

**EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
ANTE LOS PRIVILEGIOS E INMUNIDADES.
UNA VISION DEL MERCOSUR**

Favio FARINELLA*
Lucien SAIEG PASTORE**

CONTENIDOS: I. El reconocimiento normativo del derecho a una tutela judicial efectiva. I.a. Argentina. I.b. Brasil. I.c. Paraguay. I.d. Uruguay. II. La inmunidad estatal como norma de DI general. II.1. Las inmunidades diplomáticas y consulares en los países del Mercosur. III. Inmunidades diplomáticas y eventual denegación de justicia. III.1. La inmunidad jurisdiccional no es sinónimo de denegación de justicia. V. Conclusiones.

* Profesor titular de Derecho Internacional Público. PhD, University of Mar del Plata, PhD Candidate University of Buenos Aires, Argentina. BSc in International Politics University of London, London School of Economics, UK. Erasmus Mundus Human Rights invited Scholar, Roehampton University, London, UK. Mail: faviofarinella@hotmail.com

** Investigadora. Abogada, Profesora e Investigadora en Formación. Universidad Nacional de Mar del Plata. Mail: luciensaieg@gmail.com

I. El reconocimiento normativo del derecho a una tutela judicial efectiva

La relevancia de cualquier derecho reconocido es cuestionable si a las víctimas les es negada la capacidad legal de ejercerlos, sea ante un tribunal doméstico, regional o internacional. Como señaló Lord Denning en el caso *Gouriet* (1978): 'un derecho sin la posibilidad de interponer recurso no es en absoluto un derecho'.¹ En todo sistema protectorio de los derechos humanos, el aspecto procedimental debe compatibilizarse con el material. Alexy afirma incluso que las exigencias jufundamentales al procedimiento 'no pueden sustituir las exigencias jufundamentales al resultado', lo cual vale para todo procedimiento jurídico. El resultado del procedimiento debe garantizar los derechos materiales del titular. Afirma Alexy: 'El derecho procesal sirve para la producción de decisiones conformes a la ley y, desde este punto de vista, correctas pero, además, dentro del marco de esta corrección, *justas*'.²

¹ Lord Denning en *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, Court of Appeal, 1978, p. 435, citado en R. Higgins, 'The role of domestic courts in the enforcement of international human rights: The United Kingdom', en B. Conforti y F. Franciani (dis.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1997, p. 38. Puede consultarse la sentencia de la Cámara de los Lores en <http://www.uniset.ca/other/css/1978AC435.html>

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

³ Aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en su 56º período de sesiones el año 2000. E/CN.4/2000/62, 18/01/2000. Conforme a su resolución 1989/13, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías encomendó al señor Theo van Boven la tarea de realizar un estudio sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales (E/CN.4/Sub.2/1993/8). El señor Theo van Boven preparó tres versiones de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a obtener reparaciones. La primera versión se halla en el documento E/CN.4/Sub.2/1993/8 del 02/07/1993, sección IX; la segunda, en el documento E/CN.4/Sub.2/1996/17 del 24/05/1996 y la tercera, en el documento E/CN.4/1997/104 del 16/01/1997. La Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 1996/35, consideró que los principios y directrices básicos propuestos por van Boven eran una base útil para dar prioridad a la cuestión

El DIPu afirma el derecho de toda víctima de una violación de derechos humanos a que le sea concedido un recurso efectivo ante la jurisdicción. Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones³, afirman que el contenido del derecho a interponer recursos comprende tres cuestiones: (i) el acceso a la justicia; (ii) la reparación del daño sufrido; y (iii) el acceso a información fáctica sobre las violaciones.⁴ En cuanto a la reparación, los Principios distinguen varias formas como la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.⁵

El derecho a un recurso efectivo es reconocido en numerosos e importantes documentos internacionales como la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (art. 18)⁶; la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8)⁷; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25)⁸; el Pacto

de la restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas; en la resolución 1998/43, pidió a su presidente que designara un experto para que preparase una versión revisada de los principios y directrices básicos elaborados por van Boven con miras a su adopción por la Asamblea General. De acuerdo con el párrafo 2 de dicha resolución, el presidente de la Comisión de Derechos Humanos designó para esa función al señor Cherif Bassiouni. Estos Principios tuvieron como antecedente la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobada por la Asamblea General en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985. Se hizo referencia asimismo a la resolución aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28/09/1977 con el objetivo de armonizar las legislaciones nacionales en el ámbito de las indemnizaciones a las víctimas de delitos, resolución (77) 27, aprobada durante su 275º reunión.

⁴ Principio 11, Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos, op. cit. (nota 8).

⁵ Principio 21, *ibíd.*

⁶ Artículo 18: Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

⁷ Art. 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

⁸ Art. 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho

Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, inc 1 y 2)⁹; el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (art. 2, y especialmente el inc. 3)¹⁰ y su Protocolo Facultativo (art. 2)¹¹; la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (arts. 5 y 6)¹²; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de

discriminación racial (art. 6)¹³; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 24)¹⁴; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes (art. 14)¹⁵; la Convención sobre los derechos del niño (art. 37, inc. d.)¹⁶; la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (arts. 4 y

a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Art. 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

⁹ Art. 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁰ Art. 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete

a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; (...).

¹¹ Art. 2. Con sujeción a lo dispuesto en el Art. 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita.

¹² Art. 5. Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el Art. 3.

Art. 6. Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el Art. 3, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

¹³ Art. 6. Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

¹⁴ Art. 24. Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención.

¹⁵ Art. 14 1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

¹⁶ Art. 37. Los Estados Partes velarán por que: d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así

9, parr. 3);¹⁷ y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 13).¹⁸

Además de las citadas, otras normas internacionales afirman el derecho a un recurso efectivo: la Convención de La Haya del 18.10.1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra (Convención IV, art 3)¹⁹; el Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra de 1949 relativo a la protección de víctimas en conflictos armados internacionales (Protocolo I, art. 91)²⁰; la Declaración de Viena sobre los derechos humanos (art. 27)²¹; el Estatuto de

como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

¹⁷ Art. 4. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos: a. Cuando la desaparición forzada de personas o cualesquiera de sus hechos constitutivos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción; b. Cuando el imputado sea nacional de ese Estado; c. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Todo Estado Parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo. (...) Art. 9. No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

¹⁸ Art. 13 Acceso a la justicia 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

¹⁹ Art. 3. La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada.

²⁰ Art. 91. Responsabilidad. La Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas.

²¹ Art. 27. Cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos. La administración de justicia, en particular los organismos encargados de hacer cumplir la

Roma de la Corte Penal Internacional (arts. 68 y 75, inc. 1.)²²; y la Declaración de los Principios de Justicia Básicos para las víctimas de delitos y abuso de poder (art. 4).²³

El 'derecho a una protección jurídica efectiva' y en especial, el 'derecho a la jurisdicción' han sido reconocidos en los sistemas regionales de protección de derechos humanos. Lo establecen la Carta Africana de derechos humanos y de los Pueblos (art. 7)²⁴; la Convención Europea de derechos humanos y libertades fundamentales (art. 13 y 41)²⁵; y la Convención Americana sobre

ley y del enjuiciamiento así como un poder judicial y una abogacía independientes, en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de importancia decisiva para la cabal realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables en los procesos de democratización y desarrollo sostenible.

²² Art. 68 Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones; y Art. 75. Reparación a las víctimas.

²³ Resolución 40/34 de la Asamblea General, anexo (29/11/1985). Art. 4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

²⁴ Art. 7. 1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica: a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes; b) el derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su inocencia; c) el derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección; d) el derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial. 2. Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al trasgresor.

²⁵ Art. 13. Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Art. 41 Satisfacción equitativa Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

Derechos Humanos (artículos ya citados).

En los documentos mencionados, los Estados asumen el deber de garantizar una protección jurídica efectiva a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

I.a. Argentina

La República Argentina ha incorporado trece instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos en su Constitución, conformando el llamado 'bloque de constitucionalidad', gozando en consecuencia, de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN Argentina).²⁶ Así, el derecho a una tutela judicial efectiva se encuentra situado en lo más alto de la pirámide jurídica doméstica.

En suma, el derecho Argentino provee no sólo una protección formal al incorporar en su Constitución los derechos humanos reconocidos internacionalmente, sino que además menciona en forma expresa la obligación del Estado de otorgar un recurso efectivo que prevenga, corrija y castigue toda lesión producida. Afirmó la Corte Interamericana de derechos humanos (CtIDH) en *Gutiérrez v. Argentina* (2013)²⁷:

La Corte ha establecido que, de conformidad con la Convención Americana, los Estados Partes están

obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25)²⁸, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1)²⁹, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).³⁰

Por otro lado, esta Corte ha señalado que 'el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos'³¹, y que 'los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad', pues de lo contrario 'se conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones.'³²

²⁶ A saber, Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales; Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y su Protocolo Facultativo; Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio; Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes; Convención sobre los derechos del niño; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra; Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; y Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

²⁷ CtIDH, caso *Gutiérrez y familia v. Argentina*, Sentencia de 25/11/2013, Fondo, Reparaciones y Costas, paras. 97 y 99.

²⁸ Véase CtIDH, Caso *Fairén Garbí y Solís Corrales v. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de

26/06/1987. Serie C No. 2, para. 90, y Caso *Masacres de Río Negro v. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 04/09/2012. Serie C. No. 250, para. 191.

²⁹ Véase CtIDH, Caso *Godínez Cruz v. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26/06/1987. Serie C No. 3, para. 92, y Caso *Mohamed v. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, para. 82.

³⁰ Véase CtIDH, Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26/06/1987. Serie C No. 1, para. 91, y Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, supra, para. 242

³¹ Véase CtIDH, Caso *Bulacio v. Argentina*, supra, para. 115, y Caso *Suárez Peralta v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21/05/2013. Serie C No. 261, para. 93.

³² Véase CtIDH, Caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, para. 211, y Caso *De la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala*. Excepción

sistema:

La jurisprudencia de la CtIDH en este punto deviene fundamental, atento el carácter que le reconoce la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) Argentina, la cual ha sostenido repetidamente que 'es obligación de los tribunales locales aplicar las normas internacionales y las decisiones de los órganos internacionales de protección (Cortes y Comités)'. Así lo afirmó en importantes precedentes judiciales en base a los artículos 26, 27 y 29 de la CVDT. La CSJN ha reconocido a los 'órganos de los tratados' como 'intérpretes autorizados' en precedentes como Aquino; Vizzoti; Maldonado; y Torriño.³³ En Uriarte v. Consejo de la Magistratura³⁴, afirmó la CSJN:

*'8º) (...) este Tribunal ha señalado que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales de orden internacional (Fallos: 321:3555; 328:1491; 330:3248), el principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso (...).'*³⁵

La CtIDH señaló en el caso Bulacio v. Argentina (2003) que el derecho de acceso a la justicia 'debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables.'³⁶ En Juan Humberto Sánchez (2003), la CtIDH enfatizó que el DIDH recoge un principio básico del DIPu por el que se responsabiliza al Estado por acciones y omisiones violatorias del

*'(...) ya que según las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.'*³⁷

Esta doctrina es reiterada en casos posteriores como Cinco pensionistas, Comunidad Mayagna Awas Tingni y 19 Comerciantes³⁸. Precisamente en 19 Comerciantes, sostiene la CtIDH que el fin del DIDH es proporcionar al individuo medios de protección frente al Estado:

*'La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre), y que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.'*³⁹

La CSJN Argentina se ha expedido ampliamente respecto del derecho a la jurisdicción. En Manauta, al revocar la sentencia recurrida y no hacer lugar a la inmunidad jurisdiccional del Estado demandado, afirmó la CSJN respecto de la denegación de justicia:

Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 120 y 125.

³³ CSJN Argentina, Aquino (Fallos: 327:3753); Vizzoti (Fallos: 327:3677); Maldonado (Fallos: 328: 4343); y Torriño (Fallos: 332:709 – 31/3/2009).

³⁴ CSJN Argentina, Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, FLP 9116/2015/CAI – CSI, 04/11/2015, para. 8.

³⁵ CSJN Argentina, Aparicio Ana Beatriz y otros c/ EN - CSJN- Consejo de la Magistratura- art. 110 s/ empleo público 1095/2008 (44-A), (21/04/2015).

³⁶ CtIDH, Caso Bulacio v. Argentina. Fondo, Reparaciones

y Costas. Sentencia de 18/09/2003. Serie C No. 100, para. 114. Véase también Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños, supra, para. 242.

³⁷ CtIDH, caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Sentencia, 07/06/2003, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, para. 142.

³⁸ CtIDH caso Cinco Pensionistas, Cinco Pensionistas v. Perú, Sentencia de 28/02/2003. Fondo, reparaciones y Costas, para. 163; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, 2001, para. 154; caso 19 Comerciantes v. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5/07/2004. Serie C No. 109, para. 181.

³⁹ CtIDH, caso 19 Comerciantes v. Colombia. para. 181.

'una interpretación opuesta... conduciría en el caso, al injusto resultado de obligar al trabajador a una casi quimérica ocurrencia ante la jurisdicción del Estado extranjero o a requerir el auxilio diplomático argentino por vías letradas generalmente onerosas y extrajudiciales. Todo ello conduciría a un grave peligro de su derecho humano a la jurisdicción, peligro que el derecho internacional actual tiende a prevenir y no precisamente a inducir'.⁴⁰

Cuando no se provee a la víctima del derecho a una tutela judicial efectiva, podemos hallarnos frente a una denegación de justicia, cuestión que trataremos más adelante.

La denegación de justicia ha sido considerada por la CSJN como argumento esencial al momento de levantar la inmunidad de jurisdicción de una organización internacional. Su jurisprudencia requiere probar que el procedimiento de solución de controversias al que debería someterse la demanda no es eficaz o conduce a una situación de privación de justicia.⁴¹ En esta línea, la CSJN sostuvo que la existencia de algún procedimiento de solución de controversias alternativo y efectivo, es requisito esencial para la concesión de la inmunidad jurisdiccional de una organización

internacional. En la causa *Duhalde v. Organización Panamericana de la Salud*⁴², la Corte verificó que los tratados con la organización regional se adecuaban a los principios del derecho público contenidos en la Constitución Nacional (en virtud de lo prescripto por el artículo 27 de la Carta Magna), ya que no se podía pactar una inmunidad de jurisdicción absoluta a favor de la organización internacional que comportase una privación de justicia, por lo que resultaba imprescindible que la organización contara con tribunales propios o se previera una jurisdicción arbitral o internacional con garantías suficientes en la administración de justicia. Reiteró que 'la existencia de un mecanismo alternativo satisfactorio de solución de controversias, es condición para el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción que compete a los organismos internacionales'.⁴³

La afirmación de la tutela judicial efectiva ha sido afirmada en el caso '*V.v.M, D. A*', donde a través de los votos de los jueces Moliné O'Connor y López se afirmó la necesidad de brindar una 'protección jurídica efectiva'.⁴⁴

En la intersección entre el derecho a la tutela judicial efectiva y las inmunidades jurisdiccionales, la justicia Argentina en *Milman v. Estado Nacional*⁴⁵ se pronunció

⁴⁰ CSJN, *Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa*, 22/12/1994; Fallos: 317:1880, considerando 13.

⁴¹ Véase CSJN, *Fibraca Constructora c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*; '*Duhalde, Mario Alfredo c/ Organización Panamericana de la Salud – Oficina Sanitaria Panamericana*'; '*Galinger y otro c/ Estado Nacional y otro (Comisión Técnica Mixta de Salto Grande)*'. Respecto de la privación de justicia véase el caso '*Cabrera, Washington c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*', CSJN, 05/12/1983, por lo que la Corte Suprema decidió aceptar la competencia de los tribunales argentinos, en tanto todavía no habían sido constituidos los tribunales arbitrales que entenderían en las controversias vinculadas al ente binacional de Salto Grande; ver CSJN Fallos: 305:2150. Citado por González Napolitano, Silvana S. *Evolución de la Jurisprudencia Argentina en Materia de Inmunidad de Jurisdicción de los Estados Extranjeros*. En internet <http://rincondelfallo.blogspot.com.ar/2011/05/evolucion-de-la-jurisprudencia.html>

⁴² CSJN, caso *Duhalde, Mario Alfredo c. Organización Panamericana de la Salud – Oficina Sanitaria*

Panamericana s. Accidente Ley 9688, Sentencia, 31/08/1999. Fallos: 322:1905.

⁴³ Cfr. considerando 10. Esta cita de la CSJN corresponde al precedente del caso '*Fibraca Constructora c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*', CSJN, 07/07/1993, CSJN Fallos: 316:1669. La CSJN Argentina ha rechazado la aplicación analógica de las excepciones contenidas en el Art. 2º de la Ley 24.488 a las demandas contra organismos internacionales que gozan de inmunidad de jurisdicción y cuentan con un mecanismo internacional de solución de controversias, como en el caso *Duhalde*. La razón invocada por la Corte es que ambas inmunidades –la de los Estados extranjeros y la de las organizaciones internacionales– tienen distinto fundamento. La primera se basa en una norma consuetudinaria, mientras que la segunda tiene su origen en una norma convencional, por lo que –en este último caso– debe estarse a las reglas establecidas en los convenios.

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

⁴⁵ Argentina Cámara Nacional Electoral, *Milman Gerardo Fabián c/ Estado Nacional-PEN s/ proceso de conocimiento – respecto del art. 16 de la Ley 27.120*, MJ-

recientemente en contra de la extensión a otras autoridades, de las inmunidades reconocidas por la Constitución Nacional Argentina. En el caso concreto se trataba de los diputados del parlamento del Mercosur. Hacia fines de 2017, la CSJN Argentina confirmó el fallo, rechazando por unanimidad que la sra. Milagro Sala poseyera inmunidad de arresto como parlamentaria del Mercosur.⁴⁶ Con base en la misma normativa regional, señaló la Corte Argentina que la 'inmunidad de arresto' pretendida sólo fue otorgada a los legisladores del Parlasur en el Estado sede del Parlamento, es decir, en el territorio de la República Oriental del Uruguay. Consideró en consecuencia que no estaba afectada en el caso su 'libertad de circulación' o 'libertad de desplazamiento' por cuanto, al momento de ser citada por el Parlamento del Mercosur como parlamentaria electa, ya se encontraba previamente detenida en el marco de un proceso penal cuyo objeto resulta por completo ajeno a la labor parlamentaria. En segundo término, el Tribunal señaló que conforme la Constitución Argentina, las inmunidades de proceso y de arresto son excepcionales y no pueden extenderse a supuestos que no fueron previstos en la Constitución Nacional. Por ello, declaró inconstitucional el artículo 16 de la ley 27120, en la medida en que asimila a los parlamentarios del Mercosur, que representen a la ciudadanía argentina, a los diputados nacionales en materia de inmunidades parlamentarias.

En lo que interesa a la tutela judicial efectiva para las víctimas, la Corte Suprema Argentina señaló que, habida cuenta que la inmunidad de arresto constituye una excepción al principio de igualdad ante la ley, debe admitirse únicamente en razón de la necesidad de garantizar el funcionamiento de los poderes del Estado que emanan de la Constitución Nacional. Por ello, descartó que el legislador Argentino pueda conferir inmunidad de arresto a autoridades distintas de las establecidas en la misma Constitución Nacional.

I.b. Brasil

La Constitución Brasileira emplaza ciertos tratados internacionales de derechos humanos y derechos fundamentales en un lugar de privilegio. Su texto incorporó del escenario internacional una gama de derechos individuales, sociales, políticos, difusos y colectivos, elevándolos a la condición de cláusula constitucional pétrea respecto del poder derivado. Además, al situarse en la primera parte de la Constitución, se convierten en un instrumento para la organización y realización de los órganos del poder en el Estado ubicados en la segunda parte.⁴⁷

Respecto del derecho a una tutela judicial efectiva, la Constitución Federal Brasileira de 1998, en su art. 5 garantiza la igualdad y en forma expresa menciona que 'la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o la amenaza de derechos' (art. 5, inc. 35 CFB). Si bien la garantía del acceso a la Justicia no está prevista en forma expresa, se asegura un conjunto de otros derechos subjetivos procesales identificados con ella.⁴⁸ Así, la Constitución destaca en el capítulo denominado 'Derechos y Garantías Fundamentales', una serie de garantías del proceso entre las que se mencionan: (i) el proceso jurisdiccional; (ii) el acceso a la justicia; (iii) no exclusión del control jurisdiccional; (iv) la asistencia jurídica, asistencia judicial y gratuidad de justicia; (v) la duración razonable del proceso y celeridad; (vi) la igualdad procesal; (vii) el juez natural; (viii) la doble instancia de jurisdicción; (ix) la publicidad de los actos procesales; (x) la prohibición de la prueba ilícita; y (xi) la fundamentación de las decisiones judiciales.

Por otra parte, el Código Civil Brasileiro afirma que 'a todo derecho corresponde una acción que lo asegura'.⁴⁹

JU-M-95446-AR | MJJ95446 | MJJ95446 (15/10/2015).

⁴⁶CSJN Argentina, Sentencia (06/12/2017).

⁴⁷Sarmiento, Daniel, *Direito fundamentais e relações privadas*, ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: parte I, cap. II, ítem 5, p. 85.2. (2006).

⁴⁸Véase Pires Rocha, Eliana y Carús Guedes, Jefferson,

Derechos Fundamentales y Proceso Civil en el Brasil: Algunas técnicas procesales compensatorias de desigualdades sociales y la protección judicial de los derechos fundamentales. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 11. (2010), ps. 451-492.

⁴⁹Código Civil de Brasil, art. 75.

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

Cobra importancia entonces el nascente concepto de 'tutela específica' prevista en el art. 461 del Código de Proceso Civil y en el art. 84 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil. Enseña el profesor Marinoni⁵⁰ que la 'tutela específica' del derecho material consiste en la protección jurisdiccional que no se limita a otorgar al lesionado un valor equivalente al del daño sufrido, sino que además inhibe la práctica del acto lesivo, remueve los efectos concretos derivados del ilícito o sólo condena al resarcimiento en especie. Continúa afirmando Marinoni que los derechos fundamentales generan un deber de protección debido por el legislador, el administrador y el juez. Éste último posee el deber de dar tutela (o protección) a los derechos fundamentales que no fueron protegidos por el legislador o por el administrador.⁵¹

Más allá de estas afirmaciones con las que concordamos, como veremos más adelante, el problema con las inmunidades jurisdiccionales del Estado y derivadas, es que en ellas, es la misma ley doméstica y/o internacional la que ignora la medida de protección de los derechos individuales en favor del respeto de las relaciones interestatales. No puede el juez en estas situaciones cumplir el deber de protección ni asegurar el grado adecuado de tutela del derecho fundamental.⁵²

I.c. Paraguay

Paraguay recepta la idea de la tutela judicial, aún cuando no la mencione en forma expresa en su Constitución Nacional reformada en 1990. Al no figurar expresamente, el derecho a la tutela

judicial puede considerarse dentro de los derechos implícitos como en todo sistema abierto de protección de derechos fundamentales, con base en el art. 45 de la Constitución de Paraguay:

'La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuran expresamente en ella'.

Los artículos 46 y 47 afirman los derechos a la igualdad en el acceso a la justicia y la igualdad ante la ley, respectivamente. De ellos también derivan el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Reza el art. 47 de la Constitución: *'El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efectos allanará los obstáculos que la impidiesen'.*

Menciona Ramírez Palacios que existe una relación de género a especie entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso, por lo cual si bien la Constitución Nacional de Paraguay no contempla expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva, sí contiene sus elementos tales como (i) el derecho a la defensa en juicio (art. 16 CNP); (ii) el derecho a una sentencia definitiva fundada en las leyes y el derecho a que dicha sentencia sea cumplida y/o ejecutada por la propia jurisdicción, en el marco del debido proceso, justo y legal (art. 17 CN); a fin de obtener la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales enumerados en la Constitución y de sus garantías (arts. 132, 133, 134 y 135 de la C.N.).⁵³

La Constitución Paraguaya provee también procedimientos de garantías tales como el recurso de Inconstitucionalidad (art. 132), y los Recursos de Amparo (art. 134), Hábeas Corpus (art. 133) y Hábeas Data (art. 135).⁵⁴ Por otra

⁵⁰ Marinoni, Luiz Guilherme, Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva, En internet www.marinoni.adv.br

⁵¹ Canaris, Claus-Wilhelm, Direitos fundamentais e direito privado, Almedina, 2a edición (2003).

⁵² Véase Marinoni, Luiz Guilherme, Curso de Processo Civil, v. 1 (Teoria Geral do Processo), Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 3a. ed. (2017), ps. 83 y ss.; Marinoni, L. G. et al., Fundamentos del Proceso Civil, (2010), p. 80

y ss.

⁵³ Ramírez Palacios, Blas Eduardo, 'El derecho a la tutela judicial efectiva en el derecho procesal Paraguayo' (2015) en internet <https://juristapy.wordpress.com/2015/08/30/el-derecho-a-la-tutela-judicial-efectiva-en-el-derecho-procesal-paraguayo/>

⁵⁴ Véase Grajales, Amós Arturo, Seguridad Jurídica y

parte Paraguay, al igual que el resto de los Estados partes del Mercosur, ha ratificado la Convención Americana de derechos humanos (CADH) y demás documentos relevantes sobre derechos humanos, que como vimos al tratar el caso Argentino, contienen el derecho a la tutela judicial dentro de su articulado.

En lo que hace a la defensa Interamericana del derecho a la tutela judicial efectiva en Paraguay, la CtIDH tuvo oportunidad de expedirse al respecto. En el caso Yakye Axa reconoció la necesidad de resguardar la dimensión colectiva de los derechos del pueblo indígena habitante del territorio Paraguayo. En la etapa anterior del procedimiento, la Comisión Interamericana había afirmado la responsabilidad del Estado Paraguayo fundada en la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25 CADH), por no proveer a la comunidad Yakye Axa de un recurso efectivo y eficaz con el cual tramitar el derecho de propiedad ancestral que posee la comunidad. Se afirmó en el decisorio la inexistencia en la legislación Paraguaya, de un recurso judicial efectivo destinado a proteger las reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas del Paraguay. La CtIDH en su sentencia estableció como medida de satisfacción y garantía de no repetición la obligación para el Estado de adoptar medidas tendientes a crear un mecanismo efectivo para la reclamación territorial por parte de las comunidades indígenas.⁵⁵

La demora injustificada en obtener una respuesta implica una violación de la tutela judicial efectiva. En Canese v. Paraguay afirmó la CtIDH:

'(...) una demora prolongada puede llegar incluso a constituir por sí misma, en ciertos casos, una violación de

las garantías judiciales y eso debe ser señalado por la CIDH y rectificado por el Estado Paraguayo'.⁵⁶

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

'1. En el caso que ahora nos ocupa quedan de manifiesto nuevamente (...) los problemas asociados a la tutela efectiva –jurisdiccional o no– de los derechos individuales (...) 2. Ciertamente (...) por la puerta que brinda acceso a la justicia discurre la defensa de todos los derechos: he aquí un supuesto del goce y el ejercicio, requisito de vitalidad, si se me permite la expresión, de facultades, libertades y prerrogativas.⁵⁷

I.d. Uruguay

La Constitución de Uruguay de 1997 afirma el derecho de los habitantes a la protección de la ley (art. 7). El derecho a una tutela judicial efectiva se encuentra reconocido en sus normas infra-constitucionales. El Código General del Proceso refiere tanto el derecho a una pronta y eficiente administración de justicia (art. 9), como el derecho al proceso (art. 11).

Al igual que sus socios Mercosureños, Uruguay ratificó la CADH donde se reconoce las garantías judiciales (art. 8) y el derecho a la protección judicial efectiva (art. 25), aceptando la jurisdicción de la CtIDH.⁵⁸

En relación con los procedimientos administrativos, el Decreto 500 (27/09/1991) se hace eco de la debida tutela efectiva, estableciendo en su art. 5 que 'Los interesados en el procedimiento administrativo gozarán de todos los derechos y garantías inherentes al debido proceso, de conformidad con lo establecido por la Constitución de la República, las leyes y las normas de Derecho Internacional

Mercosur, Ed. Utopía, Ushuaia, Argentina (2011).

⁵⁵ CtIDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay Fondo, Reparaciones y Costas (17/06/2005) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf. Véase también CtIDH, ibidem, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia (6/02/2006) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf.

⁵⁶ CtIDH, caso Canese Ricardo v. Paraguay, Sentencia

(31/08/2004).

⁵⁷ CtIDH, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay, voto del Juez Sergio García Ramírez, Sentencia (29/03/2006), paras. 1 y 2.

⁵⁸ Uruguay, ley 15737 (08/03/1985). Su art. 16 reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, bajo condición de reciprocidad.

aprobadas por la República. Estos derechos implican un procedimiento de duración razonable que resuelva sus pretensiones.'

Respecto de la jurisprudencia Interamericana relacionada con el país, la CtIDH tuvo oportunidad de expedirse respecto de la amnistía concedida por el Ejecutivo Uruguayo (1986) a los responsables de actos de desaparición forzada y otros crímenes internacionales en el contexto del Plan Cóndor.⁵⁹

Entre los considerandos de la Sentencia de la CtIDH declarando incompatible el dictado de la norma con las obligaciones asumidas por Uruguay al incorporar la CADH en su ordenamiento jurídico, destacan:

*'(...) b) la ley de amnistía uruguaya ha impedido que los familiares de la víctima fueran oídos por un juez, lo cual violó el derecho a la protección judicial, impidió la investigación, captura, procesamiento y condena de los responsables de los hechos (...).'*⁶⁰

Y asimismo:

*'(...) Uruguay asumió nuevas obligaciones con respecto al debido proceso y a la protección judicial de la víctimas al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada en abril de 1996 y la Convención Interamericana contra la Tortura en noviembre de 1992.'*⁶¹

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

'La segunda obligación de los Estados Partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través

*de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.'*⁶²

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

En la jurisprudencia comentada referida particularmente a los Estados miembros plenos del Mercosur -y en consecuencia defensores del sistema democrático-, ellos han sido condenados por la CtIDH por la violación del derecho a la tutela judicial efectiva de sus habitantes. Asimismo, se les indicó adecuar su normativa interna al respeto del derecho en examen. En los casos citados se distingue un patrón de conducta: los Estados incumplen un deber de hacer, esto es, o bien no han legislado o bien su legislación es insuficiente a fin de proteger materialmente los derechos fundamentales.

La falta de tutela judicial efectiva nacida a partir del reconocimiento de la inmunidad jurisdiccional de agentes de un Estado extranjero constituye un supuesto distinto. Es aquí el Estado receptor quien, a partir de su legislación -y en cumplimiento de compromisos internacionales-, impone a sus habitantes, la carga de no poder acudir a su jurisdicción en reclamo de un daño causado por las personas amparadas por las inmunidades en examen. Esta carga que aparece en el presente como excesiva, ha surgido hace siglos y se mantiene vigente

⁵⁹ Internamente, la Suprema Corte de Justicia Uruguaya, competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, se pronunció en 1988 en el sentido que la Ley de Caducidad no era inconstitucional. Mas tarde en 2009, declaró que lo era. En Uruguay la inconstitucionalidad de las leyes es declarada caso a caso y no tiene efectos generales derogatorios. Finalmente, esta ley fue derogada en 2011.

⁶⁰ CtIDH, caso Gelman v. Uruguay, Sentencia (24/02/2011), p. 42, para. 140, inc. a).

⁶¹ Ibidem, inc. g.

⁶² CtIDH, caso Velásquez Rodríguez, Sentencia (29/07/1988). Serie C No. 4, para. 166. Véase CtIDH, caso Godínez Cruz, Sentencia (20/01/1989). Serie C No. 5, para. 175. También CtIDH, Opinión Consultiva (OC) N° 11/90 (10/08/1990), paras. 23 y 24.

como una norma fundamental de las relaciones internacionales. Sobre ella trata el próximo punto.

II. La inmunidad estatal como norma de DI general

La lógica de la inmunidad de jurisdicción del Estado descansa en los fundamentos vertidos por los tribunales Estadounidenses en el caso *The Schooner Exchange v. Mc Faddon* (1812).⁶³ En su sentencia, el juez Marshall afirma que ningún soberano entra a territorio extranjero sin el entendimiento implícito de poseer inmunidad respecto de la jurisdicción foral.⁶⁴ Marshall enumera ejemplos tales como la exención de la persona del soberano de la posibilidad de ser arrestado o detenido en el territorio de otro Estado, la inmunidad de los ministros extranjeros, y el paso de tropas extranjeras por el territorio de un Estado que les ha dado permiso. Desde este fallo, el concepto de inmunidad deja de estar atado a la persona del soberano como representante del Estado para extenderse a otros funcionarios y agentes que se encuentran en territorio extranjero. Así, la inmunidad de jurisdicción del Estado se extiende a sus representantes -como Presidentes, Jefes de Estado y Ministros- y otros agentes estatales -como diplomáticos y cónsules-. Se expresa a través del latinazgo 'par in parem non habet imperium' (entre iguales no hay imperio). Afirmaba el Profesor Goldschmidt cuarenta años atrás:

'La tesis de la exención incondicional de los Estados extranjeros [de la jurisdicción local] sacrifica el interés del actor que se ve privado de la vía jurisdiccional, en holocausto al mantenimiento de la paz internacional. Este sacrificio se hace en aras del bien público y cobra la forma típica de la expropiación forzosa. Por consiguiente, procedería indemnizar al demandante, si éste lograra convencer al

*juez que su demanda habría prosperado.*⁶⁵

Resume Goldschmidt los valores contrapuestos en juego y brinda una solución. Por un lado, el respeto de la soberanía estatal. Por otro, el acceso a la justicia de la víctima. La solución hoy no es necesariamente la misma. El hecho nuevo es la consolidación de los derechos humanos como paradigma contemporáneo, la conformación de un núcleo de derechos jusfundamentales como bienes protegidos y la tipificación de su violación grave como delitos internacionales, generando las obligaciones de protección jurídica efectiva y la reparación integral a las víctimas.

II.1. Las inmunidades diplomáticas y consulares en los países del Mercosur

El origen de las inmunidades de los agentes diplomáticos y consulares es casi tan antiguo como la civilización misma. La noción de su inmunidad nace con anterioridad a la concepción del derecho internacional como tal, comienza a desarrollarse en la costumbre de los Estados, para llegar a normativizarse muchos siglos después a través de tratados bilaterales y multilaterales. Las inmunidades y prerrogativas acordadas a los representantes del Rey extranjero comienzan a desarrollarse en tiempos de guerra para luego trasladarse a los tiempos de paz, como consecuencia de la necesidad de los pueblos de comerciar entre sí. Sólo a modo de ejemplo, en la antigua Grecia antigua, las personas que habitaban un estado ajeno al propio, designaban a unos protectores llamados "prostates", que ejercían una función de nexo en sus relaciones con la autoridad. Por su parte, en un principio los representantes diplomáticos tenían un carácter esencialmente ambulante, al ser designados de forma excepcional y enviados al país extranjero por un tiempo limitado, acorde a la naturaleza y extensión de las gestiones a realizar. Con el paso del tiempo y el crecimiento de las economías de los Estados, la diplomacia adquirió un carácter permanente, lo que implicó necesariamente el reconocimiento de

⁶³ Los sres. Mc Faddon y Greetham reclamaban su titularidad sobre el *Schooner Exchange*, buque capturado siguiendo órdenes de Napoleón y transformado en buque de guerra Francés. La controversia giraba en torno de si un buque de guerra Francés amarrado en un puerto Estadounidense poseía inmunidad ante los tribunales

Norteamericanos.

⁶⁴ *The Schooner Exchange v. Mc Faddon*, Juez Marshall, 11 US, 116, 3 L Ed., 287, 1812, citado en Brownlie (1990), 325. Original: inglés. Traducción de los autores.

⁶⁵ Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, segunda edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 416.

inmunidades y privilegios, a los efectos de otorgar estabilidad a los enviados.

Actualmente, la gran mayoría de las misiones diplomáticas ejercen también funciones consulares, sin embargo esta evolución reciente no implica una fusión de los servicios diplomático y consular, El desarrollo de las relaciones diplomáticas y consulares producido durante el siglo XIX motivó la necesidad de los Estados de codificar la costumbre internacional. Se fueron codificando así los aspectos generales de estas relaciones, y por otra parte, las inmunidades y privilegios que deben ser reconocidos a estos agentes.

El primer instrumento internacional que codificó distintos aspectos del derecho diplomático fue el Reglamento aprobado por el Congreso de Viena en 1815. En América, la Convención de La Habana de 1928 realizada entre los Estados de la Unión Panamericana procedió a la codificación de las inmunidades y los privilegios de los agentes diplomáticos. Años después, la Asamblea General de NNUU decidió por Resolución 1450 (XIV) del 7 de Diciembre de 1959, convocar en Viena una conferencia internacional a los efectos de examinar la cuestión de las relaciones e inmunidades diplomáticas y recoger el resultado de su labor en una convención internacional multilateral, aprobándose así la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

La regulación internacional multilateral se consolidó durante las décadas de 1960 y 1970. La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas mencionada en el párrafo anterior, se ha convertido en el marco regulatorio de las relaciones internacionales modernas. Esta Convención ha sido utilizada también como punto de partida en la elaboración de tratados posteriores que regulan inmunidades y privilegios de otros entes y actores internacionales. Sus normas sirvieron de base para la redacción de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 y la

Convención de Nueva York sobre Misiones Especiales de 1969. Por otro lado, la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes de 2004, contiene referencias a sus disposiciones, ya que las normas sobre inmunidad estatal e inmunidad diplomática, aunque distintas en sus orígenes y justificación, se encuentran estrechamente entrelazadas.

Similar situación se observa respecto a las tareas de codificación de las relaciones e inmunidades consulares. Las primeras convenciones multilaterales fueron concertadas dentro del ámbito regional Latinoamericano, como el Acuerdo sobre Cónsules firmado en Caracas el 18 de julio de 1911 por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela y se refiere a las funciones de los cónsules respectivos en cada una de las repúblicas signatarias.

Finalmente, la Asamblea General de la ONU, mediante Resolución Nro. 1685 (XVI), del 18 Diciembre 1961, resolvió convocar una Conferencia internacional de plenipotenciarios para que se analizara la cuestión de las relaciones consulares, promulgándose así la Convención De Viena Sobre Relaciones Consulares del 24 de Abril de 1963.

La actualidad del Derecho Diplomático y Consular se ve influenciada por cambios producidos por el paradigma de los derechos humanos. Afirma la CDI: “(..) en la actualidad, la situación ha cambiado radicalmente. El individuo, es sujeto de muchas normas primarias de derecho internacional, de carácter tanto consuetudinario como convencional, que lo protegen en su país contra su propio gobierno y en el extranjero contra los gobiernos extranjeros⁶⁶”.

Entrando ya en el análisis normativo del derecho diplomático y consular vigente en el Mercosur, los cuatro Estados miembros plenos del bloque regional han ratificado o accedido a las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961)⁶⁷ y sobre Relaciones

⁶⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones, p. 28.

⁶⁷ Argentina ratificó el 10/10/1963; Brasil, el 25/03/1965; Paraguay accedió el 23/12/1969; y Uruguay el 10/03/1970.

Consulares (1963).⁶⁸ De igual manera, existen dentro del territorio del bloque regional, ciertas inmunidades reconocidas a los organismos institucionales del Mercosur como la Secretaría y el Tribunal de Revisión, efectivizadas a través de sendos Acuerdos de sede.

Primero, respecto de la Secretaría Administrativa del Mercosur con sede en Montevideo, el Acuerdo de Sede entre el Mercosur y Uruguay⁶⁹ otorga inmunidad de jurisdicción al Mercosur como persona jurídica 'en todo lo que sea pertinente al funcionamiento de la Secretaría' (art. 4), y declarando la inviolabilidad de la sede, sus archivos y bienes sin importar donde se encuentren (art. 6).

Por otra parte, se determinan ciertas prerrogativas del Director y funcionarios de alto rango, tales como facilidades, inviolabilidad personal, inmunidades, privilegios, franquicias y exenciones tributarias en la medida que las mismas son otorgadas a los funcionarios de categoría equivalente de las Representaciones Permanentes ante los Organismos Internacionales con sede en Uruguay. Estas prerrogativas se extienden a los miembros de sus familias que dependen económicamente de ellos (art. 9.1). Los demás funcionarios y familiares dependientes gozan de (i) inviolabilidad personal; (ii) inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa respecto de expresiones orales o escritas y actos ejecutados en el desempeño de sus funciones y ciertas exenciones económicas, financieras y administrativas (art. 9.2).

Segundo, en relación con el Tribunal Permanente de Revisión, el Acuerdo de sede entre Paraguay y el Mercosur para el funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión⁷⁰, establece que en relación con el funcionamiento del TPR el Mercosur gozará de

inmunidad de jurisdicción (art. 4), pudiendo renunciar en cada caso específico a la misma (art. 5). De igual manera que en el caso anterior establece la inviolabilidad de la sede del TPR y sus archivos, cualquiera sea el lugar donde éstos se encuentren (art. 6).

Se afirman como prerrogativas de los integrantes del TPR ciertas facilidades, inviolabilidad personal, inmunidad de jurisdicción, franquicias y exenciones tributarias, tales como la inviolabilidad personal, la inmunidad de jurisdicción, y exenciones impositivas, tribuivas y administrativas (art. 9).

III. Inmunidades diplomáticas y eventual denegación de justicia

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

Ahora bien, por otro lado, la teoría de los derechos humanos que se ha venido abriendo paso desde la segunda posguerra, goza de un importante reconocimiento normativo en la propia Carta ONU.⁷¹ Todo derecho reconocido normativamente carecería de existencia sin un procedimiento que le insuflara el aire vital del auxilio jurisdiccional. La protección jurídica efectiva comprende además del acceso a la

⁶⁸Argentina ratificó el 07/03/1967; Brasil, el 11/05/1967; Paraguay accedió el 23/12/1969; y Uruguay el 10/03/1970.

⁶⁹MERCOSUR/CMC/DEC N° 4/96 Acuerdo Sede entre la República Oriental del Uruguay y el Mercado Común del Sur para el Funcionamiento de la Secretaría Administrativa del Mercosur. XI CMC – Fortaleza (17/12/96).

⁷⁰Acuerdo de Sede entre la República del Paraguay y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) para el

Funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión. MERCOSUR/CMC/DEC. N° 01/05. XXVIII CMC – Asunción, 19/VI/05.

⁷¹Sólo a modo de ejemplo, véanse el Preámbulo '-derechos fundamentales del hombre-'; y los artículos 1.2 libre determinación; 1.3 respeto ddhh; 13.b Asamblea General y ddhh; 55.c respeto universal por los ddhh; 62.2 y 68 CeyS respeto por los ddhh; y 76.c Rég. Adm. Fiduciaria, entre otros.

justicia, el derecho a un remedio efectivo y el derecho a un juicio justo⁷², conformando así una tríada de obligaciones del Estado frente a los habitantes en el marco democrático.

Los Estados pueden moldear el ejercicio de la protección mediante sus normativas domésticas. Sin embargo, ha afirmado el Comité Jurídico Interamericano que las eventuales limitaciones que se impongan (i) deben hallarse determinadas por ley, (ii) existir en la medida compatible con la naturaleza del derecho y (iii) ser proporcionales y razonables con la finalidad de consolidar los derechos humanos en sociedades democráticas.⁷³

Las limitaciones del acceso a la justicia han sido aceptadas tanto en el sistema de protección de derechos Europeo como Americano. Así lo demuestra la jurisprudencia de ambas Cortes. Una jurisprudencia constante⁷⁴ de la Corte Europea de derechos humanos (CtEDH) sostiene que el acceso a la justicia puede ser limitado en función de un test compuesto por: (i) la persecución de un fin legítimo; (ii) la proporcionalidad; y (iii) el no perjudicar la esencia del derecho. Este test resume una evolución no exenta de críticas.

Los límites razonables a la tutela judicial vienen siendo debatidos en el sistema Europeo desde el caso *Al-Adsani v. Reino Unido* (2001)⁷⁵, cuya cuestión de fondo era la violación de una norma *jus cogens* por parte de Kuwait.⁷⁶ Tras agotar los recursos internos sin éxito, *Al-Adsani* recurre en marzo de 1997 a la Comisión Europea de Derechos Humanos, invocando la violación del acceso a la jurisdicción y a un juicio justo (art. 6.1

CEDH) y la prohibición de la tortura (art. 3 CEDH). El caso llega finalmente a la CtEDH que falla: (i) por unanimidad, que no existió violación de la prohibición de la tortura; y (ii) por 9 votos contra 8, que no se violó el derecho a un proceso equitativo. La CtEDH mencionó que el acceso a la jurisdicción no es absoluto, para luego valerse de su doctrina del 'margen de apreciación' del cual gozan los Estados al momento de regular los derechos.

El punto que suscitó controversia fue la posible violación del acceso a la jurisdicción de *Al-Adsani*. En primer lugar, la Corte entendió que el instituto de la inmunidad de jurisdicción persigue el legítimo fin de cumplir con el DIPu y promover las buenas relaciones entre Estados.

En segundo lugar, respecto del requisito de proporcionalidad, la CtEDH sostuvo que la ley del Reino Unido sobre inmunidad de jurisdicción de Estados extranjeros conforme fue aplicada por los tribunales Ingleses, cumple con la provisiones relevantes del Convenio de Basilea⁷⁷ que impone restricciones a la inmunidad estatal a fin de reclamar por daños personales, a menos que el daño sea causado en el territorio de otro Estado. Aun reconociendo que la prohibición de la tortura posee el carácter de norma imperativa, la CtEDH resaltó que la violación había ocurrido en territorio Kuwaití. La CtEDH otorgó primacía al lugar de comisión de los hechos lesivos frente al carácter imperativo de efectos *erga omnes* de la norma violada. Esto puede entenderse como un guiño a la soberanía estatal, pero también como un reconocimiento del ámbito territorial de aplicación de la ley, ya que para fundamentar su decisión analizó las normas Británica y Europea

⁷²Así lo entendieron tanto Alemania como Italia en el caso *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado*. CIJ, *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado*, Sentencia. Alemania 2011/17, p. 43, para. 24 ; *Contra - Memoria de Italia*, para. 4.88.

⁷³ Los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad de las limitaciones se desprenden de la opinión del Comité Interamericano en el caso *Sra. X v. Argentina*, del 15/10/1996.

⁷⁴ Véanse entre otras, las sentencias en los casos *Ashingdane v. United Kingdom*, de 28/05/1985; *Waite and Kennedy v. Germany*, de 18/02/1999; *T. P. and K. M. v. United Kingdom*, de 10/05/2001 ; *Z. and Others v. United Kingdom*, de 10/05/2001; *Cordova v. Italy*, de 30/01/; y *Ernst v. Belgium*, de 15/07/2003.

⁷⁵ CtEDH, *Al-Adsani v. Reino Unido*, 34 EHRR 11 European Court of Human Rights, 2002. Demanda no. 35763/97. El actor que era nacional Kuwaití y poseía pasaporte Británico, demandó en 1992 en jurisdicción Inglesa al Gobierno Kuwaití y al Shiek Jaber al-Saud al-Sabah por torturas recibidas en la prisión de aquel país.

⁷⁶ Frente a la declaración de inmunidad de jurisdicción de Kuwait en sede Británica, la víctima apeló fundada en que (i) la inmunidad no es aplicable a los actos prohibidos por el DI; (ii) la tortura es contraria al DI, y en particular viola la Convención contra la Tortura de 1984; y (iii) la tortura es un delito penal conforme el derecho interno del Reino Unido.

⁷⁷ Convención Europea sobre Inmunidad del Estado, 1972.

sobre inmunidad jurisdiccional.

En el caso *McElhinney v. Irlanda* (2001)⁷⁸ volvieron a discutirse los límites al acceso a la jurisdicción. La Gran Sala de la CtEDH sostuvo que mientras parecía existir 'una tendencia en el derecho internacional y comparado hacia la limitación de la inmunidad del Estado' por daños causados por acciones u omisiones cometidas en el territorio del Estado del foro, esta práctica no era universal.⁷⁹ Sostuvo así por doce votos a cinco que las decisiones de las cortes Irlandesas no habían excedido el 'margen de apreciación' al limitar el acceso a la jurisdicción.⁸⁰ En su disidencia el Magistrado Loucaides afirmó que:

'El DI de las inmunidades se originó en un momento en el cual los derechos de los individuos eran prácticamente inexistentes y cuando los Estados necesitaban mayor protección de posibles acosos a través de procedimientos judiciales abusivos. La doctrina de la inmunidad estatal se ha encontrado sujeta contemporáneamente a un número cada vez mayor de restricciones, siguiendo la tendencia a reducir su aplicación en vista de los desarrollos en el campo de los derechos humanos que fortalecen la posición del individuo'.⁸¹

Los magistrados Caflisch, Cabral Barreto y Vajić, en sus opiniones en disidencia apoyaron el ejercicio del derecho a la jurisdicción reconocido en el art. 6.1. de la CEDH. Mencionaron que según el art. 12 de la Convención ONU sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, no existe al presente la obligación internacional, por parte de los Estados, de garantizar inmunidad a un Estado extranjero por daños causados por sus agentes. Consideraron

además que:

'El principio de inmunidad estatal hace tiempo ha dejado de ser una regla general que exime a los Estados de la jurisdicción de los tribunales de otro (...). El edificio de la inmunidad absoluta de jurisdicción (e incluso de ejecución) se ha comenzado a desmoronar, en el primer cuarto del siglo veinte, con el advenimiento del comercio estatal (...). [Las] excepciones a la inmunidad absoluta han comenzado gradualmente a ser reconocidas por los legisladores y cortes nacionales, inicialmente en Europa continental occidental y bastante después, en los países del common law (...). Las excepciones en cuestión han también encontrado su camino en el DI de las inmunidades estatales, especialmente a través de la excepción de daños'.⁸²

La CIJ hizo referencia a *McElhinney v. Irlanda* en apoyo de su decisión en Orden de Arresto afirmando que:

'La Gran Sala de la CtEDH (...) sostuvo que esta decisión reflejaba una opinión generalizada de DI referida a que la concesión de inmunidad no puede ser vista como incompatible con la Convención Europea de derechos humanos'.⁸³

En *Fogarty v. Reino Unido* (2001)⁸⁴ la CtEDH resaltó la tendencia a limitar la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros respecto de disputas laborales, aunque concluyó que la práctica estatal referida al empleo de personas por parte de embajadas no era uniforme. Reiteró que las limitaciones impuestas

⁷⁸CtEDH, *McElhinney v. Ireland*, Sentencia, 21/11/2001. La causa refiere un reclamo por daños, correspondiente a una acción iniciada en Irlanda contra un soldado Británico que disparó al demandante y contra la Secretaría de Estado de Irlanda del Norte. Las cortes Irlandesas rechazaron la demanda sobre la base de la defensa de inmunidad de jurisdicción presentada por el Reino Unido.

⁷⁹ *Ibidem*, para. 38.

⁸⁰ *Ibidem*, para. 40.

⁸¹ *Ibidem*, Opinión en disidencia del Magistrado Loucaides, para. 4. Traducción de los autores.

⁸² *Ibidem*, Opinión en disidencia de los Magistrados

Caflisch, Cabral Barreto y Vajić, paras. 2-4. Traducción de los autores.

⁸³ CIJ, *Arrest Warrant of 1 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Sentencia, ICJ Reports 2002, para. 72. La referencia fue hecha a *McElhinney v. Ireland* [GC], application No. 31253/96, Sentencia de 21/11/2001, ECHR Reports 2001-I, p. 39 ; ILR, Vol. 123, p. 73, para. 38

⁸⁴ CtEDH, *Fogarty v. United Kingdom*, Sentencia, 21/11/2001. Se discutía aquí una situación de discriminación laboral sufrida por un empleado de la Embajada Estadounidense en el Reino Unido

al acceso a la justicia no deben 'restringir o reducir el acceso dejando al individuo de una manera en que la verdadera esencia del derecho se altere'⁸⁵. Aun así decidió en igual sentido que en *Al Adsani y McElhinney*.

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

En América el enfoque jurisprudencial ha sido distinto.

La CtIDH se ha ocupado más de remarcar el carácter fundamental de la protección jurídica efectiva que en resaltar sus límites. Para la CtIDH el acceso a la justicia constituye un verdadero 'derecho al Derecho' que se encuentra ya en el dominio del *jus cogens*, como lo señala *Cañado Trindade*.⁸⁶

En una de sus apreciaciones más trascendentes, la CtIDH sostuvo que el acceso a la justicia tal como es entendido por los estatutos internacionales de derechos humanos, constituye una norma imperativa si el derecho material violado posee igual estatus. Así opinó en el caso *Goiburú y ot.* (2006).⁸⁷ Ya Cambi expresó que el acceso a la justicia no se limita a la mera admisión al proceso o a la posibilidad de acceso

al juicio, sino que la expresión comprende: (i) el acceso al juicio; (ii) la observancia de las garantías del debido proceso legal; (iii) el principio del contradictorio; (iv) el análisis del juez natural e imparcial a fin de llegar a una decisión justa y motivada; y (v) la construcción de técnicas procesales adecuadas para la tutela de los derechos materiales.⁸⁸

Conforme esta interpretación, la denegación de justicia implica no sólo impedir el acceso, sino negar a la víctima lo que le es debido: la reparación ante el daño sufrido. Convierte así una obligación de medio -acudir ante un juez- en una obligación de fin -obtener alguna forma de reparación por el daño sufrido-.

Lamentamos que en el caso ventilado ante la CIJ *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (2012), Italia utilizó -sin éxito- igual argumento.⁸⁹

La CtIDH ha señalado que el art. 25 de la CADH en conjunto con su art. 1.1 obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr que los responsables de las violaciones de derechos humanos sean juzgados y obtener una reparación del daño sufrido. Dijo la CtIDH: 'el artículo 25 constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención'.⁹⁰

También sostuvo la CtIDH que la CADH obliga a los Estados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y

⁸⁵ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinión en disidencia del Magistrado *Cañado Trindade*, para. 33.

⁸⁶ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinión en disidencia del Magistrado *Cañado Trindade*, para. 216. Véase CtIDH, caso de la Masacre de Pueblo Bello, relativo a Colombia (sentencia de 31/01/2006), opinión separada del Juez *Cañado Trindade*, paras. 60-62 y 64.

⁸⁷ CtIDH, *Goiburú y ot. v. Paraguay*, Sentencia, 22/09/2006.

⁸⁸ Véase Cambi, Eduardo, 'Neoconstitucionalismo e

neoprocesualismo', en *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, ítem n. 2.2, p. 674.

⁸⁹ CIJ, *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado*, *Contra – Memoria de Italia*, p. 76, paras. 4.93-4.94.

⁹⁰ CtIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastinguí*. Sentencia de 31/08/2001. Serie C No. 79, para. 52; y Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia, 06/02/2001. Serie C No. 74, para. 135.

pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).⁹¹

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

Hasta ahora hemos comprobado que el cumplimiento de una norma de DI general receptada ampliamente por el derecho interno de los Estados -la concesión de inmunidad jurisdiccional a diplomáticos y cónsules- genera una situación jurídica injusta -la negación del acceso a la jurisdicción foral- respecto de las víctimas del daño.

Ahora preguntamos: ¿existe alguna línea que lleve por el lado de la justicia la senda que transita las intersecciones entre las inmunidades jurisdiccionales y el derecho a la tutela efectiva? Intentamos contestar a continuación.

III.1. La inmunidad jurisdiccional no es sinónimo de denegación de justicia

La tutela judicial efectiva implica que la víctima del injusto acceda ante un órgano judicial, que sea escuchada y finalmente que su reclamo obtenga -al menos- algún tipo de respuesta satisfactoria.

Ahora bien, ¿la inmunidad diplomática y consular en la medida de su extensión y reconocimiento implica denegación de justicia y constituye en consecuencia una directa violación del derecho a la tutela judicial efectiva?. Debemos considerar entonces si el reconocimiento de la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero implica necesariamente denegación de justicia. Lo hacemos a continuación.

Algunos tribunales al pronunciarse afirmativamente sobre la inmunidad de jurisdicción invocada por el Estado extranjero demandado, acostumbran mencionar otras vías que el demandante puede accionar en defecto de la que les es negada. Los argumentos son

generalmente similares y tienden a negar anticipadamente la invocación de denegación de justicia. Intentan prevenir también la identificación que parte de la doctrina realiza entre 'inmunidad' e 'impunidad'. En el caso Orden de Arresto, la sentencia de la CIJ distingue entre inmunidad e impunidad, refiriendo otras vías a las que la víctima de violaciones graves de derechos humanos puede acudir:

'La Corte enfatiza que, no obstante, la inmunidad de jurisdicción de la que gozan los Ministros en ejercicio de Relaciones Exteriores no significa que ellos gozan de impunidad por crímenes que pudieran cometer, con independencia de su gravedad. La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos nítidamente separados. Mientras que la inmunidad jurisdiccional es de naturaleza procedimental, la responsabilidad criminal es una cuestión de derecho sustantivo. La inmunidad jurisdiccional bien puede excluir el enjuiciamiento por un cierto período o respecto de ciertos delitos; no puede exonerar a la persona a la cual se aplica de toda responsabilidad penal.

En consecuencia, las inmunidades que gozan bajo el derecho internacional un ex- o actual Ministro de Relaciones Exteriores no representan una exclusión del enjuiciamiento penal en ciertas circunstancias. Primera, tales personas no gozan de inmunidad penal bajo el derecho internacional en sus propios Estados, y pueden en consecuencia ser juzgados por los tribunales de tales Estados de acuerdo con las normas domésticas relevantes. Segunda, ellos cesan de gozar de inmunidad respecto de jurisdicciones extranjeras si el Estado al cual representan o han representado, decide renunciar a tal inmunidad. Tercera, luego que una persona termina de ejercer la función de Ministro de Relaciones Exteriores, él o ella no gozan más de las inmunidades garantizadas por el derecho internacional en otros Estados. En la medida que posea jurisdicción bajo el

⁹¹ CtIDH, Caso de las Masacres de Ituangó. Sentencia,

01/07/2006. Serie C No. 148, para. 287.

derecho internacional, un tribunal de un Estado podría juzgar a un ex-Ministro de Relaciones Exteriores de otro Estado respecto de actos cometidos antes o luego de su ejercicio del cargo, así como respecto de actos cometidos durante tal periodo del cargo en su capacidad privada. Cuarta, un ex- o actual Ministro de Relaciones Exteriores puede ser sujeto de procedimientos penales frente a ciertos tribunales penales internacionales, donde exista jurisdicción. Los ejemplos incluyen el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, establecidos en virtud de Resoluciones del Consejo de Seguridad bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, y la futura Corte Penal Internacional creada por la Convención de Roma de 1998. (...)'⁹²

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

- (i) demandar en la jurisdicción del Estado a cuyas órdenes actuó el agente que participó en la violación;
- (ii) demandar al responsable en otra jurisdicción habilitada, siempre y cuando el Estado a cuyo servicio cometió los delitos, renuncie a la inmunidad jurisdiccional;
- (iii) demandar al responsable una vez que concluya su cargo oficial, aunque sólo por actos anteriores o posteriores al ejercicio del cargo, u actos de carácter privado cometidos durante el ejercicio del mismo; y
- (iv) que en ciertas circunstancias - extremadamente excepcionales- la Corte Penal Internacional decida estudiar la totalidad de la 'situación' dentro de la cual ocurrió el daño a la víctima, o bien, sea creado un tribunal ad-hoc de carácter internacional con jurisdicción sobre tales casos.

⁹² CIJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (DRC v. Belgium) ICJ Reports 14/02/2002, Sentencia, paras. 60 y 61. Traducción de los autores.

⁹³ *Ibidem*, Opinión por separado de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, para. 5.

⁹⁴ Puede leerse Bernal Sarmiento, C. y Reed Hurtado, M.,

Junto a éstas, otras alternativas han sido enunciadas por diversos tribunales:

- (v) solicitar la protección diplomática;
- (vi) solicitar una indemnización al Estado que ha reconocido la inmunidad jurisdiccional.

Al preguntarnos si la declaración de inmunidad jurisdiccional conduce a la denegación de justicia, preguntamos si su resultado consiste en una ausencia absoluta de reparación para la víctima, sean de carácter civil, penal, administrativo o aún de mera cortesía o relacionamiento entre los Estados.

Esta tensión a la que se enfrenta todo juez que debe decidir sobre la inmunidad jurisdiccional ha sido resumida por los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en Orden de Arresto:

*'Uno de los desafíos del DI contemporáneo consiste en proveer estabilidad a las relaciones internacionales y el relacionamiento internacional eficaz al mismo tiempo que garantizar el respeto por los derechos humanos.'*⁹³

La jurisdicción constituye un medio hacia un fin. Al reconocerse la inmunidad jurisdiccional estatal, la víctima es ignorada. El acceso a la justicia le brinda la posibilidad de reclamar una reparación en su concepción amplia: conocer la verdad; lograr el castigo de los agentes estatales que han participado; reclamar una indemnización; la exposición pública de los hechos lesivos; e incluso, solicitar garantías de no repetición, a fin de transformar los contextos estructurales de violencia y exclusión escondidos detrás de las violaciones graves.⁹⁴ Criticaremos las vías alternativas propuestas, guiados por las necesidades de las víctimas orientadas a su tutela judicial efectiva. Comenzamos.

En primer lugar, concurrir a los tribunales del Estado extranjero infractor supone gastos que

Entre la razón y la pasión: reconocimiento y castigo de las atrocidades perpetradas en Colombia. En Varios Autores, Desaparición forzada, política criminal y procesos restaurativos. Dilemas y desafíos de la verdad, la justicia y la reparación en el contexto colombiano (ps. 55-92). Bogotá: Fundación Social, 2006.

eventualmente no puedan afrontarse; o medios que no se encuentren al alcance material de los reclamantes; o que la prueba sustancial se encuentre situada fuera del territorio del Estado del foro. El resultado arroja una disminución de las posibilidades de éxito del reclamo. Puede además ocurrir que la jurisdicción del Estado infractor se declare incompetente; o que exista un retraso injustificado de justicia; o que no exista un recurso adecuado o que aun existiendo, se impida a la víctima ejercerlo. Finalmente, puede ocurrir que la víctima haya acudido a la jurisdicción extranjera sin haber obtenido satisfacción a su reclamo. Por lo referido, este primer supuesto deviene inverosímil.

Aún así, ésta parece ser la solución brindada por el DI de fuente convencional. Afirmar la CVRD: 'La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante' (art. 31.4).

En segundo lugar, la renuncia del Estado extranjero a su inmunidad es la posibilidad más improbable, ya que de haber deseado brindar una solución -aun extrajudicial-, el caso jamás hubiera llegado a la jurisdicción del Estado receptor. Es una situación teóricamente correcta, aunque especulativa. Los Estados son siempre reacios a ser juzgados por jurisdicciones ajenas, y aun cuando sucediera, debemos tener presente el instituto de la inmunidad de ejecución, que sigue entendiéndose como absoluta, a pesar de tímidos avances.

Esta solución se encuentra prevista en ambas convenciones de Viena respecto de los diplomáticos y cónsules de carrera: 'El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos y de las personas que gocen de inmunidad' (art. 32.1 CVRD y 45 CVRC). La renuncia, claro está, no implica que la decisión a la que se arribe sea ejecutable ya que el Estado debiera renunciar en ese caso a la inmunidad de ejecución.

En tercer lugar, afirma la CIJ que la víctima podrá demandar al responsable por actos anteriores o posteriores al ejercicio del cargo,

aunque respecto de los ocurridos durante su ejercicio, sólo podrá hacerlo en relación con aquellos 'actos ejecutados a título privado'. En realidad, respecto del personal diplomático los actos autorizados a título privado son justiciables y pueden generar responsabilidad civil incluso durante el ejercicio de su función (art. 31.1, inc. b) y c) CVRD). Los actos privados de los funcionarios consulares y demás personal que goza de inmunidad jurisdiccional, no se encuentran amparados por la misma (art. 43.2 inc. a) y b) y art. 58 CVRC). No obstante, aún en estos casos subsiste la inmunidad de ejecución.

En cuarto lugar, la CIJ afirma que los agentes estatales acusados de la violación grave de derechos humanos pueden ser enjuiciados ante algún tribunal internacional que posea jurisdicción. Opina van den Wingaert que la Corte sobrestima enormemente el rol que un tribunal internacional penal puede desempeñar en casos en que los Estados en cuyo territorio ocurrieron los delitos o cuyos nacionales son sospechados, no demuestren voluntad de investigarlos.⁹⁵ La intervención de un tribunal internacional aparece como interesante, considerando la imposibilidad de invocar la inmunidad jurisdiccional atento su naturaleza. La cooperación de las autoridades del Estado infractor deviene esencial para el éxito de los procedimientos. Los atentados terroristas ocurridos en Argentina de los cuales la justicia local responsabilizó a funcionarios Iraníes, entre ellos personal de la Embajada, son un claro ejemplo de la imposibilidad de avanzar en el proceso cuando el Estado acreditante niega todo tipo de cooperación.

En quinto lugar, podría el Estado de nacionalidad de la víctima reclamar en su nombre. Sin embargo, la protección diplomática es un derecho del Estado, que éste ejerce discrecionalmente. Los casos en que un Estado ha demandado a otro ante tribunales internacionales en defensa de daños sufridos por sus nacionales son pocos, y mayormente centrados en la protección de intereses económicos. En las dos primeras Conferencias Interamericanas celebradas en Washington (1889-1890) y Méjico (1901-1902) se admitió la

⁹⁵ CIJ, Orden de Arresto, Opinión en disidencia del

Magistrado van den Wyngaert, para. 37.

posibilidad de reclamaciones diplomáticas en casos en que existiera denegación de justicia.

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

IV. Conclusiones

Tras lo analizado, vemos que la concesión de inmunidad jurisdiccional no equivale en forma directa a denegación de justicia para la víctima. Las vías opcionales que se brindan a partir de la que es negada son varias. Algunas más costosas, otras de improbable resultado. No obstante, existen.

La intersección de las inmunidades diplomáticas y consulares con el derecho a una tutela judicial efectiva implica resolver cuestiones legales de consecuencias injustas. Aquí el Estado se enfrenta a obligaciones contradictorias entre sí, unas asumidas frente a los demás Estados, otras referidas a la promoción y protección de los derechos humanos. Entendemos que para comenzar a resolver el dilema, debe distinguirse entre la responsabilidad civil del Estado extranjero y aquella de carácter penal nacida a partir de violaciones graves de derechos humanos, como podría ser la comisión de un delito internacional.

En el primer caso, se impone el respeto de la inmunidad jurisdiccional de Estado extranjero y de probarse que como consecuencia se ha producido una denegación de justicia, cabría que la víctima sea indemnizada por el Estado del foro que ha reconocido la inmunidad diplomática o consular.

La tutela judicial efectiva incluye la reparación debida a la víctima. Quién es el llamado a responder es una cuestión abierta a debate. Lo que no puede afirmarse en este siglo XXI en un sistema democrático es que sea la víctima quien deba soportar el daño.

El segundo supuesto es más controvertido, si el mismo naciera a partir de la violación de normas con carácter de jus cogens, entonces creemos que debería habilitarse la jurisdicción a manera de excepción a la inmunidad jurisdiccional invocada. Justamente la CIJ se ha expedido recientemente de manera contraria a esta opinión en el caso Inmunidades jurisdiccionales del Estado.

Ahora bien, respecto de este supuesto, entendemos que la existencia de denegación de justicia en cada caso concreto debe interpretarse de manera amplia. Un principio elemental del DIDH obliga a conceder a la víctima un abanico de posibilidades a fin de ser escuchada. Quien solicita auxilio a la jurisdicción debe probar mínimamente que de no admitirse su demanda, se produciría una imposibilidad fáctica de reclamar con éxito en otra jurisdicción. Ante la duda, debe prevalecer el derecho de la víctima a una protección jurídica efectiva o una respuesta concreta del Estado receptor que garantiza esa inmunidad jurisdiccional a los funcionarios demandados. Tan sólo a modo de ejemplo, la víctima podría demostrar:

- (i) que intentó en forma previa y sin éxito algunas de las principales vías alternativas como es la propia jurisdicción del Estado acreditante; o
- (ii) la demora injustificada del reclamo iniciado en jurisdicción del Estado acreditante, tras un plazo razonable; o
- (iii) la voluntad del Estado acreditante de no cooperar o impedir la denuncia en otros ámbitos estatales, regionales o internacionales; o
- (iv) la carencia de medios económicos a fin de litigar ante la jurisdicción del Estado acreditante, o la inexistencia de recursos judiciales o la imposibilidad legal de ejercerlos.

Remiro Brotons opina en referencia a la necesidad de acreditar algún nivel de agotamiento de reclamo previo: 'Ha de bastar con que, de oficio o por la parte actora, se aporten indicios serios y razonables de la inactividad judicial que acrediten una falta de capacidad o de voluntad para la persecución

efectiva de los crímenes'.⁹⁶ Creemos tal como Cançado Trindade explica en la fundamentación de su voto en disidencia en el citado Inmidades Jurisdiccionales, que éste es el

Anexo bibliográfico

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1993).

Cambi, Eduardo, '*Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo*', en *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, ítem n. 2.2.

Canaris, Claus-Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, Almedina, 2a edición (2003).

Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, segunda edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974.

Grajales Amós, Arturo, *Seguridad Jurídica y Mercosur*, Ed. Utopía, Ushuaia, Argentina (2011).

Marinoni, Luiz Guilherme, *Curso de Processo Civil, v. 1 (Teoria Geral do Processo)*, Thomson Reuters, *Revista dos Tribunais*, 3a. ed. (2017).

Marinoni, Luiz Guilherme et al., *Fundamentos del Proceso Civil*, (2010).

Pires Rocha, Eliana y Carús Guedes, Jefferson, *Derechos Fundamentales y Proceso Civil en el Brasil: Algunas técnicas procesales compensatorias de desigualdades sociales y la protección judicial de los derechos fundamentales*. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 11. (2010).

Remiro Brotons, Antonio, *La Persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el Principio de universalidad*, Capítulo XXX. El Castigo como Respuesta a las Violaciones a los Derechos Humanos: Una Perspectiva Global, Título original: '*Punishment as a Response to Human Rights Violations*', publicado en *Radical Evil on Trial*, Carlos Santiago Nino, Yale University Press, New Haven y Londres, 1996 (párrafo CLII) de la

camino adecuado ya que una protección jurídica efectiva incluye no sólo el acceso a la justicia sino el respeto de las garantías del debido proceso y una respuesta efectiva por parte de la autoridad judicial.

obra *Derecho Internacional*. Edición 2007 (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia).

Sarmiento, Daniel, *Direito fundamentais e relações privadas*, ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: parte I, cap. II, ítem 5, (2006).

Webgrafía

Sitio Oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/>

El Jurista-Paraguay

<https://juristapy.wordpress.com/2015/08/30/el-derecho-a-la-tutela-judicial-efectiva-en-el-derecho-procesal-paraguayo/>

Sitio Marinoni, Luis Guilherme

www.marinoni.adv.br

<http://www.uniset.ca/other/css/1978AC435.html>

Acrónimos

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

CDI: Comisión de Derecho Internacional

CEDH: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

CFB: Constitución de la República Federativa de Brasil

CIJ: Corte Internacional de Justicia

CN: Constitución Nacional Argentina

CNP: Constitución Nacional de Paraguay

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

CtIDH: Corte Interamericana de Derechos

que es autor principal. Edición 2007 (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia), p. 504. El autor opina que es un criterio de razonabilidad procesal y político-criminal, y no una ordenación jerárquica, la que favorece la prioridad del iudex loci delicti commissi. Afirma también en el caso concreto que analiza que la Audiencia Nacional Española se había extralimitado al requerir de los denunciantes la acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad del juez territorial.

⁹⁶ Remiro Brotons, Antonio, *La Persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el Principio de universalidad*, Capítulo XXX. El Castigo como Respuesta a las Violaciones a los Derechos Humanos: Una Perspectiva Global, Título original: '*Punishment as a Response to Human Rights Violations*', publicado en *Radical Evil on Trial*, Nino, Carlos Santiago, Yale University Press, New Haven y Londres, 1996 (párrafo CLII) de la obra *Derecho Internacional*, de la

Humanos

CtEDH: Corte Europea de Derechos Humanos

CVDI: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

CVRC: Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

CVRD: Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas

DI: Derecho Internacional

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DIH: Derecho Internacional Humanitario

DIPu: Derecho Internacional Público

Mercosur: Mercado Común del Sur

ONU: Organización de las Naciones Unidas

PARLASUR: Parlamento del Mercado Común del Sur

TPR: Tribunal Permanente de Revisión del Mercado Común del Sur..