

R E V I S T A
TRIBUNA
INTERNACIONAL^{M.R}

Publicación del Departamento de
Derecho Internacional

Volumen 2 / N°4 / 2013

FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Rector de la Universidad de Chile

Víctor Pérez Vera
Av. Libertador Bernardo O'Higgins
1058, Santiago

Representante legal

Roberto Nahum Anuch
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Chile

Director responsable

Mario Ramírez Necochea

Editora de contenidos

Rita Lages

Ayudante de edición

Gonzalo Mellado

Comité editorial

Gonzalo Aguilar (*Universidad Andrés Bello, Chile*)

José Carlos Fernández Rosas (*Universidad Complutense de Madrid, España*)

Claudio Grossman (*American University, EE.UU.*)

Mattias Kumm (*New York University, EE.UU.*)

Hugo Llanos (*Universidad Central, Chile*)

Cecilia Medina (*Universidad Diego Portales, Chile*)

Elina Mereminskaya (*Universidad de Chile, Chile*)

Mónica Pinto (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)

Revista Tribuna Internacional^{MR}

“La Revista Tribuna Internacional es una marca registrada”.

Publicación del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su objetivo es fomentar la reflexión, el debate, el análisis y la comunicación sobre el derecho internacional en forma pluralista y con rigor científico. Se publica cada semestre en los meses de junio y diciembre mediante convocatoria abierta a la publicación de artículos y monografías inéditos, comentarios de jurisprudencia, reseñas y comentarios de libros, en los campos de derecho internacionales, derechos humanos y relaciones internacionales, tanto en castellano como en inglés.

Volumen 2/ N°4/2013

www.tribunainternacional.uchile.cl

ISSN 0719-210X

Departamento de Derecho Internacional
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Av. Santa María 076, 4° piso
Povodencia, Santiago de Chile

Diseño y producción:

Gráfica LOM

www.lom.cl

Impreso en Chile/ Printed in Chile

Algunos derechos registrados.

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de la publicación, siempre que se reconozca y cite el/ la/ los/ las autor/a/es/as y la publicación, no se realicen modificaciones a la obra y no se la utilice para fines comerciales.

ÍNDICE

Artículos

- Marco jurídico actual de la piratería: un antiguo delito del Derecho Internacional del Mar 9
Juan Cristóbal Fernández Sanz
- Las fuentes de la futura calificación del crimen de agresión por parte de la Corte Penal Internacional 33
Christian Finsterbusch
- Semántica y discursividad de la legislación chilena sobre temas migratorios. Una aproximación crítica 65
Felipe López Pérez y Nicolás López Pérez
- Reflexiones sobre la política migratoria argentina e integración regional 89
Julieta Nicolao

Comentarios de jurisprudencia

- Inmunidad en el derecho internacional: un lento proceso de evolución. Comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Alemania vs. Italia, 2012 113
Gonzalo Aguilar Cavallo
- El proyecto de modificación a la «Ley de Pesca» y el Convenio 169 de la OIT. Reflexiones en torno a un fallo del Tribunal Constitucional Chileno 139
Claudio Troncoso Repetto

Recensión

- “El conflicto entre China y Japón sobre las islas Diaoyu/Senkaku y su comparación con conflictos marítimos de América Latina” de Matías LETELIER ELTIT, por José Rodríguez Elizondo 149

Inmunidad en el derecho internacional: un lento proceso de evolución. Comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Alemania vs. Italia, 2012¹

Immunity in International Law: A Slow Process of Evolution. Comment on the Judgment of the International Court of Justice in the Case of Germany v. Italy, 2012

Gonzalo Aguilar Cavallo

gaguilarch@hotmail.com

Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magíster en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional y Ambiental de la Universidad de Valparaíso (Valparaíso, Chile) y de la Universidad Andrés Bello (Santiago, Chile).

Resumen: el 3 de febrero de 2012, la Corte Internacional de Justicia dictó sentencia en el caso *Alemania vs. Italia*, denominado las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, por medio de la cual, por mayoría, acoge la demanda de Alemania en contra de Italia. Este caso surgió a raíz de la aceptación, por parte de tribunales italianos, de jurisdicción para conocer de demandas en contra del Estado alemán o bien para ejecutar decisiones de tribunales extranjeros respecto de bienes alemanes en Italia. La Corte Internacional de Justicia afirmó en su sentencia el principio de inmunidad de jurisdicción del Estado, no obstante que se invocaban por Italia las características de los hechos que habían dado lugar a los respectivos procesos judiciales. Entre los principales argumentos, Italia sostenía que se trataba de violaciones serias y graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, lo que justificaba levantar la inmunidad de jurisdicción del Estado. La Corte no retuvo esa argumentación. Sin embargo, los votos disidentes plantean relevantes cuestiones que merecen una reflexión. En este sentido, es posible pensar que la mayoría de los jueces hicieron primar una visión formalista y estatocéntrica del derecho internacional, en lugar de un enfoque material que ponga al ser humano en el centro de sus preocupaciones.

Palabras clave: derecho internacional; derechos humanos; normas de *ius cogens*; inmunidad de Estado; acceso a la justicia; acceso efectivo al derecho a la reparación.

¹ Artículo enviado el 16.08.2013 y aceptado el 03.10.2013.

Abstract: *on February 3, 2012, the International Court of Justice issued a judgment in the case of Germany v. Italy, known as the Jurisdictional Immunities of the State. By majority, the Court upheld Germany's claim against Italy. The origin of this case was that Italian tribunals allowed civil tort claims to be brought against the German State and to declare Greek judgments against Germany enforceable in Italy. The International Court of Justice upheld the traditional principle of State jurisdictional immunity, while Italy highlighted the special features of the facts underlying the respective judicial proceedings. Indeed, Italy argued that the gross human rights violations and serious breaches of humanitarian law lifted the state jurisdictional immunity. The Court did not support this reasoning. Notwithstanding, the dissenting opinions raise various relevant issues. Thus, it is noteworthy to assess whether the judgment applies a formalistic and state-centered approach of international law rather than a material one, which put the human being at the heart of its concerns.*

Keywords: *international law; human rights; ius cogens; state immunity; access to justice; effective access to the right to redress.*

Introducción

Con fecha 3 de febrero de 2012, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, «CIJ») dictó sentencia en el caso *Alemania vs. Italia*, denominado las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*. El caso versa, *inter alia*, sobre la admisión de jurisdicción por parte de tribunales italianos frente a demandas civiles presentadas contra Alemania basadas en la violación del derecho internacional humanitario cometidas por las fuerzas alemanas entre 1943-1945. A este respecto la sentencia considera que Italia violó su obligación internacional de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario de reconocerle inmunidad al Estado alemán. Este punto de la sentencia fue acordado con el voto conforme de doce jueces contra tres². La pregunta en la que se centró la CIJ es si Italia había violado la norma sobre inmunidad de jurisdicción del Estado alemán. En su sentencia decidió en contra de la defensa italiana, invocando y afirmando la inmunidad de jurisdicción del Estado alemán.

La controversia abarca distintos tópicos muy relevantes en el derecho internacional contemporáneo, particularmente, el ámbito de la inmunidad de jurisdicción del Estado, como revela la denominación con que se tituló el caso. Con todo, este mismo incluye también otros temas de primordial importancia en el derecho internacional de nuestros días, los cuales fueron aludidos por la Corte, pero no se realizó mayor análisis sobre ellos porque desde el principio fueron descartados por la sentencia. Se podría sostener que la CIJ perdió una gran oportunidad para aclarar esta zona gris del derecho internacional.

² Los jueces que votaron a favor fueron el presidente Owada; el Vice-Presidente Tomka; los jueces Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Greenwood, Xue, Donoghue. Los jueces que votaron en contra fueron Cançado Trindade, Yusuf y el juez *ad hoc* Gaja.

En este sentido, cabe perfectamente recordar lo expresado por el juez Yusuf en su voto disidente, al señalar que “[c]omo órgano judicial principal de las Naciones Unidas, la Corte juega un importante rol proporcionando orientación sobre las normas de derecho internacional y clarificándolas, particularmente cuando el derecho es incierto y en evolución. Tuvo una oportunidad única de hacer eso en este caso. Podría haber clarificado el derecho en el sentido que ya está evolucionando, de una excepción, limitada y viable, a la inmunidad de jurisdicción en aquellos casos en que la víctima no tiene otra vía de reparación. Tal excepción pondría la inmunidad en línea con el creciente peso normativo asignado por la comunidad internacional a la protección de los derechos humanos y del derecho humanitario y la realización del derecho a un recurso efectivo para las víctimas de crímenes internacionales, sin mellar injustificadamente la inmunidad de jurisdicción de los Estados”³.

A continuación haremos un breve comentario a la sentencia dictada por la CIJ con fecha 3 de febrero de 2012, describiendo, en primer lugar, someramente los hechos del caso (I), luego, señalaremos sucintamente las posiciones de las partes (II), y en tercer lugar, desarrollaremos los argumentos y los razonamiento de los jueces de La Haya (III). Enseguida, realizaremos un pequeño balance y valoración de la argumentación proporcionada por el juez (IV) y culminaremos con unas reflexiones finales (V).

I. Hechos

Entre 1943 y el final de la Segunda Guerra Mundial, las fuerzas de ocupación alemanas perpetraron atrocidades en contra de la población del territorio ocupado italiano, incluyendo masacres de civiles y deportación de un amplio número de civiles, y también de militares italianos, para ser usados como trabajo esclavo mediante el trabajo forzoso. Uno de los casos iniciados en contra de Alemania ante tribunales italianos en 1998 ante la Corte de Arezzo, en Italia, fue el caso de Luigi Ferrini, un nacional italiano que había sido arrestado en agosto de 1944 y deportado a Alemania, donde fue obligado a trabajar en una industria de municiones hasta el fin de la guerra. Tanto la Corte de Arezzo como la Corte de Apelaciones de Florencia rechazaron la acción porque Alemania tenía inmunidad de jurisdicción. En marzo de 2004 la Corte de Casación Italiana sostuvo que los tribunales italianos tenían jurisdicción sobre la base que la inmunidad no es aplicable en casos de crímenes internacionales⁴.

³ ICJ. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy; Greece Intervening). Judgment, 3 February 2012. Dissenting opinion of Judge Yusuf, para. 58.

⁴ *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Decision No. 5044/2004 (*Rivista di diritto internazionale*. Vol. 87, 2004, p. 539; *International Law Reports (ILR)*. Vol. 128, p. 658).

Por otra parte, el 10 de junio de 1944, durante la ocupación nazi de Grecia, las fuerzas alemanas cometieron una masacre en el pueblo griego de Distomo, afectando a muchos civiles. Los descendientes de las víctimas iniciaron un proceso, y el tribunal de primera instancia y la Corte Suprema griega acogieron la acción, rechazaron los alegatos de Alemania, y otorgaron una compensación⁵. Para ejecutar la resolución en contra de un Estado extranjero, se necesitaba de una autorización del Ministerio de Justicia, pero las víctimas nunca la obtuvieron. Estas mismas iniciaron un proceso contra Grecia y Alemania ante la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, «Corte EDH») por violación del artículo 6 de la Convención Europea. La Corte EDH declaró el recurso inadmisibles refiriéndose en su fundamentación básicamente a la inmunidad de jurisdicción⁶. Las víctimas griegas intentaron, sin éxito, la ejecución de la sentencia pronunciada por los tribunales griegos, en Alemania. La Corte Suprema Federal alemana dijo que esas sentencias habían sido obtenidas en violación del principio de inmunidad de jurisdicción⁷. Luego, las víctimas intentaron hacer efectiva en Italia la sentencia del *caso Distomo*, y los tribunales italianos respaldaron la posibilidad de ejecución de la sentencia en territorio italiano en 2008⁸. Finalmente, se dispuso la inscripción de un gravamen sobre Villa Vigoni, propiedad del gobierno alemán cerca del Lago de Como en Italia, para garantizar la ejecución.

Sobre estas cuestiones de hecho, la propia Corte despeja toda duda al respecto y efectúa prácticamente una declaración de principios. En efecto, la CIJ comienza observando que todas las partes en este caso están de acuerdo en “el indecible sufrimiento infligido sobre hombres y mujeres italianas en particular durante las masacres, y sobre los antiguos internos militares italianos. La Corte considera que esos actos en cuestión sólo pueden ser descritos como despreciando completamente las “consideraciones elementales de humanidad”⁹. La Corte considera que no puede haber ninguna duda que estas conductas fueron una violación grave del derecho internacional de los conflictos armados aplicable en 1943-1945. Todos estos actos fueron incorporados en las listas de

⁵ *Prefecture of Voïotia v. Federal Republic of Germany*, case No. 11/2000 (*ILR*. Vol. 129, p. 513) (the *Distomo* case). En otro caso similar, planteado ante los tribunales griegos, el caso Margellos, la Corte Suprema de Grecia afirmó, finalmente, que en el estado actual de desarrollo del derecho internacional, Alemania era titular de la inmunidad de Estado. *Margellos v. Federal Republic of Germany*, case No. 6/2002, *ILR*. Vol. 129, p. 525.

⁶ *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany*, Application No. 59021/00, Decision of 12 December 2002, *ECHR Reports* 2002-X, p. 417; *ILR*. Vol. 129, p. 537.

⁷ *Greek citizens v. Federal Republic of Germany*, case No. III ZR 245/98, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2003, p. 3488; *ILR*, Vol. 129, p. 556.

⁸ *Rivista di diritto internazionale*. Vol. 92, 2009, p. 594.

⁹ ICJ. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening). Judgment, 3 February 2012, para. 52; *Corfu Channel* (United Kingdom v. Albania), *I.C.J. Reports* 1949, p. 22; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. *I.C.J. Reports* 1986, p. 112.

crímenes contra la humanidad de Núremberg¹⁰. En consecuencia, la cuestión central planteada ante la CIJ por Alemania consistía en determinar si Italia había violado la inmunidad de que goza Alemania ante tribunales extranjeros al admitir los tribunales italianos las demandas de reparación civil en los casos antes mencionados.

II. Argumentos de las partes

Alemania argumentaba que Italia había violado la inmunidad soberana de dicho Estado cuando permitió que nacionales italianos presentaran casos civiles contra Alemania por haber violado el derecho internacional humanitario durante la Segunda Guerra Mundial. Además, Alemania argumentó que Italia había violado el tratado de paz de 1947, en virtud del cual Alemania prometió restitución y compensación por las propiedades incautadas, teniendo en cuenta que el gobierno de Italia y subsecuentemente, sus ciudadanos, habían renunciado a su derecho a presentar una acción civil contra Alemania. En efecto, en los años 50 y 60 se celebraron entre las partes una serie de acuerdos internacionales de reparación, pero, en último término, el resultado de ello no benefició a muchas de las víctimas individuales y muchos de los reclamos planteados fueron rechazados. En agosto de 2000 se adoptó en Alemania la ley federal de compensación, para compensar a través de asociaciones no gubernamentales a antiguos militares internados y sujetos a trabajo forzoso. Un grupo de italianos intentó beneficiarse de esta ley pero fue rechazado. Se intentó obtener que el Tribunal Constitucional declarara la ley atentatoria contra el principio de igualdad pero fue rechazado¹¹. Se planteó luego un caso ante la Corte EDH, pero fue declarado inadmisibile¹².

Alemania le solicitó a la CIJ que declarara que Italia no respetó la inmunidad jurisdiccional que le corresponde como Estado soberano. Además, que se declare que, adoptando medidas cautelares contra Villa Vigoni –propiedad de Alemania en Italia–, se violó la inmunidad jurisdiccional del Estado. La aprobación de la ejecución de las decisiones judiciales griegas también violó la inmunidad de jurisdicción alemana. Alemania solicitó que se declarara la responsabilidad internacional de Italia.

¹⁰ Por ejemplo, *Von Mackensen and Maelzer* (1946) *Annual Digest*, Vol. 13, p. 258; *Kesselring* (1947) *Annual Digest*, Vol. 13, p. 260; and *Kappler* (1948) *Annual Digest*, Vol. 15, p. 471.

¹¹ German Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 28 June 2004.

¹² *Associazione Nazionale Reduci and 275 others v. Germany*, decision of 4 September 2007, Application No. 45563/04.

III. Razonamiento de la CIJ

A continuación, intentaremos describir los principales pasajes de la sentencia en comentario, comenzando con el voto de mayoría (A), y luego, destacando algunos elementos remarcables de los votos disidentes (B).

A. Voto de mayoría

En esta parte, nos concentraremos en dos grandes aspectos. Por un lado, una breve mención del recurso a la fuente consuetudinaria para afirmar la obligación de inmunidad. Por otro lado, desarrollaremos la primera defensa italiana respecto del ejercicio de la jurisdicción por tribunales italianos a raíz de demandas planteadas ante ellos por nacionales italianos.

1. La inmunidad de jurisdicción de Alemania

La Corte afirma que la regla de la inmunidad de Estados ocupa un lugar importante en el derecho internacional y las relaciones internacionales. Esta regla deriva del principio de la igualdad soberana de los Estados, el cual, como señala el artículo 2, párrafo 1° de la Carta de las Naciones Unidas, es uno de los principios fundamentales del orden jurídico internacional. Este principio debe ser examinado junto con el principio según el cual cada Estado posee soberanía sobre su propio territorio y con el principio según el cual el Estado posee jurisdicción sobre eventos y personas dentro de dicho territorio. Las excepciones a la inmunidad del Estado representan un alejamiento del principio de igualdad soberana. La inmunidad puede representar un alejamiento del principio de soberanía territorial y de la jurisdicción respectiva¹³. De esta manera, las partes están de acuerdo en la validez y la importancia de la inmunidad de Estado como parte del derecho internacional consuetudinario¹⁴.

2. El ejercicio de la jurisdicción por tribunales italianos frente a demandas presentadas ante ellos por nacionales de dicho país

Luego, la CIJ examina la primera defensa de Italia, esto es, el argumento de que Alemania no goza de inmunidad de jurisdicción en aquellos casos de hechos ilícitos graves ocurridos contra sus nacionales en territorio italiano y cometidos por Alemania.

¹³ ICJ. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening). Judgment, 3 February 2012, para. 57.

¹⁴ Ídem, para. 58.

a. Alemania no es titular de la inmunidad porque se trata de ilícitos en territorio del Estado del foro

Como sostuvo la CIJ, “[l]a esencia del primer argumento de Italia es que el derecho internacional consuetudinario se ha desarrollado hasta el punto de que un Estado no tiene derecho a la inmunidad respecto de actos que causan muerte, daño personal o a la propiedad sobre el territorio del Estado del foro, incluso si el acto en cuestión fue realizado como *acta jure imperii*”¹⁵. Alemania por su parte afirma que ningún Estado a través de sus tribunales, con la excepción de Italia y Grecia, ha negado nunca la inmunidad a otro Estado por actos de las fuerzas armadas de dicho Estado en el contexto de un conflicto armado”¹⁶.

b. Actos corresponden a serias y graves violaciones al derecho internacional y a las normas imperativas de derecho internacional general

Este argumento de la defensa de Italia, que apunta a la naturaleza –particularmente grave– de los hechos invocados en los juicios civiles reparatorios entablados ante los tribunales italianos, se puede dividir en tres aspectos. Primero, la gravedad de las violaciones (crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad). Segundo, la vulneración de normas de *ius cogens*. Tercero, la jurisdicción italiana como último recurso para obtener reparación¹⁷. Veremos, brevemente, las dos primeras.

i) La gravedad de las violaciones

Los jueces de La Haya señalan que “[e]n el presente caso, la Corte ya ha hecho claro que las acciones de las fuerzas armadas alemanas y otros órganos del imperio alemán dando lugar a procesos ante los tribunales italianos fueron violaciones serias del derecho de los conflictos armados que equivalen a crímenes bajo el derecho internacional. La pregunta es si ese hecho opera para privar Alemania de ser titular de inmunidad”.

La CIJ observa desde un comienzo que “la proposición de que la posibilidad de disponer de la inmunidad sea en alguna medida dependiente de la gravedad del acto ilegal presenta un problema lógico. La inmunidad de jurisdicción es una inmunidad no sólo

¹⁵ Ídem, para. 62.

¹⁶ BASTIN, Lucas. “International Law and the International Court of Justice’s Decision in *Jurisdictional Immunities of the State*”. *Melbourne Journal of International Law*. Vol. 13, 2012, pp. 1-18. ICJ. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening). Judgment, 3 February 2012, para. 63.

¹⁷ ICJ. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening). Judgment, 3 February 2012, para. 80.

de ser sometido a una sentencia adversa sino de ser sujeto a un juicio. Por lo tanto, es necesariamente preliminar en naturaleza. Consecuentemente, un tribunal nacional es requerido para determinar si un Estado extranjero es titular de inmunidad de acuerdo con el derecho internacional antes que pueda oír el fondo del asunto planteado y antes de que los hechos sean establecidos. Si la inmunidad dependiera que si el Estado ha cometido serias violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho de los conflictos armados, entonces sería necesario para el tribunal nacional realizar una investigación sobre el fondo de los hechos, para determinar si dicho Estado tenía jurisdicción¹⁸.

Un elemento que es digno de ser destacado es el diálogo judicial intenso que se produce entre dos órganos jurisdiccionales internacionales, esto es, entre la CIJ y la Corte EDH. En efecto, la Corte Internacional de Justicia, en apoyo de su discernimiento recurre fuertemente a la jurisprudencia de la Corte EDH. Es así como invoca sendos párrafos de la sentencia dictada en el caso *Al-Adsani v. United Kingdom* de 2001¹⁹ y en el caso *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany* de 2002²⁰.

Con este refuerzo, que apela a un diálogo judicial intenso entre jurisdicciones, los jueces de La Haya concluyen que de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario como es en su momento actual, un Estado no se ve privado de su inmunidad en razón del hecho de que es acusado de violaciones serias del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional de los conflictos armados. A través de esta conclusión, la Corte enfatiza que está solamente abordando la inmunidad del Estado mismo respecto de la jurisdicción de los tribunales de otros Estados; la cuestión de si la inmunidad y en qué medida, podría aplicarse en procesos criminales contra oficiales del Estado no está en cuestión en este caso²¹. De modo que, en nuestra opinión, la sentencia de mayoría de los jueces de La Haya le hace un guiño a la posibilidad de discutir y poner en tela de juicio la

¹⁸ Ídem, para. 82.

¹⁹ “Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged” (*Al-Adsani v. United Kingdom* [GC], Application No. 35763/97, Judgment of 21 November 2001, *ECHR Reports* 2001-XI, p. 101, para. 61; *ILR*, Vol. 123, p. 24.); ICJ. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening). Judgment, 3 February 2012, para. 90.

²⁰ “The Court does not find it established, however, that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages brought against them in another State for crimes against humanity.” (Application No. 59021/00, Decision of 12 December 2002, *ECHR Reports* 2002-X, p. 417; *ILR*, Vol. 129, p. 537.); ICJ. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening). Judgment, 3 February 2012, para. 90.

²¹ ICJ. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening). Judgment, 3 February 2012, para. 91.

inmunidad de las personas que ocupan o han ocupado un cargo oficial dentro del Estado cuando se trata de violaciones serias y graves del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional de los conflictos armados, particularmente cuando ellas afectan a las normas que han alcanzado el *status* de *ius cogens*.

ii) La relación entre jus cogens y la regla de la inmunidad de Estados

La Corte, ocupándose de la segunda línea argumental de Italia, que enfatiza el *status* de *ius cogens* de las normas que fueron violadas por Alemania durante entre 1943-1945, señala que “este argumento descansa sobre la premisa de que hay un conflicto entre las normas de *ius cogens* que forman parte del derecho de los conflictos armados y aquellas que acuerdan la inmunidad a Alemania. Como las normas de *ius cogens* siempre prevalecen sobre cualquiera norma de derecho internacional inconsistente con ella, ya sea que se encuentre contenida en un tratado o en el derecho internacional consuetudinario, así señala el argumento, y como la norma que concede a un Estado inmunidad ante los tribunales de otro Estado no tiene el *status* de *ius cogens*”, la norma de inmunidad cede ante la norma de *ius cogens*²².

“Este argumento depende de la existencia de un conflicto entre una norma o normas, de *ius cogens* y la norma de derecho consuetudinario que requiere que un Estado conceda la inmunidad a otro. No obstante, en opinión de la Corte tal conflicto no existe. Asumiendo para este fin, que las normas del derecho de los conflictos armados que prohíben el asesinato de civiles en los territorios ocupados, la deportación de población civil para trabajos forzados, y la deportación de prisioneros de guerra para trabajos forzados son normas de *ius cogens*, no hay conflicto entre estas normas y las normas sobre inmunidad de Estados. Los dos conjuntos de normas abordan diferentes tópicos. Las normas sobre inmunidad de Estados son de carácter procesal y se limitan a determinar si los tribunales de un Estado pueden ejercer jurisdicción respecto de otros Estado [...]”²³.

c. El efecto combinado de las circunstancias en las que se apoya Italia

El representante de Italia sostuvo que los tres aspectos del segundo argumento principal —la gravedad de las violaciones, el *status* de las normas violadas y la ausencia de medios alternativos de reparación— debían ser entendidos y analizados en su conjunto para arribar a la conclusión de que los tribunales italianos tenían una justificación para rechazar la inmunidad de Alemania²⁴. La CIJ reitera que no está persuadida de que los tres aspectos del argumento tomados en su conjunto producirían tal efecto²⁵.

²² Ídem, para. 92.

²³ Ídem, para. 93.

²⁴ Ídem, para. 105.

²⁵ Ídem, para. 106.

Además, cuando la CIJ sostuvo este razonamiento afirmó que el argumento de Italia presentaba un problema lógico²⁶. En nuestra opinión es el argumento de la CIJ que plantea un problema lógico. Si la inmunidad de Estado debe ser decidida y reconocida por el tribunal nacional *in limine* al inicio del proceso, sin tener la posibilidad de evaluar ni sopesar los hechos del proceso conforme al derecho vigente, esto significa que no importa el tipo de hechos que se le imputen al Estado, pues un Estado extranjero siempre gozará de inmunidad ante un tribunal nacional²⁷. Dicho de otro modo, la inmunidad de Estado se transforma así, en la visión de la CIJ, en un derecho absoluto del Estado. Esto último hace plantearse la pregunta, ¿la inmunidad de Estados es un derecho absoluto que procede siempre? Con el argumento de lógica de la Corte en el sentido que la inmunidad de Estado es algo que debe resolver el tribunal nacional al inicio del proceso, cae el principal argumento que Italia intentó sostener. No puede haber inmunidad de Estado cuando el hecho por el que se intenta demandar al Estado extranjero ante un tribunal nacional es la comisión de violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario constitutivas de normas de *jus cogens*. Por esta vía, lo más curioso de todo es que una norma –como son las normas de *jus cogens*– que la propia Corte reconoce que no puede ser derogada y prima por sobre toda otra norma de derecho inconsistente, resulta finalmente desplazada por la norma que consagra la inmunidad de Estado puesto que por la aplicación de la inmunidad, no se puede hacer efectiva la norma de *jus cogens*, y, en consecuencia, se transforma así en una norma prohibitiva de papel²⁸. Y, esto último, sí que es una contradicción lógica.

Aquello que atrae mayormente nuestra atención es el enfoque del derecho internacional que asume la CIJ en los albores del siglo XXI. Un enfoque totalmente centrado en el Estado, propio del siglo XIX. Nos parece que desde esa época, era del derecho internacional clásico, hasta ahora, la comunidad internacional ha evolucionado enormemente y, consecuentemente, el derecho internacional –esencialmente dinámico– ha evolucionado vertiginosamente. Uno de los rasgos característicos del derecho internacional contemporáneo es su humanización, esto significa, que el ser humano, individual y colectivamente considerado, ha pasado a ocupar una plaza central en el

²⁶ Ídem, para. 82

²⁷ En un caso de inmunidad de un relator especial de la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el juez Oda de la CIJ sostuvo la opinión que “los tribunales nacionales malayos hubieran debido rechazar, durante la fase del proceso consagrada a la competencia, *in limine litis*, conocer las demandas presentadas por las empresas privadas malayas contra el Sr. Cumaraswamy”. ICJ. *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion of 29 April 1999, Separate Opinion of judge Oda. *I. C. J. Reports* 1999, p. 62, para. 22.

²⁸ ICJ. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening). Judgment, 3 February 2012, para. 95.

derecho internacional²⁹. Incluso en 1951, en la Opinión Consultiva sobre las reservas a la Convención sobre Genocidio, la CIJ ya había hecho referencias a los propósitos humanizadores del derecho internacional³⁰. Demostración de esto es la emergencia potente de las normas de *ius cogens* a lo largo de toda la segunda mitad del siglo XX, que han reconocido normas imperativas e inderogables, precisamente, para la protección de los individuos, grupos y pueblos frente a la actuación de los Estados. En este sentido, elocuente y consistente ha sido la trayectoria que ha seguido la CIJ a través de paradigmáticos pronunciamientos a lo largo de la segunda mitad del siglo XX.

Así, en 1949, la CIJ consagró su famosa expresión de las obligaciones para el Estado basadas en consideraciones elementales de humanidad³¹. Además, en 1951, la CIJ se refirió a las obligaciones –como las que derivan de la Convención sobre la prohibición del genocidio– existentes para los Estados, incluso fuera de todo vínculo convencional³². En el famoso caso de la sociedad *Barcelona Traction*, en 1970, la CIJ afirmó la existencia de obligaciones *erga omnes*, y estableció que estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de poner fuera de la ley actos de agresión y de genocidio, pero también de los principios y de las reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, incluyendo la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos de protección respectivos se han integrado al derecho internacional general y otros son otorgados por instrumentos internacionales de carácter universal o casi universal³³.

²⁹ MERON, Theodor. *The Humanization of International Law*. Vol. 3. The Hague Academy of International Law. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006; MERON, Theodor. “The Humanization of Humanitarian Law-3”. *The American Journal of International Law*. Vol. 94, núm. 2, 2000, pp. 239-278.

³⁰ “The objects of such a convention must also be considered. The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention.” ICJ: *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion: *I.C.J. Reports* 1951, p. 15, p. 23.

³¹ “Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VTII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication; and every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States”. *Corfu Channel case*, Judgment of April 9th, 1949. *I.C.J. Reports* 1949, p. 4, p. 22.

³² “The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation.” ICJ. *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion. *I.C.J. Reports* 1951, p. 15, p. 23

³³ “Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law; others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character”. ICJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment. *I.C.J. Reports* 1970, p. 3, para. 33-34.

Asimismo, en su Opinión Consultiva de 1996 sobre el empleo de las armas nucleares, la CIJ mencionó aquellas normas que son tan fundamentales para el respeto de la persona humana, que deben ser observadas por todos los Estados independientemente de si han ratificado los instrumentos que las contienen, porque dichas normas son principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario³⁴.

En la presente sentencia de la CIJ, el mensaje subyacente es que se les dice a los individuos que el derecho internacional reconoce que todos los Estados están obligados a no asesinar ni deportar en contexto de conflictos armados, están obligados a no torturar, a no desaparecer a personas, a no someter a esclavitud o trabajos forzados, pero si lo hacen, las víctimas individuales no podrán ejercer ninguna acción reparatoria contra dicho Estado ante un tribunal nacional, ya que dicho Estado tiene un escudo que ni siquiera las normas de *jus cogens* pueden penetrar, *id est*, la inmunidad de Estado.

Frente a esto surge la pregunta ¿de qué sirve que el derecho internacional haya afirmado consistentemente un derecho al que se le reconoce la máxima jerarquía, esto es, el derecho a no ser torturado, a no ser desaparecido forzosamente, a no ser ejecutado extrajudicialmente, a no ser sometido a esclavitud o trabajo forzoso, si ese derecho no se encuentra amparado por una acción? A partir de lo afirmado en esta sentencia, cualquier Estado buen entendedor podría pretender extraer la conclusión de que tiene la vía expedita para cometer violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, ya que en cualquier circunstancia gozará de inmunidad de Estado ante una jurisdicción extranjera. Quizás mucho peor, todos aquellos Estados que se encuentran actualmente cometiendo violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario podrían muy probablemente aprovecharse de esta decisión y ampararse en la inmunidad de Estado para liberarse de toda responsabilidad. Lamentablemente, en esta sentencia, la consideración de los individuos no tuvo mucho lugar. Los individuos víctimas de estas atrocidades constitutivas de las prohibiciones de las normas de *jus cogens* quedan, por el momento, sin reparación. En consecuencia, la consideración del individuo por la CIJ como pieza central y esencial del derecho internacional –en realidad de todo el derecho– resta, por el momento, aplazada *sine die*.

³⁴ “It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and “elementary considerations of humanity” as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the *Corfu Channel* case, that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law”. ICJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion. *I.C.J. Reports* 1996, p. 226, para. 79.

Por último, una vez más, si el Estado de Alemania goza de inmunidad ante los tribunales extranjeros, surge la pregunta de ¿cómo podrían las víctimas italianas demandar a Alemania una reparación por su responsabilidad en los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial?

B. Votos disidentes

Tal como se ha señalado al inicio de este trabajo, la sentencia fue acordada con el voto disidente de tres jueces, uno de cuyos razonamientos discrepantes es presentado brevemente a continuación.

1. Comentario al voto del juez Antônio Cançado Trindade

Este juez de La Haya confeccionó un acabado voto disidente que vale la pena leer en detalle. Con todo, nosotros destacamos cuatro tópicos que nos parecen fundamentales, vinculados con la inmunidad, a saber, la interpretación conforme al sistema jurídico en vigor, en relación con los intereses de la comunidad internacional en su conjunto (a), el enfoque centrado en la persona humana (b), la consideración de los crímenes internacionales como lo que son, esto es, crímenes *tout court* (c) y la reacción del orden jurídico en este tipo de casos, lo que incluye el acceso a la justicia y a la reparación (d).

a. Interpretación conforme al sistema jurídico que prevalece al tiempo que esta se realiza

El juez Cançado Trindade propugna una interpretación conforme a las normas y principios de un sistema jurídico prevaleciente al tiempo de la interpretación, sobre todo cuando se trata de situaciones continuadas, vinculadas a los derechos humanos. En este voto disidente el juez se pregunta si la inmunidad de Estado ha cambiado o evolucionado en las décadas pasadas. El propio juez responde señalando que “claramente el derecho de la inmunidad de Estado se ha desarrollado y evolucionado; no ha permanecido estático. Los desarrollos en el terreno del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional penal contemporáneo, y en el derecho internacional humanitario, no pueden considerarse que no han tenido ninguna influencia en el evolutivo derecho de la inmunidad de Estado”³⁵. En las palabras de la Corte “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado dentro del marco de un sistema jurídico completo prevaleciente al tiempo de la interpretación”³⁶.

³⁵ ICJ, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening). Judgment, 3 February 2012. Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, para. 10.

³⁶ Ídem, para. 14; ICJ, Advisory Opinion on *Namibia*. *ICJ Reports* 1971, pp. 31-32, para. 53.

b. Un enfoque centrado en la persona humana

Del mismo modo, el juez Cançado Trindade argumenta que “[a]lgunos de los más distinguidos juristas de una generación que vivió los horrores de dos guerras mundiales en el siglo XX no prosiguen un enfoque estatocéntrico para nuestra disciplina. Ellos proponen un enfoque centrado en la persona humana. Ellos fueron fieles al origen histórico del derecho de gentes, como uno debería serlo hoy también. Incluso un área tan fuertemente marcada por un enfoque estatocéntrico como el de la inmunidad de Estados debe ser reevaluado a la luz de los valores humanos fundamentales. Las inmunidades de Estado son una prerrogativa o privilegio y ellas no pueden hacer abstracción de la evolución del derecho internacional, que tiene lugar hoy a la luz de los valores humanos fundamentales³⁷.” El juez Cançado Trindade es de la opinión de que lo que “pone en peligro o desestabiliza el orden jurídico internacional, son los crímenes internacionales y no las demandas individuales por reparación en búsqueda de justicia”³⁸.

Igualmente, el juez disidente intenta fundar una posición que considera los defectos de una visión estatocéntrica equivocada o distorsionada frente a los imperativos de la justicia. De este modo, pone frente a frente la relevancia del ser humano y la inmunidad de Estados, propugnando la superación de la visión estrictamente inter-estatal. Por eso, cuando se pregunta ¿cuál es la relevancia de la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis* para la consideración del presente caso ante la Corte? La respuesta no se deja esperar: ninguna³⁹.

c. Ni acta jure imperii ni acta jure gestionis; crímenes “tout court”

Junto con lo anterior, el juez Cançado Trindade ha sostenido que “[l]os perpetradores de tales crímenes –individuos y Estados igualmente– no pueden pretender evitar las consecuencias legales de tales actos antijurídicos, de tales violaciones de las normas de jus cogens, invocando inmunidades. La doctrina jurídica internacional de nuestros días parece estar preparada para reconocer las obligaciones de los Estados *vis-à-vis* los individuos bajo su jurisdicción. Este debería haber sido la primera preocupación en la solución de este caso”⁴⁰. Así, según el juez ad hoc Gaja “incluso si la inmunidad cubriera en general las demandas respecto de los daños causados a civiles por actividades militares en el territorio del Estado del foro, dicha inmunidad no se extendería a demandas vinculadas a masacres de civiles o torturas cometidas en el mismo territorio”⁴¹.

³⁷ Ídem, para. 40.

³⁸ Ídem, para. 129.

³⁹ Ídem, para. 177.

⁴⁰ Ídem, para. 183.

⁴¹ ICJ. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening). Judgment, 3 February 2012. Dissenting opinion of Judge ad hoc Gaja, para. 10

d. La reacción del orden jurídico frente a violaciones de normas de jus cogens: acceso a la justicia y a la reparación

En su voto disidente, el juez de La Haya afirma que “[r]espaldar la inmunidad de Estado en casos de extrema gravedad equivale a una parodia o un desvío de la justicia, desde la perspectiva no sólo de las víctimas (y sus parientes) sino también del medio social afectado considerado en su globalidad. El respaldo de la inmunidad de Estados haciendo abstracción de la gravedad de los hechos equivale a una denegación de justicia para todas las víctimas (incluyendo sus parientes como víctimas indirectas o incluso directas). Además, impide indebidamente el orden jurídico de reaccionar proporcionalmente al daño causado por las atrocidades cometidas, siguiendo políticas estatales”⁴².

Además, se sostuvo que “[n]o hay lugar para el privilegio de la inmunidad de Estado aquí; donde no hay derecho de acceso a la justicia, no hay sistema jurídico para nada. La observancia del derecho de acceso a la justicia es imperativa, no es limitada por la inmunidad de Estado; nosotros estamos aquí en el terreno de las normas de *jus cogens*”⁴³. “La inmunidad de estados no se sostiene en el campo de las reparaciones por graves violaciones de los derechos fundamentales de la persona humana”⁴⁴.

Desde el punto de vista de la juridicidad propiamente tal, Cançado Trindade reitera que “el derecho de acceso a la justicia, en su dimensión adecuada, esto es, el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* comprende no sólo el acceso formal a la justicia (el derecho a iniciar procesos jurídicos) por medio de un recursos o acción efectiva, sino también las garantías de un debido proceso (con igualdad de armas, conformando un proceso justo), incluyendo la sentencia (como la prestación jurisdiccional), con su ejecución fiel y complete, con el otorgamiento de la reparación debida. La realización de la justicia es en sí misma una forma de reparación, concediendo satisfacción a las víctimas. En este sentido, aquellas víctimas de la opresión tienen derecho al derecho (*droit au Droit*) debidamente reivindicado”⁴⁵. “El derecho individual a la reparación es uno de los componentes del derecho de acceso a la justicia”⁴⁶.

⁴² ICJ. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening). Judgment, 3 February 2012. Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, para. 212.

⁴³ Ídem, para. 219.

⁴⁴ Ídem, para. 220.

⁴⁵ Ídem, para. 221.

⁴⁶ “The individual’s right to reparation, as already pointed out, is one of its components. In the case *Hornsby versus Greece* (Judgment of 19.03.1997), the ECtHR, after recalling the right to institute proceedings before a court and the right to procedural guarantees, added that the right of access to justice would be “illusory” if the legal system did not allow a final and operative binding judicial decision; in the view of the ECtHR, a judgment not duly executed would lead to situations incompatible with the rule of law which the States Parties undertook to respect when they ratified the European Convention”. Ídem, para. 223.

IV. Valoración

Esta parte de nuestro trabajo la hemos querido concentrar en cuatro tópicos bien definidos y que son objeto de nuestra evaluación de la sentencia. En primer lugar, abordaremos aquello respecto de lo cual la sentencia no se explayó; en segundo lugar, tratando de asumir una perspectiva optimista, examinaremos los aspectos positivos del fallo; en tercer lugar, nos focalizaremos en el lento cambio de foco del derecho internacional desde un enfoque jurídico centrado en el Estado hacia uno centrado en el individuo; por último, nos referiremos a la cuestión central de este asunto –sobre todo en la comunidad internacional del mundo global del siglo XXI–, *id est*, la prevalencia de las normas de *jus cogens*.

1. Lo que faltó

La controversia abarca distintos tópicos muy relevantes en el derecho internacional contemporáneo, particularmente, el ámbito de la inmunidad de jurisdicción del Estado, como revela la denominación con que se tituló el caso. Con todo, la decisión de los jueces se centró básicamente en la institución de la inmunidad de Estado, haciendo a un lado otros aspectos de primordial importancia en el derecho internacional de nuestros días. La consideración de estas otras áreas de gran relevancia para el derecho internacional hubiera permitido a la CIJ hacer un análisis de conjunto, sistemático e integrado del derecho internacional contemporáneo, tal como este se perfila en el siglo XXI. Tales áreas son el derecho internacional penal, especialmente en lo que respecta a la prohibición de cometer crímenes internacionales, al derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en lo que respecta al acceso a la justicia y al derecho a una reparación integral y adecuada, y, finalmente, a la plena satisfacción de los derechos del individuo como sujeto de derecho internacional⁴⁷. Incluso, se ha sostenido que la distinción realizada por la CIJ entre la norma procesal y la sustantiva no cabe. Así, Bartsch y Elberling indican que “cada norma de *ius cogens* contiene o presupone una norma procesal que garantiza su aplicación judicial”⁴⁸. Como se ha observado, en definitiva, la CIJ no consideró debidamente estos aspectos, con la misma intensidad, profundidad y propiedad que sí lo hizo respecto de la inmunidad de Estado, donde concentró mayormente la argumentación de la sentencia.

⁴⁷ ORAKHELASHVILI, Alexander. “State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong”. *European Journal of International Law*. Vol. 18, 2008, p. 964.

⁴⁸ BARTSCH, Kerstin and Elberling, Björn. “*Jus Cogens* vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the *Kalogeropoulou et al v Greece and Germany* Decision”. *German Law Journal*. Vol. 4, 2003, pp. 486-488.

La pregunta que se plantea es si la decisión final de la CIJ es consistente con el derecho internacional o con el interés común de la humanidad, de evitar la impunidad por cometer crímenes internacionales, que alcanza, en este caso, hasta la arista civil reparatoria derivada de la comisión de tales actos. La respuesta a esta pregunta no es sencilla y depende del enfoque que se asuma del derecho internacional, que, como ya se ha visto, oscila entre dos grandes polos: uno centrado en el Estado y otro centrado en el ser humano y su dignidad.

El profesor Slomanson define la inmunidad soberana como “uno de los pilares fundamentales del derecho internacional; todos los Estados tienen derecho a la igualdad. El Estado B siendo una entidad soberana co-igual en la comunidad de naciones, no debería quedar sujeto a un juicio en los tribunales del Estado A sin el consentimiento del Estado B”⁴⁹. El supuesto subyacente es que el demandante —en este caso el Sr. Ferrini, entre otros nacionales italianos afectados por las políticas de la Alemania nazi— debería ser capaz de iniciar un caso civil ante un tribunal alemán en contra de Alemania. Pero la realidad mostró que las víctimas no pudieron obtener reparación siguiendo los procedimientos judiciales y administrativos en dicho Estado, tampoco ante la Corte EDH, ni en ninguna comisión de reclamación o a través de la protección diplomática, ya sea por Italia o Grecia⁵⁰. Habiendo agotado todas las posibilidades y, por tanto, sin más alternativas, las víctimas buscaron reparación en tribunales extranjeros. En este contexto, es importante tener presente que Amnistía Internacional ha aseverado que la inmunidad soberana es una doctrina en continua evolución⁵¹. Invoca en apoyo de su posición, *inter alia*, lo señalado por la Corte EDH, en el sentido de que “por muchos años, la aplicación de la inmunidad de Estado absoluta ha ido claramente erosionándose”⁵².

2. El vaso medio lleno

La sentencia de la CIJ también se puede analizar intentando rescatar sus aspectos positivos. Y uno de estos es la indudable consagración y consolidación del derecho internacional imperativo ante la CIJ. La Corte se refiere con facilidad, lo que no ocurría de manera frecuente en el siglo pasado, a las normas de *ius cogens*. Es así como, esta alta jurisdicción reconoce la existencia de estas normas imperativas de derecho internacional general y desarrolla sus características o rasgos distintivos mínimos. Así ocurre, por ejemplo, cuando la CIJ señala que “las normas del derecho de los conflictos armados que prohí-

⁴⁹ SLOMANSON, William R. *Fundamental Perspectives on International Law*, Sixth edition. Cengage Learning, Boston, 2010, p. 76.

⁵⁰ AMNESTY INTERNATIONAL. *Germany v. Italy: The Right to Deny State Immunity when Victims Have no Other Recourse*. Amnesty International Publications, London, 2011, pp. 6-7.

⁵¹ AMNESTY INTERNATIONAL, *op. cit.*, p. 2.

⁵² ECHR. *Cudak v. Lithuania* (no.15869/02), (2010), para. 64.

ben el asesinato de civiles en los territorios ocupados, la deportación de población civil para trabajos forzados, y la deportación de prisioneros de guerra para trabajos forzados son normas de *jus cogens*". Igualmente, la CIJ reconoce la principal característica de las normas de *ius cogens*, cuando señala que "[u]na norma de *jus cogens* es una norma que no puede ser derogada".

En este contexto, la sentencia en el *caso Alemania vs. Italia* no hace sino consolidar un camino ascendente de reconocimiento y consagración de la doctrina de la CIJ respecto de las normas imperativas de derecho internacional general. En este tránsito, la CIJ ha contribuido a llenar su contenido, reconociendo un cierto número de normas que han alcanzado este carácter, y también ha contribuido a confirmar las características que la doctrina científica había desarrollado respecto de las normas de *ius cogens*.

Y también destaca la CIJ que las normas de *ius cogens* son normas de derecho internacional sustantivo, en relación a las normas procesales de derecho internacional de determinación de la jurisdicción, tales como la de la inmunidad soberana. De modo que la CIJ reconoce que las normas imperativas de derecho internacional general pertenecen a la esfera material del derecho internacional, e incluso, constituyen su núcleo duro, a diferencia de las normas sobre inmunidad de Estado, que pertenecen al ámbito procesal del derecho internacional. En una visión de derecho material, que es la que refleja la idea misma de justicia, la norma material debería primar en todo caso ante la norma procesal. Como se ha dicho precedentemente, todo lo anterior no es sino una continuación de una tendencia que ya desde hace años ha iniciado la CIJ. Así, por ejemplo, en el caso denominado *Cuestiones Relativas a la obligación de perseguir o extraditar* de 2012, la CIJ afirma, por primera vez, de manera tajante que la prohibición de la tortura es parte del derecho internacional consuetudinario y que se ha convertido en una norma imperativa (*jus cogens*)⁵³. Esta tendencia constituye asimismo el reflejo de las necesidades y de los imperativos de la comunidad internacional tal como ellos se perfilan en el siglo XXI y que se traducen, además, en el tipo de casos que son planteados ante la jurisdicción de La Haya. Estos casos, contemplan en forma creciente vulneraciones de derechos de los individuos, grupos o pueblos, cuya obligación de respeto para los Estados ha alcanzado el rango jerárquico más alto en el derecho.

⁵³ "In the Court's opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*). That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the *opinio juris* of States. It appears in numerous international instruments of universal application (in particular the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims; the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966; General Assembly resolution 3452/30 of 9 December 1975 on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), and it has been introduced into the domestic law of almost all States; finally, acts of torture are regularly denounced within national and international fora." ICJ. *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* Judgment, 20 July 2012, para. 99.

3. El lento cambio de foco del derecho internacional desde un enfoque jurídico centrado en el Estado hacia uno centrado en el individuo

En un extraordinario trabajo, la profesora Peters afirmó que la “soberanía del Estado no está sólo limitada –como en la visión canónica actual– por los derechos humanos, sino que está desde su inicio determinada y calificada por la humanidad, y tiene un valor jurídico sólo en la medida que respete los derechos humanos, intereses y necesidades. La soberanía del Estado ha sido por tanto humanizada”⁵⁴.

Existe el entendimiento de que el derecho internacional es dinámico y evolutivo. También lo es, por lo tanto, el área del derecho internacional relacionada con la inmunidad de los Estados, sobre todo en las décadas pasadas⁵⁵. Un enfoque es que los jueces de la CIJ tienen un enorme potencial para modelar el derecho internacional, o al menos, para establecer nuevas normas internacionales, redefiniendo, en términos más restringidos, aquello en lo que consiste la inmunidad soberana, e incorporando, de esa manera, las exigencias cada vez más constringentes de la comunidad internacional. En esta misma línea de los intereses comunes superiores reconocidos por la comunidad internacional, el juez Ranjeva ha sostenido prudentemente que “[s]in duda, la evolución de las opiniones y de las condiciones políticas en el mundo contemporáneo pueden analizarse como favorables a una atenuación de la concepción territorial de la jurisdicción y la emergencia de un enfoque más funcional al servicio de fines comunes de carácter superior. Reconocer tal tendencia no puede justificar el sacrificio de principios cardinales del derecho en nombre de una cierta modernidad.” La pregunta que aquí se impone en relación con este caso es ¿si la inmunidad soberana total y absoluta del Estado ante tribunales extranjeros es un principio cardinal del derecho de tal manera que no admita excepción en casos calificados?⁵⁶ Una posible respuesta la encontramos en la Opinión Separada conjunta de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el caso *Congo contra Bélgica*. En efecto, en dicha opinión los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal han afirmado que la inmunidad no es un valor en sí, sino que se trata de una excepción a una norma que si esta no existiera, se aplicaría. La inmunidad entonces “refleja un interés que en ciertas circunstancias prevalece sobre un interés que, de otro modo, sería predominante, se trata de una derogación a una competencia que normalmente se puede ejercer [...] La inmunidad representa un interés en sí, pero que, sin embargo, debe ser

⁵⁴ “State sovereignty is not only –as in the meanwhile canonical view– limited by human rights, but is from the outset determined and qualified by humanity, and has a legal value only to the extent that it respects human rights, interests, and needs. It has thus been humanized”. PETERS, Anne. “Humanity as the A and Ω of Sovereignty”. *The European Journal of International Law*. Vol. 20, N.º. 3, 2009, pp. 513-544.

⁵⁵ HERDEGEN, Matthias. *Derecho Internacional Público*. UNAM, México, 2005, p. 276.

⁵⁶ ICJ. *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). Judgment of 14 February 2002. Declaration of judge Ranjeva. *I.C.J. Reports 2002*, p. 3, para. 9.

siempre balanceada con el interés de la norma que deroga⁵⁷. Incluso en materia penal, los autores de la opinión separada admiten una lenta transición, pero sostenida, hacia una aplicación más extensiva de su competencia extraterritorial por los Estados, y esta extensión refleja la aparición de valores que son cada vez más reconocidos en el seno de la sociedad internacional. Uno de esos valores es la importancia que se otorga al castigo de los autores de crímenes internacionales⁵⁸. En este contexto, Conforti se pregunta si se puede sostener que la inmunidad no sea invocable por el Estado demandado a raíz de las consecuencias civiles derivadas de las violaciones graves a los derechos humanos. Y, a este respecto, afirma que la práctica internacional e interna no se orienta decididamente en este sentido, pero a partir de algunas de sus recientes manifestaciones puede deducirse una cierta inversión y una tendencia contra la inmunidad, sobre todo aquellas que se fundan en valores y justicia material⁵⁹.

Y es justamente este reconocimiento de valores comunes a la comunidad internacional en su conjunto que ha operado un cambio en el enfoque del derecho internacional. Por esta razón, la profesora Peters concluye que la evolución reciente del derecho internacional finalmente ha avalado lo que desde hace tiempo es reconocido en teoría política y constitucional, esto es, un cambio de la relación principal-agente, entre el Estado y los seres humanos⁶⁰. Es así como nos parece acertada la expresión del juez de la CIJ, Cançado Trindade, quien en su voto disidente indicó que la decisión de la Corte “parece más abierta y receptiva a las sensibilidades de los Estados que a la de los seres humanos víctimas, sujetos a deportación y enviados a trabajos forzados”.

4. Prevalencia de las normas de *jus cogens*

En una excelente tesis doctoral, Regina Ingrid Díaz aborda la relación entre la inmunidad de Estado y los actos que violan las normas de *ius cogens*. Esta autora concluye que “el actual desarrollo del asunto se encuentra en una fase de construcción progresiva hacia su eficacia completa, encontrándose al menos firme la idea del desplazamiento de la inmunidad *rationae materiae* o funcional en el caso de procedimientos penales que persiguen castigar a quienes hayan violado las normas que prohíben la comisión de crímenes de carácter de *ius cogens*; del lado contrario aun prevalece la idea a nivel internacional de que la inmunidad *rationae personae*

⁵⁷ ICJ. *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). Judgment of 14 February 2002. Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal. *I.C.J. Reports 2002*, p. 3, para. 71.

⁵⁸ ICJ. *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) Judgment of 14 February 2002. Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal. *I.C.J. Reports 2002*, p. 3, para. 73.

⁵⁹ CONFORTI, Benedetto. *Diritto Internazionale*, VIII edizione. Editoriale scientifica, Napoli, 2010, p. 257.

⁶⁰ PETERS, Anne. *Op. cit.*, pp. 513-544, especialmente p. 515.

o personal tiene aplicación aun tratándose de actos transgresores de estas prohibiciones de *ius cogens*; asimismo, no se reconoce la calidad de *jus cogens* de estas normas en procedimientos civiles que persiguen la reparación pecuniaria de la víctimas de tales actos”⁶¹.

Uno de los principales argumentos de autoridad que se pueden tener presentes en el debate sobre si un Estado goza de inmunidad frente a demandas civiles en los tribunales de otro Estado por violaciones de normas de *jus cogens*, es el caso *Al-Adsani* ante la Corte EDH de 2001. En este caso, la Corte EDH, en una débil decisión de mayoría de 9 votos contra 8, distingue entre acciones penales y acciones civiles intentadas ante tribunales de un Estado en contra de otro Estado extranjero quien en principio, según el derecho internacional, gozaría de inmunidad. Si bien la Corte está dispuesta a aceptar que la inmunidad cede frente a un caso de responsabilidad penal individual por cometer crímenes internacionales, esta misma Corte EDH no puede afirmar que el Estado no goza de inmunidad ante demandas civiles ante tribunales de otros Estados cuando actos violatorios de normas de *jus cogens* son alegados⁶².

Frente a la decisión de la mayoría en este caso, el juez Loucaides, en su voto disidente afirma que el “*rationale* detrás del principio de derecho internacional que aquellos responsables por actos atroces de tortura deben ser responsables, no está basado solamente en objetivos de derecho penal. Es igualmente válido en relación con cualquiera responsabilidad jurídica, cualquiera sea de la que se trate”⁶³. Además, el juez Loucaides agrega que “cualquier forma de inmunidad total basada en el derecho internacional o nacional, que es aplicada por un tribunal en orden

⁶¹ DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. *Reconocimiento del ius cogens internacional en el ordenamiento jurídico chileno*. Tesis para optar al grado académico de Doctor en Derecho. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, p. 372.

⁶² “While the Court accepts, on the basis of these authorities, that the prohibition of torture has achieved the status of a peremptory norm in international law, it observes that the present case concerns not, as in *Furundzija* and *Pinochet*, the criminal liability of an individual for alleged acts of torture, but the immunity of a State in a civil suit for damages in respect of acts of torture within the territory of that State. Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged. In particular, the Court observes that none of the primary international instruments referred to (Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Articles 2 and 4 of the UN Convention) relates to civil proceedings or to State immunity.” ECHR. *Case of Al-Adsani v. The United Kingdom* (Application no. 35763/97). Judgment, 21 November 2001, para. 61.

⁶³ “I cannot see why there should be a distinction between criminal and civil proceedings in this respect, as contended by the majority. In view of the absolute nature of the prohibition of torture it would be a travesty of law to allow exceptions in respect of civil liability by permitting the concept of State immunity to be relied on successfully against a claim for compensation by any victim of torture. The rationale behind the principle of international law that those responsible for atrocious acts of torture must be accountable is not based solely on the objectives of criminal law. It is equally valid in relation to any legal liability whatsoever.” ECHR. *Case of Al-Adsani v. The United Kingdom* (Application no. 35763/97). Judgment, 21 November 2001. Dissenting Opinion of Judge Loucaides, p. 34.

a bloquear completamente la determinación judicial de un derecho civil sin sopesar los intereses opuestos, como son aquellos conectados con la inmunidad y aquellos relacionados con la naturaleza de la demanda específica que es el asunto objeto del proceso relevante, es una limitación desproporcionada del derecho de acceso a la justicia” y continua para concluir que en este caso “el resultado absurdo e injusto de aplicar una inmunidad total sin atender a ninguna consideración conectada con el proceso específico es más evidente porque la inmunidad impide hacer efectiva la responsabilidad por violaciones graves de una norma imperativa de derecho internacional”⁶⁴.

Justamente en este sentido la profesora Díaz ha sostenido, correctamente en nuestra opinión, que “en cuanto al argumento que señala que la inmunidad no entra en conflicto con las normas de *jus cogens* porque se trata de una norma de carácter procesal y que por tal no contradice a la norma sustantiva de *jus cogens*, se ha de considerar que las normas procesales están al servicio de la norma sustantiva y si ellas obstaculizan la efectividad de la sustancia de la norma de *jus cogens*, también han de ser alcanzadas por sus efectos, sino estas no podrían llegar jamás a ser eficaces y quedarían sólo como un deseo o aspiración de la comunidad internacional sin concreción”⁶⁵.

Incluso, más relevante resulta el voto disidente conjunto de los jueces Rozakis y Caflisch, al que se unieron los jueces Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic en el caso *Al-Adsani*. En dicho voto, los jueces europeos sostuvieron que “aceptando que la norma sobre prohibición de la tortura es una norma de *jus cogens*, el voto de mayoría reconoce que dicha norma es jerárquicamente superior que cualquier otra norma de derecho internacional, ya sea general o particular, consuetudinaria o convencional, con la excepción, por supuesto, de otra norma de *jus cogens*. Ya que, la característica básica de una norma de *jus cogens* es que, como una fuente de derecho en el ahora sistema jurídico internacional vertical, anula cualquier otra norma que no tenga el mismo estatus. En el evento de un conflicto entre una norma de *jus cogens* y cualquier otra norma de derecho internacional, la norma de *jus cogens* prevalece. La consecuencia de tal prevalencia es que la norma en conflicto es nula o, en todo caso, no produce los efectos jurídicos que están en contradicción con la norma imperativa”⁶⁶. Finalmente, el voto disidente conjunto concluye de manera

⁶⁴ ECHR. *Case of Al-Adsani v. The United Kingdom* (Application no. 35763/97). Judgment, 21 November 2001. Dissenting Opinion of Judge Loucaides, p. 34.

⁶⁵ DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. *Op. cit.*, p. 375.

⁶⁶ “By accepting that the rule on prohibition of torture is a rule of *jus cogens*, the majority recognise that it is hierarchically higher than any other rule of international law, be it general or particular, customary or conventional, with the exception, of course, of other *jus cogens* norms. For the basic characteristic of a *jus cogens* rule is that, as a source of law in the now vertical international legal system, it overrides any other rule which does not have the same status. In the event of a conflict between a *jus cogens* rule and any other rule of international law, the former prevails. The consequence of such prevalence is that the conflicting rule is null

sobresaliente con la siguiente afirmación: “la prohibición de la tortura, siendo una norma de *jus cogens*, actúa en la esfera internacional y priva a la norma de inmunidad soberana de todos sus efectos jurídicos en esa esfera. La naturaleza penal o civil del proceso judicial interno es inmaterial”⁶⁷. Desde una perspectiva más general, el juez Ferrari Bravo se lamenta porque considera que la Corte Europea se parapetó detrás de argumentos formalistas del derecho, en clasificaciones y distinciones, sin entrar al examen de la materialidad del derecho⁶⁸. En este mismo sentido, como señala la profesora Regina Ingrid Díaz, refiriéndose a Bornkamm⁶⁹, “además de subrayar aquella posición que sostiene que los derechos y obligaciones derivados de una violación de una norma de *jus cogens* también tienen este carácter imperativo, tilda el razonamiento de la CIJ de formalista y opina que desde una perspectiva del derecho de los derechos humanos se debe entender que la inmunidad de jurisdicción es una excepción al derecho fundamental de acceso a la justicia y que como toda limitación a derechos individuales está sujeta al test de proporcionalidad, el cual puede implicar que el derecho al acceso a la justicia prevalezca sobre la inmunidad dependiendo de las circunstancias del caso particular”⁷⁰. Respecto del *caso Al-Adsani*, Oliveira ha sostenido que “la denegación de un recurso a la víctima en tales casos representa un lamentable retroceso considerando que el derecho de los derechos humanos se ha desarrollado para asegurar a los individuos una protección efectiva contra violaciones de obligaciones tan vitales por los Estados”⁷¹.

and void, or, in any event, does not produce legal effects which are in contradiction with the content of the peremptory rule.” ECHR. *Case of Al-Adsani v. The United Kingdom* (Application no. 35763/97). Judgment, 21 November 2001. Joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic, para. 1.

⁶⁷ Ídem, para. 4.

⁶⁸ “What a pity! [...] every State has a duty to *contribute* to the punishment of torture and cannot hide behind formalist arguments to avoid having to give judgment. [...] But it is precisely one of those old formalist arguments which the Court endorsed when it said (in paragraph 61 of the judgment) that it was unable to discern any rules of international law requiring it not to apply the rule of immunity from civil suit where acts of torture were alleged”. ECHR. *Case of Al-Adsani v. The United Kingdom* (Application no. 35763/97). Judgment, 21 November 2001. Dissenting Opinion of Judge Ferrari Bravo, p. 34.

⁶⁹ “Yet even beyond that, the ICJ’s reasoning appears somewhat formalistic. It does not allow for a more dynamic understanding of immunity that reflects the reality of international law today. From the perspective of human rights law, an understanding of immunity quite different from that of the Court is needed. Immunity from jurisdiction is an exception to the fundamental right of access to justice.” BORNKAMM, Paul Christoph. “State Immunity against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State”. *German Law Journal*. Vol. 13, no. 6, 2012, pp. 773-782, especialmente, p. 781.

⁷⁰ DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid, *op. cit.*, p. 316.

⁷¹ *De Oliveira Moll*, Leandro. “Al-Adsani v. United Kingdom. State Immunity and Denial of Justice with Respect to Violations of Fundamental Human Rights”. *Melbourne Journal of International Law*. Vol. 4, 2003, pp. 1-31.

Aquello que resulta interesante es que la Corte EDH, al menos, en el caso *Kalogeropoulou* de 2002, señala que la norma actual del derecho internacional público indica que los Estados todavía son titulares de inmunidad frente a demandas civiles de reparación en casos de crímenes internacionales, pero, a pesar de esto, los jueces europeos no se cierran a un desarrollo en el derecho internacional consuetudinario en el futuro⁷².

En esta misma línea, evaluando la sentencia de la CIJ en el caso *Alemania v. Italia*, tanto Díaz como Bornkamm y Francioni sugieren que esta decisión de la CIJ “no debe entenderse como un obstáculo para posibles nuevos desarrollos jurisprudenciales en esta materia, pues se espera que los tribunales se apeguen mayormente a consideraciones de justicia que a aspectos políticos”⁷³.

⁷² “The Court does not find it established, however, that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages brought against them in another State for crimes against humanity (see *Al-Adsani*, cited above, § 66). The Greek Government cannot therefore be required to override the rule of State immunity against their will. This is true at least as regards the current rule of public international law, as the Court found in the aforementioned case of *Al-Adsani*, but does not preclude a development in customary international law in the future”. ECHR. *Case of Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany*. Decision 12 December 2002. (Application N.º 59021/00), p. 9.

⁷³ DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid, *op. cit.*, p. 308. “In fact, hope remains that the relationship between state immunity and the right of access to justice will continue to be a dynamic one. This hope rests in the fact that the main actors here are courts, not governments. It is up to courts to determine the scope of jurisdictional immunity in a particular case— and they are more likely to be driven by considerations of justice than by political concerns. Given the dynamic of immunity law, a court claiming jurisdiction over a state on the basis of a well-reasoned assessment of the law should no longer be regarded as breaching the law”, véase BORNKAMM, Paul Christoph, *op. cit.*, pp. 773-782; FRANCIONI, Francesco: “From Utopia to Disenchantment: The Ill Fate of ‘Moderate Monism’ in the ICJ judgment on *The Jurisdictional Immunities of the State*”. *European Journal of International Law*. Vol. 23, no. 4, 2012, pp. 1125-1132, especialmente, pp. 1131-1132.

V. Reflexiones finales

Se debe reconocer que la CIJ deja establecido por una importante mayoría de votos, 12 contra 3, que Alemania goza de la inmunidad de Estado de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario frente a actos consistentes en violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario cometidas por el Reich alemán entre 1943-1945. También debemos aceptar que la Corte ha utilizado este criterio en casos donde se discutía ya sea la inmunidad personal de un Ministro de Relaciones Exteriores o bien la capacidad de la norma de *ius cogens* para servir de título efectivo fundante de la jurisdicción de la CIJ. La Corte, para justificar su criterio, se apoya largamente en la práctica de los Estados, a partir de la cual extrae como conclusión la regla. Esta cuestión es bastante interesante en derecho internacional, ya que comparativamente hablando, en derecho interno, la práctica y la conciencia jurídica de la sociedad no se le asigna casi ningún rol, quedando entregada la determinación de la regla de derecho a un ente externo al comportamiento social, el propio Estado. Este es el proceder, a partir del surgimiento del Estado Nación y consolidado con la construcción teórica de Kelsen hace casi un siglo.

Aquello que también llama la atención es que la CIJ usa intensivamente para respaldar y justificar su decisión, el razonamiento utilizado por tribunales internacionales de derechos humanos, particularmente, la Corte EDH. Esto, como ya se ha dicho, no es sino una manifestación patente de un diálogo judicial fructífero y fluido entre jurisdicciones internacionales cuyos argumentos tienden a apoyarse y enriquecerse mutuamente.

Esta sentencia demuestra que es difícil hacer evolucionar el derecho tan rápido como lo hace la conciencia jurídica de la comunidad internacional en su conjunto. Por cierto, esta comunidad internacional de Estados a la que nos referimos, no es la comunidad internacional de la que es tributaria la Corte, vale decir, aquella compuesta exclusivamente por Estados. Es evidente que la comunidad internacional del siglo XXI está compuesta por un conjunto mucho más amplio de sujetos distintos del Estado, empezando por los individuos, comunidades y pueblos, respecto de los cuales la CIJ no investigó ni buscó su práctica ni su opinión. En este contexto, resulta meridianamente claro que analizar una situación jurídica que ha evolucionado y es de primordial importancia en los albores del siglo XXI, con el prisma de un derecho internacional clásico, no puede conducir a buen puerto.

Además, en este caso, hubo relevantes aspectos de derecho internacional que fueron soslayados por la CIJ tales como si la inmunidad del Estado subsiste en un juicio civil por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Tampoco se abordó la cuestión de si se viola una norma de *ius cogens* cuando se aplica una norma

que impone un obstáculo procesal al juez del Estado del foro para conocer de un asunto. La consideración de tales aspectos de gran relevancia para el derecho internacional hubiera permitido a la CIJ hacer un análisis de conjunto, sistemático e integrado del derecho internacional contemporáneo, tal como éste se perfila en el siglo XXI.

En los albores del siglo XXI, los Estados no deberían poder parapetarse detrás de la doctrina de la inmunidad soberana en casos de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, sobre todo cuando está en juego la efectividad del derecho de acceso a la justicia y del derecho a la reparación adecuada e integral de las víctimas. Una visión del derecho internacional centrada en el individuo y en su dignidad intrínseca y una preocupación mayor por parte de los jueces en el primado del derecho, en lugar del primado de la política, podría, eventualmente, hacer caer la balanza del lado del derecho de los individuos a la reparación más que del lado de la inmunidad del Estado.

La pregunta y la preocupación que se plantea es que si la CIJ hubiera juzgado a favor de Italia, ¿ello habría abierto las puertas a los reclamos por compensaciones de parte de individuos en el mundo entero? Dada la decisión de la CIJ, eso no lo sabremos por el momento. Pero en realidad no lo creemos. No olvidemos que se trata de crímenes internacionales y eso, por suerte, por el momento, permanece un fenómeno restringido. Este será un caso muy interesante que seguirá siendo analizado en la academia y por los practicantes del derecho internacional y sin duda que tendrá impactos en casos de derechos humanos en el futuro.