerarquía normativa”⁷⁶).

⁷⁵ Alexander ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 965.

⁷⁶ Carlos ESPÓSITO MASSICI, *op. cit.*, pp. 245–256.

Es necesario advertir que algunos autores se han opuesto a la aplicación del *ius cogens* en el campo estudiado debido, entre otras cosas, a que estiman que la identificación de las normas imperativas es una cuestión problemática⁷⁷. Este planteamiento realmente no apunta a la primacía del *ius cogens*, pues ataca la propia figura del derecho imperativo, por lo cual no corresponde a nuestro objeto de estudio. En todo caso, conviene señalar que en el pasado nos hemos referido a estas críticas y las hemos refutado⁷⁸.

A continuación, centraremos nuestro estudio en tres categorías de objeciones a la teoría de la jerarquía normativa.

1. ¿Naturaleza procedimental o sustantiva de las normas enfrentadas?

La crítica *normativa* a la teoría de la jerarquía es llamativa en cuanto *reconoce* que toda norma del *ius cogens* prevalece si colisiona con otras normas, cuyos efectos serían desplazados. Sin embargo, apunta a una distinción entre normas *primarias o sustantivas* y normas *secundarias o procedimentales*, en el sentido de sostener que las normas imperativas pertenecen a la primera categoría mientras que las disposiciones internacionales sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados integran el segundo grupo de normas. Como consecuencia de lo anterior, esta teoría sostiene que sería imposible que se verificase un conflicto o contradicción entre las normas perentorias sobre derechos humanos y las reglas sobre inmunidad de jurisdicción toda vez que la confrontación normativa sólo puede darse entre disposiciones con igual naturaleza, lo cual es imposible en caso contrario por cuanto se estaría equiparando a dos mundos jurídicos distintos, con funciones y naturaleza divergentes.

Para resumir la anterior exposición podríamos emplear las palabras de Kerstin BARTSCH y Björn ELBERLING, para quienes el argumento central de esta tesis es que no puede haber conflicto dado que las normas de *ius cogens* contienen exclusivamente reglas materiales y no se ocupan de la coerción procedimental de dichas reglas⁷⁹.

En aras de comprender con precisión la crítica que se expone en el presente acápite, estimamos que es necesario remitirnos a la distinción entre las categorías normativas en que se basa la misma, tal como sugiere Carlos ESPÓSITO MASSICCI⁸⁰, quien ha manifestado que “[l]as reglas primarias prescriben obligaciones [...] mientras que las reglas secundarias se ocupan de las sustantivas permitiendo su identificación [...] posibilitando su evolución [...] y otorgando competencias”⁸¹.

⁷⁷ Lee M. CAPLAN, *op. cit.*, p. 772.

⁷⁸ Nicolás CARRILLO SANTARELLI, *op. cit.*

⁷⁹ Kerstin BARTSCH and Björn ELBERLING, “Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the *Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision*”, *German Law Journal*, vol. 4, n.º. 5, 2003, p. 485.

⁸⁰ Carlos ESPÓSITO MASSICI, *op. cit.*, pp. 252–253.

⁸¹ *Ibid.*

Para reforzar su planteamiento, los partidarios de la crítica normativa hacen hincapié en el tratamiento dual que la Corte Internacional de Justicia –en adelante, CIJ– ha dado a las normas de *ius cogens* y a las disposiciones relativas a la base de su competencia para conocer los casos específicos que se le plantean, toda vez que la Corte se ha declarado incompetente o ha estimado que una demanda es inadmisibile cuando no encuentra la mencionada base *a pesar* de que el litigio verse sobre el cumplimiento o violación de obligaciones *erga omnes* o disposiciones imperativas⁸².

En el anterior sentido, en su sentencia de excepciones preliminares del asunto de la República Democrática del Congo contra Ruanda, la Corte manifestó que su jurisdicción se basa siempre en el consentimiento de las partes y no puede determinarse con fundamento exclusivo en la afirmación de que una disputa versa sobre normas imperativas⁸³. Además, la Corte señaló que ninguna norma de *ius cogens* exigía a los Estados que consintiesen en su jurisdicción⁸⁴.

Desde nuestro punto de vista, la crítica normativa adolece de tres fallos: en primer lugar, descansa fuertemente en la práctica de la CIJ, cuya competencia depende del consentimiento de los Estados en virtud de las regulaciones de su Estatuto. No obstante, la posición de la Corte deja entrever que su incompetencia frente a un caso no implica necesariamente que no se haya realizado una violación del derecho imperativo. Cuando hablamos del conflicto entre inmunidad jurisdiccional de los Estados y derechos humanos imperativos, por su parte, es necesario partir del supuesto de que nos enfrentamos a una realidad distinta a la comparecencia ante un tribunal internacional para que éste determine si se ha verificado una violación jurídica *previa*, y debe advertirse que la dicotomía existente en el caso de las inmunidades jurisdiccionales se refiere a la *vulneración* de una norma perentoria *como consecuencia* de la inmunidad de jurisdicción frente a casos concretos en los cuales ella genera impunidad y deniega el acceso a la justicia a un *ser humano*. La Corte Internacional de Justicia, por otra parte, tiene competencia contenciosa exclusivamente en relación con conflictos interestatales, tal como lo dispone el artículo 34 de su Estatuto. Al respecto, es necesario recordar que los Estados tienen otros medios de solución de controversias, como los enunciados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, y que en ocasiones los seres humanos no tienen acceso a otros mecanismos judiciales efectivos de acceso a la justicia y búsqueda de reparación adecuada distintos a los existentes en el Estado del foro.

Además, es necesario tener presente que la confrontación entre inmunidad jurisdiccional del Estado y derechos humanos imperativos tiene una característica peculiar: si no

⁸² *Ibid.*, pp. 253–255.

⁸³ Esta afirmación se hizo a propósito de la Convención contra el genocidio, pero estimamos que opera análogamente frente a toda norma de *ius cogens*. En: Corte Internacional de Justicia, Caso relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (la República Democrática del Congo contra Ruanda), Jurisdicción de la Corte y admisibilidad. 3 de febrero de 2006, párr. 64.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 69.

hay jurisdicción, en principio no surge la pregunta sobre una inmunidad de jurisdicción⁸⁵. La Corte Internacional de Justicia, a diferencia de los tribunales internos en relación con los habitantes de un Estado, debe ser competente en cada caso concreto y frente a las partes contendientes para poder resolver el fondo de un litigio y no tiene una competencia general y obligatoria sobre los Estados. Además, frente a ella la inmunidad no opera por cuanto la CIJ está *sobre* los Estados y no es un par entre pares.

Una segunda debilidad de la crítica esgrimida es que asume que las normas de derecho imperativo son exclusivamente normas primarias o sustantivas, por lo cual no podrían equipararse a normas de vocación o contenido procedimental, tal como las alusivas a la inmunidad jurisdiccional de los Estados. Por el contrario, entendemos que las normas de *ius cogens* son normas internacionales con un contenido sustantivo que, debido a su jerarquía, tienen efectos y componentes procesales que garantizan su primacía y sus efectos. En este sentido, Kerstin BARTSCH y Björn ELBERLING han manifestado que toda norma de *ius cogens* presupone o contiene una regla procedimental que garantiza su aplicación judicial. Además, manifiestan que al generar obligaciones *erga omnes*, las normas imperativas disponen de medios de ejecución superiores. Por los anteriores motivos, los referidos autores advierten que las reglas materiales del *ius cogens* también contienen reglas procedimentales que impiden ciertos límites a su ejecución.⁸⁶

Al respecto, hemos de decir que la regulación del *ius cogens* en derecho positivo dispone que, cuando su contenido es desconocido por una norma dispositiva, ésta debe ser anulada o inaplicada, lo cual es ciertamente una *regulación acerca de otra norma*, que identifica cuáles normas pertenecen al derecho internacional positivo en tanto su *validez* se deriva del respeto al *ius cogens*, y a su vez permite la evolución del ordenamiento jurídico internacional mediante su depuración al separar de su seno normas contrarias a los principios y disposiciones superiores vigentes. Estas funciones coinciden con la descripción relativa a las normas secundarias recogida líneas atrás. Las normas sobre inmunidad jurisdiccional, por su parte, pese a regular aspectos atinentes a la competencia, se fundamentan en principios sustantivos del derecho internacional⁸⁷ y son considerados por muchos como un derecho –condicionado y restringible⁸⁸–.

El segundo motivo que hace que nos apartemos de la crítica normativa, tal como lo hemos expuesto, radica en últimas en la identificación del *ius cogens* como un conjunto de normas internacionales de especial jerarquía de naturaleza mixta: primaria y secundaria o, lo que es lo mismo, sustantiva y procesal. Esta peculiaridad está estrechamente relaciona-

⁸⁵ Carlos ESPÓSITO MASSICI, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁶ Kerstin BARTSCH and Björn ELBERLING, *op. cit.*, pp. 486–487.

⁸⁷ Carlos ESPÓSITO MASSICI, *op. cit.*, pp. 47–55.

⁸⁸ Tal como lo sugiere la redacción del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, donde se alude a que los Estados gozan de inmunidad jurisdiccional con sujeción a ciertas limitaciones y excepciones.

da con nuestra tercera objeción a la crítica normativa: muchas disposiciones de derechos humanos tienen una naturaleza igualmente mixta.

La anterior afirmación se explica por dos motivos. En primer lugar, los tratados de derechos humanos han recogido garantías del debido proceso cuyo respeto y protección es considerado un derecho humano. En este sentido podemos encontrar, *inter alia*, los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A su vez, se reconoce que el acceso a la justicia y el disponer de recursos efectivos para procurar el amparo de otros derechos humanos constituyen derechos humanos, tal como se establece en el artículo 25 de la Convención Americana.

Las anteriores disposiciones nos muestran que, en ocasiones, garantías de índole procesal se “sustantivizan” o adquieren connotaciones sustantivas al exigirse su respeto, protección y garantía como un derecho cuyos titulares son los seres humanos.

En segundo lugar, es necesario tener presente que los derechos humanos de corte o naturaleza *primordialmente* sustantiva tienen un componente procesal que los refuerza. Al respecto, las normas internacionales sobre derechos humanos disponen que los Estados están obligados no sólo a abstenerse de vulnerar el contenido de los derechos humanos sino, también, a *garantizarlos*, obligación que exige la adopción de medidas previas, concomitantes y posteriores a la verificación del menoscabo de un derecho producido por agentes estatales o particulares. Los actos que debe adoptar un Estado tras la verificación de la afectación del contenido de un derecho humano consisten en “investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos”⁸⁹.

Es necesario vincular las obligaciones de garantía a las cuales nos hemos referido con el derecho a la reparación de las víctimas de derechos humanos⁹⁰, cuya importancia radica en que persigue el restablecimiento del goce de los derechos⁹¹ y hacer que desaparezcan los efectos de las violaciones⁹².

Si recogemos las anteriores facetas del derecho internacional de los derechos humanos en una idea, se observará que los Estados pueden ser responsables por incumplir normas sobre derechos humanos cuando no adoptan medidas para brindar la posibilidad efectiva de acceso a recursos efectivos que garanticen la obtención de una reparación, cuestión que tiene tintes y dimensiones tanto procesales como sustantivos. Las normas imperativas sobre derechos humanos, naturalmente, comparten las anteriores dimensiones y poseen igualmente la dimensión mixta procesal y sustantiva de toda disposición de derecho imperativo. En

⁸⁹ *Ibid.*, p. 55.

⁹⁰ Reconocido en el Principio VII de los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

⁹¹ *Ibid.*, p. 53.

⁹² Vid. H. FAÚNDEZ LEDESMA, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 801.

consecuencia, en el campo del derecho imperativo de los derechos humanos es factible, necesario y *obligatorio* verificar si su protección resulta afectada como consecuencia de la aplicación de la inmunidad de jurisdicción, lo cual ocurre cuando la misma bloquea el acceso a la justicia.

2. La teoría de la *cortesía judicial o estatal*: ¿ataque al presupuesto de la teoría de la jerarquía normativa?

Una segunda objeción que se ha esgrimido en contra de la teoría de la jerarquía normativa en el campo de la inmunidad jurisdiccional de los Estados sostiene que la misma es superflua pues se sustenta en una pre-condición inexistente: la comparación entre una norma dispositiva sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y una norma imperativa contrariada por la primera. Según esta postura, la regulación de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados es un asunto de derecho interno, toda vez que tales inmunidades se enfrentan con el principio de jurisdicción estatal o “*adjudicatory jurisdiction*” del Estado del foro, el cual es libre para decidir, con base en motivos de conveniencia, el establecimiento de excepciones a *su* jurisdicción⁹³.

Según esta teoría, para resolver los problemas que surgen con ocasión de la inmunidad jurisdiccional es imprescindible reconocer que el principio de igualdad soberana de los Estados no es la fuente de dicha inmunidad, toda vez que la misma no puede derogar la autoridad jurisdiccional de un Estado. Por el contrario, se debería tener presente que toda persona o propiedades que se encuentran en los dominios de un Estado están sometidas a su “control y autoridad”, incluso si son soberanos. Ello implicaría que la inmunidad jurisdiccional sería un privilegio, lo cual haría que fuese imposible hablar de un *derecho fundamental* del Estado a que le sea reconocida *su* inmunidad jurisdiccional por sus pares, reivindicación que CAPLAN (exponente de esta teoría) parece entender –erróneamente– como sustentada por todo exponente de la teoría de la jerarquía normativa como un requisito *sine qua non* de la misma. Además, es interesante anotar que CAPLAN sostiene que, en realidad, el principio de igualdad soberana reconoce una igual capacidad de derechos frente a todo otro Estado, pero no altera el hecho de que un Estado pueda ejercitar sus derechos como Estado con respecto a su propio territorio y población, lo cual implicaría que el postulado *par in parem non habet imperium* sería una “distorsión” del principio de igualdad soberana⁹⁴.

CAPLAN admite, con todo, que existe un núcleo duro y reducido de supuestos en los cuales existen normas internacionales que regulan la inmunidad jurisdiccional de los Estados, las cuales son excepcionales e impiden que pueda hablarse de una *regla general* o una falsa presunción de inmunidad que lo abarca todo. Con base en las consideraciones que hemos expuesto, la objeción estudiada afirma que, teniendo en cuenta que la inmunidad

⁹³ Lee M. CAPLAN, *op. cit.*, p. 744 y 749.

⁹⁴ Este párrafo se basa en: *ibid.*, pp. 744 y 751–753.

del Estado extranjero es una mezcla de derecho interno e internacional, sólo en los casos en los cuales se vea involucrado su núcleo duro –cosa excepcional– el tema pertenecerá al ordenamiento jurídico internacional. En consecuencia, la mayor parte de los casos de tensión entre derechos humanos y *concesión graciosa* de inmunidad jurisdiccional de un Estado no podría ser resuelta mediante la prevalencia de una norma *internacional* sobre una norma *interna*, lo cual demostraría que la teoría de la jerarquía normativa fracasa en reflejar la verdadera naturaleza de la inmunidad estatal⁹⁵.

Al respecto debemos advertir que, curiosamente, la objeción afirma que el conflicto real es entre el *ius cogens* y el principio de jurisdicción, en lugar de entre el derecho imperativo y la inmunidad estatal. Sin embargo, esta postura estima que la resolución del conflicto entre derechos humanos y la inmunidad jurisdiccional que un Estado *quiera* reconocer a otro es un asunto complejo por cuanto asume que el principio de jurisdicción es una norma de *ius cogens*⁹⁶, con lo cual se presentaría un evento de confrontación entre normas imperativas.

Para dilucidar lo anterior es necesario determinar si el principio de ejercicio de jurisdicción es una norma imperativa, cuestión que a nuestro juicio debe ser resuelta de manera negativa.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que una norma imperativa debe ser una norma de derecho internacional adoptada por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como disposición que “no admite acuerdo en contrario” y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior que esté revestida de la misma naturaleza imperativa⁹⁷. CAPLAN reconoce, no obstante, que el derecho internacional *consuetudinario* corriente prevé excepciones al ejercicio de la jurisdicción estatal, recogidas *inter alia* en el núcleo internacional sobre inmunidades jurisdiccionales⁹⁸. Lo anterior hace que el postulado de jurisdicción estatal no sea una norma imperativa, por cuanto admite excepciones o, en palabras de la CV69, un “*acuerdo en contrario*”.

Sin embargo, en gracia de discusión, es necesario advertir que incluso si el principio de ejercicio de jurisdicción *fuese* imperativo, ello no haría imposible la solución de las controversias en las cuales dicho principio estuviese confrontado con las normas de derechos humanos de *ius cogens* en los eventos de bloqueo u obstaculización del acceso a una reparación efectiva. En este sentido, como lo ha puesto de manifiesto Stefan KIRCHNER, la dimensión constitucional del derecho internacional actual –integrada, entre otras, por normas imperativas⁹⁹– permite que se resuelvan casos difíciles con decisiones basadas en valores jurídicos¹⁰⁰, mediante la remisión a los valores de la comunidad internacional que

⁹⁵ Este párrafo se ocupa de: *Ibid.*, pp. 744 y 760–761.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 771 y 781.

⁹⁷ Artículo 53 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

⁹⁸ Lee M. CAPLAN, *op. cit.*, p. 758–762.

⁹⁹ Stefan KIRCHNER, *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 62

protegen, entre otras, las normas imperativas, lo cual permitiría resolver el problema con un test de proporcionalidad.

En segundo lugar, hemos de decir que no compartimos la objeción analizada toda vez que estimamos que ella desconoce ciertos aspectos jurídicos. Por una parte, su teoría se edifica sobre una concepción *absoluta* del principio de jurisdicción, la cual es falsa pues este principio admite excepciones. En segundo lugar, tampoco es cierto que todo defensor de la teoría de la jerarquía normativa se escuda en la existencia de un derecho *fundamental* de los Estados al reconocimiento de su inmunidad jurisdiccional.

La existencia de las normas internacionales sobre inmunidad jurisdiccional del Estado, por otra parte, se comprueba con la existencia de diversos tratados¹⁰¹ y con el reconocimiento de normas consuetudinarias¹⁰². En este sentido, diversos pronunciamientos de órganos judiciales estatales que *comprometen* a su Estado han manifestado que reconocen la inmunidad jurisdiccional de otros Estados con base en el derecho internacional, tal como se ha reconocido en la jurisprudencia italiana, polaca y griega¹⁰³, entre otras. En igual sentido, puede observarse el pronunciamiento de Lord Millet en el caso *Matthews v. Minister of Defence*¹⁰⁴.

A nuestro juicio, al criticar el contenido de las normas consuetudinarias y la redacción de las disposiciones convencionales que estima engañosas en cuanto establecen una regla general de inmunidad que admite excepciones, la cual a su juicio contraviene el postulado del ejercicio de jurisdicción como la verdadera regla general, la crítica no hace más que exteriorizar su juicio sobre *cómo debería ser* la regulación internacional de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados con tal de respetar y adecuarse al –para la teoría– sacrosanto principio de la “*adjudicatory jurisdiction*”.

3. Críticas políticas y de conveniencia contra la teoría de la jerarquía normativa

Las dos críticas contra la teoría de la implementación de las normas de *ius cogens* sobre derechos humanos en el ámbito de la inmunidad jurisdiccional de los Estados que han sido expuestas tienen un denominador común: son teorías *jurídico-normativas*. Nos resta estudiar en el presente apartado las críticas de índole político que sostienen que es inconveniente aplicar la teoría del *ius cogens incluso* si la misma es correcta en términos

¹⁰¹ Tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y la Convención europea sobre inmunidad del Estado de 1972.

¹⁰² Que recogen los requisitos de la práctica y la *opinio iuris* que se reflejan en el artículo 38.1.b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁰³ Lee M. CAPLAN, *op. cit.*, pp. 749, 763, 769–770.

¹⁰⁴ Lord MILLET dijo “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 the UK itself”. En: Carlos ESPÓSITO MASSICI, *op. cit.*, pp. 78–79.

jurídicos. La necesidad de este estudio es evidente si se tiene en cuenta que incluso en votos de jueces internacionales se han recogido este tipo de argumentos¹⁰⁵.

Los principales argumentos políticos que esgrimen que la teoría de la jerarquía normativa es inconveniente afirman que su aplicación produciría congestión judicial, que generaría caos judicial, y que contribuiría a deteriorar las relaciones interestatales bilaterales.

El primero de los anteriores argumentos sostiene que reconocer la inaplicabilidad de la inmunidad jurisdiccional de los Estados en las ocasiones en que la misma contrariase al derecho internacional imperativo produciría un “efecto llamada” que haría que innumerables personas acudiesen a los tribunales de los Estados que reconozcan la teoría de la jerarquía normativa, con lo cual su sistema judicial se congestionaría¹⁰⁶.

Esta crítica ha sido rebatida por Alexander ORAKHELASHVILI, quien ha puesto de manifiesto cómo se podría prevenir el estancamiento de un sistema judicial interno mediante el empleo de mecanismos como el *forum non conveniens*, según el cual sería legítimo denegar el acceso a la jurisdicción a un demandante que tenga acceso efectivo a otros tribunales internacionales o estatales, incluyendo los pertenecientes al Estado demandado¹⁰⁷. En segundo lugar, el mismo autor destaca que el reconocimiento de la teoría de la jerarquía normativa generaría un efecto disuasorio contra los atentados al *ius cogens* y contribuiría así a la prevención de futuras violaciones graves de derechos humanos¹⁰⁸, lo cual reduciría los casos de demandas fundadas. La anterior apreciación es acertada, a nuestro parecer, por cuanto los Estados serían conscientes de que se expondrían a ser demandados ante los jueces de terceros Estados cuando incurriesen en el menoscabo de derechos humanos imperativos, lo cual además perjudicaría su *imagen y prestigio* ante la comunidad internacional.

A nuestro juicio, la aplicación del *ius cogens* propuesta en la primera parte de este trabajo hace que las normas sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados carezcan de efectos cuando en su *aplicación práctica* constituyan un obstáculo al acceso a la reparación judicial efectiva de los derechos humanos. La determinación de lo anterior hace necesario con carácter previo un juicio *objetivo* acerca de la posibilidad *real* del individuo presuntamente afectado de acceder a un mecanismo *efectivo* de reparación alternativo al sistema judicial del Estado del foro. Sostenemos que este modo de proceder es preferible al empleo del criterio del *forum non conveniens* por cuanto es más objetivo y garantista, lo cual se evidencia si se tiene en cuenta que *todo* juez interno e internacional estaría *obligado* a realizar la comparación entre el derecho imperativo y las normas sobre inmunidad jurisdiccional en cada caso

¹⁰⁵ Opinión concurrente del juez Pellonpää, a la que se une el juez Sir Nicolas Bratza. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Al-Adsani v. The United Kingdom*, *op. cit.*

¹⁰⁶ Alexander ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 956.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 956–957.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 956.

concreto, mientras que el postulado del *forum non conveniens* puede ser recogido o no por el derecho interno y es, además, un criterio de naturaleza *facultativa*¹⁰⁹.

La segunda crítica política contra la teoría de la jerarquía normativa afirma que su reconocimiento engendraría “caos judicial”¹¹⁰, el cual consistiría en la presentación indiscriminada de demandas contra Estados extranjeros basadas en alegaciones de violaciones de derechos humanos que realmente no forman parte del *ius cogens*¹¹¹.

Podemos rebatir la anterior objeción diciendo que, como garantes de la aplicación del derecho, los jueces tendrán la *obligación* de aplicar la jerarquía normativa sólo frente a normas que verdaderamente integren el *ius cogens*. Tal como lo han sostenido Kerstin BARTSCH y Björn ELBERLING, los Estados no pueden crear *unilateralmente* el derecho imperativo¹¹², por lo cual no se deben admitir casos de derecho dispositivo bajo el ropaje de la teoría de la jerarquía —sí bajo otras instituciones o argumentos—.

Con todo, si un juez interno aplica indebidamente el derecho internacional de manera deliberada o inconsciente y reconoce la categoría de *ius cogens* a un derecho que no la tiene, estaremos frente a una incorrecta aplicación de la teoría y, con alto grado de probabilidad, la decisión judicial en cuestión no será ejecutable en otros Estados pues no será reconocida como válida¹¹³, dado que el *ius cogens* constituye un consenso mínimo.

La última de las críticas no normativas que recogemos en este acápite se opone a la teoría de la jerarquía normativa bajo el entendido de que la misma podría generar un deterioro de las relaciones bilaterales interestatales¹¹⁴.

Al respecto, Alexander ORAKHELASHVILI ha señalado que no hay *evidencia* de que el reconocimiento de la primacía del *ius cogens* deteriore de manera *seria, a largo plazo o irreparable* las relaciones bilaterales entre los Estados implicados¹¹⁵.

Por nuestra parte, hemos de decir que, en términos políticos, es posible que los jueces y Estados sean renuentes a *reconocer* la obligatoriedad jurídica de la teoría de la jerarquía normativa al analizar el conflicto entre derechos humanos e inmunidad jurisdiccional del Estado¹¹⁶. Por otra parte, es probable que los “*representantes*” de un Estado muestren cierta molestia cuando éste sea demandado ante los tribunales de otro Estado por la violación de

¹⁰⁹ Al respecto, cabe decir que la doctrina del *forum non conveniens* “otorga a los tribunales un poder discrecional para decidir que, en beneficio de todas las partes en el litigio y de la justicia, el caso debe ser decidido por otro foro más apropiado, como por ejemplo en los tribunales del Estado donde se ha cometido el daño”. En: Carlos ESPÓSITO MASSICI, *op. cit.*, p. 102.

¹¹⁰ Kerstin BARTSCH and Björn ELBERLING, *op. cit.*, p. 489.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Alexander ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 956.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Un indicio de lo anterior se encuentra en el escaso empleo de los procedimientos contenciosos interestatales previstos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esta renuencia evidencia que

normas imperativas del derecho internacional, ignorando así cuál es la verdadera razón de existir de todo Estado: el bienestar de su población. Nos atrevemos a apostar, a pesar de lo anterior, que la actitud de los *habitantes* del Estado no coincidirá con la de sus “*representantes*”, pues recibirán con agrado el reconocimiento de otra vía de acceso a la obtención de justicia y reparación frente a casos en que su Estado no las brinde. Ello es consecuente con la naturaleza complementaria del derecho internacional de los derechos humanos, que busca garantizar la protección de las personas cuando sus Estados y autoridades no la otorgan.

En un plano jurídico, los jueces internos e internacionales tienen el deber y la posibilidad de aplicar el derecho internacional positivo en términos estrictos, reconociendo el efecto de la primacía del *ius cogens*, lo cual puede engendrar una magnífica faceta novedosa de la división de poderes al interior de los Estados: el control judicial en el respeto del derecho internacional por parte del Estado en su conjunto.

IV. CONCLUSIONES

El derecho internacional se transformó con la introducción del *ius cogens*, el cual dio el paso de un sistema normativo horizontal a uno vertical. Otro factor revolucionario en el ordenamiento jurídico se verificó con la protección internacional de los derechos humanos. Esta combinación de factores revolucionarios tiene consecuencias que han sido anheladas por muchos: al estar por encima de instituciones clásicas creadas en una época estatocéntrica, la teoría de la jerarquía normativa es obligatoria y humanista en cuanto protege al ser humano frente a diversos entes e intereses menos relevantes.

Razones jurídicas y meta-jurídicas indican que es necesario reconocer la primacía del derecho internacional imperativo sobre normas de naturaleza dispositiva como las relativas a la inmunidad jurisdiccional de los Estados. Diversas críticas se han alzado contra esta necesidad, pero ignoran en últimas que el derecho internacional positivo se ha transformado radicalmente con la introducción de la noción e institución del *ius cogens*. Además, desconocen que otra modificación sustancial del ordenamiento jurídico mencionado se produjo tras el reconocimiento en derecho positivo de la protección internacional de los derechos humanos, que puso a la defensa del ser humano y su dignidad como un propósito, objeto y fin de naturaleza jurídico.

Desconocer lo anterior atentaría contra el derecho vigente e implicaría una ruptura y fragmentación del derecho internacional en su conjunto que sería a todas luces ilegal, y contravendría mecanismos que garantizan su unidad: uno de ellos, de suma importancia, lo constituyen las mencionadas normas imperativas, entre las cuales se encuentran algunas disposiciones de protección del ser humano. Esta combinación entre dos factores revolucio-

los gobiernos y ejecutores de las normas internacionales no suelen tener como prioridad la defensa y promoción de los derechos humanos en sus relaciones mutuas.

narios tiene consecuencias que han sido anheladas por muchos: el derecho internacional se ha humanizado y es *obligatorio* tener siempre presente al ser humano como sujeto y actor y a sus derechos como bienes jurídicos de protección ineludible. Al primar sobre instituciones clásicas del derecho internacional que se generaron en un tiempo histórico que aun no conocía la emergencia del *ius cogens* y de los derechos humanos, como las normas de inmunidad jurisdiccional de los Estados, la teoría de la jerarquía normativa es de aplicación ineludible, y su desconocimiento vulneraría de manera grave el derecho internacional vigente y atentaría en términos éticos y jurídicos contra la defensa debido a todo ser humano.