

Inmunidades vs. *Jus Cogens*: ¿existe realmente un conflicto entre ambos cuerpos normativos?

Giuliano Giardino Mardini*

1. Introducción

En los últimos años, se ha vuelto común escuchar, entre especialistas del Derecho Internacional el siguiente argumento: la superioridad jerárquica de las normas de *jus cogens*, que las coloca en la cúspide de la pirámide normativa en el Derecho Internacional (DI), hace que prevalezcan por encima de toda norma no perentoria que contradiga sus disposiciones. Por consiguiente, si, por ejemplo, se da un conflicto entre la prohibición de cometer crímenes internacionales consideradas de *jus cogens* y las normas consuetudinarias sobre inmunidades, consideradas estas últimas normas ordinarias, prevalecerán las primeras sobre las últimas.¹ Más aún, este tipo de argumentos agrega: «a sovereign State could not reasonably expect to receive immunity for grave violations of international law that amount to a violation of *jus cogens* norm».² Para los que defienden esta posición, sería ilógico otorgar inmunidad de jurisdicción a los Estados en casos que involucran violaciones a normas de *jus cogens*, dado que por definición estas violaciones son consideradas ilegales por todos los Estados de la comunidad internacional.

En el DI contemporáneo, la relación entre normas de *jus cogens* e inmunidades ha despertado el interés de muchos internacionalistas. Esta relación ha sido analizada en

* El presente artículo ha sido elaborado sobre la base de la tesis que el autor defendió para obtener el grado de Magíster en Derecho Internacional Público por la Universidad de Leiden, Países Bajos.

¹ WET, Erika de. «The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and Its Implications for National and Customary Law». En: *European Journal of International Law*, volumen 15, N° 1, 2004, pp. 97-121.

² Prefecture of Vioiopia v. Federal Republic of Germany, Case 137/1997, resumido por Ilias Bantekas, *American Journal of International Law*, volumen 92, N° 4, octubre 1998, pp. 765-768.

diferentes áreas del DI, entre aquellas donde se ha analizado con mayor interés tenemos: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional. Precisamente, el contexto donde más se repiten los argumentos mencionados en el párrafo anterior es en aquellos casos que versan sobre la comisión de crímenes internacionales, contexto este en donde se interrelacionan las tres áreas antes mencionadas.

Nuestra intención en este artículo es analizar la relación entre *jus cogens* e inmunidades con relación a crímenes internacionales. Con el propósito de limitar nuestro campo de análisis, centraremos exclusivamente este artículo en el contexto en el cual un jefe de Estado, en actividad o en retiro, se encuentra en investigación o en un proceso ante un tribunal de un país extranjero por la comisión de crímenes internacionales cometidos fuera del territorio del Estado que pretende juzgarlo y en el que dicho tribunal busca juzgarlo ejerciendo jurisdicción universal (a este contexto lo llamaremos «el escenario»).³ Este tema no ha sido analizado a profundidad por especialistas del DI. Probablemente sea esa la razón por la cual, entre los que abogan por la supuesta superioridad de las normas de *jus cogens* sobre las normas de inmunidades, existe una considerable confusión, confusión que considero importante aclarar. Nuestra intención es probar que estos argumentos carecen de coherencia y son producto de opiniones o argumentos apresurados y basados en premisas falsas. Demostraremos en este artículo que esos argumentos provienen de una estructura argumentativa carente de soporte legal.

Este análisis apresurado del problema es la razón por la cual aquellos especialistas que apoyan el argumento presentado al inicio de esta introducción, no han reparado en que un tribunal nacional que concede inmunidad de jurisdicción al jefe de Estado de otro país, no está estableciendo que la violación a la norma de *jus cogens* sea legal o válida; o que el acusado de haber cometido un crimen internacional deba quedar impune, ni mucho menos que dicha acción no sea considerada una violación a los

³ Se reconoce universalmente que los tribunales de un Estado pueden ejercer jurisdicción sobre crímenes cometidos en su propio territorio. Sin embargo, con el tiempo se han invocado varios principios para fundamentar que esta jurisdicción pueda expandirse extraterritorialmente, entre los principios que caben señalar están, la jurisdicción sobre actos cometidos por personas que tienen la misma nacionalidad del tribunal que los juzga (principio de nacionalidad o personalidad activa); los perpetrados contra nacionales del estado que juzga (principio de personalidad pasiva); y, los crímenes que afectan la seguridad del Estado que ejerce jurisdicción (principio de protección). Aunque tanto en la teoría como en la práctica estos principios reciben distinto grado de apoyo, todos requieren que haya algún tipo de vínculo entre el acto cometido y el Estado que ejerce jurisdicción. En el caso de la jurisdicción universal, no se da ningún tipo de vínculo pues la jurisdicción según este principio se da independientemente del lugar donde se cometieron los crímenes o la nacionalidad del perpetrador. El fundamento para este tipo de jurisdicción es la gravedad de los crímenes que se juzgan, puesto que son crímenes que afectan a la comunidad internacional en su conjunto ya que vulneran valores superiores reconocidos y aceptados por todos.

derechos humanos de las víctimas. Por el contrario, tal como lo señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), «the grant of immunity is to be seen not as qualifying a substantive right but as procedural bar on the national court's power to determine the right».⁴ En otras palabras, los que apoyan la posición mencionada no reparan que, al conceder inmunidad, los Estados están simplemente reconociendo que la comunidad internacional ha determinado que un tribunal nacional no es el foro apropiado para juzgar a personas acusadas de cometer crímenes internacionales cuando esas personas son jefes de Estado de otro país. La inmunidad de jurisdicción reconocida a los Estados no afecta la responsabilidad de aquellos que violan la norma, solo impide a un tribunal extranjero juzgar sobre la violación alegada.

Como lo señalamos anteriormente, creemos que los que apoyan la tesis sobre la superioridad de *jus cogens* sobre inmunidades basan su análisis sobre premisas falsas. Es importante tener presente que concluir que las normas de *jus cogens* prevalecen sobre las normas de inmunidades presupone que ambas normas despliegan sus efectos al mismo nivel. Precisamente, el error principal de esta tesis está en que parte de la premisa falsa que existe un conflicto normativo entre *jus cogens* e inmunidades. Como consecuencia, ellos sostienen, erróneamente, que como *jus cogens* son normas perentorias deben prevalecer sobre las normas ordinarias de inmunidades. Con la intención de probar que esta afirmación es falsa, el objetivo principal de este artículo es responder a la siguiente pregunta: *¿existe realmente un conflicto normativo entre jus cogens e inmunidades?*

Un análisis cuidadoso nos debería conducir a la conclusión que para poder hablar de la existencia de un conflicto entre ambos cuerpos normativos debería darse un conflicto entre dos obligaciones contradictorias, pues solo hay un conflicto entre normas: «[...] if in obeying or applying one norm, the other norm is necessarily or potentially violated».⁵ Por lo tanto, siendo que las reglas sobre inmunidades limitan el poder de adjudicar de los tribunales, ese mismo tribunal, a su vez, debería estar obligado a juzgar, para así poder señalar que se da un conflicto. Pero el problema no queda ahí. Dado que se habla de un conflicto entre inmunidades y *jus cogens*, entonces sería además necesario que la obligación de juzgar sea a su vez una norma de *jus cogens*. De ese modo, y solo en esas circunstancias, si el tribunal concede inmunidades, estaría violando normas de *jus cogens*.

⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso de Al-Adsani v. Gran Bretaña (Aplicación N° 35763/97), Estrasburgo, 21 de noviembre 2001, para. 48. Para el texto véase la página web del TEDH: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>.

⁵ VRANES, Erich. «The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory». En: *The European Journal of International Law*, volumen 17, N° 2, 2006, pp. 395-418.

En otras palabras, para poder hablar de un conflicto normativo entre las normas de *jus cogens* y las de inmunidades deberían cumplirse dos condiciones: en primer lugar, los tribunales nacionales deberían estar obligadas a conceder inmunidad de jurisdicción a los jefes de Estado de otros países aun cuando se les acuse de haber cometido un crimen internacional; y en segundo lugar, ese mismo tribunal, debería a su vez, también estar obligado a juzgar a aquellos acusados de cometer crímenes internacionales donde sea que los hayan cometido y sin tomar en cuenta el estatus oficial del perpetrador de los crímenes. A su vez, esta obligación de juzgar ejerciendo jurisdicción universal debería tener el estatus de *jus cogens*. Solo si ambas condiciones se cumplen («las condiciones»), entonces puede argumentarse que en la relación entre inmunidades y *jus cogens* se da un conflicto normativo.

Con relación a la segunda condición, nuestra intención es probar que solo en casos excepcionales y, en cumplimiento de las provisiones de un tratado, los tribunales nacionales están obligados a juzgar sospechosos de haber cometido crímenes internacionales ejerciendo jurisdicción universal (y aun en dicho contexto es discutible que dicha obligación de juzgar se extienda a jefes de Estado). Por lo tanto, demostraremos que la obligación de juzgar ejerciendo jurisdicción universal no se extiende fuera del contexto del Derecho convencional, y que, por tal motivo, es solo aplicable a los Estados que han consentido ser parte de esos tratados. Asimismo, demostraremos que tampoco se puede afirmar que existe una obligación consuetudinaria de esa naturaleza que sea aceptada por toda la comunidad de Estados (una «obligación general» o «norma general»), y que por lo tanto, pueda decirse que ha alcanzado el estatus de *jus cogens*.

En el segundo apartado de este artículo analizaremos las reglas sobre inmunidades. El análisis será realizado con el propósito de determinar si el Derecho Internacional impone a los tribunales nacionales la obligación de conceder en procedimientos penales inmunidad de jurisdicción cuando el sospechoso de haber cometido el crimen internacional es un jefe de Estado. No nos ocuparemos de toda la doctrina sobre inmunidades. Varios libros y artículos han sido escritos sobre el tema y nuestra intención no es repetir lo ya señalado.

En las páginas siguientes nos centraremos en la inmunidad de jefes de Estado con relación a procedimientos penales llevados a cabo en tribunales nacionales. Por lo tanto, no se revisarán las leyes sobre inmunidades en relación con procesos llevados a cabo en tribunales internacionales como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda o la Corte Penal Internacional.

El escenario en el que se centra esta investigación es similar al que se dio en el caso Pinochet o el caso Yerodia.⁶ Asimismo, no se revisarán las inmunidades que se aplican a jefes de Estado cuando se encuentran de visita oficial en otros Estados. Tampoco, se analizará el cuerpo normativo referente a inmunidades diplomáticas o consulares, la inmunidad de jefes de Estado y oficiales de alto rango en misiones especiales o en cuanto a su participación en organizaciones internacionales.⁷

Para los propósitos de este artículo, utilizaremos el término inmunidad funcional para referirnos a las inmunidades aplicadas a jefes de Estado en retiro y, utilizaremos el término inmunidad personal para referirnos a las inmunidades aplicadas a jefes de Estado en actividad.⁸

Posteriormente, en el tercer capítulo, revisaremos el concepto de *jus cogens*. No se busca revisar todas aquellas normas que se consideran haber alcanzado el estatus de *jus cogens*. Nuestra intención es centrarnos solamente en aquellos crímenes internacionales respecto de los cuales existe consenso de haber alcanzado estatus de *jus cogens*, es decir, los crímenes de genocidio, tortura, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.⁹ En ese apartado, el punto clave para establecer es si existe en el DI una obligación general de juzgar crímenes internacionales ejerciendo jurisdicción universal. En relación con el análisis sobre la obligación de juzgar nos gustaría aclarar que el presente artículo no tiene como propósito centrarse únicamente en esta obligación. El análisis sobre la obligación de juzgar será hecho, exclusivamente, con el propósito de determinar si se cumple o no la segunda condición.

En el Derecho Internacional es posible distinguir tres diferentes clases de obligaciones relacionadas con crímenes internacionales. En primer lugar, tenemos la prohibición de que ningún Estado participe activamente, o permita, la comisión de crímenes internacionales de cualquier manera. Esta obligación se puede decir que incluye la obligación de no contribuir, mediante acto u omisión, a la comisión de crímenes

⁶ Véase caso Pinochet *infra* nota 29; y caso Yerodia, *infra* nota 94.

⁷ Para una revisión de las normas sobre inmunidades diplomáticas véase: Vienna Convention on Diplomatic Relations, Vienna on 18 April 1961, United Nations, *Treaty Series*, volume 500, p. 95; para inmunidades consulares véase: Vienna Convention on Consular Relations, Vienna on 24 April 1963, United Nations, *Treaty Series*, volume 596, p. 261; para inmunidades de jefes de estado en misiones especiales véase: Convention on Special Missions, adopted by the United Nations General Assembly on 8 December 1969, United Nations, *Treaty Series*, volume 1400, p. 231; para la inmunidad de los jefes de estado en su participación en organizaciones internacionales véase: Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character, Vienna 14 March 1975, aún no en vigor.

⁸ En la doctrina sobre inmunidades estos términos son también conocidos como: inmunidad estatal *ratione materiae* e inmunidad estatal *ratione personae*.

⁹ Para el propósito de este artículo el uso del término crímenes internacionales hará referencia exclusivamente a los cuatro crímenes arriba mencionados. Por esa razón, otros crímenes internacionales como terrorismo internacional, piratería o esclavitud serán excluidos.

internacionales. Esta obligación es universalmente reconocida por haber alcanzado el estatus de *jus cogens*. Por ello se dice, que la ley sustantiva sobre la comisión de crímenes internacionales tiene el estatus de *jus cogens*. En segundo lugar, se encuentra la obligación de juzgar crímenes internacionales. Este tipo de obligaciones son aquellas que buscan fortalecer los mecanismos para hacer cumplir las normas sustantivas. Sobre estas normas existe la controversia de si comparten el estatus de *jus cogens* ya alcanzado por las normas sustantivas o no. Opinamos que no lo han alcanzado pues, como mencionamos anteriormente, una norma alcanza el estatus de *jus cogens* si esta es reconocida como tal por la comunidad de Estados. De ahí se desprende que si no existe en el DI una obligación general de juzgar crímenes internacionales ejerciendo jurisdicción universal, entonces no se podría decir que la obligación de juzgar es de *jus cogens*. Finalmente, se encuentra la obligación de reparar a las víctimas de crímenes internacionales. Esta última obligación se deriva de diferentes tratados sobre derechos humanos y posiblemente, sea considerada parte del Derecho Internacional consuetudinario.¹⁰ En todo caso, para el objetivo de este artículo, solo nos centraremos en analizar la segunda clase de obligaciones, es decir, la obligación de juzgar.

En general, el método que utilizaremos para llevar a cabo esta investigación será a través de la revisión de las fuentes del Derecho Internacional, reconocidas como tales en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.¹¹ Sin embargo, no se aplicará dicho método de manera restrictiva. El artículo 38 ayudará en el análisis dado que es ampliamente aceptado que las fuentes de las que es posible asegurar el nacimiento de obligaciones internacionales en el DI son aquellas reconocidas en dicho artículo. El Derecho Internacional consuetudinario y las normas convencionales son reconocidos como fuentes primarias. Por ese motivo, serán ambas principalmente las fuentes que revisaremos. Sin embargo, para el caso del Derecho Internacional consuetudinario la extensión de este artículo no permite realizar una investigación exhaustiva sobre la práctica estatal y *opinio juris* que existe a nivel mundial con relación al presente tema. Por tal motivo, otras fuentes del Derecho Internacional, como la jurisprudencia y la doctrina, serán revisadas como complementos que ayudarán a sustentar algunas generalizaciones que realizaremos para sustentar nuestras conclusiones.

¹⁰ FERDINANDUSSE, Ward N. *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*. La Haya: TMC Asser Press, 2006, pp. 182-183.

¹¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, para ver el texto ir a la página web de la CIJ, <<http://www.icj-cij.org>>.

2. Inmunidades

2.1. Introducción

La doctrina sobre la inmunidad estatal nació con el Derecho Internacional clásico. Esta es una doctrina estrechamente ligada con el concepto de soberanía estatal. Una de las manifestaciones del concepto de soberanía estatal se encuentra en la máxima *par in parem non habet imperium*, que significa que un Estado soberano no puede ser sujeto a la jurisdicción de otro Estado.

Por lo tanto, la *ratio* que subyace a las normas sobre inmunidades es asegurar la igualdad e independencia universal de los Estados. Dos principios se desprenden del principio de igualdad entre los Estados, y son: el principio de no intervención en los asuntos internos y el principio por el cual los tribunales nacionales de un Estado no tienen jurisdicción sobre ningún Estado extranjero sin su previo consentimiento.¹² Por lo tanto, la inmunidad de los Estados protege el poder de administrar y operar el servicio público de un Estado, de la interferencia de otros Estados y sus tribunales.¹³ La inmunidad estatal surge como un medio legal para hacer efectivos los principios mencionados anteriormente al imponer límites a la jurisdicción de los Estados. La idea que subyace las normas sobre inmunidad estatal es que el principio de igualdad entre los Estados sería incompatible con un Estado ejerciendo su jurisdicción sobre los actos de otro Estado.¹⁴

Más aún, con el propósito de evitar la posibilidad de que un tribunal extranjero pudiera juzgar las decisiones o actos de otro Estado, se ampliaron las normas sobre inmunidades cubriendo, no solo la actividad de los Estados, sino también, protegiendo a agentes estatales que son finalmente los órganos a través de los cuales los Estados actúan. Las normas que recaen sobre los agentes estatales buscan evitar que tribunales extranjeros ejerzan indirectamente control sobre los actos de otros Estados mediante el juzgamiento de sus agentes.¹⁵ Los valores esenciales que las normas sobre inmunidades buscan proteger han sido claramente reconocidas en el caso Yerodia por los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal quienes afirman:

¹² FOX, Hazel. «State Immunity and other Norms of International Law: Possible Methods of Accommodation». En: *Liber Memorialis Petar Sarveciu, Universalism, Tradition and the Individual*. Munchen: Sellier European Law Publishers, 2006, pp. 549-551.

¹³ FOX, Hazel. *The Law of State Immunity*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 24.

¹⁴ ALABEEK, Rosanne van. «The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law». Meijers Instituut, 2006, p. 85

¹⁵ AKANDE, Dapo. «International Law Immunities and The International Criminal Court». En: *The American Journal of International Law*, volume 98, N° 3, July 2004, pp. 407-433.

[...] the interest of the community of States to allow [State officials] to act freely on the inter-State level without unwarranted interference [...] immunities are granted to high State officials to guarantee the proper functioning of the network of mutual inter-State relations, which is of paramount importance for a well-ordered and harmonious international system.¹⁶

En ese sentido, las normas sobre inmunidad estatal protegen un valor importante: el mantenimiento de la paz y seguridad mundial. Este valor protegido es ampliamente reconocido como uno de los pilares sobre los que se erige el orden jurídico internacional.¹⁷ Resulta importante mantener en mente *la ratio* que subyace a la creación de las normas sobre inmunidades. Consideramos que dicha racionalidad es un elemento importante que ha pasado desapercibido por los defensores de la superioridad de las normas de *jus cogens* sobre inmunidades, quienes de alguna manera pierden perspectiva sobre el valor de dichas normas.

Existen dos cuerpos legales relacionados con las inmunidades de los agentes estatales. Por un lado, tenemos las normas sobre inmunidad funcional, que protegen a todo agente estatal en retiro, de la jurisdicción de los tribunales de Estados extranjeros respecto a la clase de actos oficiales que fueron realizados en nombre del Estado. Por otro lado, tenemos las normas sobre inmunidad personal, que proveen esa protección a ciertos agentes estatales durante el tiempo que dura su cargo.

Las normas sobre inmunidad funcional¹⁸ que se aplican a los jefes de Estado en retiro, establecen que los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones no son considerados actos privados sino actos estatales. Como regla, los agentes de Estados extranjeros no incurrir en responsabilidad individual por los actos realizados bajo la autoridad de su propio Estado. El principio general establece que solo el Estado, y no individualmente sus agentes, es considerado responsable por aquellos actos realizados por dichos agentes en cumplimiento de sus funciones. Siempre que los agentes estatales realicen actos en cumplimiento de sus funciones y en el contexto del ejercicio de la autoridad estatal de acuerdo con el Derecho Internacional, «se presume que han actuado como un órgano del Estado».¹⁹

Las reglas sobre inmunidad personal cubren solo a un limitado número de agentes estatales. Los jefes de Estado y jefes de gobierno son unánimemente aceptados como

¹⁶ Véase caso Yerodia, *infra* nota 94, en la opinión separada y conjunta de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en para. 75; véase también FOX, Hazel, *supra* nota 12, p. 1; véase AKANDE, Dapo, *supra* nota 15, pp. 409-410.

¹⁷ Preámbulo y artículo 1 (1) de la Carta de Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945.

¹⁸ Para revisar la teoría sobre la inmunidad de oficiales estatales, véase: Rosanne van Alabeek, *supra* nota 14; y FOX, Hazel, *supra* nota 13.

¹⁹ ALABEEK, Rosanne van, *supra* nota 14, p. 165.

parte de este grupo limitado. Sin embargo, desde la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Yerodia,²⁰ esta lista se ha extendido también a los Ministros de Relaciones Exteriores. No obstante, tal extensión no ha sido pacífica y, al contrario, ha recibido muchas críticas.²¹ En todo caso, para los fines de este artículo, nos centraremos únicamente en las inmunidades de los jefes de Estado. Las normas sobre inmunidad personal cubren a los jefes de Estado tanto para actos públicos como para actos privados y son consideradas como inmunidades absolutas con relación a procedimientos penales.

Luego de haber hecho esta breve reseña sobre inmunidades, continuaremos en los siguientes párrafos con el objetivo de determinar cuales son las obligaciones que las normas sobre inmunidades imponen a los Estados con relación a los jefes de Estado. Como se mencionó en la introducción de este primer apartado, realizaremos este objetivo mediante el análisis de las dos principales fuentes del DI: los tratados y la costumbre internacional.

Cabe mencionar que con relación a las normas sobre inmunidades existe una corriente doctrinaria que considera que dichas normas no imponen obligaciones a los Estados. Para esta teoría, el que un Estado otorgue inmunidades es un acto discrecional basado en la cortesía y para el mantenimiento de buenas relaciones internacionales.²² Sin embargo, resulta difícil negar el carácter obligatorio de las normas sobre inmunidades dado que en el DI se pueden encontrar numerosas disposiciones convencionales en diversos tratados multilaterales en el que precisamente se establecen normas sobre inmunidades que son de obligatorio cumplimiento. Tal es el caso de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y Diplomáticas de 1961 y 1963, la cual ha sido ratificada casi universalmente y la Convención sobre las Inmunidades de las Organizaciones Internacionales. Más aún, la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales y de Propiedad de los Estados²³ reconoce expresamente la obligatoriedad de las normas sobre inmunidades negándoles, por tal motivo, el carácter de discrecionales. Otros ejemplos autorizados sobre el reconocimiento del carácter obligatorio y no discrecional de las normas sobre inmunidades se pueden encontrar en diversos casos tanto en jurisdicciones nacionales con tradición de derecho civil como en tribunales internacionales.²⁴

²⁰ Véase *infra* nota 94.

²¹ Para un ejemplo de ello véase, Opinión disidente de la juez Van Den Wyngaert en el caso Yerodia, *infra* nota 94.

²² CAPLAN, Lee M. «State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory». En: *American Journal of International Law*, volume 97, 2003, pp. 741-781.

²³ Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales y de Propiedad de los Estados, Resolución adoptada por la Asamblea General, sesión 59, A/Res/59/38, 16 de diciembre de 2004.

²⁴ Italian Court of Cassation, Ferrini v. Federal Republic of Germany, «the Court of Cassation firmly

2.2. Inmunidad Funcional

Al revisar las fuentes del Derecho Internacional, nos encontramos con un primer obstáculo: no hay ningún tratado que regule nuestro tema. Ni siquiera en la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales y de Propiedad de los Estados, que es el último intento para codificar y desarrollar las normas internacionales sobre inmunidades, podemos encontrar ninguna guía dado que las reglas establecidas en dicho tratado expresamente establecen que no cubren casos relativos a procedimientos penales.²⁵ Como consecuencia de este vacío en el DI convencional, es necesario revisar el derecho consuetudinario para determinar cómo se comportan en la práctica los Estados cuando tiene que resolver casos relacionados con inmunidades de jefes de Estado.

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial se ha iniciado un largo proceso en el DI que tiene como propósito limitar los efectos de las normas sobre inmunidades funcionales, al punto que se ha llegado a argumentar que dichas reglas no se aplican cuando se trata de casos que envuelven crímenes internacionales.

La génesis de este proceso puede encontrarse en el artículo 7 del Estatuto de Nuremberg que establece: «El cargo oficial de los acusados, ya sean jefes de Estado o funcionarios a cargo de Departamentos del Gobierno no les exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena».²⁶ Los principios que subyacen el Estatuto de Nuremberg se encuentran firmemente establecidos en el DI contemporáneo. Los principios de responsabilidad penal internacional para individuos que comentan crímenes internacionales y el principio de la irrelevancia del cargo oficial para el establecimiento de dicha responsabilidad penal fueron confirmados en 1946 por la Asamblea General de Naciones Unidas.²⁷

El fundamento que se utiliza para no conceder inmunidades funcionales para casos de crímenes internacionales es que el reconocimiento generalizado a nivel mundial

rejected the first contention by stating that foreign sovereign immunity is undoubtedly a rule of customary international law», Judgement N° 5044 of 11 March 2004, registered 11 March 2005 (2004), case resumed by Andrea Bianchi, *American Journal of International Law*, volume 99, 2005, pp. 242-248; Al-Adsani case, *supra* note 4, «sovereign immunity is a concept of international law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State», para. 54.

²⁵ Resolución adoptada por la Asamblea General, sesión 59, A/Res/59/38, 16 de diciembre de 2004, párrafo 9 (2), en la Asamblea General de la reunión plenaria número 65, reporte de la Sexta Comisión (A/59/508), para la adopción de la Convención sobre Inmunidades Jurisdiccionales y de Propiedad de los Estados.

²⁶ Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal, London 8 August 1945.

²⁷ Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto para los Tribunales de Nuremberg, adoptado por la Asamblea General de N.U. mediante resolución N. 95(1), el 11 de diciembre de 1946.

sobre los principios de Nuremberg, especialmente los dos principios mencionados anteriormente, ataca directamente a estas normas y las convierte en inaplicables. El argumento principal que se presenta para defender esta idea es que los agentes estatales que cometen crímenes internacionales igual son responsables individualmente aun cuando cometan tales crímenes bajo órdenes de sus gobiernos. Por tal razón, pueden ser demandados individualmente tanto en tribunales nacionales como internacionales por la comisión de esos crímenes. En ese sentido, se puede alegar que la responsabilidad individual por crímenes contra el DI conforma el límite universal contra los mandatos de oficiales estatales. Por lo tanto, se puede sostener que los crímenes internacionales no pueden ser cometidos en cumplimiento de las funciones estatales y la razón de ser de las normas sobre inmunidades funcionales no se extiende a procesos de ese tipo. En consecuencia, los procesos en contra de oficiales estatales extranjeros por la comisión de crímenes internacionales no involucran al Estado. En otras palabras, la teoría de la responsabilidad individual por ciertas violaciones al DI impone el límite a la doctrina de la inmunidad funcional de los Estados.²⁸

Respecto a la afirmación hecha anteriormente es necesario hacer dos precisiones. La primera tiene que ver con el hecho que este largo proceso en búsqueda de limitar las normas sobre inmunidades funcionales para casos de crímenes internacionales se ha desarrollado, principalmente, en el contexto de tribunales internacionales. La segunda apreciación tiene que ver con el hecho que la extensión de esta nueva regla a procesos llevados a cabo en tribunales nacionales y para jefes de Estado, si bien ha sido defendida por la doctrina, esta no ha sido seguida por la práctica de los Estados de manera que no se puede alegar la posible existencia de una norma consuetudinaria al respecto.

Una prueba que demuestra que no existe dicha norma consuetudinaria está dada por el caso Pinochet.²⁹ Ello primero, porque ese caso fue la primera vez que un tribunal nacional rechazó conceder inmunidad a un jefe de Estado bajo el argumento de que no se aplican las inmunidades funcionales en procedimientos que envuelven la comisión de ciertos crímenes internacionales.³⁰ Segundo, después del caso Pinochet, y hasta nuestros días, no ha habido prácticamente ningún otro ejemplo que pueda servir para argumentar la existencia de una costumbre internacional al respecto. Adicionalmente, como demostraré en las siguientes líneas, los argumentos presentados por

²⁸ ALABEEK, Rosanne van, *supra* nota 14, pp. 463-464; AKANDE, Dapo, *supra* nota 15, p. 415.

²⁹ Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte (N° 3) (on Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), 24 March 1999, published in: *International Law Reports*. Edited by Sir Elihu Lauterpacht, C.J. Greenwood and A.G. Oppenheimer, vol. 119, University of Cambridge, 2002.

³⁰ Este hecho fue resaltado por el juez Lord Browne-Wilkinson, *supra* nota 29, p. 152.

los diferentes Lores, demuestra que la decisión de no conceder inmunidad funcional a Pinochet se basó en las provisiones de la Convención contra la Tortura y no por un supuesto reconocimiento de la existencia de una norma consuetudinaria general que les obligara a ello.

2.2.1. *El caso Pinochet*

El caso Pinochet tiene que ver con una solicitud del gobierno de España al Reino Unido para que este extradite a Pinochet, quien se encontraba en ese país por cuestiones médicas, para que de esa manera pueda ser juzgado en España por supuestos crímenes cometidos durante el periodo en el que el senador Pinochet fue jefe de Estado en Chile.

Los Lores Browne-Wilkinson, Hope de Craighead, Hutton, Saville de Newdigate y Phillips de Worth Matravers, decidieron no otorgar inmunidad funcional a Pinochet basándose en la Convención contra la Tortura. Lord Goff de Chieveley fue el único que defendió la inmunidad de Pinochet. Por otro lado, el único juez que defendió el argumento que la inmunidad funcional no se aplica para casos de tortura o casos de conspiración para cometer tortura, en cualquier tiempo o lugar en el que se haya cometido, por el hecho que la prohibición contra la tortura ha alcanzado el estatus de *jus cogens*, fue Lord Millett.

Antes de presentar los principales argumentos esgrimidos por los Lores, nos gustaría advertir un hecho muy importante. Es muy común encontrar en la doctrina el argumento que presenta el caso Pinochet como la prueba de que las normas de *jus cogens* están por encima de las normas sobre inmunidades. Un buen ejemplo de este tipo de argumentos es el siguiente:

In the Pinochet case an analysis of the individual votes of the decision reveals that four of the seven Law Lords denied immunity for core crimes in general not just for torture under the Torture Convention. Therefore, the decision must be regarded as State practice and *opinio juris* that functional immunity does not exist for international crimes.³¹

Como señaláramos en la introducción de este trabajo, tal argumento está basado en opiniones apresuradas como lo demuestra el ejemplo arriba citado. Como probaremos en los párrafos que siguen, cinco de los siete jueces basan sus argumentos en las obligaciones emanadas de la Convención contra la Tortura, y solamente, un juez defiende la posición de la superioridad de las normas de *jus cogens* sobre las normas de inmunidades. Más aún, es común ver en la doctrina que esta falsa apreciación sobre la

³¹ WIRTH, Steffen. «Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the Congo v. Belgium Case». En: *European Journal of International Law*, vol. 13, N° 4, 2002, pp. 877-893.

posición de los Lores sirve para argüir la existencia de una norma consuetudinaria al respecto sin ningún soporte legal que la fundamente.

Los argumentos de Lord Browne-Wilkinson, Lord Hope de Craighead, Lord Hutton, Lord Saville de Newdigate y Lord Phillips de Worth Matravers, son similares en lo que respecta al punto que intentamos demostrar. Por esa razón, no se repetirán los argumentos de cada uno de los jueces sino que brevemente esbozaremos la esencia, el común denominador, de cada juicio individual para sustentar nuestra conclusión. El razonamiento de todos estos jueces puede ser resumido en dos puntos principales:

Primero, la tortura mucho tiempo antes de la celebración de la Convención contra la Tortura era ya considerada un crimen internacional de tal magnitud como para haber alcanzado el estatus de norma de *jus cogens*. Por lo tanto, la Convención contra la Tortura no crea un nuevo crimen, simplemente reconoce su estatus en el Derecho Internacional. Lo que sí crea la Convención contra la Tortura es un nuevo mecanismo internacional para reprimir actos de tortura cometidos por autoridades estatales, al establecer un sistema internacional que obliga a los Estados parte a juzgar aquellas personas que cometan tortura ejerciendo jurisdicción universal. De tal manera, que se asegure la existencia de una jurisdicción general con la intención que ningún torturador pueda encontrar algún *save heaven*.³² Esta idea es compartida por todos los Lores y es esencial resaltarla para los propósitos de este artículo. Ello significa que todos estos jueces reconocen que no es el estatus de *jus cogens* alcanzado por la prohibición contra la tortura lo que da nacimiento a la obligación de juzgar mediante jurisdicción universal sino, por el contrario, reconocen que ha sido el consentimiento de los Estados mediante la celebración de un tratado que ha hecho nacer esa obligación.

El siguiente paso llevado a cabo por los Lores fue determinar si, como consecuencia de la obligación de juzgar mediante jurisdicción universal establecida de acuerdo con dicha Convención, se mantenía la posibilidad de utilizar el argumento de la inmunidad funcional. Ellos centraron su análisis especialmente en la calidad de ex jefe de Estado de Pinochet. El argumento dado por los Lores fue que como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura, los Estados Parte de la Convención no podían reclamar inmunidad funcional en los tribunales nacionales de otro Estado Parte. Con relación a este punto, es cierto que cada uno de los jueces da diferentes interpretaciones sobre la razón por la cual, de acuerdo con las provisiones

³² Esta idea puede verse en Lord Browne-Wilkinson, *supra* nota 29, los últimos dos párrafos en pp. 149 y 150; Lord Hope of Craighead, segundo párrafo p. 200; Lord Hutton, primer y segundo párrafo p. 214; Lord Saville of Newdigate, desde el sexto párrafo hasta el final de la p. 219 y Lord Phillips de Worth Matravers, segundo párrafo p. 243 y último párrafo p. 244.

de la convención, la inmunidad funcional no se aplica con relación a la tortura. Pero también es cierto que es posible argumentar que los jueces estaban de acuerdo en que la inmunidad funcional no se aplica, no porque la prohibición contra la tortura tenga el carácter de *jus cogens*; sino porque, así lo establecen las disposiciones de la Convención contra la Tortura. El hecho que el razonamiento utilizado por los jueces se haya movido principalmente sobre las disposiciones de la Convención contra la Tortura y sus *travaux preparatoire* para de ahí descubrir cual fue la intención de los Estados Parte es un soporte seguro para fundamentar nuestra conclusión.³³

Como mencionamos anteriormente, solo Lord Millett basó su argumento en el *jus cogens* para defender por qué no debe otorgarse inmunidad funcional a Pinochet. Lord Millett literalmente dijo «International law cannot be supposed to have established a crime having the character of a *jus cogens* and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose».³⁴

Con lo visto hasta aquí es posible llegar a una primera conclusión. La regla general es que los Estados tienen la obligación de otorgar inmunidad de jurisdicción a ex jefes de Estado de otros países. Solo en casos excepcionales, se puede argumentar que la inmunidad funcional no se aplica para esas autoridades estatales. Esta excepción es bastante conocida en el DI en relación con procesos que son llevados a cabo en tribunales internacionales por la comisión de crímenes internacionales. Con relación a procesos llevados a cabo en tribunales nacionales, esta excepción parece que solo se aplica cuando existe un tratado, de acuerdo al cual, los Estados Parte han acordado

³³ Lord Browne-Wilkinson, *supra* nota 29, véase capítulo sobre inmunidad estatal, pp. 152-157; Lord Hope of Craighead, véase capítulo sobre inmunidad estatal, pp. 193-201. Sus argumentos son bastante confusos y en algunos puntos hasta parecen contradictorios, pero la siguiente declaración no deja dudas: «In my opinion, once the machinery which it [The Torture Convention] was put in place to enable jurisdiction over such crimes to be exercised in the courts of a foreign State, it was no longer open to *any State which was a signatory to the Convention* to invoke the immunity *ratione materiae* in the event of allegations of systematic and widespread torture committed after that date being made in the courts of that State against its officials or any other person acting in an official capacity», segundo párrafo p. 196; Lord Hutton, pp. 215-218; Lord Saville de Newdigate, sexto párrafo pp. 220-221; y Lord Phillips de Worth Matravers. Este es otro juicio confuso. Este juez declaró que «the exercise of extraterritorial jurisdiction for prosecution of international crimes override the principle that one State will not intervene in the internal affairs of another. Thus, *ratione materiae* cannot co-exist and does not apply». Basándonos en esta declaración parecería que este juez apoya la posición que considera que la inmunidad funcional de jefes de Estado no se aplica siempre que estén involucrados crímenes internacionales. En ese sentido véase el primer párrafo de la p. 244 y el primer párrafo de la p. 245. Sin embargo, el mismo juez expresamente declara que no existe práctica estatal que sustente la idea que el DI reconoce jurisdicción universal con relación a crímenes internacionales. Asimismo, el juez también reconoce que ocasionalmente los Estados acuerdan mediante tratados este tipo de jurisdicción (véase el segundo párrafo de la p. 243). Por lo tanto, podría concluirse que para este juez *solo cuando se establece mediante tratado jurisdicción extraterritorial* (como en la Convención contra la Tortura) entonces la inmunidad funcional no se aplica.

³⁴ Lord Millett, *supra* nota 29, inicio de la p. 232.

establecer la obligación de juzgar mediante jurisdicción universal, como en el caso de la Convención contra la Tortura. El razonamiento seguido por los Lores en el caso Pinochet es una prueba de ello. Por lo tanto, la excepción mencionada anteriormente, en el caso de tribunales nacionales, nunca es consecuencia del estatus de *jus cogens* que pueda alcanzar un crimen internacional, sino que es consecuencia del consentimiento de los Estados.

2.3. Inmunidad personal

La inmunidad personal se aplica a los jefes de Estado, por todo el tiempo que dure su mandato y hasta el momento en que este finalice. La regla general es que la inmunidad personal es absoluta tanto para procesos civiles como para procesos penales. Como mencionamos en la introducción, para este artículo es importante el segundo de estos procedimientos, es decir, el penal. En lo que respecta a procedimientos penales, tampoco existe norma convencional, pero existe unanimidad tanto a nivel de opiniones jurisdiccionales como en cuanto a la práctica de los Estados, que la inmunidad personal de los jefes de Estado es absoluta, aun para casos que envuelvan la comisión de crímenes internacionales; y que, esta inmunidad, cubre tanto actos públicos como privados, cometidos por jefes de Estado antes o durante el ejercicio de su cargo.³⁵

La racionalidad que subyace a la inmunidad personal es que los jefes de Estado son los detenedores del más alto cargo de una autoridad estatal. Ellos representan al Estado mismo. Dado que representan al Estado, sería contrario a la dignidad del Estado que ellos personalizan que sean juzgados en los tribunales nacionales de otros Estados. La persona del jefe de Estado es inviolable.³⁶ Más aún, como lo dijéramos cuando nos referíamos a las reglas sobre inmidades en general, la inmunidad personal ayuda a asegurar uno de los más altos valores en el DI: el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. Dado que la inmunidad personal protege a los jefes de Estado, y son estos los que toman las principales decisiones y son los máximos representantes del Estado, estas normas, al mismo tiempo, están protegiendo la habilidad de los Estados para contribuir al mantenimiento de la paz tanto a nivel internacional

³⁵ AKANDE, Dapo, *supra* nota 15, pp. 409-412; caso Yerodia, *infra* nota 94, párrafo 51; Court of Cassation in France, Qaddafi case, 13 March 2000. Véase ZAPPALA, Salvatore. «Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Gaddafi Case Before the French Cour de Cassation». En: *European Journal of International Law*, vol. 12, issue 3, 2001, pp. 595-612, 'international custom bars the prosecution of incumbent Head of State, in the absence of any contrary international provision binding on the parties concerned, before the criminal courts of a foreign State', p. 597, véase nota 14.

³⁶ Lord Browne-Wilkinson, *supra* nota 29, último párrafo pp. 152-153; Lord Millett, tercer párrafo p. 222; Lord Phillips de Worth Matravers, segundo párrafo p. 234 y subcapítulo: 'the immunity of a Head of State *ratione materiae*', p. 239

como interno. El riesgo de la guerra sería obvio si un jefe de Estado fuese arrestado o severamente impedido de ejercer sus funciones.³⁷

El reconocimiento de la inmunidad absoluta de los jefes de Estado contra procedimientos penales en tribunales nacionales es tan abrumadora y extendidamente aceptada que es pacífico argumentar que los Estados tienen la obligación de otorgar inmunidad a jefes de Estado en actividad aun cuando se trate de procesos por crímenes internacionales. No está demás mencionar que este extendido reconocimiento es tal que se ha llegado a señalar que la inmunidad personal de los jefes de Estado ha alcanzado el estatus de *jus cogens*.³⁸

2.4. Conclusión preliminar

De acuerdo con la introducción de este artículo, el análisis que he realizado hasta aquí, ha sido hecho con el propósito de establecer si el DI impone una obligación a los Estados de otorgar inmunidad en procesos penales cuando el acusado es un jefe de Estado. Como ha sido probado en este apartado, se puede concluir que de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario *los Estados están obligados a otorgar inmunidad tanto a ex jefes de Estado como a jefes de Estado en actividad en procedimientos penales llevados a cabo en sus tribunales nacionales aun cuando el caso este relacionado con la comisión de crímenes internacionales*. Con relación a la inmunidad funcional, es posible argumentar que en casos excepcionales, basados en disposiciones del Derecho convencional, esta regla no se aplica entre los Estados que son parte de dicha convención. Con relación a inmunidad personal, la regla es absoluta y no admite excepción.

En ese sentido, podemos decir que la primera «condición» mencionada en la introducción sí se cumple. En el siguiente capítulo, nuestra intención es probar que la segunda de las «condiciones» no se cumple.

3. Jus Cogens

3.1. Introducción

El Jus cogens fue concebido para ser una norma imperativa de fuerza obligatoria incondicional. Este concepto de *jus cogens* ha generado que se hayan escrito gran cantidad de páginas y se hayan generado innumerables discusiones entre expertos internacionalistas acerca de su ámbito de aplicación y las consecuencias legales que envuelve este concepto. Desde el primer momento en que se dio a conocer este

³⁷ WIRTH, Steffen, *supra* nota 31, p. 888.

³⁸ Lord Hope de Craighead, *supra* nota 29, segundo párrafo p. 197.

concepto en el DI, cuando fue introducido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados («Convención de Viena»),³⁹ fue claro que revolucionaría las estructuras del orden establecido por el DI clásico.

De acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena, son normas de *jus cogens* aquellas normas perentorias aceptadas y reconocidas como tales por la comunidad de Estados, las cuales no pueden ser derogadas salvo por otras normas subsiguientes de *jus cogens*. Como consecuencia de su carácter perentorio, cualquier tratado o disposición que colisione con dicha norma perentoria será nula. Además, el artículo 64 de la mencionada Convención establece que «si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará». Por lo tanto, en el contexto del Derecho Internacional convencional las normas perentorias tienen una jerarquía superior sobre cualquier otra norma internacional ordinaria, al punto de anular cualquier otra norma que no tenga el mismo estatus de *jus cogens*.

La primera dificultad relacionada con el *jus cogens* es que no existe en el DI ninguna norma que establezca cómo se determina cuándo una norma ha alcanzado el estatus de *jus cogens*. Otra dificultad esta relacionada con el hecho de que no queda claro si es que las consecuencias legales de las normas de *jus cogens* se extienden más allá del contexto del Derecho de los Tratados.

Estas dificultades se han vuelto más latentes porque no existe una teoría completa que ayude a responder a estas interrogantes. Como se ha dicho muchas veces, 'the doctrine of *jus cogens* remains in a formative State of development and its contours and attributes are far from universally agreed'.⁴⁰ Sin embargo, se ha aceptado universalmente la relevancia del concepto de *jus cogens* como un concepto que refleja los más importantes valores que son compartidos por toda la comunidad internacional. Si bien es verdad que existe gran controversia entre los internacionalistas acerca de qué normas han alcanzado el estatus de *jus cogens* existe consenso en que la prohibición de cometer crímenes internacionales como la tortura, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra ha alcanzado el estatus de norma perentoria.⁴¹

Sin embargo, ese mismo consenso alcanzado con la prohibición de cometer los crímenes internacionales mencionados, no ha sido logrado con relación a cuáles son las consecuencias legales de este reconocimiento. Una de esas posibles consecuencias

³⁹ The Vienna Convention of the Law of Treaties, Vienna 23 May 1969, United Nations Treaty Series, volume 1155, p. 331.

⁴⁰ SEIDERMAN, Ian D. 'Hierarchy in International Law, The Human Rights Dimension', School of Human Rights Research, Groningen, 2001, p. 8.

⁴¹ SEIDERMAN, *supra* nota 40, p. 35; FERDINANDUSSE, *supra* nota 10, p. 182.

jurídicas es que la obligación de juzgar a aquellas personas que hayan violado la prohibición de cometer crímenes internacionales también haya alcanzado el estatus de *jus cogens*.

En las siguientes líneas analizaremos algunos tratados internacionales y el DI consuetudinario aplicable para intentar responder a la interrogante sobre si existe una obligación general de juzgar a personas acusadas de haber cometido crímenes internacionales mediante la jurisdicción universal. Si es que esta obligación general existiese entonces recién podríamos discutir sobre su posible estatus de *jus cogens*. En caso contrario, no habría lugar a discusión pues estaría claro que sí dicha obligación solo se circunscribe limitadamente a algunos tratados no podría hablarse de un reconocimiento por la comunidad internacional. Como consecuencia, argumentar su posible estatus de *jus cogens* sería muy difícil por no decir imposible.

No pretendemos en este artículo analizar exhaustivamente todos los documentos que deberían ser revisados para responder a esta interrogante. La extensión de este artículo no permite un análisis de tal magnitud. Pero consideramos que los documentos que analizaremos son prueba suficiente para sustentar nuestras conclusiones.

3.2. La obligación de juzgar

El hecho que en el Derecho convencional existe la obligación de juzgar la comisión de crímenes internacionales es inobjetable. También es inobjetable que en general los Estados ejercen jurisdicción sobre delitos cometidos dentro de su territorio. Sin embargo, como veremos más adelante, algunos tratados extienden la obligación de juzgar por crímenes cometidos extraterritorialmente y sin que exista ningún vínculo con el Estado que pretende juzgarlos.

3.2.1. Convención contra el Genocidio

En la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio («Convención contra el Genocidio»)⁴² no hay ninguna disposición expresa que obligue a los Estados Parte a juzgar la comisión del crimen de genocidio. Sin embargo, en su artículo 1, además de la confirmación de que el genocidio es un crimen internacional, los Estados Parte se comprometieron *a prevenir y a sancionar* el genocidio. Sin entrar a un análisis profundo sobre si la obligación de sancionar es lo mismo que la obligación de juzgar para el objetivo de este documento asumiremos que ambas obligaciones significan lo mismo. El artículo 4 establece la responsabilidad penal individual de quienes cometan genocidio sin importar el estatus oficial del perpetrador del crimen.

⁴² Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, New York, 9 December 1948, United Nations Treaty Series, volume 78, p. 277.

Después de un cuidadoso análisis de la Convención contra el Genocidio descubrimos que la obligación de juzgar se da solo mediante la jurisdicción territorial. No hay en esta Convención obligación alguna de juzgar la comisión de genocidio mediante jurisdicción universal. El artículo 6 establece que «[l]as personas acusadas de genocidio [...] serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido». De la lectura del artículo 6 junto con el artículo 12 se concluye que cada Estado se encuentra obligado a juzgar a personas acusadas de haber cometido genocidio cuando este crimen se haya cometido en su territorio y, solo si el Estado lo desea, puede extender su jurisdicción internacionalmente a otros territorios bajo su jurisdicción.

En conclusión, la Convención contra el Genocidio obliga a los Estados a juzgar la comisión de genocidio dentro de su territorio. El artículo 4 refuerza esta obligación haciendo hincapié en que la obligación de juzgar se extiende a los más altos oficiales. Esto quiere decir, por ejemplo, que los Estados Parte de dicha Convención no podrían otorgar amnistías a perpetradores de genocidio.⁴³ Sin embargo, las obligaciones asumidas en esta Convención no tienen ninguna incidencia en la inmunidad procesal de los jefes de Estado con relación a procesos penales llevados a cabo en tribunales nacionales de otro Estado. Un Estado que otorga inmunidad a un jefe de Estado con relación al crimen de genocidio de ninguna manera viola la Convención contra el Genocidio ya que en dicho tratado no existe ninguna obligación de juzgar a sospechosos de haber cometido genocidio fuera de su territorio. Esta conclusión es compartida por algunos autores quienes reconocen que «parties to the anti-genocide instrument have merely obligated to prosecute offences specifically committed within their territory».⁴⁴

3.2.2. Convención contra la Tortura

Otra convención importante relacionada con los crímenes internacionales es la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes («Convención contra la Tortura»)⁴⁵ De acuerdo con su artículo 4(2) «Todo Estado Parte castigará “—la tortura—” con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad»; y según el artículo 5(1) «Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción».

⁴³ Sin embargo, es también cuestionable que la práctica estatal apoye la existencia de una obligación del DI que restrinja sus posibilidades de otorgar amnistías en casos de crímenes internacionales. Véase por ejemplo: SCHARF, Michael. «The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes». En: *Law and Contemporary Problems*, volume 59, Autumn 1996, pp. 41-61.

⁴⁴ JOYNER, Christopher C. «Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability». En: *Law and Contemporary Problems*, volume 59, N° 4, Autumn 1996, pp. 153-172.

⁴⁵ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York 10 December 1984, United Nations Treaty Series, volume 1465, p. 85.

Cabe resaltar que la Convención contra la Tortura sí establece expresamente la obligación de juzgar. Su artículo 7 establece que «[e]l Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, [...] someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento»

Para el objetivo de este documento, la Convención contra la Tortura es importante en tanto que los Estados Parte con el propósito de cumplir con el deseo de hacer más eficaz la lucha contra la tortura (párrafo sexto del Preámbulo), decidieron extender su jurisdicción territorial y asumir jurisdicción universal para poder juzgar a sospechosos de cometer tortura en caso decidan no extraditarlos.

En ese sentido, el artículo 5(2) estipula que «[t]odo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición»; el artículo 6(1) establece que «[t]odo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido “—tortura—” procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia». Finalmente, el artículo 7(1) establece, «El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido... [tortura]... si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento».

Algo que llamó nuestra atención es que la Convención contra la Tortura no contiene ningún artículo similar al artículo 4 de la Convención contra el Genocidio, donde se establece la responsabilidad penal individual del perpetrador de genocidio no importando su jerarquía oficial. A nuestro entender la razón por la cual los Estados Parte no incluyeron una provisión similar es porque dado que estos decidieron establecer jurisdicción universal obligatoria no quisieron dejar abierta la opción de que se entienda que por haber aceptado dicha jurisdicción habían aceptado extender la obligación de juzgar para incluir también a jefes de Estado, como sí sucede en el artículo 4 de la Convención contra el Genocidio.⁴⁶ De ahí que dejaran abierta la opción de alegar inmunidad de sus jefes de Estado ante un eventual juicio en los tribunales nacionales de otro país. En otras palabras, se puede alegar que los Estados Parte a la Convención contra la Tortura no renunciaron a su derecho a pedir inmunidad para sus jefes de Estado.

⁴⁶ Lord Phillips de Worth Matravers, *supra* nota 29. En cierto sentido este juez apoya la interpretación que acabo de dar. Este juez declaró: «Where States, by convention, agree that their national courts shall have jurisdiction on a universal basis in respect of an international crime, such agreement cannot implicitly remove immunities *ratione personae* that exist under international law. Such immunities can only be removed by express agreement or waiver. Such an agreement was incorporated in [article 4 of] the Convention on the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide 1984», último párrafo p. 243.

Esta interpretación fue categóricamente sustentada por la Corte Internacional de Justicia cuya sentencia del caso Yerodia estableció que,

[...] although various international conventions on the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution or extradition, thereby requiring them to extend their criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under international law, including those of Ministers of Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of foreign States, even where these courts exercise such a jurisdiction under these conventions.⁴⁷

En nuestra opinión, la posición de la CIJ es correcta en cuanto a inmunidad personal pero es controversial en cuanto a inmunidad funcional tal como lo demuestra la sentencia en el caso Pinochet.⁴⁸

Como lo viéramos en el apartado sobre inmidades, entre los expertos del Derecho Internacional existe consenso en que los jefes de Estado en actividad cuentan con inmunidad absoluta en relación con procesos penales y cada uno de los Lores del caso Pinochet lo reconocen. Sin embargo, la situación con relación a la inmunidad funcional es diferente. El caso Pinochet deja abierta la posibilidad de argumentar que en procesos relacionados con crímenes internacionales, la inmunidad funcional de los jefes de Estado no se aplica como un escudo contra aquellos procesos, cuando existe un tratado que establece la obligación de juzgar mediante jurisdicción universal.

Sin embargo, considero que es válido interpretar que la CIJ llegó a la conclusión antes citada teniendo en mente solo la inmunidad personal y no la inmunidad funcional. Ello debido, primero, a que el caso Yerodia trata sobre un Ministro de Relaciones Exteriores en servicio; segundo, la CIJ llega a la conclusión citada después de haber rechazado la posición de Bélgica que alegaba que en el DI consuetudinario existe una excepción a la regla sobre inmunidad personal para Ministros de Relaciones Exteriores en servicio cuando se trata de procesos por la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.⁴⁹ En nuestra opinión, la Corte con la intención de enfatizar la importancia sobre la obligación de otorgar inmunidad personal a jefes de Estado en ejercicio (y para la Corte también a los Ministros de Relaciones Exteriores) concluyó que aun cuando en el DI convencional haya una obligación de juzgar mediante jurisdicción universal, la norma sobre inmunidad personal no se ve afectada. Finalmente, la misma Corte reconoce que «after a person ceased to hold the office of Minister of Foreign Affairs no longer enjoys all of the immunities accorded

⁴⁷ Caso Yerodia, *infra* nota 94, párrafo 59.

⁴⁸ Véase el capítulo sobre inmunidad funcional en el caso Pinochet de este artículo.

⁴⁹ Caso Yerodia, *infra* nota 94, párrafo 58.

by international law in other States». ⁵⁰ Por lo tanto, queda abierta la posibilidad de interpretar que sus conclusiones no se refieren a inmunidades funcionales, sino solo a inmunidades personales.

Finalmente, nos gustaría remarcar algo importante. Hemos visto que en la Convención contra el Genocidio los Estados acordaron extender expresamente la responsabilidad penal internacional de los jefes de Estado mediante la incorporación del artículo 4. Asimismo, vimos que la obligación de juzgar es solo territorial. Por otro lado, hemos visto que en la Convención contra la Tortura los Estados decidieron establecer la obligación de juzgar mediante la obligación de establecer jurisdicción universal. Sin embargo, los Estados no incorporaron una disposición similar al artículo 4 de la Convención contra el Genocidio con lo cual se habría permitido, así, extender expresamente la responsabilidad penal individual a los jefes de Estado. No digo que este hecho sea una prueba concluyente que la obligación de juzgar bajo jurisdicción universal no se extiende a jefes de Estado. Pero esta puede ser una interpretación válida y sirve para demostrar que los Estados son muy cuidadosos en no aceptar abiertamente la responsabilidad penal individual de sus altas autoridades, y al mismo tiempo, obligarse a aceptar que una Corte nacional extranjera tenga jurisdicción para procesarlos. No creo que esta omisión haya ocurrido por casualidad sino que por el contrario es un indicio a tomar en cuenta.

3.2.3. Convenios de Ginebra (crímenes de guerra)

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁵¹ son otro de los tratados que obligan a los Estados a extraditar o juzgar a aquellos que hayan cometido graves violaciones a dichos convenios. Esta provisión se encuentra en los artículos 49 del Primer Convenio de Ginebra, artículo 50 del Segundo Convenio de Ginebra, artículo 129 del Tercer Convenio de Ginebra y el artículo 146 del Cuarto Convenio de Ginebra. Aparte del establecimiento convencional de esta obligación de juzgar, no existe ni práctica estatal ni casos jurisdiccionales que puedan permitirnos analizar si es que los Estados consideran que como consecuencia de dicha obligación también se puede juzgar a jefes de Estado.

⁵⁰ Caso Yerodia, *infra* nota 94, párrafo 61.

⁵¹ Los cuatro Convenios de Ginebra: I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y, IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Para revisar los tratados véase página web del Comité de la Cruz Roja Internacional: <<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/genevaconventions>>.

Asimismo, en los Convenios de Ginebra no hay ninguna disposición que expresamente extienda la responsabilidad penal individual a los jefes de Estado. Sin embargo, sí hay autores en la doctrina que limitan el ámbito de aplicación de la obligación de juzgar «graves violaciones». Se ha dicho que los artículos comunes a los convenios que se refieren a la represión de la comisión de «graves violaciones» recogen una costumbre internacional que obliga a los beligerantes a tomar todas las medidas necesarias para castigar crímenes de guerra cometidos por cualquier persona. Sin embargo, esta supuesta costumbre internacional no se sabe si también se extiende a los países neutrales.⁵² Más aún, se ha señalado que en la práctica la obligación de juzgar o de extraditar impuesta por los Convenios de Ginebra es ampliamente reconocida por ser letra muerta.⁵³ Además, «the fact that, in most cases, States fail either to prosecute or extradite perpetrators, of grave breaches of the Geneva Conventions weakens the claim that the obligations to prosecute or extradite perpetrators of grave breaches have customary law status».⁵⁴

3.2.4. Convención contra el crimen de Apartheid (crímenes de lesa humanidad)

Para el caso de crímenes de lesa humanidad no existe ningún tratado que regule la prohibición contra la comisión de este crimen como tal. Algunos autores argumentan que ante la ausencia de un tratado que contenga la obligación de juzgar o extraditar, la jurisdicción universal es generalmente discrecional pero no obligatoria.⁵⁵ Más aún, no hay práctica estatal que pueda sustentar la existencia de una obligación de juzgar obligatoriamente la comisión del crimen de lesa humanidad en el DI.⁵⁶

Cabe mencionar la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid.⁵⁷ Los Estados Parte en esta convención reconocen en el artículo 1 que el apartheid es un crimen de lesa humanidad. Este es otro tratado en el que se establece jurisdicción universal para juzgar la comisión de dicho crimen en los artículos 4 (b) y 5. Asimismo, en el artículo 3 expresamente se extiende la responsabilidad penal individual a los representantes del Estado. Sin embargo, entre los 106 Estados que son parte de esta Convención no hay ningún Estado Occidental. Por lo tanto, es posible

⁵² BASSIOUNI, M. Cherif y M. Edward Wise. «Aut Dedere Aut Judicare». *The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 44.

⁵³ CASSESE, Antonio. *International Law in a Divided World*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 275.

⁵⁴ MERON, Theodor. *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*. Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 61.

⁵⁵ INAZUMI, Mitsue. *Universal jurisdiction in modern international law: expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crimes under international law*. Antwerpen: Intersentia, 2005, p. 148; SCHARF, Michael *supra* nota 43, p. 56.

⁵⁶ SCHARF, Michael, *supra* nota 43, p. 41.

⁵⁷ International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, New York, 30 November 1973, United Nations Treaty Series, volume 1015, p. 243.

decir que, para el crimen de apartheid, que es una de las manifestaciones del crimen de lesa humanidad, tampoco existe un reconocimiento de la comunidad de Estados sobre la responsabilidad penal individual de altos funcionarios ni sobre el establecimiento de jurisdicción universal para su juzgamiento.⁵⁸

Como quedó demostrado, solo en dos de los cuatro crímenes internacionales analizados existen tratados que establecen la obligación de juzgar mediante jurisdicción universal. En ese sentido, es el consentimiento de los Estados y no el estatus de *jus cogens* que ostenta la prohibición de estos crímenes, lo que determina la existencia de la obligación de juzgar. Por otro lado, dada la casi inexistente práctica estatal al respecto, es muy difícil, sino imposible, sustentar que existe en el DI consuetudinario la obligación de juzgar crímenes internacionales mediante jurisdicción universal. Es cierto que dicha obligación existe en algunos tratados, pero basarse en la existencia de esas disposiciones convencionales para sostener que existe una obligación general de juzgar estos crímenes es pretender demasiado.

Si, como hemos demostrado, no existe una obligación general de juzgar aquellos crímenes internacionales que han alcanzado el estatus de *jus cogens*, entonces, lógicamente, tampoco es posible argumentar que la obligación de juzgar tenga el estatus de *jus cogens*. Como sabemos, para que una norma alcance el estatus de *jus cogens*, la comunidad internacional debe reconocerla como tal, y esto no sucede con la obligación de juzgar crímenes internacionales mediante jurisdicción universal.

3.2.5. La doctrina

Muchos autores que alegan que el DI reconoce que las normas de *jus cogens* prevalecen sobre las normas de inmunidades, sustentan su posición en el trabajo de calificados expertos sobre la materia, o por el contrario, cuando quieren sostener la existencia de una práctica estatal que refleje una costumbre internacional al respecto mencionan diversas resoluciones de Naciones Unidas o declaraciones hechas por diversos Estados. Entre los documentos más citados están los trabajos del Institut de Droit International,⁵⁹ los trabajos de la International Law Association⁶⁰ y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI) de 1996.⁶¹

⁵⁸ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 25.

⁵⁹ Resolution of Santiago de Compostela, 13 September 1989, commented by G. Sperduti, «Protection on human rights and the principle of non-intervention in the domestic concerns of States. Rapport provisoire». *Yearbook of the Institute of International Law*, Session of Santiago de Compostela, 1989, volume 63, Part I, p. 309.

⁶⁰ The International Law Association (Committee on International Human Rights Law and Practice), Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in respect of Gross Human Rights Offences, 2000.

⁶¹ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, International Law Commission Report, 1996, United Nations doc. A/51/10, p. 41.

La calidad e importancia de estos documentos no se discuten. Sin embargo, es importante resaltar que estos documentos no son normas internacionales y por lo tanto no contienen disposiciones vinculantes. Como mencionamos en la introducción de este artículo, es ampliamente reconocido que las fuentes de las que es posible asegurar unánimemente el nacimiento de obligaciones internacionales de los Estados son aquellas fuentes descritas en el artículo 38 del estatuto de la CIJ.⁶² Sin embargo, en los últimos años ha surgido alguna controversia sobre el carácter exhaustivo de este artículo,⁶³ y muchos autores en la doctrina han empezado a dar gran importancia a varias fuentes del denominado «soft law». No obstante, es importante tener en claro que estas «nuevas fuentes» siguen siendo solamente material que permite realizar interpretaciones jurídicas sobre, por ejemplo, la *opinio juris* de los Estados; o que permiten conocer la posición política de los Estados. Sin embargo, no son fuente de Derecho vinculantes en sí mismas.⁶⁴

Por las razones expuestas arriba no incidiremos en esos documentos. Sin embargo, sí nos gustaría hacer algunas apreciaciones sobre algunos comentarios hechos por la CDI en su informe acerca de la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes.⁶⁵ Si bien esta Convención no tiene dentro de su ámbito de aplicación procedimientos penales,⁶⁶ el equipo de trabajo que preparó el reporte tuvo la oportunidad de referirse a la relación entre las normas de *jus cogens* y las reglas sobre inmunidades.

Si bien la CDI encontró que algunos tribunales nacionales en algunas sentencias habían demostrado simpatía con el argumento de que los Estados no tendrían derecho a pedir el reconocimiento de inmunidades cuando sus autoridades habían cometido violaciones a normas de *jus cogens*, en la mayoría de estos casos la solicitud de otorgar inmunidades fue aceptada por esos tribunales.⁶⁷ Asimismo, la CDI señaló que en la actualidad se han dado dos situaciones recientes que apoyan el argumento de que

⁶² Para revisar este tema véase: CHINKIN, C.M. «The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law». En: *International and Comparative Law Quarterly*, volume 38, 1989, pp. 850-866.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ BAXTER, R.R. «International Law in Her Infinite Variety». En: *The International and Comparative Law Quarterly*, volume 29, 1980, p. 549.

⁶⁵ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-first session (3 May-23 July 1999), published in the *Yearbook of the International Law Commission 1999*, (A/CN.4/SER.A/1999/Add. 1), volume 2 Part II, United Nations, New York and Geneva 2003, pp. 171-172.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 171.

⁶⁷ Entre los casos citados por el CDI tenemos: *Al-Adsani v. State of Kuwait* 100 International Law Reports 465 at 471; *Controller and Auditor General v. Sir Ronald Davidson* [1996] 2 New Zealand Law Reports 278, particularly p. 290 (per Cooke P.); *Dissenting Opinion of Justice Wald in (United States) Prinz v. Federal Republic of Germany* 26 F 3d 1166 (DC Cir. 1994), pp. 1176-1185; *Siderman the Blake v. Republic of Argentina* 965 F 2d 699 (9th Cir. 1992); *Argentine Republic v. Amerasia Shipping Corporation* 488 US 428 (1989); *Saudi Arabia v. Nelson* 100 International Law Reports 544.

los Estados no podrían solicitar inmunidades en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Una de estas situaciones es la sentencia de los Lores en el caso Pinochet. La otra situación que se cita es la enmienda hecha por Estados Unidos al *Foreign Sovereign Immunities Act*, enmienda hecha para incluir una nueva excepción al otorgamiento de inmunidades. Esta excepción, introducida por la sección 21 del *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act* de 1996, se aplica en aquellos casos en el que un Estado designado como Estado protector de terroristas por el secretario de estado cause heridos o muertos por actos de tortura, ejecuciones extrajudiciales, sabotaje o secuestro de aeronaves, y cuando el demandante o la víctima haya sido nacional de los Estados Unidos al momento de ocurrido los hechos.

Con relación al primer avance señalado por la CDI, vale recordar que la sentencia en el caso Pinochet se dio sobre la base de la obligación de juzgar mediante jurisdicción universal establecida en la Convención contra la Tortura y que los Estados involucrados en el caso eran parte de dicha convención. Esa fue la razón por la que no se otorgó inmunidad funcional a Pinochet y no por el argumento de que las inmunidades no surten efecto con relación a cualquier violación grave de derechos humanos o cualquier crimen internacional, indistintamente de que el sospechoso sea un jefe de Estado en actividad o en retiro. Esto es tan cierto, que aun el caso Pinochet en donde la prohibición de cometer tortura fue violada, los Lores reconocieron que la solicitud de inmunidad hubiera sido otorgada si el demandado hubiera sido un jefe de Estado en actividad.⁶⁸

Con respecto al segundo avance mencionado por la CDI, es importante mencionar que la posición mayoritaria en los Estados Unidos considera que las inmunidades se otorgan sobre la base de un acto discrecional basado en la cortesía y no sobre la base de una obligación internacional como es reconocido a nivel mundial. Como consecuencia de esta posición es lógico que desde los atentados del 11 de septiembre y el inicio de la guerra contra el terrorismo, este país no tenga ninguna voluntad de aplicar ninguna regla de cortesía a ningún Estado acusado de apoyar a terroristas cuando la víctima sea un nacional americano. Por ese motivo, utilizar esta excepción aplicada en el Derecho Interno estadounidense como ejemplo de una nueva corriente que sustenta la posición sobre la imposibilidad de los Estados de solicitar inmunidades con relación a la comisión de graves violaciones a los derechos humanos no es válido desde que la decisión tomada por Estados Unidos es basada en consideraciones políticas y no basada en el DI. Más aún, no existe consenso en el DI de que los actos de terrorismo haya alcanzado el estatus de *jus cogens*. Entre las razones para ello esta la incapacidad de los Estados de ponerse de acuerdo sobre una definición de terrorismo. Por lo tanto, aun si es que se alegara que el segundo ejemplo citado por la

⁶⁸ *Supra* nota 36.

CDI permite sustentar una supuesta imposibilidad de los Estados de solicitar inmunidades en casos de graves violaciones de derechos humanos, definitivamente, esta excepción se circunscribiría al ámbito del crimen de terrorismo y no podría alegarse con relación a los crímenes internacionales analizados en este documento.

3.3. Conclusiones preliminares

Como hemos visto la obligación de juzgar crímenes internacionales ha sido establecida claramente en el Derecho convencional. Sin embargo, no todos los tratados que la incorporan permiten juzgar mediante jurisdicción universal. Asimismo, en aquellos tratados que establecen jurisdicción universal, no existe ninguna provisión expresa que extienda la obligación de juzgar al punto de incluir a jefes de Estado de otros países; y tampoco queda claro si es que cabe una interpretación que permita esa extensión. En todo caso, aquella interpretación que permite su extensión a jefes de Estado no es pacíficamente aceptada en la doctrina ni tampoco es acompañada por la práctica de los Estados. En conclusión, si bien puede argumentarse que para algunos crímenes, cuya prohibición ha alcanzado estatus de *jus cogens*, existen tratados que obligan a los Estados a juzgar mediante la jurisdicción universal, el hecho que ello se de solo para dos de los cuatro crímenes analizados en este artículo, y no para todos, permite asegurar que es el consentimiento de los Estados y no el estatus de *jus cogens*, lo que establece esa obligación.

Asimismo, dada la falta de práctica estatal y *opinio juris* al respecto es posible argumentar que tampoco existe una regla general en el DI consuetudinario que obligue a juzgar crímenes internacionales donde sea que estos se hayan cometido y sin tomar en cuenta el estatus oficial del perpetrador de los crímenes.⁶⁹ Por esas razones, puede decirse que la segunda de las «condiciones» mencionadas en la introducción de este artículo no se cumple.

Finalmente, puede argumentarse que el DI se está moviendo hacia el reconocimiento de una obligación para los Estados de juzgar mediante jurisdicción universal los principales crímenes internacionales como lo son aquellos analizados en este documento. Pero es ampliamente reconocido que este avance aun no ha llegado a ser *lex lata* sino que se encuentra en el proceso de *lex ferenda*.⁷⁰ La regla actual en el DI es que la prohibición de cometer los crímenes internacionales aquí analizados han alcanzado el nivel de *jus cogens* pero la obligación de juzgar las violaciones de tal prohibición

⁶⁹ INAZUMI, Mitsue, *supra* nota 55, p. 148.

⁷⁰ FERDINANDUSSE, *supra* nota 10, p. 192; CASSESE, *supra* nota 58, pp. 301-303; WET, Erika de, *supra* nota 1, pp. 118 y 120.

mediante jurisdicción universal, y sin tener en cuenta el estatus oficial del agresor, aún no ha alcanzado ese estatus.

No obstante lo señalado, hay algunos autores que argumentan que cuando la violación de una norma de *jus cogens* conlleva la responsabilidad penal individual del autor, aquellas medidas para reforzar su cumplimiento deben ser consideradas como necesarias para el cumplimiento de la regla correlativa de no consentir la comisión de crímenes internacionales en violación de normas perentorias.⁷¹ Considero que este es un buen argumento para discutir sobre el *deber ser* del DI en este tema.

Sin embargo, lamentablemente, esta no es la posición en el DI contemporáneo. No hay ninguna fuente legal en el DI que sustente la posición antes mencionada. Un argumento por más lógico que sea no es norma, es solo una buena base para mejorar el Derecho existente. Comparto la opinión de aquellos que consideran que la obligación de juzgar se extiende solo a crímenes internacionales cometidos en el territorio de un Estado, o en cualquier territorio bajo su jurisdicción, y que solo excepcionalmente los Estados dan su consentimiento mediante la celebración de tratados para que esta obligación se extienda a la comisión de crímenes internacionales cometidos en el territorio de cualquier Estado.⁷²

La afirmación de que la obligación de juzgar o extraditar es una norma del DI consuetudinario aplicada a todos los crímenes internacionales y que esta regla ha alcanzado el estatus de *jus cogens* esta basada en disquisiciones teóricas muy interesantes pero no se sustenta en el DI positivo. Un buen ejemplo de estas disquisiciones teóricas se puede encontrar en los trabajos hechos por Boussani.⁷³ Para él, la obligación de juzgar existe en el DI general con relación a ciertos crímenes internacionales como crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el terrorismo internacional. Estos son crímenes censurados por la comunidad internacional. Estos son crímenes contra el orden público internacional. Todos los Estados tienen un interés en su represión y por ello todos los Estados deberían cooperar y juzgar a todos aquellos que cometan estos crímenes. Más aún, Boussani argumenta que todo el esfuerzo de juzgar a aquellos que cometen crímenes internacionales se vería frustrado si los Estados no aceptaran que existe la obligación de juzgar o extraditar a estas personas. La obligación de juzgar se desprende del común interés que tienen todos los Estados en la represión de estos crímenes. Se trata de una obligación que se le debe a la comunidad internacional.

⁷¹ SIDERMAN, *supra* nota 40, p. 110; y STEVEN, L.A. «Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why The United States Is in Breach of its International Obligations». En: *Virginia Journal of International Law*, volume 39, p. 448.

⁷² FERDINANDUSSE, *supra* nota 10, p. 188.

⁷³ BASSIOUNI, M. Cherif y M. Edward Wise, *supra* nota 52, pp. 22-25.

No obstante lo coherente de esta posición, no puede decirse que la obligación de juzgar sea una obligación general con relación a todos los crímenes internacionales pues una obligación de tal magnitud no ha sido incorporada en ningún tratado ni tampoco existe *opinio juris* o práctica estatal que permita alegar la existencia de una norma consuetudinaria al respecto. Con relación a la práctica de los Estados, prácticamente no existen casos en que estos hayan juzgados personas acusadas de haber cometido crímenes internacionales sin que exista un tratado que los obligue a ello, e inclusive no lo han hecho a pesar de haber un tratado que los obliga.

Bassiouni señala, además, que la obligación de juzgar es más que una norma ordinaria del DI. Es una condición para que la represión de crímenes internacionales condenados universalmente sea efectiva. Las normas que prohíben la comisión de crímenes internacionales son de *jus cogens*, son normas de primordial importancia para el orden público internacional. Los Estados no pueden acordar válidamente cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad. Por ello, dado que la prohibición de cometer crímenes internacionales es una norma del DI general, la obligación de juzgar o extraditar es a su vez un principio de *jus cogens*.

Resulta interesante la construcción lógica que hace Bassiouni, pero este razonamiento coherente no se condice con el estado actual del DI contemporáneo. Una teoría que busque demostrar la existencia de una obligación de juzgar, por mas impecable que esta pueda ser en su razonamiento lógico, no puede servir de base para el reconocimiento de la existencia de una norma de DI. Hasta donde tenemos entendido, la lógica no es una fuente del DI. Como sabiamente ha señalado Edward Wise, «the desirability of imposing a duty to extradite or prosecute international offenders is insufficient to generate a legal obligation».⁷⁴

No está de más mencionar que aun entre aquellos autores, como el propio Bassiouni, que defienden la tesis de que el estatus de *jus cogens* alcanzado por la prohibición de cometer crímenes internacionales se extiende a la obligación estatal de juzgar o extraditar a aquellos que cometan estos crímenes, y que dicho estatus trae como consecuencia la no aplicación de ninguna inmunidad incluyendo la que tienen los jefes de Estado contra procedimientos penales llevados a cabo en tribunales nacionales extranjeros, han reconocido que «positive international criminal law does not contain such an explicit norm» y que «the practice of States does not conform to the scholarly writings that espouse these views». Aún más, estos autores reconocen que «the gap between legal expectations and legal reality is therefore quite wide».⁷⁵

⁷⁴ SIDERMAN, *supra* nota 40, p. 43

⁷⁵ BASSIOUNI, *supra* nota 52, p. 66; SIDERMAN, *supra* nota 40, «But while multilateral treaties concerning international crimes may impose aut dedere aut judicare obligations upon State parties, it does not follow

Después de haber analizado cuáles son las obligaciones que recaen sobre los Estados con relación al juzgamiento de crímenes internacionales, nos gustaría revisar algunas sentencias de tribunales internacionales que se han pronunciado sobre la relación entre las normas de *jus cogens* y las de inmunidades, para ver cómo estos tribunales han resuelto este problema.

4. Jurisprudencia

El argumento que sostiene que las normas de *jus cogens* anulan las normas sobre inmunidades ha sido tratado tanto en tribunales nacionales como en cortes internacionales e indistintamente en procesos civiles como penales. Sin embargo, como se demostrará a continuación, la mayoría de tribunales han rechazado este argumento, otorgando inmunidad de jurisdicción al Estado involucrado. Más aún, aquellos jueces que defienden la superioridad de las normas de *jus cogens* sobre las de inmunidades basan sus juicios sobre argumentos sin sustento. Entre aquellos autores existe una falta de rigor y una carencia de claridad en sus argumentos que no permite encontrar un argumento uniforme y consistente que sustente su posición.

4.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Con relación a procesos civiles, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido que lidiar en tres casos con el argumento antes mencionado. En los tres casos el tribunal otorgó inmunidades al Estado involucrado.

4.1.1. Caso *Al Adsani v. Reino Unido*

Se trata de una demanda presentada por el señor Sulaiman Al-Adsani, de nacionalidad británica y kuwaití, contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por una supuesta violación de varios artículos de la Convención Europea de Derechos Humanos, entre ellos el artículo 6(1),⁷⁶ violación cometida por el Reino Unido

that there exist a general customary principle in regard to universal jurisdiction that would, say, impose such obligations upon non parties» p. 107.

⁷⁶ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma 4 de Noviembre de 1950. «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

al haber otorgado inmunidad de jurisdicción al Estado de Kuwait, violando en ese sentido su deber de asegurar el derecho de acceso a la justicia del demandante.⁷⁷

El demandante alegó que fue torturado por el Sheikh Jaber Al-Sabah Al-Saud Al-Sabah, quien es familiar del Emir de Kuwait y, de quien se dice, tiene gran influencia política en Kuwait.⁷⁸ El demandante abrió un proceso civil en Inglaterra contra el Sheikh y el Estado de Kuwait por los daños físicos y mentales causados por haber sido torturado en Kuwait. La Corte Superior de Inglaterra y posteriormente la Corte de Apelaciones decidieron otorgar inmunidad soberana a Kuwait.

En la sentencia que otorgó inmunidad a Kuwait, el juez Stuart-Smith se pronunció acerca del problema que analizamos en este documento diciendo:

The argument is [...] that international law against torture is so fundamental that it is a *jus cogens*, or compelling law, which overrides all other principles of international, including the well-established principles of sovereign immunity. No authority is cited for this proposition [...] At common law; a sovereign State could not be sued against its will in the courts of this country.⁷⁹

Las palabras de Lord Stuart-Smith, son una muestra sobre la posición de aquellos tribunales nacionales que están en contra de la supuesta superioridad de las normas de *jus cogens* sobre inmunidades.

En cuanto al proceso llevado a cabo ante el TEDH, el argumento principal presentado por el Reino Unido fue que «grant immunity to Kuwait was not in any way incompatible with the obligations under the Convention».⁸⁰ Este argumento fue rechazado por el demandante de la siguiente manera:

[...] the House of Lords in *ex parte Pinochet* (n° 3) had accepted that the prohibition of torture had acquired the status of *jus cogens* norm in international law and that torture had become an international crime. In these circumstances there could be no rational basis for allowing sovereign immunity in a civil action when immunity would not be a defence in criminal proceedings arising from the same facts.⁸¹

Más aún, el demandante afirmó que la prohibición contra la tortura ha alcanzado el estatus de *jus cogens*, y que por lo tanto, prevalece por sobre cualquier disposición del Derecho Internacional convencional o cualquier otra norma del DI.⁸²

⁷⁷ Caso Al-Adsani, *supra* nota 4, párrafo 1 y 3.

⁷⁸ Caso Al-Adsani, *supra* nota 4, párrafo 10.

⁷⁹ Caso Al-Adsani, *supra* nota 4, párrafo 18.

⁸⁰ Caso Al-Adsani, *supra* nota 4, párrafo 36.

⁸¹ Caso Al-Adsani, *supra* nota 4, párrafo 51.

⁸² Caso Al-Adsani, *supra* nota 4, párrafo 57.

Es importante resaltar la respuesta que dio el TEDH a este argumento pues su posición refuerza la tesis que propongo en este trabajo sobre la no existencia de un conflicto normativo entre las normas sobre inmunidades y *jus cogens*. El TEDH aun cuando reconoce que la prohibición contra la tortura ha alcanzado el estatus de *jus cogens* concluye que no hay ninguna base firme en el DI para decir que «a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged». ⁸³ Finalmente, el tribunal concluye que «there is not yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State». ⁸⁴

Nos gustaría a continuación presentar los argumentos esgrimidos por los jueces Rozakis, Cafilisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic en sus opiniones disidentes. A mi entender la posición de estos jueces es un buen ejemplo de la confusión que existe en el DI sobre la relación entre el estatus de *jus cogens* que tienen ciertas normas y la inmunidad de jurisdicción de los Estados. Ellos están de acuerdo con el argumento erróneo que sostiene que porque la prohibición contra la tortura es *jus cogens* y las normas de *jus cogens* tienen una jerarquía superior a las normas ordinarias, aquellas anulan cualquier otra norma, sea que provenga del Derecho Internacional convencional o del consuetudinario. En ese sentido, argumentan los que apoyan esta posición que la inmunidad estatal es automáticamente inaplicable ya que las normas sobre inmunidades no tienen el mismo rango que las normas de *jus cogens* y deben ser inaplicadas dado que, como colisionan con las disposiciones de una norma de jerarquía superior, entonces no producen ningún efecto legal. ⁸⁵

Sobre esta posición basta con recordar lo demostrado a lo largo de este artículo: el único estatus superior que ha sido reconocido en el DI está dirigido a la prohibición de ciertos crímenes internacionales, hasta hoy ningún estatus de *jus cogens* ha sido reconocido a aquellas normas creadas para hacer cumplir estas normas sustantivas, normas como lo sería la obligación de juzgar ejerciendo jurisdicción universal. Por lo tanto, las normas sobre inmunidad de jurisdicción no son normas inferiores jerárquicamente con relación a las normas de *jus cogens* que prohíben la comisión de ciertos crímenes internacionales. Las normas sobre inmunidad de jurisdicción se encuentran en un nivel diferente, nunca colisionan con las normas de *jus cogens*.

⁸³ Caso Al-Adsani, *supra* nota 4, párrafo 61.

⁸⁴ Caso Al-Adsani, *supra* nota 4, párrafo 66.

⁸⁵ Caso Al-Adsani, *supra* nota 4, Opinión conjunta Disidente jueces Rozakis, Cafilisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic, párrafo 1-3.

4.1.2. *Caso McElhinney v. Irlanda*

Otro caso analizado por el TEDH es McElhinney v. Irlanda. El caso tiene que ver con una demanda presentada por el señor John McElhinney de nacionalidad irlandesa, contra Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña y el Norte de Irlanda, por una supuesta violación del artículo 6(1) de la Convención Europea⁸⁶ como consecuencia de denegarle su derecho de acceso a la justicia de conformidad con ese artículo.⁸⁷

El caso tiene que ver con una supuesta violación a la integridad personal del demandante por agentes del Reino Unido, quien como consecuencia presentó una demanda en Irlanda para ser resarcido, pero su pedido fue rechazado dado que los tribunales de dicho país concedieron inmunidad al Reino Unido. El TEDH rechazó la demanda por considerar que no hubo ninguna violación del artículo 6(1). Según la opinión de doce jueces del tribunal europeo «to grant sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law».⁸⁸ Con este argumento el tribunal deja claro que en la relación entre el derecho de acceso a la justicia y la inmunidad de jurisdicción no hay ningún conflicto de normas. Las normas sobre inmunities son normas procedimentales que limitan la posibilidad de juzgar Estados en los tribunales de otros países por la violación de sus obligaciones de respeto a los derechos humanos tal como sucede en los casos en que se viola la prohibición de cometer crímenes internacionales. Una limitación que como bien menciona el TEDH es «generally accepted by the community of nations».⁸⁹

4.1.3. *Kalogeropoulou y otros v. Grecia y Alemania*

Finalmente, tenemos el tercer caso analizado por el TEDH, el caso Kalogeropoulou y otros v. Grecia y Alemania.⁹⁰ Si bien este caso guarda más relación con el tema de inmunidad de ejecución que con inmunidad de jurisdicción, el tribunal tuvo ocasión de discutir la relación existente entre inmunities y *jus cogens*.

Este caso representa el último capítulo de una larga historia acerca del famoso caso entre la Prefectura de Voioitia v. Alemania relacionado con las víctimas de la masacre perpetrada por los nazis en la ocupación llevada a cabo el 10 de junio de 1944 en la ciudad de Distomo. No entraremos en detalles sobre este caso, basta con mencionar

⁸⁶ *Supra* nota 76.

⁸⁷ European Court of Human Rights, Case of Mc Elhinney v. Ireland (Application N° 31253/96), Strasbourg, 21 November 2001. Para ver el texto ir a la página web de la Corte Europea de Derechos Humanos <<http://cmiskp.echr.coe.int>>, párrafo 1.

⁸⁸ *Ibid.*, párrafo 35.

⁸⁹ *Ibid.*, párrafo 37.

⁹⁰ European Court of Human Rights, Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany (Decision on Admissibility), Strasbourg, 12 December 2002. Para ver el texto ir a la página web del TEDH: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>.

que la Corte de Casación de Grecia rechazó la solicitud presentada por Alemania para que se abstuviera de ver el caso por no contar con jurisdicción para hacerlo y confirmó la sentencia de primera instancia dada por la corte de Lievadia en el que ordenaba a Alemania a pagar a las víctimas de la masacre diversas sumas de dinero por concepto de reparación por pérdidas pecuniarias y no pecuniarias. Las víctimas de la masacre posteriormente volvieron a presentar una demanda contra Alemania pues esta se negó a cumplir con la sentencia y pagar las indemnizaciones. Las víctimas solicitaron que se expropiara ciertas propiedades alemanas que se encontraban en Grecia pero esta solicitud fue rechazada por todas las instancias judiciales griegas. Como consecuencia de este rechazo las víctimas decidieron presentar una demanda ante el TEDH por violación del 6(1) de la Convención Europea.

En la parte de la sentencia relevante para este documento, el tribunal rechazó el argumento presentado por el demandante en el que se alegaba que «international law on crimes against humanity was so fundamental that it amounted to a rule of jus cogens that took precedence over all other principles of international law, including the principle of sovereign immunity»⁹¹ Para el tribunal europeo, aun no se ha aceptado en el DI que la inmunidad de jurisdicción no se aplica con relación a procedimientos civiles por daños causados como consecuencia de la comisión de crímenes de lesa humanidad. El tribunal en ese sentido mantuvo y reforzó su decisión en el caso Al-Adsani y estableció que el «Greek Government cannot be required to override the rule of State Immunity against their will».⁹²

Como hemos visto, el TEDH en las tres sentencias presentadas apoya la posición según la cual también en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un Estado que cumpla con otorgar inmunidad de jurisdicción a un Estado extranjero de ninguna manera incumple con las obligaciones de respeto a los derechos humanos que se haya obligado respetar. La única explicación para esta conclusión está en el hecho que no hay ningún conflicto normativo entre las obligaciones de respeto a los derechos humanos y las obligaciones de otorgar inmunidad de jurisdicción, así como tampoco hay conflicto normativo entre la prohibición de cometer crímenes internacionales y la obligación de otorgar inmunidad de jurisdicción. Las reglas sobre inmunidades de ninguna manera afectan la protección de los derechos humanos de los individuos. En otras palabras, «it is not the right to be free from torture, genocide or crimes against humanity that has been superseded by sovereign immunity, but only the right to seek redress in the courts of that specific country for the violation of that right».⁹³

⁹¹ *Ibid.*, p. 9

⁹² *Ibid.*

⁹³ SIEDERMAN, *supra* nota 40, p. 112.

4.2. Corte Internacional de Justicia

4.2.1. Caso Yerodia

Si bien la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Yerodia,⁹⁴ no hace alusión a la categoría de *jus cogens*, y por ello, se puede decir que no ha analizado el tema de la relación entre normas de *jus cogens* e inmunidades de manera explícita, debido a que el caso envuelve la supuesta comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y debido a que la prohibición de estos crímenes es considerada de *jus cogens*, es relevante analizar este caso.

El caso tiene que ver con el señor Abdulaye Yerodia Ndombasi («Yerodia»), quien al momento de los hechos ejercía el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo (el «Congo») y para quien se emitiera una orden internacional de arresto emitida por un juez de instrucción de Bélgica⁹⁵ por la supuesta comisión de crímenes considerados «graves violaciones» a los Convenios de Ginebra de 1949 y a sus Protocolos Adicionales, y la comisión de crímenes de lesa humanidad.⁹⁶ En respuesta a dicha orden de arresto, el Congo solicitó a la CIJ declarar que «Belgium committed a violation in regard of the DRC of the rule of customary international law concerning the absolute inviolability and immunity from criminal process of incumbent foreign ministers».⁹⁷ La CIJ por trece votos contra tres aceptó la solicitud presentada por el Congo.⁹⁸

La CIJ reconoció que el estado actual del DI refleja que «in international law it is firmly established that [...] certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of the State [...] enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal».⁹⁹ Más aún, la corte concluyó, luego de examinar la práctica estatal mediante la revisión de la legislación nacional y la jurisprudencia de los más altos tribunales estatales, que

[...] it has unable to deduce [...] that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers of Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes and crimes against humanity.

⁹⁴ International Court of Justice, Yerodia case of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), application instituting proceedings filed in the Registry of the Court on 17 October 2000. Para ver el texto ir a la página web de la Corte Internacional de Justicia: <<http://www.icj-cij.org>>.

⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 1.

⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 13.

⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 11 (1).

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 78.

⁹⁹ *Ibid.*, párrafo 51.

Esta conclusión a la que llega la corte con referencia a los ministros de relaciones exteriores sin duda se extiende también a los jefes de Estado por ser de superior jerarquía. Asimismo, la CIJ después de examinar también los instrumentos legales que crean tribunales internacionales y las reglas establecidas en esos documentos que se refieren a la imposibilidad de solicitar inmunidades o de denegar la responsabilidad penal individual de aquellas personas que son agentes estatales cuando se trata de crímenes internacionales, llegó a la conclusión que «these rules likewise do not enable it to conclude that any such an exception exists in customary international law in regard to national courts».¹⁰⁰ Como vemos, la tesis que planteamos en este artículo se ve sólidamente respaldada por la sentencia de la CIJ en el caso Yerodia. La claridad y contundencia de los argumentos emitidos por el más importante tribunal internacional no deja espacio a dudas.

Ahora bien, tras analizar la posición disidente de la jueza Van Den Wyngaert merece la pena mencionar algunos puntos que nos parecen sumamente importantes. El primer punto a mencionar es que el grueso de su argumentación no esta dirigida a negar la inmunidad de jurisdicción que gozan los jefes de Estado sino más bien a denegar que esta regla se extienda a los ministros de relaciones exteriores. El segundo punto importante es que ella misma reconoce que en el DI consuetudinario los jefes de Estado gozan de inmunidad absoluta en procedimientos penales aunque considera que esta inmunidad no es absoluta en procedimientos civiles o administrativos.¹⁰¹

Finalmente, es importante señalar el reproche que la jueza le hace a la CIJ por haber llegado a sus conclusiones sin tomar en cuenta la tendencia general existente en el derecho penal internacional según la cual la inmunidad de jurisdicción que gozan diversos oficiales estatales se ve restringida en caso sobre crímenes internacionales, incluso cuando estén involucrados jefes de Estado.¹⁰² Sobre esta apreciación de la jueza cabe mencionar que ella sustenta la existencia de esta tendencia principalmente basándose en documentos pertenecientes al *soft law*, que como vimos anteriormente no son fuente de obligaciones internacionales. Es más, reconociendo que la base de su argumentación está en este tipo de documentos la jueza sabiamente hace el siguiente comentario: «this may be seen as the opinion of civil society, an opinion that cannot be completely discounted in the formation of customary international law today. In several cases, civil society organizations have set in motion a process that ripened into international conventions».¹⁰³ Concordamos con la jueza en que la

¹⁰⁰ *Ibid.*, párrafo 58.

¹⁰¹ *Ibid.*, Opinión disidente jueza Van Den Wyngaert, párrafo 16 y véase en la nota de pie de página número 22.

¹⁰² *Ibid.*, párrafo 23.

¹⁰³ *Ibid.*, párrafo 27.

sociedad civil puede, y en efecto lo hace, contribuir a la formación del DI consuetudinario o a la celebración de tratados. Sin embargo, la participación de la sociedad civil, y su aporte, si bien es un tema interesante de analizar, se trata de un tema que forma parte de la *lege ferenda*. Por tal motivo, este aporte de la sociedad civil no nos dice nada sobre cuál es el estado actual del DI. Más aún, si en última instancia los Estados no reconocen estas tendencias propugnadas por la sociedad civil, como ciertamente no lo hacen respecto de la tendencia que intenta restringir la inmunidad absoluta de los jefes de Estado, dichas restricciones no pueden ser consideradas obligaciones del DI emanadas del DI consuetudinario, y ciertamente, tampoco pueden ser impuesta a los Estados. Lo que sí se reconoce en el DI actual es que el principio de responsabilidad penal internacional por la comisión de crímenes internacionales no colisiona en nada con las reglas sobre inmunidades, pues estas reglas simplemente reflejan la decisión compartida por la comunidad de Estados quienes consideran que las tribunales nacionales no son el foro apropiado para determinar lo responsabilidad penal internacional del jefe de Estado de otro país.

4.3. Casos en tribunales nacionales

Finalmente, mencionaremos dos casos vistos por tribunales nacionales que son citados muy a menudo como ejemplos de que sí existe una práctica estatal de reconocimiento de que las normas de *jus cogens* anulan las normas sobre inmunidades.

Estos dos casos son conocidos como el caso Distomo¹⁰⁴ y el caso Ferrini.¹⁰⁵ No entraremos a analizar en detalle estos casos pues solo deseamos mencionar algunos puntos que desacreditan esas sentencias como ejemplos de práctica estatal aplicable al problema que estamos analizando. Primero, en ambos casos los crímenes internacionales fueron cometidos al interior del Estado donde se llevó a cabo el proceso, por lo tanto, ambos tribunales aplicaron jurisdicción territorial no jurisdicción universal. En ese sentido, la sentencia se basa en hechos ocurridos en un escenario distinto del contexto sobre el cual este artículo basa su análisis y sus conclusiones. Segundo, los argumentos principales presentados por ambos tribunales difieren bastante el uno del otro con lo cual es difícil hablar de una práctica estatal uniforme que siga un patrón común que permite descubrir una *opinio juris* clara de cuál sería el fundamento de la restricción.

¹⁰⁴ Prefecture of Vioiotia v. Federal Republic of Germany, Case 137/1997, resumido por Ilias Bantekas y Maria Gavouneli. En: *American Journal of International Law*, volume 95, 2001, pp. 198-204.

¹⁰⁵ Italian Court of Cassation, Ferrini v. Federal Republic of Germany, «the Court of Cassation firmly rejected the first contention by stating that foreign sovereign immunity is undoubtedly a rule of customary international law», Judgement N° 5044 of 11 March 2004, registered 11 March 2005 (2004), caso resumido por Andrea Bianchi. En: *American Journal of International Law*, volume 99, 2005, pp. 242-248.

La idea principal en el caso Distomo es que Alemania, tras haber violado normas de *jus cogens* por haber cometido crímenes internacionales, tácitamente renunció a las inmunidades otorgadas por el DI, y que por lo tanto, los tribunales de Grecia tenían jurisdicción para ver el caso.¹⁰⁶ Sobre este argumento presentado por el tribunal, nos adherimos totalmente a los comentarios vertidos por Besiktas y Gavouneli, quienes tras analizar el caso consideran que «the court offered no authority in support of this position, and no further explanation for the logical leaps involved in the reasoning».¹⁰⁷ Además, agregan estos autores que «the argument supporting a tacit waiver of immunity» [...] is weak» —basado en el hecho que— «all international instruments on the subject required the express consent on the interested party for submitting to the jurisdiction of the forum State. Attempts to find such implied consent in multi-lateral treaties have been summarily repulsed».¹⁰⁸

En el caso Ferrini, la Corte de Casación italiana analizó la decisión emitida por el tribunal de Grecia y también rechazó el argumento de la renuncia tácita argumentando que ninguna renuncia puede ser inferida de manera abstracta.¹⁰⁹ Sin embargo, también decidió no otorgar inmunidad a Alemania basándose en la siguiente posición: la comisión de crímenes internacionales son violaciones serias del DI que buscan proteger los derechos fundamentales de las personas;¹¹⁰ estos derechos fundamentales incorporan valores fundamentales que son considerado superiores en el Derecho Internacional contemporáneo, por lo tanto, asegurar la implementación de estos valores¹¹¹ trae como consecuencia que cualquier obstáculo que impida a los jueces hacerlos cumplir debe ceder como una manera de proteger los intereses fundamentales de la comunidad internacional.¹¹²

Como mencioné en la introducción a este capítulo, existe una falta de rigor y claridad entre los argumentos de los que defienden la superioridad de las normas de *jus cogens* sobre inmunidades, lo que hace imposible encontrar un argumento sólido por parte de los que defienden esta posición. Como vimos en el capítulo sobre jurisprudencia, cada tribunal presenta argumentos distintos para fundamentar sus sentencias: los jueces con opiniones disidentes en las sentencias analizadas por el TEDH justifican su posición en la teoría de la superioridad jerárquica de las normas de *jus cogens*; la jueza Van Den Wyngaert en el caso Yerodia justifica su posición en una nueva tendencia en

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 200.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 203.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 204.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 243.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 244.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 247.

¹¹² *Ibid.*, p. 246.

el DI que busca restringir la aplicación de inmunidades en aquellos casos en los que se cometan crímenes internacionales; la Corte Suprema de Grecia en el caso Distomo basa su posición en la teoría de la renuncia tácita y, finalmente, la Corte de Casación Italiana en el caso Ferrini, basa su posición en la superioridad de los valores que son incorporados en las provisiones que protegen los derechos humanos y en la importancia de hacer cumplir esas normas.

Esta diversidad de posiciones, la cual no permite observar un patrón común, es decir, una línea argumentativa común entre los que abogan por la superioridad de *jus cogens* sobre inmunidades, demuestra que existe el fuerte deseo de probar que esta superioridad es aceptada por el DI. Sin embargo, el DI tal como está establecido hoy en día no permite sustentar esa posición.

5. Conclusiones

El objetivo de este artículo ha sido analizar la relación entre las normas de *jus cogens* y las normas sobre inmunidades. La pregunta central que he buscado responder es si efectivamente se da un conflicto normativo entre *jus cogens* e inmunidades, tal como lo propugna un sector de la doctrina internacional. Para ello propusimos la siguiente pregunta: ¿Existe realmente un conflicto entre ambos cuerpos normativos?

Nuestra intención no ha sido responder a esta pregunta de una manera abstracta sino en relación con un contexto específico. Por esa razón, centramos el análisis con relación a la comisión de crímenes internacionales. El escenario que decidimos analizar es el de un jefe de Estado, en servicio o en retiro, que es investigado o procesado por la supuesta comisión de crímenes internacionales en los tribunales de otro Estado que ejerce jurisdicción universal.

En la Introducción, establecimos la idea que para poder hablar de un conflicto normativo entre *jus cogens* e inmunidades con relación al contexto escogido, era necesario que se cumplieran dos condiciones: primero, que los tribunales nacionales estén obligados a otorgar inmunidad de jurisdicción a jefes de Estado de otros países aun cuando se trate de un proceso en el que esta envuelta la comisión de crímenes internacionales; y segundo, que las tribunales nacionales están obligados a juzgar autores de esos crímenes donde sea que estos crímenes hayan sido cometidos y sin importar el estatus oficial de la persona que los cometan. Más aún, la segunda condición tiene una mayor importancia ya que solo si pudiera ser comprobado que existe una obligación general de ese tipo, podría luego discutirse si tal norma ha alcanzado el estatus de *jus cogens*. Cumplidas esas dos condiciones, y solo si ambas se cumplen, entonces podría decirse que siendo que la obligación de procesar es *jus cogens*, la norma sobre inmunidades colisiona con ella.

En el apartado sobre las inmunidades, analizamos la primera condición. Dividimos nuestra investigación entre las normas sobre inmunidades que corresponden a los jefes de Estado en retiro y las que tienen relación con los jefes de Estado en actividad. Dada la falta de tratados que guiaran nuestra investigación, enfocamos nuestro análisis en el DI consuetudinario. Llegamos a la conclusión que con relación a la inmunidad funcional, el DI consuetudinario obliga a las tribunales nacionales a otorgar inmunidades a jefes de Estado en retiro. Demostramos que han habido intentos de declarar que el DI reconoce una excepción a esta regla cuando la comisión de crímenes internacionales está involucrada. Sin embargo, lo único que se puede argumentar es que en casos excepcionales, sobre la base de las disposiciones de un tratado en el que los Estados Parte consienten que sea así, esta obligación de otorgar inmunidades no se aplica. Pero aun en esos casos, no es totalmente aceptado que esta excepción se extienda a jefes de Estado. Con relación a inmunidades personales, llegamos a la conclusión que se encuentra totalmente reconocido en el DI la inmunidad absoluta de los jefes de Estado en actividad.

En el capítulo sobre *Jus Cogens*, analizamos la segunda condición. Centramos nuestro análisis en probar que en el DI no hay una obligación general que exija a las tribunales nacionales a juzgar a los autores de crímenes internacionales mediante la jurisdicción universal. La intención detrás de ese análisis fue demostrar que, dado que esa obligación general no existe, no es posible argumentar que la obligación de juzgar tenga el estatus de *jus cogens*. Por esa razón, sostenemos que no hay ningún soporte legal que fundamente la supuesta superioridad de *jus cogens* sobre inmunidades. Debe dejarse en claro que la obligación de juzgar bajo jurisdicción universal se da solo en el Derecho convencional y solo para algunos crímenes internacionales, y además, cabe resaltar, que aun cuando se da, su extensión a jefes de Estado es bastante discutible.

Por otro lado, es importante tener presente que las únicas consecuencias jurídicas conocidas en el DI, con relación a normas de *jus cogens*, son aquellas establecidas en el artículo 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹¹³ Otro documento en el que se mencionan las posibles consecuencias jurídicas por la violación de normas perentorias es el proyecto de tratado sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.¹¹⁴ Entre las consecuencias ahí mencionadas no hay ninguna que plantee la posibilidad que los Estados estén obligados a juzgar a aquellos individuos que cometan crímenes internacionales.

¹¹³ *Supra* nota 39.

¹¹⁴ International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, United Nations General Assembly Resolution A/RES/56/83, adopted in its fifty-sixth session, on the Report of the Sixth Committee (A/56/589 and Corr. 1), 28 January 2002.

Las inmunidades otorgadas a los Estados son normas procedimentales dirigidas a restringir la jurisdicción de tribunales nacionales. No se trata de disposiciones que regulen o limiten ninguna norma sustantiva; estas normas procedimentales no contradicen el contenido o prohibición contenida en normas de *jus cogens*, simplemente desvían el juzgamiento de cualquier incumplimiento a un método distinto de solución que no sea a través de tribunales nacionales.

Sin embargo, en algunos casos excepcionales, los Estados se ponen de acuerdo (consienten), mediante un tratado, como sería el caso por ejemplo de la Convención contra la Tortura o las Convenciones de Ginebra, que los tribunales nacionales sí pueden ser el foro donde se pueda juzgar crímenes cometidos por agentes estatales extranjeros en territorio extranjero mediante jurisdicción universal. Sin embargo, el hecho que la obligación de juzgar mediante jurisdicción universal haya sido establecida, por ejemplo, para la tortura y para crímenes de guerra en la Convención contra la Tortura y en las Convenciones de Ginebra, pero que esto no haya sucedido para el crimen de genocidio y los crímenes de lesa humanidad, que son también crímenes internacionales reconocidos de haber alcanzado el estatus de *jus cogens*, demuestran que la obligación de juzgar no es consecuencia de la violación de normas de *jus cogens* sino consecuencia del consentimiento de los Estados que deciden establecer mediante tratado una obligación como esa.

Por las razones expuestas hasta aquí, y después de probar que si bien la primera de las condiciones sí se cumple, al no cumplirse la segunda condición la respuesta a la pregunta central de este artículo es que: *no existe un conflicto entre normas de jus cogens y normas sobre inmunidades*.

En este artículo hemos probado que los argumentos presentado por los defensores de la superioridad de *jus cogens* sobre inmunidades son erróneos. Sin embargo, esto no quiere decir que no reconozcamos que detrás de la intención de probar la superioridad de las normas de *jus cogens* sobre inmunidades, subyace la preocupación por la «cultura» de impunidad que impera en la comunidad internacional. Compartimos con ellos esta preocupación, pues todos hemos sido testigos de las más horrendas atrocidades que se han cometido contra los seres humanos a lo largo del siglo xx y hasta nuestros días; atrocidades donde casos como Ruanda, Srebrenica, Somalia, el Congo y más recientemente Darfur, son solo algunos ejemplos.

Lamentablemente, a pesar de estas atrocidades, el número de perpetradores de estas masacres que han sido llevados a la justicia es vergonzoso. La mayoría de estos criminales están libres y viven con impunidad. En este contexto, desafortunadamente, las normas sobre inmunidades han servido como un escudo de protección para aquellos que han cometido crímenes horribles. Como consecuencia de ello, entendemos que

los defensores de la superioridad de *jus cogens* sobre inmunidades han propuesto esta teoría como una herramienta que permita terminar con la impunidad. En ese sentido, lo que está equivocado no es la intención detrás de su propuesta sino la manera en que quieren alcanzar la meta de terminar contra la impunidad. Es importante remarcar que las normas sobre inmunidades no han sido creadas con la intención de que sirvan como escudos para los autores de crímenes internacionales. La *ratio juris* de esta norma, es entre otras cosas, contribuir al mantenimiento de la paz mundial. Por esa razón, no es que las normas sobre inmunidades *per se* estén mal, es el abuso que se hace de ellas lo que es lamentable.

En ese sentido, nos adherimos a la opinión de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal quienes en el caso Yerodia comentan lo siguiente,

[...] the nature of international crimes and the circumstances under they are committed, usually by making use of the State apparatus, make it less than easy to find a convincing argument for shielding the alleged perpetrator by granting him or her immunity from criminal process. But immunities serve other purposes which have their own intrinsic value. International law [should] seek the accommodation of this value with the fight against impunity, *and not the triumph of one norm over the other*.¹¹⁵

Consideramos que la lucha contra la impunidad es un proceso que debe desarrollarse con fiel respeto del DI. En los intentos por acabar con la impunidad algunos internacionalistas han intentado probar que el orden legal internacional ya ha alcanzado esta meta al reconocer la superioridad de las normas de *jus cogens* sobre inmunidades. Sin embargo, como hemos demostrado a lo largo de este artículo, esta afirmación ha sido hecha sin bases jurídicas sólidas.

Consideramos que la mejor manera de lograr cambios en la estructura u orden legal de cualquier sociedad es mediante un proceso gradual y consistente que se desarrolle con respeto del marco legal. En nuestra lucha contra la impunidad debemos siempre tener eso presente. No es una buena estrategia desesperarse (aun cuando estoy de acuerdo que las atrocidades mencionadas hacen muy difícil no hacerlo). Intentar terminar con la impunidad mediante argumentos o teorías basadas en buenas intenciones pero no en bases legales sólidas es trabajar en la dirección equivocada. Si empujamos a nuestros tribunales nacionales a juzgar a oficiales extranjeros de los más altos rangos estatales por la supuesta comisión de crímenes internacionales basándonos en argumentos que no están firmemente establecidos y reconocidos en el Derecho Internacional lo que vamos a conseguir no es precisamente terminar con la impunidad, por el contrario, conseguiremos crear una inestabilidad internacional bastante peligrosa que pueda causar mayores daños de los que queremos evitar.

¹¹⁵ Caso Yerodia, *supra* nota 94, opinión separada de jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párrafo 79.