

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL

**LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
HUGO LLANOS MANSILLA**

TOMO I

EDITORES

**HUGO IGNACIO LLANOS MARDONES
EDUARDO PICAND ALBÓNICO**



.....

..

..

LAS INMUNIDADES DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS ANTE
LOS TRIBUNALES CHILENOS

XIMENA FUENTES TORRIJO*

RESUMEN: Este artículo revisa la evolución que ha experimentado el tema de las inmunidades de los estados extranjeros en el ámbito internacional, enfatizando aquellas áreas controvertidas en las que la práctica comparada muestra que los tribunales domésticos se mueven con cierta libertad para determinar cuándo deben levantar la inmunidad para dar acceso a la justicia. Finalmente, se recomienda en Chile la dictación de una ley sobre inmunidades de los estados extranjeros.

ABSTRACT: This article is about the evolution of State immunities in the international sphere, emphasizing those problematic areas in which State practice shows that domestic tribunals act with ample freedom in determining when they have to remove immunities in order to provide access to justice. In the end, it is recommended that Chile should adopt legislation in the field of the immunities granted to foreign States.

PALABRAS CLAVE: inmunidad de los estados, actos iure imperii y iure gestionis, crímenes contra la inmunidad, Corte Penal Internacional.

KEYWORDS: State immunity, acts iure imperii and acts iure gestionis, crimes against humanity, International Criminal Court.

La inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros ante tribunales domésticos es un área que tradicionalmente el derecho internacional ha reclamado regular. Pero desde la segunda mitad del siglo veinte, la inmunidad soberana de los estados ha demostrado ser muy proclive a cambios liderados por tribunales domésticos que no encuentran obstáculo para alejarse de los paradigmas señalados por el derecho internacional. La práctica de los estados en el ámbito de la inmunidad se conforma

* D.Phil (Universidad de Oxford). Profesora de Derecho Internacional en la Universidad de Chile y en la Universidad Adolfo Ibáñez. Este trabajo se inserta dentro del proyecto Fondecyt N° 1070185.

principalmente de decisiones de tribunales domésticos y leyes dictadas por los poderes legislativos nacionales. Por lo tanto, se trata de una práctica sobre la cual los poderes ejecutivos de los estados tienen menos control, por lo menos en lo que respecta a países democráticos. Esto explica en gran parte el rápido desarrollo de los principios internacionales sobre inmunidad de los estados. Probablemente los poderes ejecutivos habrían sido más receptivos al argumento de que el levantamiento de la inmunidad de un estado extranjero posteriormente termina volviéndose en contra de uno mismo.

Pero el hecho de que la práctica de los estados en materia de inmunidades cambie rápidamente sin que, aparentemente, se respeten los requisitos para la creación de nuevas normas consuetudinarias, ha llevado a parte de la doctrina a pensar que, en realidad, no existen reglas de derecho consuetudinario que regulen en forma general las inmunidades que los estados deben otorgar a los otros soberanos. Es así como en el 2003 en el *American Journal of International Law* se escribió un artículo por Lee Caplan en que se señala que la inmunidad de los estados como un derecho fundamental de los mismos o como una regla de derecho consuetudinario es un mito.¹ Se ha dicho muchas veces que la inmunidad es un derecho fundamental de los estados que deriva del principio de la igualdad soberana. Esta igualdad soberana se manifiesta en el ámbito de la inmunidad en la máxima "*Par in parem non habet imperium*". Caplan no está convencido de que el principio de igualdad soberana sea el fundamento para establecer la regla de la inmunidad soberana. En este sentido, Caplan señala que la igualdad soberana solamente implica una igual capacidad para detentar derechos: derecho a celebrar tratados, derecho a desplegar los poderes del estado o el derecho a crear organizaciones internacionales.² De hecho, se puede contribuir a reforzar el punto de vista de Caplan con la siguiente idea: si la igualdad soberana fuera el fundamento de un principio fundamental de inmunidad de jurisdicción, lo lógico habría sido fundar en esta misma igualdad soberana un principio más importante aún que el de inmunidad como es el de la prohibición del uso de la fuerza; sin embargo, hubo que esperar hasta bien avanzado

¹ CAPLAN, Lee, "State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", 97 *American Journal of International Law* (2003), p. 745.

² *Ibid.*, p. 752.

el siglo veinte para que los estados aceptaran la prohibición del uso de la fuerza como una obligación general.³

Respecto del carácter consuetudinario de la inmunidad de jurisdicción, Caplan sostiene que hay áreas en que se puede declarar la existencia de una regla de inmunidad de jurisdicción: i) que los soberanos no pueden ser arrestados; ii) la inmunidad diplomática de los ministros de relaciones exteriores; iii) la libertad de paso de tropas extranjeras amigas, y iv) el libre paso de los buques de guerra por el territorio del estado anfitrión.⁴ Como se puede apreciar, son temas específicos los que quedarían cubiertos por esta costumbre internacional, lo que nos debería llevar a abandonar la idea de que la inmunidad deba presumirse en otros casos.⁵ En este contexto, es interesante notar que en el caso Yerodia (RDC vs. Bélgica) la Corte Internacional de Justicia no se pronuncia respecto de la existencia de una regla general de inmunidad de los Estados y sus funcionarios, porque su competencia en este caso se limitaba a la cuestión más específica de la inmunidad de los Ministros de Relaciones Exteriores en ejercicio en litigios de carácter criminal.⁶ En opinión de Caplan, los casos no cubiertos por la regla consuetudinaria quedarían entregados a la discreción del estado del foro; en esos casos la inmunidad sería sólo una cuestión de conveniencia y cortesía.

En el año 2011, otro artículo, esta vez publicado por Jasper Finke en el *European Journal of International Law*, vuelve a poner en cuestión el estatus consuetudinario de la inmunidad de jurisdicción.⁷ Según este autor la práctica de los estados no es lo suficientemente uniforme como para hablar de una regla de derecho consuetudinario en materia de inmunidad general de los estados y sus funcionarios.⁸ Pero, por el otro lado, los estados, en

³ La primera vez que los estados aceptan una prohibición general relativa al uso de la fuerza es en el artículo 2(4) de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas en 1945.

⁴ *Ibid.*, 757.

⁵ *Ibid.*, p. 760.

⁶ *República Democrática del Congo vs. Bélgica* (Arrest Warrant, 2002), párrafo 51.

⁷ FINKE, "Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?", 21 *European Journal of International Law* (2011), pp. 853 y ss.

⁸ *Ibid.*, 857.

general, reconocen que existe un concepto de inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros. En base a este reconocimiento a nivel abstracto de la existencia de inmunidades, es que Finke adelanta la teoría de que la inmunidad es solamente un principio de derecho internacional cuyo ámbito de aplicación puede ser determinado por los estados siempre que se muevan dentro de ciertos límites.⁹ Esos límites estarían dados por el derecho internacional, pero Finke sólo esboza uno de estos límites: el respeto a la independencia de los estados, es decir, el derecho de los estados para gobernar dentro de su territorio a sus propios ciudadanos.¹⁰ De esta manera, los estados no deberían levantar la inmunidad de los estados extranjeros para juzgarlos en función del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, salvo en casos de graves violaciones de derechos humanos.

Pero, al margen de la discusión sobre la existencia o no de un principio de derecho consuetudinario que otorgue a los estados inmunidad ante los tribunales extranjeros, lo cierto es que en el derecho comparado los tribunales domésticos, en forma cada vez más amplia, están dispuestos a juzgar los actos de estados extranjeros y que los poderes legislativos dictan leyes para ampliar los casos respecto de los cuales no se puede invocar la inmunidad.

A nuestro país estos desarrollos llegan con cierta tardanza. Y cuando llegan, los distintos poderes del estado parecen querer subirse a un carro en movimiento sin pensar mucho en las consecuencias ni en los detalles. Así, por ejemplo, cuando en 1998 Pinochet fue detenido en Londres, Chile defendió fuertemente la inmunidad de Pinochet como ex funcionario del Estado de Chile. Incluso algunos juristas chilenos se apresuraron en señalar que las reglas de inmunidad eran *ius cogens*.¹¹ En el año 2004 cuando se presentó una querrela contra el Presidente Bush ante los tribunales chilenos, la Corte de Apelaciones de Santiago, a través de la sentencia dictada por la Ministra Rosa Maggi, no tuvo problemas para decidir que un presidente

⁹ *Ibid.*, p. 857.

¹⁰ *Ibid.*, p. 878.

¹¹ Al respecto, ver discusión epistolar entre Pablo Rodríguez y Ximena Fuentes en El Mercurio, publicado en *Actualidad Jurídica* (2000). Es claro que la inmunidad, aun si fuera una regla de derecho consuetudinario, no alcanza el estatus de *ius cogens* ya que puede ser renunciada por los propios Estados.

en ejercicio goza de inmunidad.¹² Pero seis años después, en diciembre de 2010, el Presidente de la Corte Suprema decretó orden de detención en contra el Presidente en ejercicio de Sudán, dentro del contexto que deben prestar los Estados Partes a la Corte Penal Internacional, sin preguntarse siquiera sobre las reglas de inmunidad (Rol N° 8.403-2010).¹³

Esta aparente rápida recepción de los cambios que experimenta el derecho internacional en materia de inmunidades de los estados y sus funcionarios en casos de violaciones de derechos humanos, contrasta con cierta resistencia a levantar las inmunidades de los estados cuando se intenta demandar a éstos por el incumplimiento de obligaciones civiles nacidas de contratos de trabajo o de su responsabilidad extracontractual. Respecto de este tipo de obligaciones, el derecho internacional se movió hace tiempo ya desde una inmunidad absoluta hacia una inmunidad restringida, que permite juzgar a los estados extranjeros por sus actos *iure gestionis*, es decir, por aquellos actos en los que el estado no necesita desplegar su poder soberano porque se trata de actos que también los particulares pueden realizar.¹⁴ Para ilustrar la posición de la Corte Suprema en estas materias, se puede recordar el caso *Aranibar con Embajada de Marruecos*, Rol AD-701-2004, en que

¹² Rol N° 30.378-2004, resolución de fecha 4 de noviembre de 2004, que declara inadmisibile la querrela presentada en contra de George Bush y otros funcionarios de los Estados Unidos. En los considerandos de la resolución se lee: "4° Que la jurisdicción penal tiene como límite universalmente reconocido en el derecho internacional el principio de la inmunidad de jurisdicción, en virtud del cual el Estado o las personas que lo representan quedan excluidos de toda posible persecución penal en territorio extranjero, para garantizar el eficaz e independiente desempeño de sus funciones, y como demostración del reconocimiento de la soberanía del otro Estado".

Y más adelante señala: "8°.- Que de lo expuesto se colige que las reglas internacionales que regulan la convivencia entre los Estados impiden que con motivo de la reunión internacional a que ha sido invitado a participar en nuestro país, pueda verse afectada la inmunidad absoluta que privilegia a un Jefe de Estado extranjero y demás personas que integran su comitiva".

¹³ Corte Suprema, Rol N° 8.403-2010. Esta resolución del Ministro Milton Juica, Presidente de la Corte Suprema, se analiza con más detalle más abajo.

¹⁴ En este sentido Lady Fox ha señalado en su libro *State Immunity* (Oxford, 2002), pp. 257-8: "... the overwhelming majority of States supports a restrictive doctrine. No case has been found in the last decade where a national court confronted with a claim relating to a commercial transaction involving a State trading entity has rejected jurisdiction on the basis of an absolute rule of State immunity. I think the time has come to stop speaking of a tendency or a trend towards a restrictive doctrine and to say that a rule of restrictive immunity now prevails".

la Corte conoció de un recurso de queja presentado por el Embajador de Marruecos para que se dejaran sin efecto las actuaciones del Octavo Juzgado del Trabajo de Santiago en un juicio laboral iniciado por el chofer de la embajada, el señor Aranibar, por despido injustificado. El juez de primera instancia había acogido la demanda laboral a tramitación y había condenado a la demandada, procediendo a embargar las cuentas corrientes de la Embajada. En la resolución del recurso de queja, la Corte Suprema dejó sin efecto todo lo actuado, ordenando que la causa volviera al estado de proveerse la demanda y que no se diera lugar a la tramitación del juicio por razón de la inmunidad de Marruecos. Conforme al derecho internacional consuetudinario, el juez de primera instancia identificó correctamente que el contrato de trabajo entre la Embajada de Marruecos y el señor Aranibar no estaba protegido por la inmunidad del Estado. Incluso, respecto de la etapa de ejecución del fallo, las nuevas tendencias del derecho internacional podrían permitir argumentar que un embargo de una cuenta corriente por un monto limitado de dinero (en este caso el monto de lo adeudado al señor Aranibar) es permitido por el derecho internacional.¹⁵

Es claro que en materia de inmunidades existe una gran confusión en nuestro país. Pero no somos los únicos que enfrentamos ambigüedades en materia de inmunidades. Incluso aquellos países en los que se aplica la teoría de la inmunidad restringida, enfrentan problemas por cuanto sus tribunales siguen criterios ambiguos a la hora de distinguir entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*. Por este motivo varios estados han decidido dictar leyes que indiquen los casos en que no se reconocerá inmunidad a los estados extranjeros o sus funcionarios. Entre esos países encontramos a Estados Unidos, Canadá, el Reino Unido, Argentina, Australia, Malasia, Pakistán, Sudáfrica y Singapur.¹⁶ El motivo que llevó a estos países a dictar una ley sobre inmunidad fue el de otorgar certeza jurídica en un área en que los tribunales domésticos ya habían comenzado a aplicar la teoría de la inmunidad restringida. En el caso del Reino Unido, efectivamente, en que

¹⁵ Este punto se discute más detalladamente más abajo.

¹⁶ Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford, 2002), p. 124. Chile no tiene una legislación específica sobre inmunidades reconocidas a los estados extranjeros, pero es interesante notar que en la discusión de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, Chile se declaró partidario de la inmunidad restringida: ver Fox, *op.cit.*, p. 126.

los tribunales ya habían aplicado la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, se hizo necesario dar una guía común a los tribunales y así poder ratificar la Convención de Bruselas sobre Inmunidades.¹⁷ En el caso de los Estados Unidos, la *Foreign Sovereignty Immunities Act* de 1976 también regula cuándo los tribunales deben levantar la inmunidad. Si se dictara una ley sobre inmunidades en Chile se contribuiría a otorgar seguridad jurídica a los estados extranjeros respecto de las situaciones en que se podrían ver demandados ante los tribunales chilenos. Chile, por su parte, se ha visto en la situación de demandado ante varios tribunales de países extranjeros. Pero mientras esa ley no exista y ni siquiera se manifieste la necesidad de dictarla, es útil para nuestros tribunales aclarar algunos conceptos para actuar con mayor conocimiento de conocimiento al momento de resolver controversias donde aparece la institución de la inmunidad.

INMUNIDAD DE ESTADO Y LAS INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS

Las inmunidades de los diplomáticos y las del personal consular extranjero se encuentran regidas por tratado: la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1963, respectivamente. Sin embargo, las inmunidades de los estados extranjeros como tales y la de sus funcionarios no se encuentran regladas por tratado y por eso cumple un papel importante aquí el derecho internacional consuetudinario. De esta manera, si en los tribunales chilenos se intenta una acción de indemnización perjuicios en contra de un estado extranjero no debería aplicarse la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas sino las reglas prescritas por el derecho internacional general (en la medida que estemos de acuerdo en que nuestro sistema permite la aplicación de estas reglas en forma automática). Sin embargo, en muchas causas civiles o laborales contra estados extranjeros los jueces tienden a aplicar las Convenciones de Viena porque piensan que, por estar de alguna manera involucrado un diplomático, una embajada o un consulado, se estaría dentro del ámbito de la inmunidad diplomática o consular. Es verdad que muchas veces es difícil distinguir si estamos frente a la inmunidad diplomática o a la inmunidad del estado propiamente tal, pero otras veces la distinción aparece más claramente en razón de los elementos del contrato.

¹⁷ Para la historia de la *State Immunity Act* de 1978 ver Fox, *op.cit.*, pp.128 y ss.

En el caso *Aranibar con Embajada de Marruecos*, por ejemplo, se puede apreciar que el contrato de trabajo se ha realizado para proveer de personal a la embajada (en ese caso específico se trata de un chofer). Por lo tanto, el jefe de la misión diplomática actuó en representación de su estado en la celebración de un contrato necesario para dotar a la embajada de personal. Por eso es correcto caracterizar ese contrato como un acto jurídico entre el trabajador y el estado extranjero acreditado en Chile. Como un factor adicional, se puede reparar en el hecho de que al perseguir el cumplimiento de este tipo de contratos el diplomático no será condenado a título personal sino que las indemnizaciones de perjuicios que se ordene pagar obligarán al patrimonio del estado extranjero.

LA DISTINCIÓN ENTRE ACTOS *IURE IMPERII* Y ACTOS *IURE GESTIONIS*

En derecho comparado la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión (o comerciales) ha servido para elaborar la teoría restringida sobre inmunidad según la cual los estados no pueden reclamar inmunidad en aquellos actos donde actúan en el ámbito de acción de los entes privados. Las primeras sentencias que aplicaron esta teoría se encuentran en Italia y en Bélgica a principios del siglo XX.¹⁸ Hoy día, la distinción ha inspirado a la Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (2004). Esta Convención se basó en el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, que tuvo a su cargo el estudio de este tema desde el año 1977. Hubo un primer proyecto de artículos aprobado por la Comisión en 1991, el cual fue objeto de nuevos estudios por un Grupo de Trabajo que funcionó entre 1992 y 1998. Finalmente el asunto fue vuelto a remitir a la Comisión de Derecho Internacional y finalmente en el año 2004 la Asamblea General aprobó el texto de la Convención, la que todavía no entra en vigor, faltando que se reúna el número de ratificaciones necesarias para tal efecto.

La Convención de 2004 recoge en general la distinción entre actos *iure imperii* y *iure gestionis*. La aplicación de la distinción permite, en general, levantar la inmunidad de los estados en los litigios relativos a transacciones mercantiles. La discusión que se generó en la Sexta Comisión de la Asamblea

¹⁸ Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford, 2003), p. 323.

General giró en torno a los criterios más específicos que permiten levantar la inmunidad en el caso de las transacciones mercantiles. Desde los orígenes de esta distinción entre actos de gestión y actos soberanos se ha discutido sobre el rol que puede jugar la intención o propósito con que se ha celebrado el contrato en la justificación de la mantención de la inmunidad en determinados casos. Finalmente, en el artículo 2.1(c) de la Convención de Naciones Unidas el criterio del propósito del contrato se acepta sólo para aquellas situaciones en que la práctica del estado parte así lo acepta.

Respecto de los contratos de trabajo, es interesante observar que, en materia de contratos de trabajo entre el estado extranjero y una persona que se desempeñará en el estado del foro, no se puede invocar la inmunidad, a menos que la labor involucre el ejercicio de una función soberana.¹⁹

¹⁹ El artículo 11 de la Convención de 2004 dispone que:

Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado.

Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica:

Si el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público;

Si el empleado es:

Un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961;

Un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963;

Un miembro del personal diplomático de las misiones permanentes ante las organizaciones internacionales, de las misiones especiales, o que haya sido designado para representar al Estado en conferencias internacionales; o

Cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática;

Si el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de una persona natural;

Si el objeto del proceso es la destitución o la rescisión del contrato de una persona y, conforme determine el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores del Estado empleador, dicho proceso menoscabe los intereses de seguridad de ese Estado;

El empleado fuese un nacional del Estado empleador en el momento en que se entabló el procedimiento, a menos que esta persona tenga su residencia permanente en el Estado del foro; o

Si el Estado empleador y el trabajador han convenido otra cosa por escrito, salvo que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso.

También se debe notar que los casos de responsabilidad extracontractual también están exceptuados de la inmunidad, siempre que el acto u omisión dañosa haya ocurrido en el territorio del estado del foro.²⁰ Volveré sobre este tema más abajo.

Por último, llama la atención que la Convención de Naciones Unidas acepta limitadamente una tendencia que es posible observar en el último tiempo de levantar la inmunidad de ejecución. Esta inmunidad se refiere a la prohibición de que los tribunales del estado del foro puedan tomar medidas coercitivas como los embargos y las ejecuciones de bienes. Sin embargo, el artículo 19 dispone que excepcionalmente se pueden decretar embargos y ejecuciones forzadas respecto de bienes que se utilizan específicamente para fines distintos de los oficiales. En este contexto, se podría pensar que el embargo que había decretado el juez laboral en el caso Aranibar con Embajada de Marruecos estaría autorizado por el derecho internacional contemporáneo, sin embargo, más adelante el artículo 21 dispone que las cuentas bancarias que sean utilizadas en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del estado no se considerarán como bienes destinados a un fin distinto del servicio público no comercial. Se debe advertir, en todo caso, que no todas las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas de 2004 reflejan reglas del derecho internacional consuetudinario y que incluso aquellas que lo pueden reflejar son susceptibles de evolución. En materia de inmunidades de ejecución se está produciendo una rápida evolución, así es que no sería de extrañar que en corto tiempo se puedan ampliar las facultades de ejecución de bienes de los tribunales domésticos respecto de condenadas civiles contra estados extranjeros.

EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE INMUNIDADES POR CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Uno de los desarrollos más notables del derecho internacional contemporáneo es la posibilidad de levantar la inmunidad de los estados por actos *iure imperii* que constituyen crímenes contra la humanidad. La decisión

²⁰ Es decir, esta regla del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas acepta el levantamiento de la inmunidad en casos como el asesinato de Orlando Letelier en Washington DC, planificado por agentes del estado chileno.

de la *House of Lords* en el caso Pinochet (1999)²¹ marcó un hito en el derecho internacional. Era la primera vez que se levantaba la inmunidad de un ex Jefe de Estado por actos de tortura. Los argumentos de los jueces británicos fueron fundamentalmente tres: i) una interpretación útil de la Convención contra la Tortura para no anular el efecto de la jurisdicción universal que ella autoriza, puesto que de otra manera los funcionarios extranjeros acusados de tortura reclamarían inmunidad ante los tribunales extranjeros que ejercen jurisdicción universal; ii) el argumento de la jerarquía normativa según el cual el carácter *ius cogens* de la prohibición de la tortura obliga a levantar la inmunidad, que es una regla que tiene jerarquía inferior, y iii) la existencia de una nueva regla de derecho consuetudinario que permite levantar la inmunidad en estos casos. Los tres argumentos han recibido críticas, sin embargo, es claro que, aun cuando el tercer argumento no haya sido correcto porque al año 1999 no existía una costumbre en el sentido de levantar la inmunidad de los ex-funcionarios por delitos contra la humanidad, lo cierto es que la comunidad internacional rápidamente llegó a aceptar que el derecho internacional permite hoy día el levantamiento de la inmunidad *ratione materiae* cuando se persigue la responsabilidad penal de antiguos funcionarios estatales. Pero respecto de los funcionarios en ejercicio (inmunidad *ratione personae*) se sigue respetando la inmunidad. Así lo declaró la propia Corte Internacional de Justicia en el caso Yerodia (República Democrática del Congo vs. Bélgica, 2002).

Me interesa comentar en particular el argumento de la jerarquía normativa. Según este argumento, el hecho de que la tortura esté prohibida por una regla de *ius cogens* conlleva necesariamente el levantamiento de la inmunidad porque esta última es un principio de jerarquía inferior. En efecto, el principio de la inmunidad no es *ius cogens* y lo demuestra el hecho de que es una barrera jurisdiccional esencialmente renunciable por el propio estado beneficiario. Sin embargo, de eso no se sigue que la inmunidad deba ceder cada vez que se intenta ejercer jurisdicción sobre una persona o estado acusado de cometer tortura. Una cosa es la prohibición sustantiva de cometer tortura y otra cosa son las reglas que cada estado tiene para determinar cuándo se puede ejercer la jurisdicción. Así, por ejemplo, muchos

²¹ Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet, House of Lords, 1999.

estados reconocen sólo la jurisdicción territorial, es decir, sus tribunales sólo pueden conocer los delitos ocurridos dentro del territorio nacional. No sería correcto argumentar que la regla de la prohibición de la tortura obliga necesariamente a todos los estados a establecer jurisdicción universal. De hecho, la propia Convención de Naciones Unidas contra la Tortura sólo establece la obligación de ejercer jurisdicción para los estados en cuyo territorio ocurrió el hecho, o para el estado de la nacionalidad de la víctima o del torturador.²² Por otro lado, si la teoría de la jerarquía fuera correcta, habría que concluir que los estados están obligados a desconocer incluso la inmunidad de los funcionarios en ejercicio (*ratione personae*). Es claro que esta consecuencia de la teoría de la jerarquía normativa no encuentra mucha aceptación entre los estados.

La teoría de la jerarquía normativa ya ha sido testeada ante la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Al-Adsani v. Reino Unido* (2001), siendo rechazada por una estrecha mayoría (nueve votos contra ocho). El voto de minoría señala que en el caso de la prohibición de la tortura, que es una regla de *ius cogens*, un estado no puede invocar reglas de inferior jerarquía, como la inmunidad, para evitar las consecuencias de sus actos ilícitos de tortura.²³ Pero el argumento es erróneo porque da por hecho que todas las consecuencias que se pueden seguir del carácter internacionalesmente ilícito de la tortura tienen, a su vez, el carácter de *ius cogens* y eso no es así. La verdad es que la única consecuencia de un acto de tortura que tiene carácter de *ius cogens* es la antijuricidad de la tortura misma de tal manera que un estado no puede pactar en contrario y transformar la tortura en un acto lícito. Pero las otras consecuencias que se pueden seguir de la antijuricidad como serían el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, la sanción penal del victimario y la reparación de las víctimas dependerán de que los estados establezcan la legislación correspondiente en su sistema jurídico nacional. Así, por ejemplo, cada estado decidirá si establece o no jurisdicción universal para este delito; si acepta o no que se pueda indultar a los responsables de actos de tortura; si se concederá o no jurisdicción extraterritorial para conocer de demandas civiles en caso de actos de tortura cometidos en el extranjero y otras cues-

²² Ver artículo 5º de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (1988).

²³ Ver el voto disidente de Rosakis y Cafish, junto con Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic.

tiones asociadas. La sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Al-Adsani* se pronuncia precisamente en el sentido de que el no haber dado acceso a los tribunales nacionales en un caso de una demanda de indemnización de perjuicios civiles contra un estado extranjero no puede equiparse con un acto de autorización de la tortura. Respecto del otro derecho que *Al-Adsani* reclama haber sido violado, esto es, el derecho de acceso a la justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos simplemente señala que este no es un derecho absoluto (es decir, no es *ius cogens*) y, por lo tanto, puede limitarse por diversas razones, entre las cuales está la apreciación que el estado del foro realice sobre la conveniencia de no ejercer jurisdicción sobre estados extranjeros en casos de demandas de indemnización de perjuicios. Esa posible limitación del ejercicio de la jurisdicción no se encuentra prohibida por el derecho internacional.²⁴ Pero el caso *Al-Adsani* fue sólo un primer round. Habrá que esperar todavía la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *Jones v. United Kingdom* y *Mitchell & Ors v. United Kingdom*, que se encuentran todavía pendientes, para ver si la teoría de la jerarquía normativa logra abrirse paso en la jurisprudencia internacional.²⁵

INMUNIDAD DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS EN CAUSAS DE RESPONSABILIDAD
CIVIL DERIVADA DE LA COMISIÓN DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Después de lo fallado por la *House of Lords* en el caso Pinochet, hoy día se puede perseguir la responsabilidad penal de los ex funcionarios de estados extranjeros por crímenes contra la humanidad. ¿Pero qué pasa con la responsabilidad civil del estado? Al respecto, varios países permiten levantar la inmunidad de estados extranjeros que incurren en responsabilidad extracontractual en el territorio del país del foro. De hecho, Chile fue condenado por los tribunales estadounidenses a pagar una indemnización de perjuicios por el asesinato de Orlando Letelier en Washington DC ocurrido en el año 1976. La Convención de Naciones Unidas de 2004 así lo reconoce en el artículo 12. Pero el punto sigue siendo controvertido.

²⁴ Ver *Al-Adsani v. United Kingdom* (Corte Europea de Derechos Humanos, 2001), párr. 61 a 67.

²⁵ Estos casos son muy parecidos al caso *Al-Adsani* en que nacionales británicos fueron torturados por Arabia Saudita e intentaron una acción de perjuicios ante los tribunales del Reino Unido, siendo reconocida la inmunidad de Arabia Saudita.

Actualmente se encuentra pendiente ante la Corte Internacional de Justicia una controversia entre Alemania e Italia porque los tribunales italianos han condenado a Alemania a pagar por los perjuicios ocasionados durante el Tercer Reich a italianos que fueron deportados para realizar trabajos forzados. En general, la práctica de los estados alza la barrera de la inmunidad por casos de responsabilidad extracontractual por hechos ocurridos en el territorio del estado del foro. Respecto de hechos ilícitos ocurridos fuera del estado de foro, la tendencia es a mantener la inmunidad. Así ocurrió en el caso *Al-Adsani v. Government of Kuwait*²⁶ en que los tribunales británicos reconocieron la inmunidad de Kuwait, y lo mismo ocurrió en *Jones v Saudi Arabia*.²⁷ Pero, en esos casos, el derecho del Reino Unido decidió no abrir la jurisdicción de sus tribunales en casos de responsabilidad civil por actos de tortura cometidos en el extranjero. La Corte Europea hasta ahora le ha reconocido esta facultad. Pero el caso de Alemania contra Italia es muy diferente, por cuanto ya no se trata de cuestionar la licitud o ilicitud de la decisión nacional de negarse a ejercer jurisdicción, sino de la licitud o ilicitud de la decisión opuesta, es decir, de la decisión de ejercer la jurisdicción civil respecto de actos que ocurrieron fuera del territorio y levantar la inmunidad del estado victimario. Esta vez habrá que revisar si la decisión de no reconocer la inmunidad del estado extranjero está permitida por el derecho internacional. Obviamente, si el carácter *ius cogens* de la prohibición de un crimen contra la humanidad obligara a levantar la inmunidad no habría problema en decidir que Italia actuó correctamente al levantar la inmunidad de Alemania porque así se lo ordena el derecho internacional. Sin embargo, todo parece indicar que el estado actual del derecho internacional es que el carácter *ius cogens* de un crimen contra la humanidad no obliga a ejercer la jurisdicción extraterritorial para conocer de demandas civiles de indemnización de perjuicios. Por lo tanto, la controversia ante la Corte Internacional de Justicia girará en torno a la existencia del derecho de Italia a ejercer la jurisdicción en esos casos y levantar la inmunidad, aun cuando no exista una regla que la obligue a hacerlo. Es decir, el caso se podría decidir a favor de Italia sin necesidad de aplicar la teoría de la jerarquía normativa. Bastaría con que la Corte señalara que, conforme al derecho internacional existente,

²⁶ *Al-Adsani v. Government of Kuwait* [1996] TLR 192 (CA) UK Court of Appeal.

²⁷ *Jones v. Saudi Arabia*, House of Lords, Appellate Committee, 2006, en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones.pdf>.

Italia tiene la libertad (potestad) de levantar la inmunidad en casos de responsabilidad civil por delitos contra la humanidad cometidos fuera del territorio contra nacionales, aunque no haya surgido todavía en el derecho internacional la obligación de hacerlo.

Sin embargo, en su contramemoria ante la Corte Internacional, Italia le ha dado un lugar importante al argumento que se basa en la implementación de las reglas *ius cogens*. Italia no aplica el argumento de la jerarquía normativa de la forma en que se ha alegado en el caso *Al-Adsani*, sino que intenta una variante según la cual:

4.77 Italy considers that international immunity law must be interpreted and applied consistently with the fundamental values shared by the international community and embodied in peremptory norms of international law. A systematic interpretation of the international legal system –an interpretation consistent with the hierarchy of norms– does not imply the removal of State immunity in any case of violation of *ius cogens* norms. Nevertheless, the invocation of immunity from jurisdiction cannot be used by States to avoid their responsibility and deny to individuals any forms of reparation and compensation. The practice set forth above confirms the conclusion according to which the recognition of immunity seems fair only when other mechanisms for obtaining reparation are available. Otherwise, the withdrawal of immunity seems to be the only way to establish the consistency of the international legal system.²⁸

Italia, entonces, está argumentando que, en determinadas circunstancias, en casos de violaciones de reglas de *ius cogens* se puede alzar la inmunidad para otorgar un remedio efectivo cuando las víctimas no tienen otra posibilidad de obtenerlo. Claramente, este no es un argumento que se base en la jerarquía normativa de las normas a secas, sino que se vincula con el derecho a obtener una reparación efectiva para las víctimas. Se puede apreciar, en consecuencia, que la jerarquía normativa no es el único argumento para levantar la inmunidad de los estados extranjeros en casos de crímenes contra la humanidad. De hecho, si se aceptara la teoría de Caplan según la cual la inmunidad es sólo una cuestión de discreción del

²⁸ Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, Counter-Memorial of Italy, 22 December, 2009.

estado del foro, no sería necesario acudir a la teoría de la jerarquía de las normas. La Corte Penal internacional es una demostración adicional de que hay otras maneras de argumentar a favor del alzamiento de la inmunidad. En efecto, la Corte Penal demuestra que también se pueden usar ciertas técnicas interpretativas para concluir que las partes del Estatuto de Roma se han obligado a no reconocer las inmunidades de funcionarios en ejercicio.

LAS INMUNIDADES EN EL CONTEXTO DE LAS OBLIGACIONES DE COOPERACIÓN CONTENIDAS EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Ningún funcionario o ex funcionario estatal puede alegar inmunidad frente a la Corte Penal Internacional. Así lo dispone expresamente el artículo 27 del Estatuto de Roma. ¿Pero qué ocurre con las solicitudes de cooperación y su eventual contradicción con las inmunidades de esos funcionarios ante el derecho doméstico de los Estados Partes? Es una pregunta que genera polémica. Para algunos no hay contradicción pues el Estatuto debe interpretarse en el sentido de haber terminado implícitamente con esas inmunidades. No todos son de la misma opinión. El artículo 98 de Estatuto dispone que:

La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o a la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

En base a esta disposición algunos sostienen que en materia de inmunidades se debe aplicar el derecho internacional general, por lo tanto, no correspondería que la Corte solicitara a los estados el arresto de Jefes de Estado en ejercicio. Esta es la discusión que rodea la cooperación que la Corte ha pedido a los Estados Parte para que se capture a Omar Al-Bashir, Presidente en ejercicio del Sudán. Nouwen y Albanese señalan que, si bien en este caso la situación del Sudán fue referida a la Corte Penal por una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas,²⁹ esa

²⁹ Consejo de Seguridad, Res. N° 1.593 (2005).

Resolución no deroga ni modifica el Estatuto de la Corte, de manera que se sigue aplicando el artículo 98.³⁰ Sudán, aun siendo un estado que no es parte del Estatuto de Roma, queda obligado a cooperar con la Corte Penal porque así lo dispone expresamente la Resolución N° 1.593 del Consejo de Seguridad y, por lo tanto, debería entregar a su Presidente. Pero no se puede decir lo mismo del resto de los Estados miembros de las Naciones Unidas que son parte del Estatuto a los cuáles se aplicaría, en principio, el mencionado artículo 98.

Pero hay otra posición según la cual se debe entender que el artículo 27 del Estatuto de Roma ha removido las inmunidades de los funcionarios de los Estados Parte del Estatuto, ya que, de otra manera, la Corte no podría juzgar a ningún funcionario a menos que su propio estado renunciara a la inmunidad.³¹ Sin embargo, esta interpretación dejaría sin efecto útil al artículo 98. Por eso, hay autores que prefieren una posición intermedia en que el artículo 27 operaría como una renuncia implícita de las inmunidades de los Estados Partes del Estatuto, pero el artículo 98 se seguiría aplicando para respetar las inmunidades de los estados que no son parte.³² Aplicando este razonamiento al caso del Sudán, autores como Dapo Akande concluyen que, habiendo sido referida la situación por una Resolución del Consejo de Seguridad obligatoria para Sudán, se debe entender que este estado queda en una situación similar a la de un Estado Parte del Estatuto de Roma por cuanto se le aplicará el estatuto en todo cuanto diga relación con la acción de la Corte en esta situación.³³ Por eso Akande cree que es correcto interpretar que Al-Bashir estaría desprovisto de su inmunidad ante los tribunales de los estados que cooperarán con la Corte en su posible arresto, porque se debe entender que la resolución N° 1.593 le ha impuesto las obligaciones del artículo 27.

¿Cómo fue tratado el tema por nuestra Corte Suprema? Como ya se dijo, en diciembre de 2010 el Presidente de la Corte Suprema ordenó la

³⁰ NOUWEN, S. y ALBANESE, M., *Arresting Bashir: How the ICC has Violated its own Statute*, 10 March 2009, en <http://africanarguments.org/2009/03/10/arresting-bashir-how-the-icc-has-violated-its-own-statute/>.

³¹ AKANDE, "The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities", *Journal of International Criminal Justice* (2009), pp. 337-8.

³² *Ibid.*, p. 339.

³³ *Ibid.*, p. 342.

detención de Omar Al-Bashir, Presidente del Sudán, sin hacerse siquiera la pregunta sobre la inmunidad.³⁴ Llama la atención que la Defensoría tampoco invocó la inmunidad como defensa. Dada la discusión de la que se ha dado cuenta en los párrafos anteriores, el tema es complejo y requería ser tratado en la resolución del Presidente de la Corte Suprema. Habría sido útil que nuestro máximo tribunal emitiera un pronunciamiento para saber cuál es el fundamento para no reconocer la inmunidad de un Presidente en ejercicio de un estado extranjero y qué interpretación en particular se está dando a los artículos 27 y 98 del Estatuto de Roma.

CONCLUSIONES

Como se puede apreciar, el tema de las inmunidades en el derecho internacional es un tema complejo y los desarrollos del último tiempo avanzan con demasiada rapidez. ¿Cuán preparados están nuestros tribunales para la tarea de evaluar la existencia e interpretar normas de derecho internacional en esta materia?

Una primera dificultad que se puede identificar se encuentra en el hecho de que las inmunidades de los estados y sus funcionarios no se encuentran reguladas por un tratado del cual Chile sea parte. Esto quiere decir que los tribunales tienen que tratar de identificar e interpretar el derecho consuetudinario. Pero esta tarea implica una investigación de la práctica comparada para la cual probablemente nuestros tribunales no están preparados.

Por otra parte, se espera que Chile otorgue certeza a los estados extranjeros en materia de inmunidades. Si la decisión sobre inmunidades es entregada enteramente a la decisión de los tribunales es muy probable que no se obtenga la certeza que se busca.

Estos dos problemas se podrían solucionar mediante la dictación de una ley sobre inmunidades. También se podría recomendar la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes, pero este tratado, en la medida que tuvo que

³⁴ La decisión del Presidente de la Corte Suprema de fecha 24 de diciembre de 2010 se puede encontrar en: http://www.poderjudicial.cl/modulos/InformacionCausas/INF_causas_corte_supr.php?opc_menu=7&opc_item=1.

ser consensuado entre varios estados, tiene ambigüedades que una ley del Congreso podría evitar. Por otra parte, la Convención de Naciones Unidas no trata todos los problemas a los que da lugar la inmunidad, en particular, no se regula el tema de la responsabilidad penal de los funcionarios de estados extranjeros.

La dictación de una ley tiene un beneficio adicional. El tema de las inmunidades que se reconocen o no a los estados extranjeros suele ser un tema extremadamente sensible en las relaciones internacionales interestatales. Por ese motivo, no es lo más adecuado dejar entregada esta cuestión a la apreciación de los tribunales domésticos a quienes no se ha entregado la responsabilidad de conducir las relaciones internacionales de Chile. Entonces, se podría argumentar que el mejor posicionado para tomar decisiones en materia de inmunidades es el poder ejecutivo. Sin embargo, el poder ejecutivo probablemente tome especialmente en cuenta su propio interés en el tema de las inmunidades, esperando un trato recíproco de parte de los otros estados. Entonces, el mejor candidato para pronunciarse en el tema de las inmunidades de los estados extranjeros parece ser el poder legislativo. Después de todo, las inmunidades no sólo tienen que ver con el resguardo de las buenas relaciones con estados extranjeros sino que también con la posibilidad de otorgar acceso a la justicia a quien demanda a un estado o un funcionario extranjero. En la medida en que se deben equilibrar los diversos intereses envueltos, es bueno entregar la decisión al órgano donde se supone que las diversas fuerzas políticas del estado deliberan sobre lo que es mejor para el interés público.

