

LAS INMUNIDADES DE ESTADO EXTRANJERO EN LA PAUTA DEL JUDICIÁRIO BRASILEÑO: AVANCES Y DESAFIOS.¹

Martha Lucía Olivar Jimenez (*)

Valesca Raizer Borges Moschen (**)

Fecha de publicación: 01/07/2013

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I Los progresos en la jurisprudencia brasileña en materia de inmunidades de Estado extranjero. 1.1. Jurisdicción & competência: harina de un mismo costal? 1.2. El paradojo de las reglas procedimentales. II La inmunidad de jurisdicción en los temas de derechos humanos. 2.1. La diversidad de soluciones propuestas internacionalmente. 2.2. Las soluciones locales ante la diversidad de problemas.

¹ Este texto fue presentado en em el “ Primeira Conferência da Associação Americana de Direito Internacional Privado - ASADIP no Brasil”, sobre “Direito Internacional Privado e Direito Internacional Público: um encontro necessário” , realizado en la Facultad de Derecho de la Universidade Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS), en los dia 23-26 de Agosto de 2010. El texto que ora se presenta fue modificado para la actual publicación y es fruto de un proyecto de pesquisa financiado por el CNPQ.

(*) Professora da UFRS. Possui graduação em Direito - Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora Del Rosario (1984), mestrado(D E A) Droit Communautaire - Université Robert Schuman Strasbourg III (1986) e Doctorat de L'université Robert Schuman Mention Droit Communautaire(1990). Atualmente é professor associado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Especiais, atuando principalmente nos seguintes temas: mercosul, direito internacional, ue, omc e direito comunitário. Titular do Modulo Jean Monnet desde 2010.
jdupont@via-rs.net, ppgdir.ufes@gmail.com

(**) Mestre e Doutora pela Universidade de Barcelona. Professora de Graduação e Pós Graduação na UFES. É graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1990), Master em Economia e Finanças Internacionais (1996) e Doutora em Direito e Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona (2000). Professora Associado I Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, atuando nos cursos de Graduação em Direito e Pós-Graduação (Mestrado em Direito Processual). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional, principalmente nos seguintes temas: Processo Civil Internacional, Mercosul, Arbitragem, Cooperação Empresarial Internacional, Joint ventures, Cláusulas de Eleição de Foro.
raizervalesca@gmail.com

PALABRAS CLAVE: Inmunidad de Jurisdicción; inmunidad de ejecución; competencia internacional; Jus Cogens; derechos fundamentales.

INTRODUCCIÓN:

Las soluciones encontradas por los tribunales nacionales ante los conflictos en que interviene un Estado extranjero constituye actualmente una de las cuestiones más interesantes en el ámbito internacional y que carece de normativa de carácter universal en vigor². Pocos son los Estados que han adoptado legislación específica en la materia³ con la intención de limitar el poder discrecional de los jueces y así garantizar mayor seguridad jurídica a los operadores con Estados extranjeros. La gran mayoría de países, entre los que se encuentra Brasil, deja la solución de las controversias de esa naturaleza en manos de los tribunales.

Las inmunidades de Estado extranjero hacen parte de una categoría de asuntos en que el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado se relacionan estrechamente constituyendo una verdadera “zona gris” en la que no hay una prevalencia de uno sobre el otro, además es una materia en constante evolución.

Hasta la década de ochenta los tribunales brasileros reconocían los privilegios de la inmunidad de jurisdicción y de la inmunidad de ejecución absolutas. A partir de 1989, con la decisión en la Apelación Civil 9696-3 Genny de Oliveira v. RDA, el Supremo Tribunal Federal modifica su jurisprudencia consagrando la inmunidad de jurisdicción relativa e invocando como justificativa las legislaciones más avanzadas en ese momento (Convención Europea de Basilea de 1972 así como las leyes británica y americana).⁴

² La Convención de la ONU sobre Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y su propiedad firmada en Nueva York el 2 de diciembre de 2004 no está aún en vigor. En la actualidad 28 Estados firmaron pero solo 4 Estados ratificaron.

³ Como menciona Julie Gaudreau solamente ocho Estados reglamentaron la cuestión: Estados Unidos (Foreign Sovereign Immunities Act, 1976, modificada posteriormente por Antiterrorism and Effective Death Penalty Act de 1996); Reino Unido (State Immunity Act 1978); Singapur (State Immunity Act 1979); Pakistán (State Immunity Ordinance 1981); África del Sur (Foreign Sovereign Immunities Act, 1981); Canadá (Loi sur l'Immunité des États, 1982); Australia (Foreign States Immunities Act, 1985); Argentina (Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los Tribunales Argentinos, ley 24.488 de 1995). GAUDREAU Julie, Immunité de l'Etat et violations de Droits de la personne: une approche jurisprudentielle, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales HEI, Études et Travux, mars 2005, disponible en www.hei.unige.ch/publ/index.html

⁴ En el derecho procesal laboral, la inmunidad de jurisdicción viene siendo cada vez más relativizada, la problematización que se impone en una litis en la cual una de las partes sea el

La particularidad de la solución brasileña está en la ausencia de análisis o de mención al objetivo perseguido por esos dispositivos normativos: acabar con la discrecionalidad de los jueces sobre la naturaleza del acto y en consecuencia sobre la concesión o no del privilegio de la inmunidad al Estado extranjero.

Si bien los conflictos dirimidos por los tribunales brasileños son en gran parte de naturaleza laboral, en los últimos diez años nuevas y originales cuestiones han sido sometidas a ellos estimulando un desarrollo muy interesante en materia procesal así como la búsqueda de soluciones innovadoras principalmente cuando se invoca la violación de derechos fundamentales .

En este sentido, el presente trabajo busca - a partir de la recopilación de la jurisprudencia pátria - analizar como se están desarrollando los límites y posibilidades de inmunidad de jurisdicción de los Estados Extranjeros, en particular a la luz de los derechos humanos.

1. Los progresos en la jurisprudencia brasileña en materia de inmunidades de Estado extranjero

No hay ninguna duda en la relación simbiótica entre la doctrina y la jurisprudencia en la búsqueda de soluciones innovadoras a los problemas que surgen día a día y en la incuestionable evolución del derecho que de allí resulta. Esa afirmación gana proporciones mayores en la materia que nos ocupa. Entre los asuntos que más han interesado a los jueces brasileños y para los cuales han buscado auxilio en la doctrina nacional y extranjera pueden destacarse de un lado, el constante esfuerzo por diferenciar claramente competencia internacional e inmunidad de jurisdicción y de ejecución, examinando el fundamento de los privilegios (1.1), y de otro la determinación de reglas de procedimiento que deben ser observadas en los conflictos en que interviene un Estado extranjero (1.2).

1.1. Jurisdicción & competencia: ¿harina de un mismo costal?

La inmunidad de jurisdicción se consubstancia en un triángulo procesal que se presenta a partir de dos relaciones jurídicas distintas: una primaria, así llamada por Antenor Pereira Madruga Filho⁵, entre el Estado extranjero (demandado) y el particular/Estado (demandante); y, una secundaria, que solamente existirá en el caso de que el Estado extranjero alegue su inmunidad negándose a la jurisdicción de los tribunales en los cuales la litis se desarrolla.

estado extranjeros, está en la ejecutoriedad de las decisiones llogradas por el judiciário nacional.

⁵ MADRUGA F., Antenor P., **A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição**, Rio de Janeiro:Renovar, 2003, pp.203 e 204.

Es, en este último caso, que se constituye un conflicto internacional a ser analizado *bajo la óptica del ordenamiento jurídico que disciplina las relaciones entre Estados: el derecho internacional*⁶ y las reglas procesales nacionales.

En la relación primaria, en caso de no existir oposición del Estado extranjero a la jurisdicción interna, el procedimiento será realizado a partir de las reglas materiales y procedimentales aplicables a al caso concreto. Al no existir la excepción preliminar de inmunidad, cabrá al juez, a partir del análisis de fondo de la cuestión, tomar la decisión según los supuestos de hecho y de derecho argumentados y aplicables⁷.

Por otro lado, en la relación secundaria – en la cual exista el conflicto internacional – la inmunidad se clasifica como una cuestión independiente de la cuestión de fondo. O sea, *antes de resolver el problema de fondo que nordea el litigio, el juez debe evaluar si el Estado demandado es inmune a la jurisdicción nacional*⁸.

Desde el prisma procedimental, las controversias relativas al tema de la inmunidad se inician en la propia calificación procesal del instituto. Por tratarse de una excepción preliminar la inmunidad de jurisdicción del Estado demandado y la determinación de la competencia del juez, son cuestiones cercanas y frecuentemente confundidas.

En 2002 la Corte Internacional de Justicia en el caso RDC V. Bélgica también conocido como el “Mandato de Prisión” o “Caso Yerodia”⁹ señaló la diferencia crucial entre la jurisdicción de los tribunales nacionales y las inmunidades jurisdiccionales, rechazando la asimilación entre estas dos cuestiones:

“...Las reglas que gobiernan la jurisdicción de las Cortes Nacionales deben ser cuidadosamente diferenciadas de aquellas que gobiernan las inmunidades de jurisdicción: jurisdicción no implica ausencia de inmunidad y ausencia de inmunidad no implica jurisdicción...”¹⁰.

La declaración del Juez Koroma apoyando el raciocinio del Tribunal Internacional merece ser destacada:

“..La jurisdicción se refiere al poder del Estado de afectar los derechos de una persona o personas por medidas legislativas,

⁶ Op. Cit. P. 200.

⁷ La problemática mayor reside, usualmente, en la ejecución de una eventual sentencia condenatoria del Estado extranjero.

⁸ MADRUGA F., Antenor P., **A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição**, Rio de Janeiro:Renovar, 2003, pag.203 e 204.

⁹ Mandat d’arret du 11 avril 2002 (Republique Democratique du Congoc. Belgique), arrêt C.I.J. Recueil 2002.p.3.

¹⁰ Mandat d’arret du 11 avril 2002, nota 9.

ejecutivas o judiciales. En tanto que la inmunidad representa la independencia y excepción de la jurisdicción o de la competencia de las Cortes o Tribunales de un Estado extranjero¹¹”.

La Corte hizo tal afirmación al constatar que los dos conceptos, jurisdicción e inmunidad, están íntimamente relacionados generando muchas veces confusión por lo que se hace necesario garantizar la prevalencia lógica del primero sobre el segundo: la inmunidad jurisdiccional solamente será un obstáculo procesal en el momento en que sea constatada y no en el momento en que es manifestada por el Estado interesado y eso ocurre si el tribunal es competente para decidir la cuestión.

La doctrina brasileña trabaja el concepto de jurisdicción y competencia a partir de la concepción de que “ *La jurisdicción actúa como la manifestación de la potestad del Estado. Es al mismo tiempo, poder, función y actividad*”. La competencia, por su vez, posee una dimensión de naturaleza interna, o sea, representa “*la medida de la jurisdicción*”¹²

Los tribunales brasileños no constituyen una excepción al problema como se puede constatar en la propia decisión 9696-3 Genny de Oliveira, donde el Ministro Relator Sydney Sanches confundió los dos conceptos al ver en el artículo 114 de la Constitución de 1988 una alteración del régimen de la inmunidad.

En esa ocasión el voto del Ministro Francisco Rezek fue claro al determinar que tal disposición se refería exclusivamente a las reglas de jurisdicción/competencia¹³ del juez nacional y en ningún momento debía interpretarse como consagrando el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción¹⁴.

Como bien lo afirma uno de los especialistas brasileños en materia de inmunidades, Antenor Pereira Madruga Filho, la competencia constituye siempre una limitación de la jurisdicción, al no existir un orden jurídico supranacional capaz de centralizar decisiones e imponer eficazmente límites al poder de cada uno de los Estados le corresponde a cada uno de ellos establecer los límites de su jurisdicción¹⁵. Compartimos la posición del citado autor cuando afirma que procesalmente el examen de la inmunidad de jurisdicción constituye una cuestión plenamente

¹¹ Mandat d’arret du 11 avril 2002, nota 9.

¹² LIEBMAN, Enrico Túlio, **Manual de Direito Processual Civil**, trad. Port. Forense, 1984, v.1, n.24, p.55, apud CARNEIRO, Athos Gusmão, **Jurisdição e competência**, 14 ed., São Paulo:Saraiva, 2005, p.67.

¹⁴ Apelação Civil 9696-3 Genny de Oliveira v. RDA, Aci 9696-3/SP São Paulo, D.J. 12/10/1990, p 11045.

¹⁵ MADRUGA FILHO, Antenor Pereira, op.cit., 201.

independiente de la decisión de mérito del conflicto. Así el juez deberá verificar primero si la causa está dentro del ámbito de su competencia de conformidad a la ley interna, para solamente después evaluar si el Estado reo es inmune a la jurisdicción nacional.

Para el Profesor Cândido Dinamarco tres ordenes de motivos orientan la acción del Estado al determinar las reglas de competencia:

1º La imposibilidad o dificultad para ejecutar en territorio extranjero ciertas decisiones de los jueces nacionales;

2º La irrelevancia de muchos conflictos frente a los intereses que al Estado le corresponde preservar;

3º La conveniencia política de mantener ciertos padrones de respeto recíproco con relación a otros Estados.

Tales motivos llevan a excluir del poder judicial ciertas cuestiones por inviabilidad, por ausencia de interés o por conveniencia internacional¹⁶. Es en esta última cuestión que la doctrina encaja las inmunidades.

La competencia internacional de los tribunales brasileños se encuentra determinada fundamentalmente, no exclusivamente, en la constitución, en la Ley de Introducción del Código Civil y en los artículos 88 (competencia concurrente) y 89 (competencia exclusiva) del Código de Procedimiento Civil.

En los últimos años los esfuerzos del Supremo Tribunal Federal se han concentrado en definir claramente el concepto independientemente de las inmunidades dando lugar a una jurisprudencia digna de mención. A pesar de los esfuerzos muchos jueces de instancias inferiores continúan a confundir jurisdicción e inmunidad, declarando frecuentemente extinto el proceso sin citar el Estado extranjero al entender que está amparado en el privilegio.

1.2.El paradojo de las reglas procedimentales.

Curiosamente en Brasil ni la verificación de incompetencia internacional ni aquella destinada al reconocimiento o no de inmunidad a un Estado extranjero están sometidas a un régimen procesal expresamente definido, de tal manera que en uno y otro caso los tribunales se han visto forzados a aplicar analógicamente los dispositivos normativos existentes particularmente en el Código de Procedimiento Civil. Esa situación explica que sobre algunos aspectos aún subsisten posiciones contradictorias y la necesidad de precisión se hace evidente.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, v. 1, 2002

El análisis de la jurisprudencia de los Superiores Tribunales brasileños, principalmente aquella mas reciente, así como el excelente trabajo ya realizado por Antenor Pereira Madruga Filho, permiten determinar el procedimiento que viene siendo observado en los controversias en que interviene un Estado extranjero particularmente en calidad de demandado.

1º. La citación del Estado. Esta es, sin lugar a dudas, una de las cuestiones que más ha suscitado dudas en los jueces, en particular sobre la naturaleza del acto como bien lo señalaba el Ministro Relator João Otávio de Noronha, en el Recurso Ordinario 85 de 2009 ¹⁷ al analizar la diferencia entre citación, notificación e intimación dadas las consecuencias procesales que cada una presenta.

Deja claro el Ministro relator en su voto que no se trata de citación en el sentido estricto de la palabra y en el sentido del art. 213 del CPC brasileno, una vez que los efectos de la citación, en particular, la angularización de la relación jurídica, no estarían presentes.

Tampoco se trataría de intimación, acto por el cual se da a conocer al destinatario los actos y términos del proceso, conforme el art. 234 del CPC brasileno, una vez que la comunicación al Estado extranjero por el juez nacional, no crearía onus a las partes.

La propuesta enumerada por el RO 85, es la de caracterizar tal acto como atípico en el ordenamiento brasileño, por no generar onus y no producir efectos frente al Estado extranjero. El relator la caracteriza como siendo una “comunicación procesal” no tipificada en nuestras normas jurídicas, pero que no genera efectos procesales en los moldes de la citación y /o intimación.

En general los tribunales han preferido la citación en la Embajada.¹⁸ Mas el Supremo Tribunal Federal , basado en la naturaleza jurídica de las embajadas y en leyes existentes, defiende la citación al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado extranjero directamente. Opción también corroborada por las decisiones recientes del Superior tribunal de Justicia, como lo demuestra la decisión del RO 74-RJ (2008/0076862-4)¹⁹, al afirmar que *el estado extranjero, aún cuando si configure acto de imperio, tiene la prerrogativa de renunciar a la inmunidad motivo por el cuál há de ser realizada la citación*”.

Ahora bien, la doctrina mayoritaria así como la jurisprudencia de los Tribunales Superiores (STF Y STJ) coinciden en afirmar que no se puede

¹⁷ RO 85 –RS (2009/0044482-3), Dje 17/08/2009, pag.2-11.

¹⁸ Vid, entre otros, el RO 70 RS de 2008.

¹⁹ RO 74-RJ (2008/0076862-4), Dje 08/06/2008, p.1 a 35.

declarar inepta la petición inicial contra un Estado extranjero desde el comienzo, pues aún cuando aparentemente la situación se encuadre dentro de las hipótesis en que será declarada la inmunidad el Estado extranjero podrá renunciar siempre al privilegio e someterse a la jurisdicción territorial²⁰.

Mediante el Recurso Ordinario n. 64²¹ se consagra, en la jurisprudencia brasileña, la necesidad de actuación del Estado extranjero para que se manifieste a respecto de su inmunidad, antes de la extinción del proceso. En este sentido, el recurso mencionado consagró el entendimiento de que *“la inmunidad de jurisdicción no representa una regla que automáticamente deberá ser aplicada a los procesos judiciales contra un Estado extranjero. Se trata de un derecho que puede, o no, ser ejercido por ese Estado”*.

A raíz de una mejor comprensión de la autonomía del instituto de inmunidad frente al de la competencia, la justicia brasileña rechaza constantemente la decisión de extinción del proceso sin la debida citación del Estado Extranjero.²²

2º. Plazo para defensa. En los países dotados de legislación específica es previsto un plazo bastante amplio, sobre esta base Antenor Pereira Madruga defiende la aplicación análoga del plazo otorgado por el artículo 188 del CPC a favor de la Hacienda Pública Nacional. Este plazo todavía no es armonico, en función, inclusive, de la propia naturaleza del acto de citación anteriormente analizado.

3º. Silencio del Estado extranjero. Tradicionalmente la doctrina internacionalista en peso ha equiparado el silencio de un Estado extranjero demandado a la invocación del privilegio e, en consecuencia, al no reconocimiento de la jurisdicción del tribunal que le cita.

En 1984 el Ministro Djaci Falcão en el caso *Luthero Viera v. Francia*²³ dejaba claro que *“el silencio del Estado reo, no atendiendo a la citación judicial, no configura por sí renuncia a la inmunidad de jurisdicción”*. La situación cambia radicalmente si el Estado extranjero contesta la acción e inclusive si recorre de la decisión, ya que en tales situaciones se está reconociendo la competencia del Tribunal para decidir la cuestión de mérito.

²⁰ Vid entre otros, los Recursos Ordinários n. 57-RJ (2007/0081639-4), Dje 14/09/2009; e n. 74 – RJ (2008/0076862-4) Dje 08/06/2009.

²¹ RO 64-SP (2008-0003366-4). Dje 23/06/2008.

²² RO 64-SP, op.cit.

²³ Vid. Comentários DINAMARCO Cândido. Op.cit. p.203.

En la misma línea de pensamiento, en la citada decisión, RO 85 –RS (2—9/0044482-3) la Corte entendió que “*el silencio de representante diplomático, o del propio Estado Extranjero, dejando de comparecer a la relación jurídico-procesal, no implica renuncia a la inmunidad de jurisdicción*”²⁴.

Este viene siendo el entendimiento mayoritario de la jurisprudencia patria contemporánea.

4°. Incidente de inmunidad. Compartimos la posición defendida por Antenor Pereira Madruga Filho que, inspirado en la ley argentina de 1995²⁵, propone la aplicación del artículo 265 III del CPC. En consecuencia, invocado el privilegio por el Estado o transcurrido el plazo concedido al Estado sin que este se haya manifestado el proceso se suspendería y los plazos volverían a correr a partir del momento en que el Estado fuese informado de la decisión de no reconocer la inmunidad.

En el incidente el juez analizará los argumentos de la parte autora y del Ministerio Público Federal.

5°. Extinción del proceso por el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción. La doctrina constata como en la década de ochenta ante demandas contra Estados extranjeros muchos tribunales extinguían el proceso sobre le fundamento de la imposibilidades jurídica del pedido” consagrada en el artículo 267, IV del CPC. Como lo deja claro Cândido Dinamarco²⁶ la inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero y la imposibilidad jurídica del pedido constituyen institutos jurídicos que no pueden confundirse: “ La imposibilidad jurídica del pedido se presenta cuando una cuestión no tiene la menor condición de ser apreciada por el poder judicial, por estar excluida a priori por el orden jurídico sin cualquier consideración de las peculiaridades del caso concreto.

Lo interesante es que esa confusión aún está presente particularmente en las instancias inferiores del poder judicial en Brasil. En el recurso n. 57-RJ (2007/0081639-4)²⁷, el Ministro Sidnei Benetti , en su voto vista, busca dejar clara la cuestión al construir su raciocinio a partir de la necesaria calificación jurídico-procesal de la decisión judicial, reconociendo la inmunidad.

²⁴ En este mismo sentido vid las decisiones RO N. 69.

²⁵ “La interposición de La defensa de inmunidad suspende el plazo procesal del traslado y de la citación hasta que se resuelva..

²⁶ Igualmente CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. "**Teoria Geral do Processo**". 21ed, São Paulo: Malheiros, 2005, p.238.

²⁷ Publicado en el Dje 14/09/2009, pág. 24-43.

Para el referido magistrado, el juez al extinguir el proceso deberá hacerlo con base en la ausencia de condición de la acción, “*diferentemente de competencia interna, la falta de competencia implica falta del derecho de acción, o incluso la ausencia de este derecho en caso de existir anteriormente*²⁸”.

En este sentido, la extinción, sin el análisis del merito procesal, deberá ocurrir no con base en la imposibilidad del pedido, pero si, con base en la imposibilidad de alcanzar al Estado extranjero a través de la propia acción del autor. De este modo, la existencia de la inmunidad deriva de la falta de condición de acción²⁹.

La imposibilidad jurídica del pedido se refiere a una inadecuada pretensión en tesis al ordenamiento jurídico vigente. Gran parte de los pedidos realizados contra el Estado Extranjero al Poder Judicial brasileño, constituyen pedidos de indemnización. Es incuestionable, a la luz del orden jurídico nacional, en particular, a los artículos 186 e 927 del Código Civil Brasileño, la proclamación de que quien por omisión o acción cause daño a otro es obligado a indemnizar. En este sentido la decisión judicial que decrete la extinción de la acción por imposibilidad del pedido contraría la realidad normativa contemporánea del sistema nacional.

Finaliza el Ministro Sidnei Benetti citando a José Ignácio Botelho de Mesquita³⁰:

“La acción, como se sabe, es el derecho de exigir del Estado la prestación de la actividad jurisdiccional, a que corresponde el deber del Estado de prestar. Si el Estado no tiene este deber de prestar, (...) , deja de existir el correspondiente derecho de acción ...”

2. Los desafíos de los tribunales brasileños en materia de inmunidades de Estado extranjero.

La proliferación de actividades de los Estados en territorio extranjero trae como consecuencia natural la multiplicación de situaciones de conflicto. Ninguna cuestión suscita en la actualidad mayor discusión que la relativa al enfrentamiento entre inmunidades de Estado y actos considerados contrarios a los derechos fundamentales, en particular cuando se plantea que tal evento constituya una violación de normas imperativas de derecho internacional. La propia Corte Internacional de Justicia deberá a enfrentar el desafío que representa el actual conflicto entre Italia y la

²⁸ RO N. 57 –RJ (2007/0081639-4), pag.34.

²⁹ RO n. 57 op.cit., pag. 34.

³⁰ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio, “Questões procedimentais das ações contra Estados e organizações internacionais”, in **A imunidade de jurisdição e o judiciário brasileiro**. Coord. Mario Garcia e Antenor Pereira Madruga Filho, CEDI:Brasília, 2002, p. 216.

República Federal de Alemania³¹. Pero otros asuntos continúan preocupando los tribunales como los propios representantes Estatales: la autorización para renunciar los privilegios, la posibilidad de ejecutar un Estado extranjero en ciertas circunstancias.

Las soluciones encontradas a esos problemas varían considerablemente en los países dotados de legislación específica y en aquellos en que no hay una reglamentación de ese tipo (2.1), los tribunales brasileños han comenzado a enfrentar tales situaciones con mayor frecuencia en la última década lo que ha originado un mayor análisis en la materia aun cuando aún se puede calificar de deficiente (2.2).

2.1. La diversidad de soluciones propuestas internacionalmente.

Una impresionante cantidad de obras doctrinarias producidas en los últimos años constatan como ante la invocación de inmunidades, de jurisdicción y de ejecución, por un Estado extranjero acusado de violar derechos fundamentales la posición de los tribunales difiere radicalmente en los países dotados de legislación y en aquellos que no la tienen.

En los primeros, el juez está vinculado a los dispositivos legales de tal manera que fuera de las hipótesis expresamente previstas como susceptibles de ser sometidas a la jurisdicción territorial el Estado extranjero estará amparado por los privilegios de fundamento internacional. Las legislaciones en vigor, inclusive la Convención Europea de Basilea, no hacen ninguna referencia a la violación de derechos humanos, mucho menos de violación de normas de Jus Cogens que pueda ser imputable a un Estado extranjero³². Existe en todas ellas la llamada “cláusula delictual”: El Estado extranjero no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en controversias relativas a la indemnización por daños a la integridad física de personas o daños a bienes causados por un acto u omisión que le puedan ser atribuidas, si tal acto u omisión se ha producido, en todo o en parte, en el territorio del Estado de foro y si el perpetrador directo estaba presente en dicho territorio en el momento en que se produjo el acto u omisión.

Idealizada originalmente para ser aplicada en casos de accidentes de tránsito en los que interviniesen agentes diplomáticos amparados por los privilegios de la Convención de 1961, el dispositivo ha sido utilizado en situaciones mucho más complejas e, por que no decirlo, insólitas relacionadas a actos de agentes del “servicio secreto” de un Estado extranjero. Así, entre las controversias más famosas en que se reconoció la aplicación de la cláusula resultando en el rechazo del privilegio, pueden

³¹ Corte Internacional de Justicia CIJ, affair Alemanha vs Itália, 2008/44.

³² En este aspecto la convención de La ONU de 2004 también guarda silencio.

ser mencionados sólo en Estados Unidos *Lettelier y Moffit v. República de Chile*, *Liu v. República de China*.

Ante la falta de previsión expresa, las víctimas de violaciones de derechos fundamentales atribuidos a Estados extranjeros han recurrido a la cláusula delictual e inclusive han tratado de vincular el acto en cuestión al desconocimiento de obligaciones contractuales sin obtener resultados favorables. En la primera hipótesis, debido a la exigencia de realización del acto en el territorio del Estado de foro, lo que impide al juez analizar violaciones que se hayan perpetrado en el territorio del Estado acusado o en un tercer Estado. En el segundo caso por la falta de identidad del acto con la previsión legal. De tal manera que la situación es bastante crítica para quien intenta ingresar en un país dotado de legislación sobre inmunidades con una demanda ante los tribunales sobre la alegación de violación de derechos fundamentales. Un triste ejemplo de ello es el caso *Bouzari v. Iran* ante los tribunales canadienses.

Estados Unidos es el único país a adoptar una legislación específica permitiendo a los tribunales analizar las demandas contra Estados extranjeros por actos imputables a ellos realizados fuera de las fronteras americanas. En efecto en 1996 el *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 fue modificado por el *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* (FSIA terrorism exception o *State Sponsored Terrorism Exception*). Este último instrumento otorga a los ciudadanos americanos víctimas de lesiones personales o muerte, derivadas de actos de **tortura, asesinatos extrajudiciales, sabotaje de aeronaves o toma de rehenes**, cometidos en territorio extranjero e imputables a un Estado, la posibilidad de buscar reparación en las Cortes Americanas. El principal límite a tales acciones es que el Estado demandado debe ser considerado “financiador” (sponsor) de terrorismo de acuerdo con una lista elaborada por la Secretaria de Estado. En esa lista figuran actualmente Cuba, Irán, Corea del Norte, Libia, Siria y Sudan³³.

Entre 1996 y 2000 muchas demandas fueron presentadas e indemnizaciones pulposas fueron concedidas³⁴ que no fueron fácilmente ejecutadas al enfrentar el privilegio de la inmunidad de ejecución por parte

³³ Irak fue retirado en 2003.

³⁴ La más célebre sin duda fue concedida en el proceso *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, que daría origen a una modificación de legislación conocida como la enmienda Flatow: *Civil liability for acts of state sponsored terrorism Act*. Esa enmienda creó una base legal para que las víctimas pudiesen iniciar una acción contra el oficial, empleado o agente del Estado extranjero que perpetra el acto. Además creaba una base legislativa federal para ese tipo de acción, Independiente de la legislación del Estado de la federación de residencia de las víctimas. Es pertinente aclarar que el FSIA se analiza en demandas contra Estados, contra individuos existen otros dos instrumentos jurídicos: el ACTA y el TVPA *Torture Victim Protection Act* de 1991.

del Estado extranjero y la negativa inicial del gobierno americano de autorizar la utilización de bienes congelados de propiedad de esos Estados para tales fines. En enero de 2008 una nueva enmienda legislativa fue aprobada por el Congreso motivada por algunas interpretaciones de la enmienda Flatow realizadas por Cortes Federales. El National Defense Authorization Act modifica el FSIA en el sentido de crear una nueva sección que deja claramente establecido en ámbito federal el derecho de acción privada contra un Estado extranjero sobre la base de la enmienda Flatow. Tal legislación no soluciona el problema de individuos que buscan indemnización por violaciones de derechos fundamentales imputables a Estados extranjeros en contextos totalmente diferentes.

Es en los Estados carentes de legislación especial donde los Tribunales han tomado la iniciativa de buscar soluciones concretas e innovadoras a las demandas de víctimas de derechos humanos. Tales esfuerzos encuentran fundamento, parcial o totalmente, en el derecho internacional. Fueron los jueces griegos los pioneros de esa corriente que encontró eco rápidamente en los tribunales italianos. En el célebre caso *Distomo de 1997, prefectura de Voiotia y otros v. República Federal de Alemania*³⁵, el Tribunal de primera instancia después de determinar la jurisdicción sobre el conflicto apoyándose en las normas de la Convención de Basilea y en el derecho consuetudinario, utiliza la noción de *Jus Cogens* para apartar el privilegio de la inmunidad estatal. En efecto, de acuerdo con la sentencia, los crímenes de guerra, como son considerados los hechos que originan la demanda, constituyen violaciones de normas imperativas de derecho internacional que no pueden ser consideradas actos soberanos amparados por la inmunidad de Estado. De otra parte, continua la decisión, actos de tal naturaleza deben ser considerados nulos y prohibidos a la luz del derecho Internacional de tal forma que toda conducta a su favor debe ser considerada una forma de cooperación con una violación del derecho internacional. El tribunal de segunda instancia acompañaría la decisión, así como la Corte Suprema en 2000. Posteriormente un Tribunal Especial rechazaría esas conclusiones sin que esto afectase su importancia y repercusión.

Desde 2004, con la decisión de la Corte de Casación en el caso *Ferrini v República Federal de Alemania*³⁶, los tribunales italianos desarrollaron una jurisprudencia constante en el sentido de no conceder el privilegio de la

³⁵ Entre los múltiples comentarios sobre el caso ver: Gavouneli Maria y Bantekas Elias, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany case 11/2000 – International decisions*, en *AJIL*, 95, 2001, p.98.

³⁶ La decisión *Ferrini* dio lugar a una bibliografía extensa entre la cual cabe destacar los artículos de Andrea Bianchi. Ver entre muchos otros su comentario sobre *La decisión* en *AJIL*, vol. 99, 2005, PS. 242-248.

inmunidad de jurisdicción a Estados extranjeros que enfrenten acusaciones de violación de normas de Jus Cogens principalmente cuando se trata de crímenes de guerra³⁷. La particularidad de la posición italiana radica en la invocación constante de los principios del Derecho Internacional consuetudinario, entre los cuales está la inmunidad de jurisdicción de Estado extranjero cuyo alcance no es mas absoluto, y en el reconocimiento de una jerarquía superior a las normas imperativas – Jus Cogens – sobre las demás disposiciones del Derecho Internacional por representar la garantía de valores universales que trascienden los intereses nacionales individuales. Tal superioridad genera como consecuencia necesaria la imposibilidad de conceder un privilegio que amenace la integridad de tales valores.

La actitud italiana generó protestas de la República Federal de Alemania, Estado especialmente afectado por las decisiones, que fueron sostenidas por el Primer Ministro Berlusconi sin modificar la posición del Poder Judicial. Tal situación motivó en diciembre de 2008 el depósito de una demanda ante la Corte Internacional de Justicia cuya fundamental acusación radica en la violación de la regla consuetudinaria de la inmunidad de Estado extranjero. Grecia acaba de someter a la Corte una solicitud para intervenir en el proceso invocando intereses jurídicos indirectos relacionados al ejercicio de la jurisdicción que sus tribunales pueden ejercer en virtud del Derecho Internacional y que podrían ser afectados por una decisión internacional³⁸.

Si bien es cierto que la decisión de la Corte Internacional de Justicia es importante para la evolución posterior de las posiciones favorables a una mayor garantía de los derechos fundamentales y del reconocimiento de la superioridad de las normas imperativas, es imposible ignorar los intereses políticos que están en juego y que pueden motivar una posición conservadora de los privilegios estatales. Muchos autores han apuntado las consecuencias nefastas que en su opinión tendría una decisión favorable a la prevalencia de las normas imperativas, con la posibilidad de un aumento inusitado de demandas contra Estados Extranjeros por hechos pasados³⁹. Otros consideran esa situación infundada.

³⁷ La corte de Casación afirmó en su sentencia que Italia podría ejercer su jurisdicción frente a demandas presentadas por personas que durante La Segunda Guerra Mundial hubiesen sido deportadas a Alemania y sometidas a trabajos forzados en la industria armamentista. La sentencia Ferrini fué confirmada por otras decisiones emitidas el 29 de mayo y El 21 de octubre de 2008.

³⁸ CIJ, 17 de enero de 2011 – solicitud de Grecia para ser reconocido como Estado interviniente en el Proceso RFA v Italia.

³⁹ Entre los autores más importantes se encuentra Christian Tomuschat

Lo que es cierto es que el conflicto República Federal de Alemania v. Italia es la oportunidad para que el Tribunal Internacional enfrente claramente ciertas cuestiones que hasta ahora han sido evitadas. Los defensores de los Derechos Humanos cuentan para eso con la intervención de uno de sus representantes más activos y reconocidos internacionalmente. El Juez Cançado Trindade ya ha demostrado su interés en analizar en profundidad el conflicto inmunidad v derechos fundamentales/Jus Cogens⁴⁰.

2.1 Las soluciones locales ante la diversidad de problemas.

Los conflictos relacionados con contratos de trabajo celebrados en el Brasil por Estados extranjeros siempre fueron objeto de análisis por los jueces brasileños. Como ya fue señalado, en 1989 el Supremo Tribunal Federal consagró el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción para los Estados Extranjeros, visando principalmente esas relaciones, así como los contratos de naturaleza comercial.

Para justificar su nueva posición la Suprema Corte Brasileña buscó fundamento en la erosión del paradigma de la inmunidad absoluta consagrado por las legislaciones más modernas y por la jurisprudencia foránea. Lo que en ningún momento aparece en las decisiones es la referencia a la seguridad jurídica buscada por esas legislaciones, que al consagrar hipótesis en que el Estado no puede invocar la inmunidad termina con la discrecionalidad de los Tribunales para determinar los actos sometidos a su competencia y elimina la referencia a los actos de gestión y de imperio. La libertad para clasificar un acto como de gestión o de imperio, con las respectivas consecuencias en materia de reconocimiento de inmunidad, se mantiene en el sistema judicial brasileño con las eventuales contradicciones que puede generar.

Es en la última década que los tribunales nacionales han enfrentado demandas contra Estados Extranjeros fuera de los parámetros tradicionales. Entre las más originales se encuentran, sólo por citar algunas, las presentadas contra los Estados Unidos de América por incumplimiento de pagar una recompensa a quien diera informaciones del escondite de Sadam Hussein y por intervenir en el golpe de Estado que derrocaría el Presidente João Goulart⁴¹. No es de extrañar que acusaciones de violación de derechos fundamentales hagan parte de esa nueva tendencia, lo que ha conducido los jueces a hacer un análisis más profundo de las razones que justifican la concesión de inmunidad.

⁴⁰ Prueba de ello fué su manifestación, contraria a la mayoría, ante La demanda reconvenional de Itália.

⁴¹ Vid RO nº 57_RJ (2007/0081639-4).Dje14/09/2009, pp.2-43.

En 2008 el Superior Tribunal de Justicia examinó el Recurso Ordinario 64 SP⁴² que recuerda el caso Distomo. Ese recurso tiene origen en una demanda contra el Estado Alemán presentada por un francés naturalizado brasileño, Salomón Simón Frydman, en que solicita indemnización por los actos cometidos contra él y su familia de etnia judaica durante la ocupación de Francia por las fuerzas alemanas. En la sentencia, cuya Relatora es la Ministra Nancy Andrighi, se reconoce el interés de la jurisdicción brasileña en actuar en la represión de ilícitos como los descritos en la demanda.

Dos razones justifican la posición del Tribunal: en primer lugar, la existencia de representación del Estado extranjero en el territorio brasileño que autoriza la aplicación del artículo 88 I del Código de Procedimiento Civil y en segundo lugar, el hecho que la Constitución Brasileña tiene como un principio fundamental el respeto a la dignidad de la persona humana, fuera del compromiso adquirido en el ámbito internacional de garantizar la prevalencia de los Derechos Humanos, la autodeterminación de los pueblos y el repudio al terrorismo y al racismo. Los actos practicados por el ejercito alemán durante la ocupación son de esa naturaleza y cuando dirigidos contra ciudadanos brasileros, inclusive los naturalizados, interesan al Estado Brasileño y pueden ser juzgados por sus tribunales.

A continuación la decisión se refiere a la inmunidad de Estado Extranjero considerando que no representa una regla aplicable de manera automática, mas un derecho que puede o no ser ejercido por el Estado, por lo cual el proceso no puede extinguirse sin manifestación del mismo. La decisión concluye: “Se justifica la citación del Estado Extranjero para que alegue su interés de no someterse a la jurisdicción brasileña demostrando que la hipótesis se encuadra como un acto de imperio que autoriza la invocación del principio”. La oportunidad de discutir a fondo la posibilidad de no conceder la inmunidad frente a actos considerados crímenes de guerra no fue aprovechada por el tribunal brasileño como lo hicieran las Cortes griegas.

De los casos analizados por el Superior Tribunal de Justicia que merecen destaque están las demandas de indemnización contra la Republica Federal de Alemania por la muerte de pescadores en la costa brasileña causada por ataques de submarino durante la segunda guerra mundial⁴³. A pesar que en todas las decisiones el Tribunal consideró que ante un acto de guerra la inmunidad de Estado debe ser reconocida por tratarse de un típico acto de Imperio, la discusión sobre el conflicto entre

⁴² RO n° 64_SP (2008/0003366-4), Dje 23/06/2008, pp.2-17.

⁴³ Recursos Ordinarios 62 RJ, 66 RJ, 72 RJ y 74 RJ entre otros.

inmunidad y violación de derechos fundamentales y normas imperativas fue iniciada.

En el RO 74 RJ, cuya decisión es de mayo de 2009, el Ministro Salomón en su voto vista reconoce la competencia de los Tribunales Brasileños para dirimir el conflicto y hace un relato pormenorizado de la evolución de la cuestión, citando las decisiones griegas e italianas como pioneras. Sostiene de otra parte, que en el caso concreto es irrelevante la caracterización del acto como de imperio o de gestión puesto que constituye un crimen de guerra (ya tipificado en la época como tal) contrario a normas de Jus Cogens y en ese caso el principio de la inmunidad de Estado presenta una excepción justificada en la necesidad de proteger tales dispositivos y garantizar su prevalencia. Para el Ministro la inmunidad de jurisdicción es incompatible con violación de normas imperativas, la Constitución Brasileña consagra la obligación de garantizar el respeto a los Derechos Fundamentales y concluye que por tales motivos no se debe conceder la inmunidad en este caso.

El enfrentamiento entre inmunidad de jurisdicción y violación de Derechos Humanos también fue planteada últimamente en casos de deportación de ciudadanos brasileños. Siendo la decisión de un Estado de admitir o no el ingreso de una persona en su territorio un típico acto de imperio, uno de los demandantes evitó de discutir el acto en sí para atacar los abusos cometidos por los agentes gubernamentales durante el procedimiento. En la sentencia emitida en el Recurso Ordinario 70 RS, de 27 de mayo de 2008, el Tribunal manda citar el Estado Extranjero para que se manifieste y compruebe, si es el caso, que el acto es de imperio garantizando el privilegio de la inmunidad.

El demandante ingresaría posteriormente con un recurso (Agravo de Instrumento) al considerar que la citación por el Tribunal de Primera Instancia y la posterior manifestación del Estado extranjero habrían ocurrido de forma incorrecta. En las palabras del demandante: "El propio contenido de la manifestación hace evidente que la parte demandada no conoce los reales motivos de la acusación objeto del proceso una vez que la demanda judicial no confronta, en ningún momento, el derecho del Estado Extranjero de vedar el ingreso de extranjeros que no cumplen con las exigencias documentales, así como aquellos que se encajan en los perfiles delineados como peligrosos, sino que se refiere a la forma abusiva y violadora de los derechos humanos en que la prohibición del ingreso en el país fue hecha". El objetivo del recurso es el de garantizar que el Estado acusado vá a tener conocimiento pleno de la acusación y así tener oportunidad de defenderse debidamente.

CONCLUSIÓN

La inmunidad de jurisdicción, tal como se propuso trabajar en este artículo, constituye, sin sombra de duda, uno de los temas más actuales a que los tribunales nacionales, en particular el brasileño, se tiene enfrentado a la hora de determinar los límites y posibilidades de la judicialización e ejecución de un Estado extranjero.

La relativización de la inmunidad ya es un hecho cada vez más recurrente, como se propuso analizar, en el judiciario nacional. Muchas son, entretanto, las incertidumbres encontradas, desde los dilemas de la processualística a ser seguida, que carece de una normativa armonizada interna y externamente, hasta la calificación de la naturaleza de los actos delictivos realizados por el Estado extranjero.

Es así, de importancia crucial, la continuidad del análisis del instituto jurídico de la inmunidad de jurisdicción, por este representar, hoy por hoy, una de las piezas fundamentales del engranaje del sistema de promoción y protección de los derechos humanos. La mejor y mayor comprensión y utilización del instituto por los judiciários nacionales, seguramente contribuirá con el cambio paradójico tan necesario para la protección de los derechos humanos en una escala global.

BIBLIOGRAFIA ESPECIALIZADA

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio, “Questões procedimentais das ações contra Estados e organizações internacionais”, in **A imunidade de jurisdição e o judiciário brasileiro**. Coord. Mario Garcia e Antenor Pereira Madruga Filho, CEDI:Brasília, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, v. 1, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, v. 2, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão, **Jurisdição e competência**, 14 ed., São Paulo:Saraiva, 2005.

CARNERERO, Ruben. *La Inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado Extrajero*. Madrid:IUSTEL, 2007.

LIEBMAN, Enrico Túlio, **Manual de Direito Processual Civil**, trad. Port. Forense, 1984.

MADRUGA F., Antenor P., **A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição**, Rio de Janeiro:Renovar, 2003.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales**. Madrid: Tecnos, 2007.

RODRIGUES , Marcelo A., **Manual de Direito Processual Civil**, 5.ed., Belo Horizonte:Del Rey, 2010.